

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região



v. 25 n. 1/2 janeiro/fevereiro 2013

ISSN 0103-703-X

| | | | | | |
|---------|----------|-------|--------|----------|------------------------|
| R. TRF1 | Brasília | v. 25 | n. 1/2 | p. 1-244 | janeiro/fevereiro 2013 |
|---------|----------|-------|--------|----------|------------------------|

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal *João Batista Moreira* – Diretor

Coordenação

Ana Clara de Barros Balsalobre – Diretora/COJUD

Supervisão

Luciana Fernandes Menezes – Supervisora/SEREV

Edição/Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Deyvison Marques Gonçalves – estagiário

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

Maria Aparecida Guimarães da Cruz Nunes

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Entrevista

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

Editoração eletrônica

Carmozina Vitorina Martins da Costa

Letícia Menezes Marques – prestadora de serviço

Luciana Fernandes Menezes

Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Distribuição

Joilma de Oliveira Souza – prestadora de serviço

Sandra Aparecida Mousinho – prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

Impressão

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/CENAG

Tiragem: 1.000 exemplares

Confecção de chapas CTP

Studio Produções Gráficas

Seção de Apoio ao Gabinete da 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

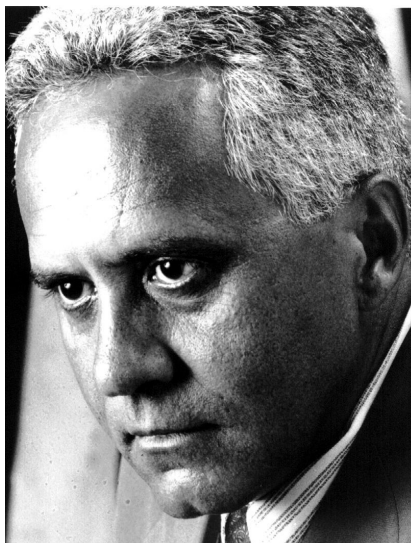
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
julho/2005 – maio/2006

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
dezembro/2010 – maio/2012



Desembargador Federal João Batista Moreira
a partir de junho/2012



Editorial 13

Ponto de Vista 15

Um juiz garantista, 15

Tourinho Neto

Seção Extraordinária 19

Discursos proferidos na sessão solene de posse dos juízes federais substitutos aprovados no XIV Concurso, 19

Artigos Doutrinários 29

Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) e o fim da inviolabilidade do sigilo bancário, 29

Marcelo Meireles Lobão

Regime Diferenciado de Contratações (RDC) e composição de custos – desafios na aplicação da regra do sigilo e contratação integrada, 47

Luciano Ferraz

Inovações Legislativas 53

Lei 12.783, de 11/01/2013.

Lei 12.789, de 22/02/2013.

Medida Provisória 606, de 18/02/2013.

Decreto 7.891, de 23/01/2013.

Decreto 7.894, de 30/01/2013.

Decreto 7.897, de 01/02/2013.

Decreto 7.901, de 04/02/2013.

Decreto 7.903, de 04/02/2013.

Decreto 7.913, de 07/02/2013.

Acórdãos – Inteiros Teores 55

Corte Especial – Controle de imigração de haitianos. Condição de refugiados. Poder Judiciário. Ingerência indevida. Lesão à ordem e à segurança públicas, 55

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0009420-44.2012.4.01.0000/AC

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Primeira Seção – Pensionista de ex-servidora da Justiça Federal. Devolução de valores recebidos a título de gratificação. Determinação do TCU. Competência privativa do STF, 76

Mandado de Segurança 0078917-19.2010.4.01.0000/TO

Relator: Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (convocado)

Primeira Seção – Execução individual de sentença proferida em ação coletiva. Prevenção do juízo prolator da sentença na ação coletiva, 79

Conflito de Competência 0029641-48.2012.4.01.0000/GO

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

Segunda Seção – Não fornecimento de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil. Requisição pelo Ministério Público. Prevaricação. Não comprovação. Ônus da prova. Parte que alega, 81

Numeração única: 0063716-55.2008.4.01.0000

Ação Penal 2008.01.00.061928-3/MA

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto

Terceira Seção – Ação popular. Publicidade oficial. Promoção pessoal. Desvio de finalidade. Lesão ao patrimônio público, 84

Numeração única: 0022556-02.1998.4.01.0000

Embargos Infringentes 1998.01.00.019660-1/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Quarta Seção – Anulatória de multa de trânsito. Legitimidade passiva exclusiva do DNIT. Inexistência de violação a literal disposição de lei. Impossibilidade de utilização da ação rescisória, 90

Ação Rescisória 0052408-17.2011.4.01.0000/GO

Relator: Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida (convocado)

Quarta Seção – IRPF. Moléstia grave. Isenção. Rendimentos da atividade e da inatividade (proventos de aposentadoria/reforma), 96

Numeração única: 0009540-86.2009.4.01.3300

Embargos Infringentes 2009.33.00.009545-1/BA

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral

Primeira Turma – Magistrados. Ajuda de custo por remoção. Existência de interesse público na remoção a pedido, 101

Numeração única: 0035538-81.2008.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2008.34.00.035814-0/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Segunda Turma – Serviço militar obrigatório. Dispensa por excesso de contingente. Estudante. Área de saúde. Obrigatoriedade restrita àqueles que obtêm adiamento de incorporação, 105

Apelação/Reexame Necessário 0015326-29.2010.01.3801/MG

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

Segunda Turma – Servidor público. Demissão. Sindicância. Processo administrativo. Irregularidades, 107

Numeração única: 0007535-19.2008.4.01.3400

Apelação Cível 2008.34.00.007581-8/DF

Relator: Juiz Federal Saulo José Casali Bahia (convocado)

Terceira Turma – Crime de trânsito. Art. 306, CTB. Embriaguez ao volante. Prova do grau de alcoolemia. Ausência. Absolvição *Lex mitior*. Retroação, 111

Numeração única: 0004443-81.2005.4.01.4000

Apelação Criminal 2005.40.00.004445-9/PI

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto

Terceira Turma – Calúnia. Difamação. *Animus caluniandi e diffamandi*. Não ocorrência, 113

Recurso em Sentido Estrito 0041383-98.2011.4.01.3300/BA

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes

Quarta Turma – Tráfico internacional de entorpecentes. Substituição da pena privativa de liberdade. Nacionais e estrangeiros. Direito de recorrer em liberdade. Regime inicial aberto, 117

Numeração única: 0003970-78.2008.4.01.4101

Apelação Criminal 2008.41.01.003971-4/RO

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Quinta Turma – Transporte rodoviário intermunicipal de passageiros. Autorização ou permissão para exploração do serviço. Omissão da Administração Pública em promover licitação. População atendida de forma precária. Intervenção excepcional do Poder Judiciário. Possibilidade, 121

Agravo de Instrumento 0032813-32.2011.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

Quinta Turma – Intervenção indireta no domínio econômico. Regulação de preços no mercado de medicamentos. Estipulação de coeficiente de redução de preços em prol do Estado a cargo da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – Cmed, 125

Numeração única: 0010662-62.2008.4.01.3400

Apelação Cível 2008.34.00.010711-5/DF

Relator: Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado)

Sexta Turma – Responsabilidade civil *in re ipsa*. Inscrição indevida em cadastros de restrição ao crédito. Empréstimo consignado cuja prestação foi devidamente descontada dos rendimentos da servidora. Falta de repasse do município, 138

Numeração única: 0004183-59.2009.4.01.3807

Apelação Cível 2009.38.07.004187-6/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Sexta Turma – Concurso público. ECT. Cargo de carteiro. Exame pré-admissional. Inabilitação. Laudo pericial. Conclusão pela possibilidade atual de exercício das atividades inerentes ao cargo. Indenização decorrente de nomeação tardia do concursando. Impossibilidade de retroação dos efeitos funcionais, 145

Numeração única: 0017876-05.2007.4.01.3800

Apelação Cível 2007.38.00.018061-1/MG

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)

Sétima Turma – Parcela recebida a título de rescisão de contrato de representação comercial. Natureza jurídica indenizatória. Incidência de Imposto de Renda, 153

Numeração única: 0003636-18.2006.4.01.3809

Apelação em Mandado de Segurança 2006.38.09.003637-4 /MG

Relator: Desembargador Federal Catão Alves

Oitava Turma – Atividade parlamentar. Verbas recebidas a título de ajuda de custo e convocação extraordinária. Prova da destinação. Natureza indenizatória não demonstrada, 155

Numeração única: 0003042-45.2003.4.01.3700

Apelação/Reexame Necessário 2003.37.00.003063-5/MA

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Primeira Turma Suplementar – Taxa processual do Cade. Empresa de telefonia sujeita à fiscalização pela Anatel. Parcelas destinadas à SAE e à SDE. Efetiva atuação destes órgãos no processo de análise do ato de concentração. Desnecessidade, 160

Numeração única: 0005529-44.2005.4.01.3400

Apelação Cível 2005.34.00.005526-7/DF

Relator: Juiz Federal Márcio Luiz Coêlho de Freitas (convocado)

Segunda Turma Suplementar – Usucapião. Área pública *non edificandi*. Município de Salvador. Imprescritibilidade, 165

Numeração única: 0002404-20.2004.4.01.0000

Apelação Cível 2004.01.00.003498-6/BA

Relator: Juiz Federal José Alexandre Franco (convocado)

Terceira Turma Suplementar – Ação de despejo. Contrato de locação celebrado com a Funasa. Relação jurídica de direito privado. Equiparação da Administração Pública ao particular, 167

Numeração única: 0001126-44.2001.4.01.3700

Apelação Cível 2001.37.00.001132-0/MA

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

Quarta Turma Suplementar – Título definitivo de propriedade. Cancelamento de registro imobiliário. Descumprimento de condição resolutive expressa, 170

Numeração única: 0005113-81.2003.4.01.4100

Apelação Cível 2003.41.00.005113-7/RO

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)

Quinta Turma Suplementar – Contribuições previdenciárias descontadas a maior dos empregados. Repetição em face do INSS. Necessidade de prova de recolhimento aos cofres da autarquia, 173

Numeração única: 0060366-91.1997.4.01.3800

Apelação Cível 1997.38.00.061064-1/MG

Relator: Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado)

Sexta Turma Suplementar – Transporte rodoviário de passageiros. Provimento impeditivo de fiscalização. Pedido genérico. Impossibilidade, 178

Numeração única: 0000114-51.2003.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2003.34.00.000094-8/DF

Relator: Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga (convocado)

Sétima Turma Suplementar – Imposto de Renda. Atividade parlamentar. Vereador. Ajuda de custo. Caráter indenizatório. Não demonstração, 180

Numeração única: 0000315-41.2001.4.01.3100

Reexame Necessário 2001.31.00.000315-3/AP

Relator: Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado)

Decisões Monocráticas**185****Remessa dos autos a uma das Varas do Trabalho de Brasília. Legitimidade para análise de vínculo estatutário exclusiva do juízo *a quo*. Pena de supressão de instância, 185**

Agravo de Instrumento 0071539-75.2011.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Pedido de indisponibilidade de bens do demandado. Demora para o ajuizamento da ação (seis anos). Ausência de *periculum in mora*, 188

Agravo de Instrumento 0006198-34.2013.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Militar. Pensão. Cotas-partes das filhas sob condição suspensiva até o óbito da viúva, 190

Agravo de Instrumento 0037208-67.2011.4.01.0000/PI

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

Desapropriação indireta. Determinação judicial de depósito de honorários de perito. Não cumprimento. Multa processual a ser revertida em favor da União, 193

Agravo de Instrumento 0004696-60.2013.4.01.0000/AC

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Expedição de certidão para regularização de obra. Comprovação da regularidade quanto ao recolhimento das obrigações previdenciárias, 194

Agravo de Instrumento 0043375-66.2012.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado)

Petrobras. Retenção de créditos. Reserva de parcela e abstenção de lançamento contábil no processo de liquidação financeira mensal das empresas. Prejuízos, 199

Agravo de Instrumento 0005987-95.2013.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado)

Tráfego com excesso de carga. Proibição. Pena de multa pelo descumprimento da ordem judicial, 201

Agravo de Instrumento 0072428-92.2012.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Incorporação de quintos. Servidores públicos. Cancelamento das requisições de pagamento expedidas. Inexistência de valor incontroverso. Suspensão da execução até o trânsito em julgado dos embargos de devedor, 204

Agravo de Instrumento 0001517-21.2013.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (convocado)

Reunião de feitos. Apensamento. Possibilidade, 206

Agravo de Instrumento 0061444-20.2010.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

Associação Nacional dos Servidores Efetivos das Agências Reguladoras Federais – Aner. Restabelecimento do auxílio-transporte dos substituídos, 209

Agravo de Instrumento 0005520-19.2013.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

Demora na deliberação de pedido de ampliação de terminal portuário, 212

Agravo de Instrumento 0007831-80.2013.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado)

Contratação de serviços da Petrobras. Revogação da licitação na qual foi vencedora, 213

Agravo de Instrumento 0007206-46.2013.4.01.0000/BA

Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado)

JEFs em Revista

217

Benefício assistencial de amparo ao deficiente. Hipossuficiência econômica. Aplicação do art. 34, § 1º do Estatuto do Idoso. Impossibilidade. Matéria não cogitada nas instâncias ordinárias. Composição da renda familiar. Exclusão dos irmãos maiores de idade, 217

Numeração única: 0034701-69.2007.4.01.3300

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2007.33.00.707863-3/PA

Relatora p/acórdão: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath

Servidores públicos. Ausência de revisão geral da remuneração. Danos materiais. Inexistência, 220

Numeração única: 0046075-73.2007.4.01.3400

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2007.34.00.900160-5/DF

Relator: Juiz Federal Herculano Martins Nacif

Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Matéria de repercussão geral. Reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal. Sobrestamento do incidente. Previsão regimental, 221

Numeração única: 0022372-88.2008.4.01.3300

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2008.33.00.702451-5 / DF

Relator: Juiz Federal Régis de Souza Araújo (designado)

Breviário

225

Unidade de pronto-atendimento. Serviço de atendimento móvel de urgência. Garantia de atendimento. Grave lesão à ordem e à saúde públicas. Ausência.

Indenização por danos morais e materiais. Cumulação de pedidos. Base empírica comum: contaminação por DDT. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Competência.

Licitação. Obras de infraestrutura. Aeroporto do Galeão. Suspensão da adjudicação do objeto da licitação. Grave lesão à ordem e à economia públicas.

Decisão do Tribunal. Descumprimento pelo juiz de primeiro grau. Instituto da reclamação. Conhecimento como petição.

Revisão de benefício. Aplicação dos novos tetos estabelecidos pela emenda constitucional 20/1998 e pela emenda constitucional 41/2003. Possibilidade. Reajustamento de benefício que não supera o teto. Inaplicabilidade.

Exceção de suspeição. Hipóteses legais de cabimento.

Empregado de empresa pública federal. Plano coletivo de saúde. Competência da Justiça Federal. Aposentadoria. Direito à manutenção como beneficiário no plano.

Militar. Responsabilidade civil do Estado. Teoria do risco. Nexo de causalidade não demonstrado. Culpa exclusiva da vítima.

Apropriação e desvio de valores. Clube de investimento.

Crime contra o Sistema Financeiro. Financiamento fraudulento de veículo.

Crime ambiental. Receptação qualificada. Princípio da especialidade. Partes de animais silvestres. Venda para o exterior. Consciência da procedência irregular. Recapitulação.

Violação de direitos autorais. Descaminho. Não absorção.

Execução penal. Estabelecimento penal federal de segurança máxima. Transferência de preso.

Medicamento. Fornecimento. Continuidade. Exigência de prescrição médica atualizada. Possibilidade de fornecimento de medicamento genérico.

Prontuário médico de paciente falecido. Obtenção de cópias pelo espólio.

Ação civil pública. Pleito de isenção de taxa de inscrição de concurso vestibular a indivíduos hipossuficientes. Direito individual, disponível e divisível. Inadequação da via eleita.

Uso de CPF por pessoa homônima e com idêntica data de nascimento. Bloqueio de benefício social. Dano material e moral.

Tarifas de pouso e permanência. Aeronaves. Contrato de alienação fiduciária em garantia. Transferência resolúvel da propriedade. Débito preexistente ao contrato.

Doação de material não permanente. Ausência de encargo. Impossibilidade de revogação.

Servidor. Ministério Público da União. Plano de saúde. Internação em UTI. Plano de custeio.

Licitação. Equilíbrio econômico-financeiro. Indenização. Vinculação ao edital.

Mandado de segurança coletivo. Extinção do contrato de trabalho em razão da aposentadoria. Ato unilateral do empregador. Possibilidade. Demissão plúrima.

Servidor. Reintegração. Controle pelo Poder Judiciário. Decisão desmotivada. Desídia não comprovada. Inocorrência de enriquecimento ilícito.

Concessão de uso. Destinação específica. Inadimplência. Desequilíbrio contratual não comprovado.

ECT. Recebimento de vales-refeição falsificados. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com ação de cobrança.

Contrato de concessão do Porto de Santos. Desequilíbrio econômico-financeiro.

Responsabilidade civil. Naufrágio de embarcação. Morte de passageiros. Negligência na fiscalização. Dever da União de indenizar.

Conselho Regional de Economia. Empresa que exerce atividades de *factoring*. Inexistência de relação jurídica. Desnecessidade de registro.

Congelamento de preços. Necessidade de verificação das notas fiscais dos produtos comercializados pela fiscalização. Não apresentação. Autuação.

Repositórios Oficiais de Jurisprudência **241**

Instruções Editoriais **243**



Caros leitores, a partir desta edição, a Revista do TRF1 implementa um novo projeto editorial e periodicidade bimestral. A apresentação gráfica e a criação de *Seção Extraordinária* para tratar de temas especiais estão entre as inovações.

Em sua estreia, a nova Revista homenageia o Des. Federal Tourinho Neto, que contempla nossos leitores com uma síntese de sua trajetória profissional até a aposentadoria nesta Casa.

Os artigos doutrinários tratam dos temas *Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) e o fim da inviolabilidade do sigilo bancário*, de Marcelo Meireles Lobão; e, *Regime Diferenciado de Contratações (RDC) e composição de custos – desafios na aplicação da regra do sigilo e contratação integrada*, de Luciano Ferraz.

Acórdãos e decisões monocráticas publicados nos meses de janeiro e fevereiro de 2013 são apresentados em seções específicas dos órgãos julgadores desta Corte e dos Juizados Especiais Federais da 1ª Região.

Ótima leitura!



Um juiz garantista

Tourinho Neto*



“Sou garantista porque cumpro a Constituição. Tenho o entendimento que a missão do juiz não é combater o crime. O juiz deve ser imparcial. O combate ao crime é atribuição da Polícia e do Ministério Público.”

Revista: Como foi sua trajetória desde o primeiro cargo público até a posse nesta Corte?

Tourinho Neto: Foi um caminho longo. Meu primeiro cargo público consegui logo após diplomar-me em bacharel em Direito, nos idos de 1965. Em 1966, quando ainda trabalhava como bancário e advogava (advoguei até 1969, OAB/BA 2.364), logrei ser aprovado, em 5º lugar, no concurso de Promotor de Justiça. Fui nomeado para a comarca de Santa Inês, centro sul baiano. Morei aí durante dois anos, numa humilde pensão, de dois quartos e de parede *meia* (a parede não ia até o teto), o banho era de cuia. A comarca pouco serviço tinha, dediquei-me por isso mesmo ao ensino, chegando a ser diretor do ginásio e da escola normal (escola para preparar professores primários). De Santa Inês, fui para Euclides da Cunha, no nordeste, terra árida, povo sofrido, o sertanejo, tendo substituído a Comarca de Uauá, terra do nosso colega Olindo Menezes. Na ida de Euclides da Cunha para Uauá, conheci Bendegó, local onde caiu um meteorito (na língua dos índios Quiriris, o vocábulo bendegó significa vindo do céu). Este meteorito, de 5.360 quilos, foi, em 1888, por ordem do imperador Pedro II, transportado para o Rio de Janeiro. Próximo, bem próximo de Uauá, temos o Município de Canudos, de Antônio Conselheiro, que resistiu bravamente ao governo, nos idos de 1897. A história é contada por Euclides da Cunha, na obra *Os Sertões*: “Canudos não se rendeu. Exemplo único em toda a História, resistiu até o esgotamento completo” (quando os 5.000 soldados entraram no povoado só encontraram vivos um velho, dois homens feitos e uma criança). Lá, também, encontramos o famoso açude

de Cocorobó. Daí, fui removido para Jacobina, região noroeste da Bahia, no extremo norte da Chapada Diamantina, conhecida como Cidade do Ouro. Enfim, como promotor terminei minha carreira em Ilhéus, capital do cacau, cidade conhecida pelos romances de Jorge Amado, como *Gabriela, Cravo e Canela* e *Terras do Sem Fim*. Cidade denominada *Princesinha do Sul*.

Em 1971, fiz concurso para juiz de Direito, conseguindo o primeiro lugar, tomando posse no dia 1º de abril. Minha primeira comarca foi Saúde, próxima às cidades de Jacobina, Campo Formoso e Pindobaçu (terra do colega Aloísio Palmeira, que advogava, também, em Saúde). Comarca pequena, na sede tinha mais ou menos 2.000 habitantes, tranquila, povo humilde. Aí fiquei quatro anos, quando fui promovido para Canavieiras (vara cível), município criado com território desmembrado de Ilhéus, localizado no litoral sul. Nessa comarca, substituí a de Belmonte. Depois de um ano, fui removido, mediante permuta, para Ipiaú (vara única), região dos índios Tapuias. Ipiaú significa Rio Novo, seu nome antigo. E aí substituí as comarcas de Itagibá e de Ubatã, onde o colega Olindo foi promotor de Justiça. Depois de oito anos em Ipiaú, fiz concurso, em 1979, para juiz federal. Por felicidade, tirei o primeiro lugar, conseguindo, assim, ficar na bela e encantadora Cidade do Salvador, onde permaneci até 1989, quando fui promovido para este Tribunal.

Aí está minha trajetória na vida pública.

Revista: Quais os fatos mais marcantes em sua carreira neste Tribunal?

Tourinho Neto: Neste Tribunal, exerci todas as funções e cargos. Presidente das 2ª, 3ª e 7ª Turmas, da 2ª Seção, diretor da Revista, membro do Conselho de Administração, membro da Comissão de Promoção

* Desembargador federal do TRF1.

de Juizes Substitutos, presidente da Comissão de Regimento e da Comissão de Jurisprudência, coordenador do Enfoque Jurídico, Suplemento do Jornal Informe, coordenador dos Juizados Especiais Federal, Coordenador do Núcleo de Magistratura – Numag. Vice-presidente e corregedor e presidente.

Sem dúvida, os fatos mais marcantes se deram na área judicante, com julgamentos complexos, midiáticos. Fui tido como juiz garantista e, realmente, o sou. E sou garantista não para ser *bonzinho com o acusado*, sou garantista porque procuro assegurar os direitos fundamentais de todo cidadão brasileiro ou estrangeiro, seja indiciado, acusado ou condenado, independente da cor, crença, sexo, opção sexual, profissão (sem profissão), convicção filosófica ou política, de ter ou não moradia, da situação econômica (pobre ou rico), de ter ou não poder político ou econômico. Entendo que o indiciado, acusado ou preso devem ser respeitados em sua dignidade, integridade física e moral. Sou garantista porque cumpro a Constituição. Tenho o entendimento que a missão do juiz não é combater o crime. O juiz deve ser imparcial. O combate ao crime é atribuição da Polícia e do Ministério Público.

Revista: Quais as principais diferenças, no exercício da magistratura, entre a primeira e a segunda instância da Justiça Federal?

Tourinho Neto: Na primeira instância, julgamos sozinhos; no tribunal, dialogamos, debatemos, temos de ter habilidade para argumentar de pronto para fazer prevalecer o que entendemos certo; e ter fleugma para aceitar a derrota do nosso ponto de vista, não zangar. É uma boa atividade judicante. E o melhor: nossas decisões transformadas em acórdãos podem influenciar outros julgadores, ou seja, têm elas maior visibilidade. Nos tribunais, também temos de ser políticos. Gosto, também, dessa atividade.

Revista: Como foi sua experiência como membro do Conselho Deliberativo do Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, da Subsecretaria de Promoção de Defesa dos Direitos Humanos, da Presidência da República e, ainda, membro do Comitê Permanente da América Latina da Fundação Internacional Penal e Penitenciária – FIPP para a reformulação das regras de tratamento a presos no mundo?

Tourinho Neto: O atendimento de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas teve sua origem no Programa Nacional de Direitos Humanos (1996). A Lei 9.807, de 13 de julho de 1999, estabeleceu normas para a organização de programas estaduais destinados a

vítimas e testemunhas de crimes, expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal. Essa lei instituiu o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, no âmbito da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos. A segunda parte dela cuida da proteção dos réus traidores, ditos colaboradores. Fiz parte do Conselho Deliberativo, que é o responsável pelo ingresso e exclusão de pessoas ameaçadas e composto por representantes do Poder Judiciário, do Ministério Público e de órgãos públicos e privados relacionados com a segurança pública e a defesa dos direitos humanos. Foi uma rica e bela experiência.

Fui expositor do Painel no 69º Cours International de Criminologie, em 8 de setembro de 2006, às 12 horas, consagrado a “Une Politique Criminelle avancée pour le Mercosul”, realizado em Buenos Aires, Argentina, de 7 a 9 de setembro de 2006. Presentes se fizeram ao Curso: Georges de Picca, Secretário-Geral da Sociedade Internacional de Criminologia e Advogado-Geral em Paris junto à Suprema Corte da França; José Luís de La Cuesta, Presidente da Associação Internacional de Direito Penal e Diretor do Instituto de Criminologia da Universidade do País Basco – Espanha; Eugênio Raúl Zaffaroni, Ministro da Corte Suprema de Justiça da Argentina e Professor Titular de Direito Penal e Criminologia na Universidade de Buenos Aires – Argentina; e Emílio Viano, Consultor do Banco Mundial e Professor Titular de Criminologia da Universidade de Washington – USA. Fiz parte do Comitê Permanente da América Latina para a revisão das regras mínimas da ONU para tratamento dos presos. E, em 2009, participei do seminário internacional, tendo como presidente o Min. Cezar Peluso. Foi uma excelente experiência, o que me levou a escrever, a convite, Nos Annales Internationales de Criminologie (International Annals of Criminology; Anales Internacionales de Criminologia), Société Internationale de Criminologie. Ministère de la Justice, o artigo Fight against the organized crime. Année 2006, v. 44 – 1/2, p. 34.

Revista: Quais as mudanças que devem ocorrer nos instrumentos processuais para que os julgados desta Corte sejam fortalecidos, de forma a inibir a subida interminável de recursos ao STJ e conferir efetividade à prestação jurisdicional?

Tourinho Neto: Difícil. É preciso, antes de mais nada, mudar a mentalidade de todos os que operam no Direito, advogados, membros do Ministério Público e juizes. É preciso que todos escrevam com objetividade, com simplicidade e precisão, sem palavreado, sem verbosidade, ou seja com grande abundância de

palavras e poucas ideias. O advogado vencido deixar de interpor recursos com o propósito tão só de procrastinar. O Procurador ou o Promotor de Justiça deixar de posar que é o paladino da moralidade, e que ninguém mais tem ética. O juiz colocar-se no seu lugar de julgador imparcial. Todos devem esquecer a teoria maquiavélica de que os fins justificam os meios. Acabar com os embargos infringentes. Aplicar sempre

multa àquele que opuser embargos de declaração meramente protelatórios (sabe-se que é difícil caracterizar um recurso como procrastinador). O voto do relator ser disponibilizado aos demais julgadores com antecedência, instituindo, assim, uma pauta rápida, quando todos estiverem de acordo (no CNJ assim se julga) e não houver sustentação oral. Obediência maior às decisões das cortes superiores.



Discursos proferidos em 22 de fevereiro de 2013 na sessão solene de posse dos juízes federais substitutos aprovados no XIV Concurso

Orador: Hilton Queiroz*

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região dá posse, neste momento, aos novos juízes substitutos, que encetam, assim, sua carreira na magistratura federal da 1ª Região.

A pompa do evento tem o amparo da norma regimental, que estabelece no seu art. 55:

Art. 55. O Plenário do Tribunal reúne-se em sessão solene para:

I - dar posse aos desembargadores federais e aos titulares de sua direção;

II - comemorar, a cada dois anos, aniversário de sua instalação;

III - prestar homenagem aos seus desembargadores:

a) por motivo de afastamento definitivo da jurisdição;

b) por motivo de falecimento de desembargador federal;

c) para celebrar o centenário de seu nascimento;

IV - celebrar outros acontecimentos de alta relevância;

V - dar posse aos juízes federais substitutos.

Parágrafo único. Farão uso da palavra as autoridades indicadas pelo presidente.

Não é ociosa a leitura que acabo de fazer.

Não o é, certamente, pela própria natureza das coisas, dos fatos, das suas relações.

Com efeito, as coisas e os fatos vêm a ter seu sentido plenamente revelado quando se lhes percebe o alcance e a abrangência das regras a que se submetem, dos princípios e normas sob os quais podem ser entendidos.

Tal aspecto, decisivo que é para o domínio da natureza, em geral, tal aspecto assume extrema relevância para a exata compreensão dos acontecimentos concernentes às relações entre os homens.

Daí, a propósito da leitura do cânone regimental, terem-me ocorrido ao espírito as seguintes indagações, que, nas circunstâncias presentes, a evocação de seu teor justifica:

Por que o Regimento soleniza a posse dos juízes federais substitutos e por que, em o fazendo, a ela se reporta no último dos incisos sobre que versa o artigo que cuida das sessões solenes do Plenário do Tribunal?

Dar resposta a essas questões motiva-me na saudação que agora dirijo, em nome do Tribunal, por delegação de seu Presidente, o Exmo. Sr. Des. Mário César Ribeiro, aos eminentes juízes empossados.

Meus senhores, minhas senhoras, é indubitosa a competência do Regimento para dispor sobre a solenidade das sessões dos órgãos que disciplina. Pode, sim, utilmente fazê-lo, ao abrigo do art. 96, I, a, da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 96. Compete privativamente:

I – aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

[...]

* Desembargador federal do TRF1.

Isso estabelecido, não há tergiversar.

O que importa é esclarecer o sentido da norma regimental, para bem se lhe aferir do seu escopo.

Por que o Regimento soleniza a posse dos novos juízes federais substitutos?

Certamente, não o fez para o gozo particular dos empossados, embora, para estes, a sua posse no cargo de juiz federal substituto represente especial motivo de júbilo.

Vós, novéis juízes federais substitutos, cujos cargos acabais de assumir, tendes vós sobejas razões para a alegria que vos assoma neste instante.

Vossa posse significa o coroamento de ingentes esforços, visando alcançar, como alcançastes, o cargo público tão disputado, a que concorrestes e que perseguistes, como um ideal, um projeto definitivo de vida, palavras lançadas, não por mera retórica, mas, sim, para enfeixar o sentido da vossa extenuante labuta.

Longos foram, decerto, vossos meses de preparação para o concurso; tediosas as horas que empregastes na monotonia de repetitivos estudos, a que se seguiram outras tantas de reflexão sobre quanto, diligentemente, estudáveis, constituindo, tudo isso, largos intervalos de tempo que subtraístes dos aconchegos da família, das atividades quotidianas mais aprazíveis.

Quantos, como vós, se submeteram a um certame de tal monta – e bem o sabe a totalidade dos juízes que atuam na 1ª instância da Justiça Federal comum da União, ou que de seu quadro provieram; quantos se submeteram, repito, às durezas de um concurso para o cargo de juiz federal, obtendo sucesso, bem conhecem a aspereza de travessia empreendida, para fazer de um propósito, um êxito, de um sonho, a realidade que se concretiza nesta solenidade de posse.

As páginas do relatório do concurso a que se submeteram os empossados, da lavra do eminente Des. Federal Amílcar Machado, merecem ser lembradas, porque, na imparcialidade da versão oficial, deixam entrever a dimensão, a dificuldade, a lisura, a seriedade do certame.

Por oportuno, destaco desse documento:

O XIV Concurso Público para o provimento de Cargo de Juiz Federal Substituto foi aberto com vistas ao preenchimento, inicialmente, de 29 (vinte e nove) cargos vagos de Juiz Federal Substituto.

Trata-se do segundo concurso realizado na vigência da Resolução 75, de 12/05/2009, do Conselho Nacional de Justiça, que estabeleceu novas diretrizes aos concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional, e o segundo, também, realizado no âmbito da 1ª Região com a contratação de instituição especializada para a elaboração e aplicação da prova objetiva seletiva, e para a logística do certame - o Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília/Cespe/UnB.

Como inovação, nesse Concurso tivemos a participação, como membro efetivo, de um juiz federal, no termos do art. 133 do Regimento Interno desta Corte.

A eleição dos membros da Comissão de Concurso se deu em sessão ordinária da Corte Especial Administrativa, realizada no dia 14/04/2011, ficando constituída, nos termos do art. 133 do Regimento interno, pelos Desembargadores Federais José Amílcar Machado, Presidente e membro efetivo, Carlos Eduardo Moreira Alves, membro efetivo e, pelo Juiz Federal Saulo José Casali Bahia membro efetivo, e, ainda, pelos Desembargadores Federais I'talo Mendes e Selene Almeida e, pelo Juiz Federal Renato Martins Prates como membros suplentes.

Em atenção a preceitos constitucionais e legais, foram, depois, indicados também como membros titulares, a Professora Dra. Ana Frazão e o advogado Dr. Raul Livino Ventim de Azevedo, representantes da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, respectivamente. A Corte Especial Administrativa aprovou o regulamento do concurso em 09/06/2011.

Em 16/06/2011, foi publicado o Edital de Abertura, estabelecendo que o concurso desenvolver-se-ia em cinco etapas: 1ª etapa, consistente numa prova objetiva seletiva, de caráter eliminatório e classificatório, sob a responsabilidade do Cespe/UnB; 2ª etapa, com duas provas escritas, de caráter eliminatório e classificatório, consistente em quatro questões, e uma prova correspondente a duas sentenças, em dias sucessivos, de natureza cível e de natureza penal; 3ª etapa, de responsabilidade da Comissão de Concurso, de caráter eliminatório, consistente na inscrição definitiva, sindicância da vida pregressa e investigação social, exame de sanidade física e mental e exame psicotécnico; 4ª etapa, prova oral, de responsabilidade da Comissão de Concurso, de caráter eliminatório e classificatório; 5ª etapa, também de responsabilidade da Comissão de Concurso, consistente na avaliação de títulos, de caráter classificatório.

[...]

As inscrições foram abertas e realizadas no endereço eletrônico disponibilizado pelo Cespe/UnB, no período de 1º/7/2011 a 31/07/2011, e encerradas, sem prorrogação, com um total de 8.376 (oito mil, trezentos e setenta e seis) candidatos inscritos.

[...]

Após análise dos processos de inscrição preliminar pelo Cespe/UnB, foram homologadas 8.375 (oito mil, trezentos e setenta e cinco) inscrições, assim distribuídas: Amazonas: 320; Amapá: 86; Acre: 88; Bahia: 1305; Distrito Federal: 2191; Goiás: 652; Maranhão: 345; Minas Gerais: 1925; Mato Grosso: 331; Pará: 401; Piauí: 382; Rondônia 131; Roraima: 99 e Tocantins: 119.

[...]

O resultado provisório da prova objetiva seletiva foi divulgado, abrindo-se prazo de vista de prova para eventuais recursos. Foram interpostos 1.191 (mil, cento e noventa e um) recursos, dos quais 549 foram improvidos, deliberando a Comissão, por outro lado, pela anulação de dezesseis questões, com atribuição da respectiva pontuação a todos os candidatos.

Foi publicado, em 09/12/2011, edital com o resultado definitivo da prova objetiva e convocação dos candidatos para as provas escritas, a serem realizadas, respectivamente, nos dias 13, 14 e 15/01/2012 em locais e horário previamente estabelecidos pelo Cespe/UnB.

Aplicada e corrigida a 1ª prova escrita p2 (quatro questões), foi publicado, em 02/04/2012, edital com o resultado provisório, abrindo-se prazo para eventuais recursos. Em 17/05/2012, foi publicado edital com resultado definitivo da 1ª prova escrita p2, logrando aprovação apenas 233 candidatos.

[...]

Em 19/10/2012, foi publicado edital com a relação dos candidatos que obtiveram a inscrição definitiva, feita somente por 56 candidatos, que, por edital de 22/10/2012, foram convocados para a prova oral e sorteio dos grupos.

Compareceram à convocação para prova oral 54 (cinquenta e quatro) candidatos, que foram arguidos individual e publicamente pela Comissão de Concurso, nos termos do edital do concurso, sendo a prova realizada no Salão Nobre do Edifício Sede I do Tribunal, no período de 19 a 27 de novembro, de forma ininterrupta.

Em 30/11/2012, foi publicado edital com o resultado final da prova oral e provisório na prova de títulos. Houve 01 (um) recurso da nota atribuída nessa prova, que foi julgado pela Comissão de Concurso, em sessão realizada dia 10/12/2012, que deliberou pelo seu não provimento, aferindo a seguir, as médias e a classificação final dos candidatos, encerrando-se, dessa forma, o XIV Concurso.

A lista geral dos aprovados contém os nomes de 54 (cinquenta e quatro) candidatos.

Tudo isso são registros que faço para alegria e reconforto dos empossados, seus familiares e amigos.

Registros que servem para compor o troféu da vitória, não se erigindo, contudo, no precípua motivo que legitima a solenidade desta sessão.

É que a solenidade desta sessão se justifica, especificamente, por seu caráter institucional, por sua finalidade de tornar sensível a presença daquilo cuja existência as nossas consciências percebem e atestam, ou seja a instituição e a sua dinâmica.

Se não, que sentido teriam a abertura da sessão sob os acordes marciais do hino pátrio, o uso das vestes talares, o rito da cerimônia, a sacralidade do compromisso assumido, verdadeiro juramento que os novos juízes acabam de proferir?

É a instituição do Poder Judiciário, na liturgia de sua atuação.

Poder Judiciário que se institucionaliza no quadro institucional maior, que é a República Federativa do Brasil, cuja Constituição o prevê, independente e harmônico, ao lado do Legislativo e do Executivo, os dois outros poderes, igualmente estruturados como instituições permanentes do Estado brasileiro.

Em suma, é a instituição republicana, que, em ocasiões como esta, desvela sua face, mostra sua presença, congregando homens e mulheres num ideal de integração e em comunhão de propósitos, pois a República Federativa do Brasil é a expressão máxima da instituição política com que se acha organizado nosso País.

Celebramos, portanto, este momento, como um culto à República e uma profissão de fé republicana. Seja assim celebrado!

Registramos a posse destes novos juízes federais como um penhor da crença em nossa República, um sinal manifesto do vigor da instituição que significa a República, traduzindo a certeza de que a chegada das novas gerações ao exercício do poder não desfigura, pelo contrário revigora, o nosso ideal republicano, a

República que o Brasil quer para os que acolhe em seu grêmio, tão claramente expresso no art. 3º da Lei Maior que nos rege:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II – garantir o desenvolvimento nacional;
- III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Seja assim, também registrado!

Senhores novos juízes, ora empossados, que iniciais vossa carreira na Justiça Federal!

O juiz não é um produto acabado que se extrai de um concurso. Como o ourives a lavar gemas e metais preciosos, exercitando a sua arte, na ânsia da joia perfeita, o juiz é de si mesmo o artífice que, a cada dia, se molda na faina da judicatura, com a humildade dos que querem aprender e a pertinácia dos que não receiam o trabalho, lapidando, no tenaz exercício de suas funções, as joias da experiência e sabedoria, que o acreditarão, perante o seu povo, como um grande juiz.

Atentai para as circunstâncias sociais do presente!

Assumis vosso cargo num momento de extrema relevância para a nossa vida republicana; o momento de consolidação das instituições sob as quais funciona a República.

A experiência republicana no Brasil tem mais de 123 anos, venceu, portanto, a barreira de um século, sendo maior que a da monarquia, que criou a nação e lhe deu a independência política, mas não soube levar o País ao encontro de seu futuro.

A aurora do República descerrou o porvir, traçando ao Brasil os rumos de seu destino, nas lutas para libertar os cidadãos dos elos da sujeição política a interesses subalternos, assegurando-lhes participação efetiva na vida pública nacional.

As gerações de brasileiros que se vêm sucedendo no País, desde a proclamação da República, olham para o passado da Pátria com o senso crítico dos que, em sintonia com o presente aspiram a uma posteridade melhor, num quadro de estabilidade institucional. Brasileiros que, aos milhões e milhões, nesse trajeto mais do que secular, confiam e acreditam na mensagem de Ordem e Progresso, inscrita no Pavilhão Nacional, com que nos acena a República, ao renovar seus dirigentes, como um organismo que se refaz, ao atualizar-se, para acudir aos anseios do povo, na busca da perfeição social.

Vivemos agora, sob a forma republicana de governo, a experiência do Estado Democrático de Direito, instituída pela Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988.

É essa Constituição que se nos impõe, por dever jurado, a nós, juízes, cumprir.

A nossa Constituição, ao longo da prática de pouco mais de 24 anos, vem sendo rijamente testada nos embates forenses, e abnegadamente cumprida por seus juízes ao decidi-los, quer preservando os direitos e garantias individuais, quer dando efetividade aos direitos dos menos favorecidos, das minorias, dos discriminados de toda sorte, quer enfrentando as grandes questões, que, agitando o cotidiano da vida nacional, terminam decididas nas instâncias do Poder Judiciário, com a expressiva participação da Justiça Federal, em razão mesmo da forma que a Constituição lhe emprestou.

A Constituição seja, portanto, para nós, os juízes, em cuja grei, vós, os agora empossados, acabais de ingressar, o livro de cabeceira, o manual de uma fé professada, onde se haurem os mandamentos que devemos cumprir.

Para nós, os juízes, que integramos o universo das autoridades constituídas do Brasil, a Constituição é o compromisso que se consolida com a prática de cada dia, na sempre renovada esperança de que, diariamente, possamos construir um futuro melhor para nosso País.

Convivamos, nós, os juízes, de modo harmonioso com as autoridades dos outros poderes da República, sem nos despojarmos, todavia, da autoridade que a República, através da sua Constituição, nos outorgou.

Não nos esqueçamos, nós os juízes, que exercemos um poder oriundo do povo brasileiro, em nome do povo e a serviço do povo, de acordo com a Constituição.

Mantenhamos, nós, os juízes, como exigência de nosso mister, a irrepreensibilidade da conduta pública e privada, que nos fará acreditados perante nossos concidadãos.

Sejamos justos, em suma, nós, os juízes, na perspectiva de justiça, já divisada pelo Direito Romano, e que se traduz no viver honestamente, não prejudicar a ninguém, dar a cada um o que é seu.

Enfim, senhores empossados, arrematando todos esses dizeres, insta responder à outra pergunta ainda restante:

Por que a solenidade da posse dos novos juízes federais substitutos está prevista no último dos incisos que integram o art. 55 do Regimento Interno?

É fácil intuir a resposta, atentando-se à estrutura piramidal de nossa carreira, onde vós sois a base e o tribunal é o vértice, que se pode alcançar a partir da titularização no cargo de juiz federal.

Integrando a base dessa pirâmide, vindes a ser, senhores juízes substitutos, o grande canal, para onde aflui a torrente dos mais variados litígios julgados pela Justiça Federal.

Perante o povo, destinatário de nossos julgamentos, sereis a face visível da Justiça Federal, nos mais distantes rincões do Brasil, afirmando a soberania da nossa República, nas vastidões da Amazônia, nas extensas fronteiras do Norte e do Centro-Oeste, nas regiões esquecidas às margens dos grandes rios e em largos trechos do litoral que o Oceano Atlântico banha.

A importância de vossa atuação é incontornável. Dela depende a credibilidade da instituição a que servis. O que decidirdes será objeto de reflexão, ponderação e estudo em níveis superiores de jurisdição. Estareis, assim, concorrendo para formar e enriquecer a jurisprudência do País.

Ademais, se olhardes para o topo da pirâmide, o Tribunal vos acena com a possibilidade de acesso, de acordo com os mandamentos legais.

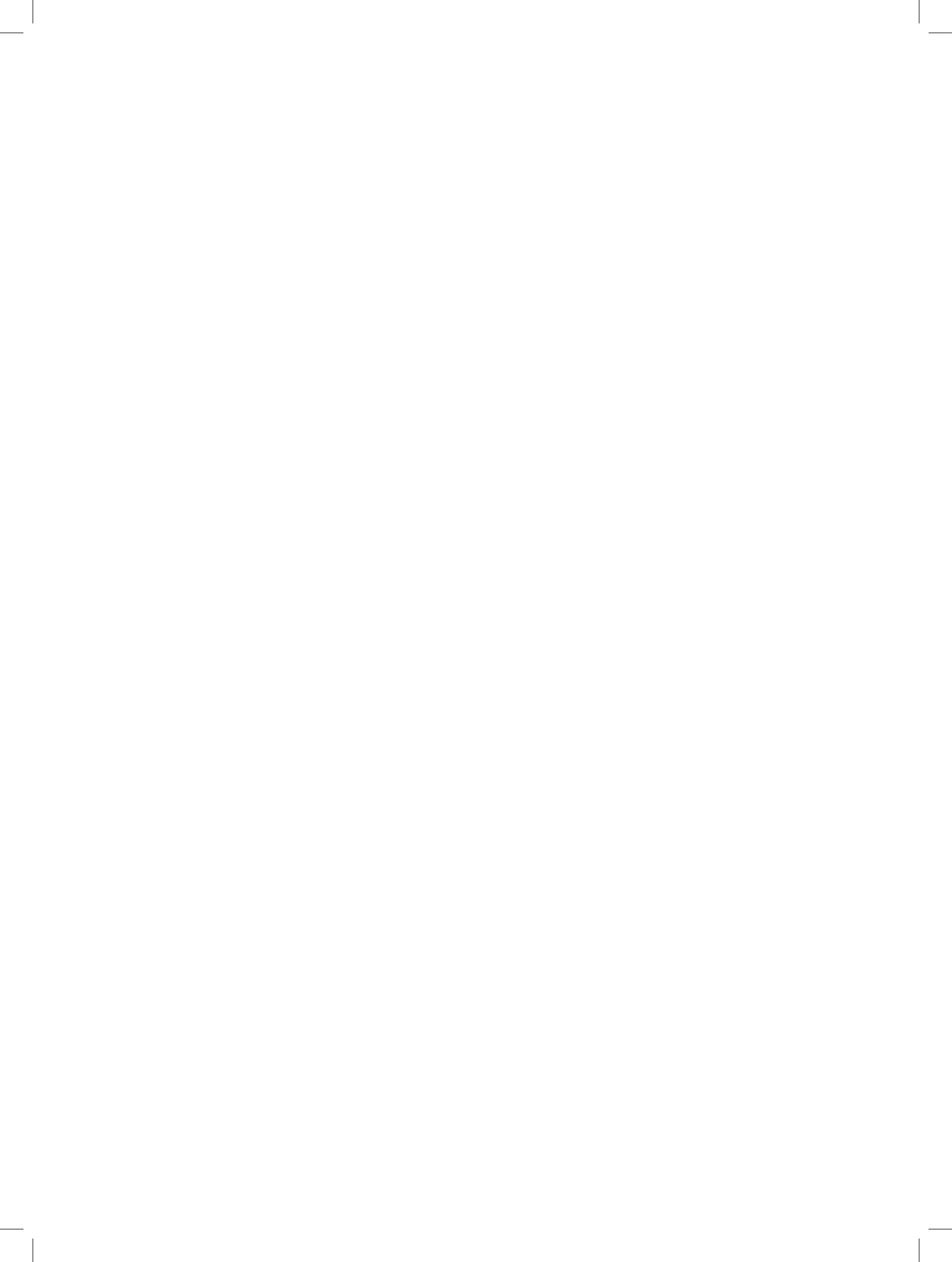
Tendes, pois, como evoluir em vossa carreira, sem, jamais, perder a referência de que, sobretudo, sois juízes por vocação, e não meros carreiristas.

Juízes, grandes juízes, empenhados – coragem, força, inteligência, audácia e vontade, virtudes que todos as possuís em abundância – na construção de um grande Brasil.

Os parabéns do Tribunal e da Justiça Federal da 1ª Região aos novos juízes federais substitutos ora empossados.

Muito obrigado, Senhor Presidente, Des. Federal Mário César Ribeiro, pela honraria que me concedeu de falar, em nome do Tribunal, neste evento.

Muito obrigado, meus colegas juízes, muito obrigado distinta assistência, pela paciência que tiveram de ouvir-me.



Orador: Pedro Felipe de Oliveira Santos*

Excelentíssimo Sr. Presidente do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Des. Mário César Ribeiro, em nome de quem cumprimento todos os membros da mesa e as demais autoridades presentes.

Cumprimento igualmente os familiares e os amigos, e saúdo os novos colegas juízes federais substitutos.

Os novos juízes trajados com a toga, defronte da mesa de honra e ladeados pelos desembargadores integrantes desta Corte; por trás, as autoridades, os familiares e os amigos convidados, atentos ao desenrolar da sessão solene: toda esta cena, que hoje se encontra no plano da realidade, um dia já foi um sonho distante. Não há realidade sem sonhos. O espírito livre, crítico e empreendedor não enxerga distâncias inalcançáveis, metas insuperáveis ou obstáculos intransponíveis. Das inquietações, faz surgir os sonhos; dos sonhos, as metas e os planos; dos planos, as realizações. O espírito livre sabe que entre a inquietação e a concretização há um longo caminho, mas não fraqueja. Conhece, em inúmeras ocasiões, o gosto amargo da derrota, mas não arrefece. Planeja, calcula, mergulha em reflexões, tenta manter o equilíbrio. Ora sofre, ora se regozija. Refaz planos e cálculos. Não tem pressa. Obtempera. Ousa. Resiste. Finalmente, vence. E sente a leveza sobre os seus ombros.

O homem que vence não é um mártir, um herói ou um ser distinto. O homem que vence é um ser determinado. Nesta data especial, cinquenta trajetórias dignamente construídas se entrelaçam e descortinam histórias de determinação, de renúncia e de disciplina. Somos homens e mulheres comuns, simples, do povo, que trazemos nos ombros as nossas trajetórias, os nossos valores e as nossas vivências. Como numa cerimônia de ofertório, apresentamo-nos, humildemente, para servir ao Estado brasileiro na função em que acreditamos melhor desempenharemos nossas competências e nossos talentos. Vestiremos a toga, honrosamente, mas permaneceremos homens e mulheres simples e comuns. Quem escolhe a magistratura não pode desejar fama ou glória como fim imediato, mas decerto deve se recolher na retidão e na disciplina.

O drama do juiz é a solidão. Toma conhecimento da lide. Ouve cada uma das partes e desenrola o ir e vir do iter processual, tal como um espiral dialético. Recolhe os argumentos. Contrapõe fatos e provas. Sopesa. Soma e integra, como se formasse em sua mente um mosaico de informações e de inferências. Ao fim, decide. Só. Sozinho. Não pode dividir a responsabilidade ou as agruras do cargo com qualquer outra pessoa. Decidir é um ato íntimo de solidão.

Todavia, a mesma solidão que consubstancia um drama, é, sob a perspectiva institucional, o corolário da garantia de independência do magistrado. Trata-se de tema sensível numa época em que os juízes, aos olhos da sociedade, têm rosto e têm nome. As pessoas sabem os nomes dos magistrados e os reconhecem nas ruas, comentam as decisões judiciais e se interessam pela pauta de julgamentos das cortes pátrias. Na sociedade aberta dos intérpretes em que vivemos, trata-se de saudável sintoma do perfil inclusivo de nosso sistema democrático. No entanto, em nenhuma hipótese, essa situação pode desaguar na submissão acrítica do magistrado à opinião pública.

A atividade jurisdicional dirige-se à sociedade, mas deve ser inspirada na Constituição e nas leis. O Judiciário é o único ramo de Poder estatal cujos membros não são eleitos pelo povo. Essa opção institucional tem íntima relação com o nosso projeto de democracia. Democracia não se resume à obediência à vontade de uma maioria. É também o respeito à opinião das minorias, com a consequente consolidação de espaços comunicativos e deliberativos, que permitam a todos os grupos terem vez e voz. Nesse sentido, em sua função contramajoritária, em diversas ocasiões, o juiz regularmente age contra a vontade da maioria e da opinião pública, para não sufocar as vozes e os direitos fundamentais dos grupos minoritários. Do contrário, não há processo inclusivo, mas processo totalitário. Muito menos se construirá democracia, mas sim demagogia.

*1º colocado no XIV Concurso Público para Provimento de Cargo de Juiz Federal Substituto da 1ª Região.

O Poder Judiciário não governa. No entanto, uma vez provocado, evita o desgoverno. O Poder Judiciário não legisla. Todavia, soluciona crises legislativas. Para tanto, age sempre com cautela e com prudência, de modo a não transgredir a tênue linha entre evitar o desgoverno e governar; entre solucionar a crise legislativa e legislar. Eis o fundamento da legitimidade da atuação do juiz, que equilibra o mosaico de forças de sustentação do Estado Democrático de Direito.

Nas últimas décadas, o Poder Judiciário vive uma efervescência de reflexões institucionais acerca de suas próprias bases e dos resultados que tem produzido à sociedade. Efetividade é a nova palavra de ordem. Inúmeras têm sido as transformações do modo de se pensar e de se fazer a Justiça, com o intuito de dinamizar a atuação do magistrado, não mais restrita à figura do juiz-julgador (perdoem-me o pleonasma), mas também englobante do juiz-conciliador, do juiz-mediador, do juiz-gestor da vara em que atua, entre outras funções interdisciplinares.

As instituições são as pessoas que a elas se integram. Normas programáticas, regimentos, projetos e qualquer outro arcabouço formal são letra morta se desacompanhados do nosso compromisso em torná-los efetivos. O Poder Judiciário, embora uma instituição multissecular, encontra-se em permanente construção e nós, juízes federais e servidores deste Tribunal, somos os construtores dessa obra. É NOSSO dever assumir esse projeto coletivo. Em verdade, tornamo-nos hoje servidores de milhões de brasileiros. Sem demagogias e retóricas, devemos nos despir das formalidades excessivas e adotar um espírito de servir em relação àqueles que nos buscam. O jurisdicionado é a razão do nosso trabalho.

O Judiciário é a porta última dos angustiados. Quem percorre os corredores dos fóruns depara-se com as mais profundas mazelas humanas, personificadas por faces marcadas ora pela dor, ora pela culpa, mas, em ambos os casos, sempre pontificadas por um grau de esperança. Quem chega a uma audiência ou a um julgamento, seja como autor, seja como réu, nunca se encontra em tranquilidade plena, uma vez consciente de que o curso de sua trajetória poderá ser significativamente alterado pela decisão a ser ali emanada. O juiz é um senhor de destinos: decide trajetórias e altera rumos de vida. Essa circunstância não o torna um ser superior, mas apenas aumenta a responsabilidade de seu trabalho. O resultado do agir imprudente ou parcial acarretará o infortúnio a quem merecia a tranquilidade, numa situação temida por qualquer magistrado: em busca da justiça, causar a injustiça.

Todo direito deve ser uma tentativa de direito justo. Justiça... Essa palavra polissêmica, densa, indecifrável. Desde a antiguidade grega até os mais profundos estudos da contemporaneidade filosófica, o homem pensador tenta definir a justiça. Sócrates, Platão, Aristóteles, Santo Agostinho, São Tomás de Aquino, Hobbes, Rousseau, Kant, Kelsen, Nietzsche, Rui Barbosa, Rawls, Alexy, Dworkin, Amartya Sen e muitos outros se debruçaram na busca de uma definição objetiva do que seja o justo. Cada valiosa contribuição descortinou novos horizontes, mas revelou as próprias limitações. Afinal, a Justiça, como valor, não se esgota no plano da racionalidade pura, mas reverbera no polo oposto, o plano da sensibilidade. Justiça não se define em abstrato. Justiça se sente no caso concreto.

Quem não é capaz de sentir a justiça, jamais saberá o que é o Direito. Adverte-se: sentir a justiça não é fazer poesia, tal como este discurso, repleto de elucubrações. Sentir a Justiça é, antes de decidir, colocar-se no lugar do réu e do autor, vislumbrando o caso em sua concretude e singularidade. Somente ao sair de sua capa, sendo capaz de ir à dor do outro, pode o juiz apreender, com a sua racionalidade, aquilo que cabe à razão pura apreender, bem como aprisionar, com a sua sensibilidade intelectual, aspectos do caso concreto que escapam à razão lógica.

Os mais avançados estudos da neurociência asseveram que, ao decidir, o homem estabelece uma ponte entre a razão e a sensibilidade. São dois polos inseparáveis, em franca comunicação permanente. Quando pondera princípios, realiza um juízo de proporcionalidade, ou inspira-se na lógica do razoável, o magistrado admite que, sendo o Direito uma criação humana, a interpretação da norma também incorpora essa inquebrantável relação. O bom juiz saberá dosar e equilibrar o saber lógico e o saber prudencial, o conhecimento técnico e a percepção da realidade. Afinal, as nossas decisões e sentenças não se isolarão nas

coletâneas de jurisprudência. Precisarão ser cumpridas – e bem cumpridas – no mundo dos fatos. Assim, ao tempo em que pautadas pela legalidade, também necessitarão dar respostas adequadas aos problemas e conflitos propostos.

O juiz é um homem, um ser do mundo. Tem uma história de vida, tem valores, tem percepções pessoais. Essa constatação nunca implicará a realização de julgamentos que recaiam no mero subjetivismo, muito menos o abandono à Constituição ou às leis. No entanto, a ciência jurídica somente progride se razão e sensibilidade se complementarem. Que a razão não invada o domínio da sensibilidade; que a sensibilidade não invada a autoridade da razão.

Por fim, um último registro, consistente na mais importante homenagem a ser realizada nesta noite e que, por esse mesmo motivo, encerra este discurso.

Não somente ao nosso mérito e à nossa determinação devemos esta vitória significativa em nossas vidas. Nenhuma vitória é órfã. Ninguém vence sozinho. Daqui a alguns minutos, quando encerrada esta sessão solene, encontraremos os nossos familiares e amigos, oportunidade em que lhes daremos aquele abraço afetuoso e emocionado, e lhes diremos carinhosamente: MUITO OBRIGADO.

Eles não leram os nossos livros; não enfrentaram jornadas exaustivas de aulas e de estudos; não responderam as nossas provas. Entretanto, eles nos deram o que há de mais essencial para estarmos aqui: amor. Ofereceram-nos o estímulo e a força para tomarmos decisões valiosas e seguirmos adiante; acreditaram em nosso êxito, mesmo nos momentos mais incertos; doaram-se por inteiro e, por vezes, adiaram os seus próprios sonhos para que pudéssemos realizar os nossos. Pais, irmãos, cônjuges, filhos, familiares e amigos: sabemos que, durante esses longos meses, a nossa angústia foi também a sua angústia; hoje, a nossa imensa alegria também é o motivo de sua imensa alegria. Estejam ou não aqui presentes, vocês são parte essencial deste momento, pois o nosso sucesso também é a sua vitória.

Meus colegas juizes, ingressamos hoje no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, uma Corte de jurisdição continental, envolvendo terras e culturas tão distintas, mas unas, todas integrantes do mesmo Brasil. Tão longo e árduo caminho aqui nos trouxe; tão longo e árduo caminho nos aguarda. É como, simultaneamente, chegar e partir. Sigamos prudentes e éticos. Tenhamos garra. Não deixemos que os obstáculos e as frustrações com que nos depararemos arrefeçam a nossa força, mas que apenas nos tornem mais maduros. Nunca nos deixemos perder a confiança nas nossas instituições, mesmo nos momentos mais tormentosos, pois um Juiz sem esperança deixa a Constituição em perigo. A humildade, a sensatez e a disciplina guiarão as nossas jornadas.

Lembremos ainda da advertência do filósofo Friederich Nietzsche, em seu emblemático livro *Assim falou Zaratustra*:

Ninguém pode construir em teu lugar as pontes que precisarás passar, para atravessar o rio da vida. Ninguém, exceto tu, só tu. Existem, por certo, atalhos sem números, e pontes, e semideuses que se oferecerão para levar-te além do rio; mas isso te custaria a tua própria pessoa; tu te hipotecarias e te perderias. Existe no mundo um único caminho por onde só tu podes passar. Onde leva? Não perguntes, segue-o!

Colegas, não há vitória sem luta. Não há realidade sem sonhos. Mediante sonhos, lutas e ações, saibamos contribuir valiosamente para a construção de uma efetiva democracia em nosso País. Este é o nosso tempo!



Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) e o fim da inviolabilidade do sigilo bancário

Marcelo Meireles Lobão*

Resumo

O estudo discorre sobre constitucionalidade do acesso, pelo Coaf, às informações financeiras protegidas pelo sigilo e o seu compartilhamento com outros órgãos, independentemente de autorização judicial. Empreende-se análise sobre o conceito de sigilo, inviolabilidade da intimidade e vida privada e reserva de jurisdição para, ao cabo, responder às seguintes indagações: o Coaf pode ter acesso pleno e irrestrito aos dados financeiros das pessoas jurídicas e naturais? Pode o órgão compartilhar diretamente com as polícias judiciárias, Ministério Público e outras instituições os relatórios financeiros produzidos sem prévia autorização judicial? Qual a extensão, profundidade, natureza, enfim, o conteúdo do controle judicial? O trabalho, partindo dos princípios da reserva de jurisdição absoluta e vinculação causal como referenciais teóricos, seguiu, como vetor metodológico, a linha exploratória (pesquisa bibliográfica e jurisprudencial). A pesquisa demonstrou que o compartilhamento direto – como sói ocorrer – ofende o direito constitucional de proteção do sigilo de dados e a inviolabilidade da intimidade e vida privada.

Palavras-chave: Coaf, sigilo, compartilhamento, controle judicial

Introdução

1 Generalidades

A Lei 9.613, de 1998, que

Dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf, e dá outras providências,

em sua redação original, não outorgou ao Coaf o poder de acesso direto e irrestrito a informações bancárias e

fiscais dos suspeitos de lavagem de dinheiro. Nos termos do art. 10, inciso III, a requisição dessas informações pelo Conselho estava condicionada a prévia e expressa autorização judicial.¹

Rompendo a tradição do Direito brasileiro quanto à preservação do sigilo de informações financeiras e fiscais, cujo afastamento sempre dependeu de prévia decisão judicial fundamentada,² a Lei Complementar 105, de 2001, assentou, em seu art. 2º, § 6º, que

O Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e os demais órgãos de fiscalização, nas áreas de suas atribuições, fornecerão ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, de que trata o art. 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, as informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações previstas no inciso I do art. 11 da referida Lei.

Desde então, o Coaf tem livre e pleno acesso aos dados bancários e fiscais de quaisquer pessoas, naturais ou jurídicas, que, em tese, figurem como proponentes ou participantes de transações financeiras consideradas atípicas pelo Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários e “demais órgãos de fiscalização”, assim como por instituições financeiras e demais “pessoais sujeitas ao mecanismo de controle”.

Ademais, a Lei Complementar 105, de 2001, estatui que não constitui violação do dever de sigilo a comunicação, às autoridades competentes, da prática de infrações penais ou ilícitos administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa (art. 1º, § 3º, inciso IV).

Contudo, à luz do princípio da reserva de jurisdição absoluta, acerca dessa matéria persistem questões ainda sem resposta: a ordem jurídica legítima o acesso do Coaf às informações financeiras e fiscais de pessoas naturais e jurídicas e o seu compartilhamento com outros órgãos, em especial os incumbidos da persecução penal, independentemente de autorização

* Juiz Federal titular da 3ª Vara Federal de Rondônia, juiz-corregedor da Penitenciária Federal de Porto Velho, embaixador da ONG Visão Mundial e pós-graduado em Direito do Estado e Ciências Penais. Autor do livro *Responsabilidade do Estado pela Desconstituição de Contratos Administrativos em Razão de Vícios de Nulidade* (Malheiros, 2008).

¹ Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º III: [...] deverão atender, no prazo fixado pelo órgão judicial competente, as requisições formuladas pelo Conselho criado pelo art. 14, que se processarão em segredo de justiça.

² Exceção é feita aos casos episódicos da democracia brasileira.

judicial? O compartilhamento de informações financeiras, consoante o arcabouço legislativo vigente, não implica verdadeiro fim do sigilo?

*I – Conselho de Controle de Atividades Financeiras
1 Escorço histórico*

O combate à lavagem de dinheiro constitui um dos principais mecanismos de enfrentamento do crime organizado nacional e transnacional. Em 2011, o Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crime divulgou relatório segundo o qual as redes de crime organizado auferem cerca de US\$ 870 bilhões de dólares por ano “Com a venda de produtos ilegais onde quer que haja demanda.” Esse montante, superior ao PIB de muitos países, corresponde, segundo o recente estudo, a 1,5% do GDP (produto global bruto) e 7% de todo o volume de exportações mundiais de bens e serviços.³

O primeiro instrumento internacional sobre lavagem de ativos é a Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de 1980. Buscava o documento concitar os países europeus a criar um regime mais rígido de identificação dos clientes das instituições financeiras e adotar medidas de cooperação e intercâmbio de informações, visando coibir o uso ilícito do sistema financeiro.

Contudo, coube à Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas – ou simplesmente Convenção de Viena de 1988 – levar o combate à lavagem de dinheiro a escala mundial, embora com ênfase à repressão do tráfico internacional de entorpecentes.

Posteriormente, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, estabeleceu, em seu art. 6º, que cada Estado parte adotaria medidas para caracterizar como infração penal a conversão ou transferência de produtos de crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a sua origem ilícita.

Ademais, a convenção, no art. 7º, concitou cada Estado a instituir, como medida de caráter instrumental,

Regime interno completo de regulamentação e controle dos bancos e instituições financeiras não bancárias e, quando se justifique, de outros

organismos especialmente susceptíveis de ser utilizados para a lavagem de dinheiro, dentro dos limites da sua competência, a fim de prevenir e detectar qualquer forma de lavagem de dinheiro, sendo nesse regime enfatizados os requisitos relativos à identificação do cliente, ao registro das operações e à denúncia de operações suspeitas.

Segue o mesmo dispositivo pontuando que cada signatário

Garantirá [...] que as autoridades responsáveis pela administração, regulamentação, detecção e repressão e outras autoridades responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro (*incluindo, quando tal esteja previsto no seu direito interno, as autoridades judiciais*), tenham a capacidade de cooperar e trocar informações em âmbito nacional e internacional, em conformidade com as condições prescritas no direito interno, e, para esse fim, considerará a possibilidade de criar um serviço de informação financeira que funcione como centro nacional de coleta, análise e difusão de informação relativa a eventuais atividades de lavagem de dinheiro.

O Brasil é signatário de ambas as convenções⁴⁻⁵.

Resultado dos compromissos internacionais assumidos, o país editou, em 1998, a Lei 9.613, que

Dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores e a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos.

E, mais recentemente, promoveu ampla reforma da lei, destacando-se o fim do rol determinado de crimes antecedentes.⁶

A lei, como parte de um amplo conjunto de medidas instrumentais preordenadas ao controle das operações, criou o Coaf – Conselho de Controle das

³ Fonte: Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crime (UNODC). *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes: research report*. Out./2011. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2012.

⁴ Aprovada pelo Decreto Legislativo 162, de 14 de junho de 1991, e promulgada por meio do Decreto 154, de 26 de junho de 1991. A convenção, em seu art. 3º, preceitua que “Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente: [...] b) I) a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das consequências jurídicas de seus atos; II) a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão.”

⁵ Ratificada, pelo Brasil, por meio do Decreto Legislativo 231, de 29 de maio de 2003, e promulgada em 15/03/2004, por meio do Decreto 5.015, de 12 de março de 2004.

⁶ Lei 12.683, de 2012.

Atividades Financeiras, dando-lhe feição de órgão central de inteligência do sistema de prevenção e repressão da lavagem de dinheiro. Na dicção do texto legal, compete ao

[...] COAF a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.

À semelhança dos demais países que subscreveram as convenções internacionais sobre lavagem de dinheiro, a lei brasileira confere primazia aos mecanismos preventivos. De fato, a pedra angular da política criminal de controle da lavagem de dinheiro repousa, no país e na maioria dos países ocidentais, nos instrumentos de prevenção, os quais “Se desenvolvem essencialmente em sede administrativa” (*Blanco, Fabian e Zaragoza, 2006, p. 278*).

Por conseguinte, é nítida a tendência de ampliação dos mecanismos e métodos de controle da movimentação interna e transnacional de capitais. A identificação mais precisa da origem dos valores e natureza das transações, a maior abrangência dos tipos de operações monitoradas, a ampliação do rol de instituições obrigadas a comunicar movimentações atípicas e a cominação de sanções cada vez mais rigorosas para casos de descumprimento, entre outras medidas, são exemplos da intensificação do espectro de intervenção do Estado na sociedade – com os efeitos colaterais que daí advêm – com o objetivo de tentar erradicar a lavagem de valores obtidos por meios criminosos e, com isso, neutralizar as grandes organizações criminosas.

Atualmente, o marco regulatório da prevenção da lavagem de ativos funda-se em três pilares: existência de órgão especializado que centralize e fiscalize as operações financeiras cujas características sejam consideradas heterodoxas; obrigatoriedade de comunicação, por parte das várias instituições que atuam direta ou indiretamente nos mercados financeiro e de bens e serviços, acerca de transações que exorbitem do padrão esperado; e, intercâmbio de informações entre os órgãos de inteligência dos países envolvidos e entre estes e os serviços de justiça criminal.

Com uma ou outra especificidade, o certo é que o sistema preventivo da maioria dos países que se propuseram a enfrentar a lavagem de capitais está estruturado nesses três eixos.

2 *Acesso a informações financeiras e seu compartilhamento*

Para que possa desincumbir-se de suas funções, é imprescindível que o Coaf tenha acesso a dados detalhados da transação financeira. Isso é fato. Entretanto, ao contrário do que ocorre hoje, o Coaf, inicialmente, não ostentava o poder de acessar direta e irrestritamente informações bancárias e fiscais. As instituições obrigadas se limitavam a encaminhar ao Conselho registro das operações consideradas atípicas, basicamente, com referências a nomes e valores globais.

Maiores detalhamentos, como operações cruzadas e reversas, beneficiários finais, origem dos recursos, entre outras informações, dependiam de prévia autorização judicial, mediante decisão fundamentada, como, de resto, estava previsto no art. 10, inciso IV, da Lei 9.613, de 1998:

Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:

[...]

III - deverão atender, no prazo fixado pelo órgão judicial competente, as requisições formuladas pelo Conselho criado pelo art. 14, que se processarão em segredo de justiça.

Não faltaram vozes contra o procedimento previsto na lei, o qual, aliás, é importante que se diga desde logo, replicava a tradição do Direito brasileiro de só permitir o afastamento do sigilo de dados ou protegidos pela inviolabilidade da vida privada e intimidade mediante prévia decisão judicial fundamentada.

O próprio Coaf, nos relatórios de atuação de anos anteriores, fez constar uma incontida insatisfação quanto à sua sujeição ao controle judicial, ao defender abertamente a prerrogativa de acesso aos dados independentemente de intervenção judicial.

Os apelos do órgão foram ouvidos. Em 2001, sem maiores debates, o Congresso Nacional aprovou a Lei Complementar 105, a qual, em seu art. 2º, § 6º, pontua que

O Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e os demais órgãos de fiscalização, nas áreas de suas atribuições, fornecerão ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF [...], as informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações previstas no inciso I do art. 11 da referida lei.

Assim, com a entrada da Lei Complementar 105, de 2001, o Coaf ficou desobrigado de postular em juízo e, assim, declinar os motivos que embasam sua decisão e hábeis a demonstrar a adequação e necessidade da medida, para ter acesso a dados tradicionalmente considerados sigilosos. O órgão, portanto, é dotado

atualmente da prerrogativa de manipular informações financeiras de quaisquer pessoas, naturais ou jurídicas, que, em tese, figurem como proponentes ou participantes de transações financeiras consideradas atípicas pelo Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários e “demais órgãos de fiscalização”, assim como por instituições financeiras e demais “pessoais sujeitas ao mecanismo de controle”.

Ademais, a prerrogativa do Coaf estende-se às informações financeiras de quaisquer pessoas que, em tese, possam ter utilizado, em atividade econômica ou financeira, bens provenientes de infração penal ou mesmo participem de grupo, associação ou escritório cuja atividade principal ou secundária seja dirigida à suposta prática de crimes de lavagem de dinheiro.

A mudança legislativa foi profícua. De 1999 a 2002, o Coaf recebeu 12.096 comunicações referentes a operações no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (Bacen). Nos anos posteriores, já sob a vigência da Lei Complementar 105, de 2001, o número de comunicações saltou para 2.869.229.⁷

O intercâmbio de informações pelo Coaf, por sua vez, está disciplinado no art. 1º, incisos IV e VI, que assim preceituam:

[...]

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

[...]

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

[...]

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta lei complementar.

O intercâmbio de informações pelo Coaf, em especial com o Ministério Público e Polícia Federal, aumentou sensivelmente a partir de 2002. Segundo o relatório anual de atividades de 2010, publicado pelo órgão,

A cooperação entre o COAF e outras instituições resultou em mais de 13,9 mil intercâmbios de informações, no período entre 2003 e 2011, com

destaque para o Ministério Público (5,1 mil), Polícias (5,2 mil), e Poder Judiciário (2,2 mil).⁸

O mesmo relatório traz um dado preocupante. Segundo o documento, levantamento preliminar efetuado pela Polícia Federal concluiu que com base nos 2,02 mil relatórios de inteligência financeira encaminhados pelo Coaf àquele órgão, de 2005 a 2010, foram instaurados apenas 136 inquéritos. Ou seja, menos de 10% das suspeitas levantadas pelo órgão de inteligência se convolveram em indícios de crime. E a experiência forense demonstra que, se se levasse em conta a quantidade das denúncias efetivamente recebidas e condenações impostas, aquele percentual seguramente seria bem menor.

Além disso, se se comparar o número de inquéritos instaurados pela Polícia Federal, principal destinatária dos relatórios de inteligência financeira, com os quase três milhões de comunicações recebidas pelo Coaf, chega-se inevitavelmente à conclusão de que bem mais de 90% das pessoas cujos dados financeiros são devassados pelo conselho e, conseqüentemente, pelos órgãos destinatários dos relatórios por ele produzidos não praticaram crime de lavagem de dinheiro.

Ao contrário do que ocorria anteriormente à Lei Complementar 105, de 2001, em que o acesso à informações financeiras e, por conseguinte, o respectivo compartilhamento se processavam por meio de medida cautelar *judicializada*, atualmente não existe qualquer controle sobre a legitimidade de intervenção do Conselho na vida dos indivíduos e empresas. Note-se que as milhares de pessoas investigadas pelo órgão e que, mais tarde, nem sequer foram indiciadas ou denunciadas por não terem se confirmado as suspeitas iniciais, nenhuma foi informada pelo órgão de que sua vida financeira foi alvo de escrutínio.

Em outras palavras, o legislador atribuiu ao Coaf poder hegemônico, estendendo-o aos órgãos incumbidos da persecução penal.

II – Reserva de Jurisdição e Princípio da Vinculação Causal

1 Reserva de jurisdição

A Constituição Federal destinou ao Poder Judiciário a mais grave das funções de Estado: fazer atuar, concretamente, os direitos subjetivos, sobretudo aqueles de latitude fundamental, quando ameaçados ou violados por ação ou omissão do Estado ou mesmo

⁷ Fonte: SisCoaf. Disponível em <<https://www.Coaf.fazenda.gov.br/conteudo/estatisticas/comunicacoes-recebidas-por-segmento/>>. Acesso em: 22 jul. 2012.

⁸ BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Relatório de atividades 2011*. Brasília, DF, abr. 2012, p. 23.

particulares, e velar pela integridade e vigência do ordenamento jurídico enquanto pilar da coesão e paz sociais.

A essencialidade da missão confiada ao Poder Judiciário não passou despercebida por Gregório Assadra de Almeida, que sublinhou a importância que a função jurisdicional exerce para o aperfeiçoamento dos valores democráticos.

Essa implementação material do Estado Democrático de Direito brasileiro pela via jurisdicional é fundamental e ocorrerá se o Poder Judiciário, consciente e lúcido de seu dever, desenvolver atividade interpretativa: de um lado, de *proteção* dos direitos e garantias constitucionais já consagrados formalmente; de outro, de *efetivação*, no plano material, desses direitos e garantias constitucionais, sejam eles de natureza individual, sejam eles de natureza coletiva. (ALMEIDA, 2011, p. 6)

O mesmo autor, ao discorrer sobre o princípio intangível da inafastabilidade da tutela jurisdicional, esculpido no art. 5º, inciso XXXV, do texto constitucional, invoca relevante lição de Carmen Lúcia Antunes Rocha:

O direito à jurisdição apresenta-se em três fases que se encadeiam e se completam, a saber: a) o acesso ao poder estatal prestador da jurisdição; b) a eficiência e prontidão da resposta estatal à demanda de jurisdição; e c) a eficácia da decisão jurisdita. A dicção, mesmo que constitucional, do direito à jurisdição não basta para que o cidadão tenha a segurança de ver assumido e solucionado pelo Estado o conflito que, eventualmente, surja na aplicação do direito. Entretanto, não se aspira, neste final de século, um direito fundamental virtualizado em norma e esvaziado em práticas inoperantes e insatisfatórias. Quer-se um direito vivo, o direito das praças públicas, não um direito acomodado, direito das prateleiras das bibliotecas fechadas. Por isso, é insuficiente que o Estado positive a jurisdição como direito, enunciando-o na fórmula principiológica da inafastabilidade do controle judicial, mas não viabilize as condições para que este direito seja exercido pelos seus titulares de modo eficiente e eficaz. (ROCHA, 1993, apud ALMEIDA, 2011, p. 7).

O tema coteja, sem dúvida alguma, a doutrina da separação dos poderes, que, na quadra atual, tem sido o alvo preferido das críticas dos pensadores da ciência política contemporânea.⁹

⁹ Mendes, Gilmar Ferreira. *Controle incidental de normas no Direito brasileiro*. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Parte II, item 4, p. 240-298. Material da 3ª aula da Disciplina Teoria Geral do Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso

Fala-se, inclusive, que a teoria, irmã siamesa do constitucionalismo e erguida historicamente ao patamar de limitação do poder de caráter orgânico-estrutural, encontrou seu ocaso com o advento das constituições modernas e, de maneira mais marcante, com as profundas mudanças sociais e políticas ocorridas no final do século XX e reunidas sob o epíteto da *pós-modernidade*.

Sem embargo, parte da doutrina,¹⁰ ao tempo em que adverte para a superação da teoria tal qual ensaiada por Barão de Montesquieu, defende que a separação dos Poderes subsiste, entretanto, sob nova roupagem: a visão clássica de que o constitucionalismo moderno pressupõe a existência de uma rígida divisão entre os Poderes do Estado, como forma de instituir uma relação de moderação e controle recíprocos, dá lugar à perspectiva de *especialização funcional e independência orgânica*.

No Brasil, o Princípio da Separação dos Poderes tem assento constitucional e, mais do que isso, constitui cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, inciso III), donde se extrai a sua especial virtude de influenciar todo o ordenamento jurídico, funcionando com um vetor interpretativo não só das normas infraconstitucionais, como também das demais normas da Constituição.

Destarte, prevalece o entendimento, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que existe um espaço de atuação privativo de cada um dos Poderes e impermeável aos demais. A passagem da doutrina clássica da tripartição dos poderes à moderna concepção da especialização funcional não ab-rogou o monopólio que detém o Poder Judiciário no desempenho de determinadas competências.

Na verdade, o modelo de relacionamento entre os poderes que surge no horizonte desta época que

de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado – Anhanguera-Uniderp/Rede LFG.

¹⁰ Karl Loewenstein formulou uma interessante abordagem sobre o tema: “A clássica separação dos poderes estaria ultrapassada dentro da nova realidade do Estado assistencialista. Essa divisão entre as funções do Estado não seria de todo má, muito embora a ação governamental contemporânea exija uma direção mais unificada, que atualmente poderia ser chamada de liderança política. A função do governo, dentro desta perspectiva, deixa de estar restrita a execução de leis genéricas e abstratas, que tão somente haveriam de representar a vontade geral da nação. Agora a legislação simplesmente vem a refletir o direcionamento político da nação, e tanto o Legislativo quanto o Executivo deixam de ser funções distintas, para serem simplesmente consideradas como diferentes técnicas de liderança.” (Aut. cit., Political Power and the Governmental Process, 2. ed., Chicago, 1965, p. 34-42. In: Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade*. Saraiva. São Paulo, 1995, p. 46.

se convencionou denominar pós-moderna, ao revés, merece ser interpretado como resgate e renovo dos ideais que repousam nas entrelinhas dos escritos de Montesquieu e que governaram a construção de sua doutrina: a proteção da liberdade por meio da contenção do poder pelo próprio poder.¹¹ É que na doutrina de Montesquieu, a distribuição de funções assume relevância tão somente na medida em que permite que os poderes estatais reconduzam-se reciprocamente aos limites estabelecidos em caso de excesso ou abuso. A teoria clássica não possui o sentido de divisão formal e rígida de competências e destituída da racionalidade. A tônica da doutrina é a limitação do poder, o que, na visão do jusfilósofo francês, só é possível se outro poder, igualmente independente e posicionado no mesmo plano político-jurídico, fiscaliza o respeito daquele aos limites postos e se tais limites são conhecidos.

Em consequência, a contenção do poder estatal e a sua submissão ao império do direito reclamam a observância do “conteúdo nuclear e histórico” do princípio da separação dos poderes.¹²

Nessa esteira, por tudo o que se disse até agora, várias são as verdades jurídicas que transcendem do postulado: independência dos Poderes frente aos demais, relação de equilíbrio entre eles, vedação de sobreposição das competências principais, proibição de que uma pessoa seja simultaneamente membro de mais de um poder, inadmissibilidade de *instâncias hegemônicas*, e, no que mais importa ao presente estudo, existência de funções estatais privativas.

Luís Roberto Barroso traz o seguinte testemunho sobre o Princípio da Separação dos Poderes e os conceitos que dele derivam:

Há, por certo, diversas formas de realizar essas duas concepções básicas – divisão de funções entre órgãos diversos e controles recíprocos –, e a experiência histórica dos diferentes países ilustra a tese. Na experiência brasileira, a doutrina mais autorizada extrai dessas ideais centrais dois corolários: a especialização funcional e a necessidade de independência orgânica de cada um dos Poderes em face dos demais. A especialização

funcional inclui a titularidade, por cada Poder, de determinadas competências privativas. A independência orgânica, demanda, na conformação da experiência presidencialista brasileira atual, três requisitos: (i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo; (ii) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política; e (iii) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais Poderes.¹³

Negar ao Poder Judiciário a titularidade de funções típicas exclusivas, insuscetíveis de usurpação por parte do Executivo e Legislativo, minaria o sistema de moderação. O resultado seria, sem dúvida, a concentração de poder e surgimento de governos autoritários.

Por isso, advoga-se a existência de uma “reserva de jurisdição”, a exprimir a ideia de que há certas matérias confiadas com exclusividade pela ordem jurídica ao Poder Judiciário, assim como existem aquelas reservadas privativamente aos Poderes Executivo e Legislativo. Sem o reconhecimento de competências reservadas, ao menos aquelas inerentes ao *núcleo essencial* de cada uma das funções de Estado, não haveria independência entre os Poderes. Antes, o órgão que avocar a si atribuições tipicamente deferidas a outro poder, a pretexto de exercer parcela da soberania, tornar-se instância hegemônica de poder.

Em reforço a esse pensamento, importa colher a lição de Canotilho.¹⁴ O emérito professor catedrático da Universidade de Coimbra assinala que o estabelecimento dos marcos divisórios do campo de atuação privativa dos poderes pressupõe o exame da capacidade técnica de cada qual. Assim, o poder *especialmente qualificado* para desempenhar dada função típica deve fazê-lo com exclusividade, sem ingerência dos demais. A formulação teórica, designada por Canotilho de “justeza funcional”, propõe demarcar as competências privativas com esteio em critério racional e coerente com o fundamento da decisão político-jurídica de especialização funcional dos poderes. Não faria sentido a Constituição reconhecer um modelo de partição do poder baseado na natureza das principais incumbências do Estado – legislar, executar políticas públicas e julgar os conflitos – e, ao mesmo tempo, autorizar a usurpação ou uma espécie

¹¹ “Essa divisão é quem verdadeiramente distingue e classifica as diversas formas dos governos, quem estrema os que são absolutos dos que são livres, quem enfim opera a distinção real dos diferentes interesses e serviços da sociedade. Sem ela o despotismo necessariamente deverá prevalecer, pois que para o poder não abusar é preciso que seja dividido e limitado, é preciso que o poder contenha o poder.” (Bueno, José Antonio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1958, p. 31.)

¹² Cf. Barroso, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 173.

¹³ Idem, *ibidem*, p. 174.

¹⁴ Aut. cit., *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 552.

de delegação dessas funções. Naturalmente, o modelo de especialização funcional provoca diferenças importantes na estruturação de cada parcela da potestade estatal e até mesmo na formação de seus integrantes e nos critérios de seu recrutamento.

Em síntese, a estruturação dos Poderes a partir dos fins do Estado reclama que, na atuação cotidiana dos órgãos que os integram, haja fiel observância da natureza dos atos que funcionaram como critério da repartição de competências. Qualquer medida que se afaste dessa premissa contrasta com a decisão política condutora da lei fundamental, atraindo para si o labéu de ilegitimidade. Em outras palavras, a dimensão orgânica da potestade estatal vincula o modo como o universo de atos praticados em nome do Estado se apresenta. Dizer o contrário é uma fraude contra o constituinte originário.

A exata compreensão dessa temática requer que se medite sobre as lições de Paulo Castro Rangel:

Ora, como o estabelecimento de uma reserva pretende justamente garantir-se que o órgão político-constitucionalmente pensado para se desincumbir de uma certa função, o faça efetivamente (e sem interferência de outro órgão). Trata-se, pois, de uma técnica normativa destinada a revigorar a idéia de separação dos poderes e onde, melhor do que em quaisquer outras, se verifica o fenômeno da contaminação das normas organizatórias, por isso que se liga incindivelmente o domínio de uma matéria determinada à estruturação de um certo órgão.¹⁵

A doutrina da reserva de jurisdição encerra uma distinção inescusável. A exclusividade reconhecida ao Poder Judiciário opera-se, na maioria das vezes, *a posteriori*. Mas certas matérias estão sujeitas desde o princípio, ou seja, *ex ante*, ao conhecimento privativo de um juiz.

Tais fenômenos receberam da doutrina a rubrica de reserva relativa e absoluta de jurisdição. Na primeira hipótese, qualquer dos poderes pode agir *motu proprio*, fazendo atuar a norma aplicável diretamente. Aqui, o atributo da autoexecutoriedade do ato administrativo encontra máxima expressão.¹⁶

Segundo Paulo Castro Rangel, o traço distintivo da reserva relativa consiste na existência de interesse

público primário que reivindique a atuação da Administração Pública desde logo. A teoria por ele engendrada, com se vê, desloca o fator de determinação do monopólio jurisdicional da perspectiva do direito em causa para a perspectiva do ato interventor.¹⁷

Evidentemente, a conceituação do instituto não se exaure com a leitura do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, a sugerir que reserva relativa seria o fenômeno que assegura a todos a pretensão de invocar a tutela do Poder Judiciário em caso de ameaça ou violação a direito.

O estudo da reserva jurisdicional pressupõe um recorte da temática relativa ao princípio da inafastabilidade da tutela do Poder Judiciário, pondo-se em destaque aquelas situações em que a intervenção estatal pode ou não configurar ameaça ou violação a direito a depender de qual órgão do Estado emanou o ato interventivo. Ou seja, a questão remete aos temas da legitimidade, competência (*lato sensu*) e procedimento estabelecidos, implícita ou explicitamente, no ordenamento jurídico. Daí a posição de Rangel que, em uma visão açodada, poderia ser tomada como reducionista.

Noutro giro, a reserva absoluta significa que cabe privativamente ao Poder Judiciário não apenas a última, mas a primeira palavra. Nesse campo, nenhum outro poder ou instituição estatal pode substituir-se ao Judiciário e realizar intervenção de caráter decisório, ou seja, *ex propria auctoritate*.

Algumas das hipóteses em que somente ao Judiciário é dado intervir na esfera jurídica, emprestando licitude a um ato que, de outro modo, caracterizaria ameaça ou ofensa a direito, estão dispostas, expressamente, no ordenamento jurídico como um todo, desde a Constituição até as normas infraconstitucionais. Exemplos de reserva absoluta explícita são as normas do art. 5º, incisos XI, XII e LXI, da Constituição Federal, e 982, 1.104 e, *a contrario sensu*, 1.124, do Código de Processo Civil.

Além disso, há outra situação jurídica em que a intervenção decisória do Estado só se legitima quando materializada pelo Poder Judiciário: a existência de conflito, atual ou iminente, entre direitos ou princípios fundamentais de igual nível hierárquico, cuja solução dependa do exame de fatores concretos. Nesse caso, os valores em rota de colisão ostentam igual dignidade e a decisão sobre qual deles deva prevalecer está condicionada à apreciação da situação concreta.

¹⁵ Op. cit., p. 27.

¹⁶ As considerações deste parágrafo e dos seguintes se beneficiaram da pesquisa acadêmica de Fernanda Regina Vilares: aut. cit. *A reserva de jurisdição no processo penal*. 2010. 239f. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 65.

Assim, como não é possível ao legislador prever nas normas positivadas todas as contingências da vida e, com base nelas, estabelecer *a priori* o universo de hipóteses em que determinado direito fundamental deva sucumbir diante de outro direito ou interesse constitucional, cumpre ao judiciário fazê-lo. E essa competência não pode ser desempenhada pelo Poder Executivo por uma razão muito simples: a solução do conflito entre dois ou mais valores, assim já reconhecidos pelo ordenamento jurídico, e que ostentam a mesma importância, demanda um pronunciamento isento e imparcial.

A introdução no Direito brasileiro da doutrina da reserva de jurisdição é creditada ao Min. Celso de Mello, que, ao julgar pedido formulado em mandado de segurança impetrado contrato ato de comissão parlamentar de inquérito, pôs em relevo a distinção existente entre as duas espécies de reserva de jurisdição. Eis o que escreveu o d. ministro em seu voto:

O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. Doutrina. (STF, MS 23452, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12/05/2000, p. 20, ement. vol. 1990-01, p. 86).

Não se pode ignorar, igualmente, que a afetação restritiva de direitos fundamentais (intimidade e vida privada) em nome de outros direitos de igual latitude (segurança pública, paz social, proteção eficiente da poupança popular e do patrimônio, etc.) reporta-se, necessariamente, à metodologia da ponderação. Daí a exigência conatural de que a conformação dos valores em jogo, mediante a redução racional, controlada e justa do alcance de cada um, respeitado o seu núcleo essencial, seja realizada por órgão imparcial e especialmente estruturado para cumprir essa missão.

Nesse sentido, máxime nas hipóteses em que o poder constituinte originário não estabeleceu parâmetros objetivos e claros para o arbitramento de qual valor deve prevalecer em dada situação de colisão de direitos fundamentais e acerca dos quais a solução da relação de tensão depende do sopesamento de circunstâncias concretas e alheias à prognose legislativa, reivindica-se uma decisão particularmente fundamentada, isenta e volvida ao caso posto. O atendimento a esse protocolo só é possível se a decisão for emanada de um órgão equidistante, imparcial, independente e dotado de legitimação para instituir a “regra do caso” com força cogente.¹⁸

É lícito afirmar que compete primariamente ao legislador ordinário, em razão da legitimidade obtida nas urnas, “Proceder a uma definição de relações de preferência relativa” entre os direitos fundamentais.¹⁹ Contudo, deve o Poder Legislativo pautar-se dentro da moldura escrita pelo texto constitucional e ater-se aos limites, explícitos e implícitos, do poder de conformação que esta lhe confere. E um dos limites não escritos, mas imanentes ao poder legiferente, é o respeito incondicional à competência traçada pelo constituinte aos outros poderes do Estado.

Desse modo, extrapola o poder de conformação a norma ordinária que oblitera o poder-dever do Estado-Juiz de examinar, previamente, os motivos que justificariam o acesso a informações mantidas sob o abrigo do sigilo e das inviolabilidades. Por inferência lógica da separação dos poderes, essa matéria não pertence à esfera de disponibilidade do legislador. Ao revés, espera-se dele um comportamento diametralmente oposto, isto é, a previsão na norma conformadora de medidas que fortaleçam o exercício, pelo Poder Judiciário, de sua competência

¹⁸ Nesse sentido: Novais, Jorge Reis. Op. cit., p. 635. De acordo com o autor português, “[...] Quando a norma jusfundamental garante um determinado interesse de liberdade será que isso é feito com um alcance em que a própria Constituição já ponderou tudo quando há a ponderar, em ordem a uma aplicação meramente subsuntiva da norma, ou, ao invés, se limita a consagrar uma garantia genérica, principal, remetendo para os poderes constituídos a necessidade de posteriores e decisivas ponderações a realizar no momento em que a garantia em causa se confronta com outros bens igualmente dignos de proteção jurídica? [...] De resto, é também naquela primeira fase, isto é, quando se aprecia a adequação constitucional da cedência de um bem protegido por um direito fundamental sem reservas - o fundamento da restrição - que as existências ou ônus de justificação são especialmente agravados, uma vez que, na ausência de autorização constitucional expressa, o autor da restrição fica estritamente obrigado a justificar a necessidade da restrição e o controlo sobre essa justificação por parte do órgão jurisdicional é, reflexamente, mais intenso.”

¹⁹ Cf. Novais, Jorge Reis. Op. cit., p. 881-882.

preordenada à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

2 Princípio da vinculação causal

As questões controvertidas acerca da solução de conflitos entre direitos fundamentais não se esgotam nas discussões sobre competência e procedimento. O pronunciamento judicial traz à cena mais uma variável cuja significação influi decisivamente na formulação das *restrições* dos direitos: a dimensão vinculante da própria decisão judicial.

No âmbito da obtenção da prova a ser usada no processo penal – disciplina de que se ocupa este breve estudo – há um princípio da maior importância e que necessariamente deve pautar a definição do conteúdo da decisão judicial que autoriza determinada restrição a direito fundamental, mas que, nem por isso, mereceu a devida atenção por parte da doutrina. Está-se referindo ao princípio da proibição do desvio causal ou especialidade da prova.

A instrução processual penal presta-se, essencialmente, à reconstituição técnica dos fatos criminosos e suas circunstâncias, permitindo ao juiz formar sua convicção quanto à existência do delito, sua autoria, correta subsunção do fato ao preceito primário da norma incriminadora e formulação da adequada resposta penal. Etimologicamente, instrução provém da raiz latina *struō* ou *instruere*, sendo esta a junção do prefixo *in* (em, na) e *struō* (amontoar, organizar, arranjar, preparar, construir). A origem etimológica da expressão revela que a instrução processual objetiva reconstruir o passado para que o julgador possa redigir seu veredicto como se ele próprio tivesse testemunhado os fatos.

Em vista da importância que ocupa no âmbito do processo penal, constituindo *conditio sine qua non* para a aplicação da lei penal, o processo de obtenção da prova subordina-se a um complexo conjunto de regras e princípios, sem os quais a atividade probatória precipitaria para o arbítrio e abuso. O desprezo a esses postulados ressuscitaria o processo inquisitivo católico da Idade Média, que não conhecia limites.

Um desses princípios é a proibição de desvio causal da prova, segundo o qual os elementos probatórios obtidos mediante sacrifício de direito fundamental somente podem ser utilizados para apuração dos fatos que justificaram a medida excepcional. A autorização judicial para a supressão episódica de direito de tal envergadura é ato vinculado e limitado. Desse modo, a prova assim obtida não pode ser utilizada como *prova emprestada*, não se lhe aplicando o princípio do encontro fortuito de provas.

O princípio mereceu as seguintes considerações de Susana Álvarez de Neyra Kappler, professora de Direito Processual da Universidade Autónoma de Madrid:

Por su parte, el otro de los principios apuntados, el así llamado principio de especialidad, viene referido a determinar el alcance de la resolución judicial habilitadora de la práctica de una determinada diligencia, de modo que sólo ciñéndose a ese ámbito se puede sostener la legalidad de dicha diligencia.

Respecto de este principio, el TS [Tribunal Supremo] se ha referido al mismo como uno de los requisitos que debe reunir toda autorización judicial habilitante de una intervención restrictiva en un derecho fundamental. Así, la resolución judicial se otorga para una investigación específica y determinada, de modo que la autorización se refiere al concreto objeto de investigación y no a otro, para evitar las diligencias de prospección. Y es que la resolución judicial para investigar otros hechos delictivos no podría servir, por no existir indicios de que el sospechoso lo sea también de esos otros hechos (principio de intervención indiciaria), y porque, aún existiendo tales indicios, podría no ser proporcionada una nueva restricción, dada la insuficiente gravedad de los mismos. En definitiva, no cabe decretar una diligencia limitativa de derechos para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, otros actos delictivos. (Neyra Kappler, 2011, p. 9).²⁰

A licença para que a autoridade policial possa colher provas de todo e qualquer ilícito, quer conexo ou não com o fato que fundamentou a decisão, eliminaria a possibilidade de controle judicial e seria uma fraude ao sistema e à presunção de boa-fé. É o que acontece quando, a pretexto de cumprir medida cautelar de busca e apreensão domiciliar para recolher indícios de

²⁰ Em tradução livre: “Por sua vez, o outro dos princípios mencionados, o assim denominado princípio da especialidade, busca determinar a extensão da decisão judicial que autoriza a prática de uma determinada diligência, de modo que só circunscrita a este âmbito se pode sustentar a licitude da referida diligência. Quanto ao princípio, o TS [Supremo Tribunal] se referiu a ele como um dos requisitos que toda decisão judicial deve observar ao permitir a intervenção restritiva sobre um direito fundamental. Assim, a autorização judicial é concedida para uma investigação específica e determinada, de modo que a decisão abrange um objeto concreto sob investigação e não qualquer crime, a fim de evitar “diligências casuais de investigação”. É que a decisão judicial não pode servir para investigar outros crimes, por não existirem, no momento da prolação do provimento jurisdicional, indícios de outros crimes também perpetrados pelo alvo da diligência (princípio da intervenção indiciária), porque, posto que existam tais indícios, uma nova restrição poderia não ser autorizada, dada a insuficiente gravidade desses indícios. Em suma, não cabe decretar uma diligência restritiva de direitos para tentar apurar, em geral, e sem a adequada precisão, outros atos delictivos.”

crime de sonegação fiscal, a polícia judiciária passa a *perscrutar* sobre a existência de documentos que comprovariam delitos de maior gravidade, como corrupção, peculato e lavagem de dinheiro – e verdadeiros alvos dos investigadores –, mas cujos indícios até então reunidos não se mostravam suficientes para amparar a medida. Essa seria, sem dúvida, uma maneira de tentar ludibriar os demais atores do processo, sobretudo o juiz.

Por isso, Aury Lopes Jr. acentuou que o desvio causal

Trata-se de perquirir sem uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, o que resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal (FERRAJOLI), inserindo-se no referencial inquisitório [...].²¹

O reconhecimento do princípio da vinculação causal independe de sua positivação na lei processual, eis que se trata de uma consequência lógica da exigência de fundamentação *adequada* das decisões judiciais. O emprego da prova obtida com sacrifício a direito fundamental para apoiar édito condenatório em relação a delito diverso daquele cuja possível existência alicerçou o deferimento da medida cautelar probatória, e nem mesmo com este conexo, conduz iniludivelmente à *ausência* de decisão judicial fundamentada.

Não se pode deixar de ressaltar que a vinculação causal não obsta o encontro fortuito de provas de estado flagrancial e de delitos que guardem conexão com o fato que justificou a medida probatória. No primeiro caso, o desvio causal é permitido porque a ordem jurídica autoriza a restrição a dois importantes direitos de estatura fundamental – inviolabilidade do domicílio (CF, art. 5º, XI) e liberdade (CF, art. 5º, LXI e CPP, art. 283 e 301), em situação de flagrante delito, de modo que não é razoável proibir-se a coleta da prova sob idênticas circunstâncias, medida muito menos invasiva.

A segunda hipótese, a seu turno, encontra fundamento no fato de que a conexão (aqui compreendida em sentido amplo, a abranger a continência) configura técnica de julgamento simultâneo de processos envolvendo crimes diversos, ou mais de um agente em concurso, mas que, na perspectiva dos autores correspondem a uma unidade

delitiva. Trata-se, ademais, de uma forma de impingir temperamentos ao princípio, a fim de que uma garantia processual não seja instrumento acobertador de ilícitos que, de qualquer sorte, fariam parte do objeto da investigação em andamento.²²

Evidentemente, a conexão prevista no art. 76, inciso III, do Código de Processo Penal, denominada conexão probatória, não pode ser invocada para legitimar o desvio causal, quando a própria circunstância de descoberta da prova constituir o argumento de existência de vínculo instrumental entre os crimes. Seria, em uma palavra, uma petição de princípio.

Seja como for, em ambas as hipóteses, a extensão ou compartilhamento da prova supõem autorização judicial fundamentada, apta a demonstrar a exigibilidade (vedação do excesso), adequação (idoneidade da medida) e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação entre o ônus imposto e o benefício perseguido).²³ Qualquer medida de obtenção da prova que importe supressão de direito fundamental está sujeita ao princípio da *ultima ratio* probatória. E somente o juiz, órgão independente e imparcial, é capaz de assegurar tal garantia em sua plenitude.

Aury Lopes Jr., único autor brasileiro a enfrentar o assunto com profundidade e de forma sistemática, tece relevantes ensinamentos sobre o instituto da vinculação causal ou especialidade da prova:

[...] Inicialmente, é preciso compreender que o ato judicial que autoriza, por exemplo, a obtenção de informações bancárias, fiscais ou telefônicas – com o sacrifício do direito fundamental respectivo – é *plenamente vinculado e limitado*. Há todo um contexto jurídico e fático necessário para legitimar a medida que institui uma ‘especialidade’ da medida. Ou seja, a excepcionalidade e lesividade de tais medidas exigem uma eficácia limitada de seus efeitos e, mais ainda, uma vinculação àquele processo.

Trata-se de uma vinculação causal, em que a autorização judicial para a obtenção da prova naturalmente vincula a utilização naquele processo (e em relação àquele caso penal), sendo assim, ao mesmo tempo, vinculada e vinculante.

Essa decisão, ao mesmo tempo em que está *vinculada ao pedido* (imposição do sistema acusatório), é *vinculante em relação ao material colhido*, pois a busca e apreensão, interceptação

²¹ Lopes JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. Lumen Rio de Janeiro: Juris, 2010, p. 551.

²² Cf., Lopes JR., Aury. Op. cit., p. 920; Fernandes, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 1999, p. 94.

²³ Cf. Barroso, Luís Roberto. Op. cit., p. 260.

telefônica, quebra do sigilo bancário, fiscal, etc., está restrita à apuração daquele crime que ensejou a decisão judicial. [...]

Assim, o chamado *princípio da especialidade* da prova situa-se numa linha de tensão com a chamada *transferência de provas*, cuja discussão costuma aparecer no campo do Direito Penal econômico, em que órgãos estatais, como Receita Federal, BACEN etc., fazem intercâmbio de documentos e provas.

A vinculação causal da prova (especialidade) é decorrência natural da adoção de um processo penal minimamente evoluído, como forma de recusa ao substancialismo inquisitorial, e as investigações abertas e indeterminadas. [...]

Constitui um absurdo obter – por exemplo – uma autorização judicial para realização de uma interceptação telefônica para apuração do delito de tráfico de substâncias entorpecentes e, posteriormente, utilizar esse material probatório para instauração de outro processo criminal, pelo delito de sonegação fiscal. [...]

Igualmente inadmissível, é que seja determinada judicialmente a restrição de determinado direito fundamental do réu (inviolabilidade do domicílio, sigilo das comunicações telefônicas etc.) e essa prova venha a ser *utilizada contra terceiros*.²⁴

III – Sigilo e inviolabilidade da vida privada e intimidade

Intimidade e vida privada, enquanto atributos da personalidade, encontram-se abrigadas na Constituição Federal, a qual lhes reservou um lugar de destaque no catálogo de direitos fundamentais.

Em verdade, o texto constitucional dirigiu dupla proteção à privacidade, primeiramente ao torná-la, no art. 5º, inciso X, inviolável, consagrando, ali também, o princípio da *reparação integral*. A par disso, mais à frente, no inciso XII, assegurou a inviolabilidade do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, dados (bancário e fiscal), comunicações telefônicas e comunicações telemáticas, que, de resto, encerram aspectos específicos inerentes à privacidade e intimidade da pessoa.²⁵

Segundo Uadi Lammêgo Bulos,

A vida privada e a intimidade são os outros nomes do *direito de estar só*, porque salvaguardam a esfera de reserva do ser humano, insuscetível

de intromissões externas (aquilo que os italianos chamam de *riservatezza* e os americanos, *privacy*).²⁶

Dirley da Cunha Júnior, de sua parte, defende que o direito à intimidade concerne à

Proteção dos segredos mais recônditos do indivíduo, como a sua vida amorosa, a sua opção sexual, o seu diário íntimo, o segredo sob juramento, as suas próprias convicções.²⁷

Também fazendo distinção entre intimidade e privacidade, Sampaio Ferraz assevera que “No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos.”²⁸

Intimidade, vida privada e sigilo de comunicações exprimem o sentido de *espaço de exclusividade e refúgio* inerente à pessoa enquanto ser racional, singular e dotado de idiossincrasias.²⁹ Mais do que isso, aqueles conceitos – de conteúdo mais sociológico do que jurídico – vinculam-se à capacidade única do ser humano de sentir-se e perceber-se perante seu semelhante e de travar com este relacionamentos de vários matizes. Embora pareça contraditório, o *privado* só tem sentido porque o homem é um ser relacional.

Barroso escreveu que

Saindo de dentro de si, o homem conserva, ainda, um domínio reservado, o da sua *privacidade* ou vida privada: ali se estabelecem as relações de família (e outras, de afeto e amizade), protegidas do mundo exterior pelo lar, pela casa, pelo domicílio. O Direito, é certo, já interfere nessas relações, mas com o intuito de fortalecê-las e preservá-las. A intimidade e a vida privada formam o núcleo do espaço privado.³⁰

O conceito de intimidade é algo abstrato, variando de acordo com a cultura e valores sociais. Nos EUA, o direito fundamental à privacidade, cujos contornos foram ditados não pela Constituição, que dele não cuidou expressamente, mas por obra da

²⁶ Aut. cit. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 553.

²⁷ Aut. cit. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 685.

²⁸ Ferraz, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 88, p. 447, 1993.

²⁹ Dirley da Cunha Júnior sustenta que a Constituição faz distinção entre intimidade e as demais expressões da privacidade. Para tanto, o autor reporta-se a trechos do Documento de Estocolmo, produzido durante a Conferência Nórdica sobre Direito à Intimidade de 1967 (Op. cit., p. 684).

³⁰ Op. cit., p. 60.

²⁴ Op. cit., p. 549-551.

²⁵ José Afonso da Silva classifica o sigilo das comunicações e de dados como direito à segurança, “Entrando no conceito mais amplo de liberdade de pensamento em geral.” (Aut. cit. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed., Malheiros: São Paulo, 2010, p. 438.

jurisprudência, assumiu com o tempo maior amplitude. Com base nele, por exemplo, a mulher norte-americana pode decidir por provocar aborto.³¹

É indubitável que a Constituição de 1988 foi a primeira das constituições a estender a inviolabilidade por confidencialidade aos dados. Não obstante, diversamente do que afirmam alguns, a inviolabilidade do sigilo e da vida privada é contemplada na maioria das ordens constitucionais modernas.³²

Dissentem doutrina e jurisprudência se informações financeiras e fiscais estariam inseridas no conceito de *dados*, previsto no inciso XII, ou no de privacidade, estatuído no inciso X, do art. 5º da Constituição Federal.

De acordo com Uadi Lammêgo Bulos, o sigilo de dados abrangem as informações confidenciais mantidas por instituições financeiras e de crédito e pelas Fazendas Públicas e outros organismos públicos e privados. Tércio Sampaio Ferraz³³ e André Ramos Tavares³⁴ compartilham dessa opinião.

Inicialmente, a jurisprudência do STF se inclinava pela orientação segundo a qual as informações bancárias e fiscais estariam contempladas no inciso X, do art. 5º, da Constituição. Atualmente, porém, a questão é tratada indistintamente, ora com base no inciso que trata da inviolabilidade da intimidade e vida privada, ora com fundamento no preceito concernente ao sigilo de dados e das comunicações. A atitude é correta. Consoante anota André Ramos Tavares, Consoante o magistério de André Ramos Tavares, a proteção que emerge do inciso XII não se circunscreve à *comunicação* dos dados, mas aos dados em si:

Embora os dados bancários e fiscais circulem por meio de correspondências, a proteção constitucional não se cinge unicamente a esse aspecto. Entender dessa maneira seria tornar inócua e supérflua a parte do dispositivo que se refere à comunicação de dados [...]. O que a Constituição pretende é, neste caso, ir além, para emprestar caráter sigiloso aos próprios dados comunicados, pelo particular, ao Estado ou às instituições financeiras.³⁵

De ver-se que o sigilo bancário não se aferrenha ao mero sentido linguístico da norma positivada. O instituto também haure sua vitalidade da tradição. Sigilo e operações bancárias são conceitos correlatos. Desde o surgimento dos bancos, no império babilônico, e antes mesmo da concepção da moeda, o sigilo acompanha as atividades bancárias. Nelson Abrão noticia que o mais antigo preceito sobre sigilo bancário consta do Código de Hamurabi.³⁶

A partir dali, a ideia de discrição permaneceu arraigada à concepção de estabelecimento bancário, principalmente como forma de manter as economias das pessoas a salvo da curiosidade alheia e da cobiça de salteadores, tornando-se indispensável no processo de desenvolvimento do sistema financeiro mundial. Os modelos inglês e norte-americano, onde na prática inexistia sigilo bancário, são exceções.

Em um mundo capitalista e materialista, o valor do ser humano é cada vez mais mensurado a partir de suas posses e de sua capacidade de consumo. A afirmação e a busca de significado na sociedade atual estão ligadas à disputa pelo acúmulo de riquezas. Desse modo, detalhes sobre renda, relações patrimoniais, economias, tributos pagos ou inadimplidos, empréstimos pessoais (sobretudo na modalidade *cheque especial*) e financiamentos, despesas com cartão de crédito, restrições de crédito, seguros, obrigações alimentares, entre outras, devem ser qualificados como insitos à privacidade e intimidade das pessoas.

João Bernardino Gonzaga, citado por Sérgio Carlos Covello, observou o seguinte:

Através de seus bens materiais, o homem também afirma a própria personalidade. O seu estado de fortuna, bom ou mau, muito interfere na sua projeção social. O modo como maneja os negócios depõe contra ou a favor de sua capacidade. Ele há de ter a liberdade na vida de relação, de ocultar os informes da sua economia privada. Há, por isso tudo, ou pode haver, compreensível pudor envolvendo dados patrimoniais da pessoa, o que os transporta para o campo do direito à intimidade. E desde que o banqueiro, por força das coisas, se permite devassar essa intimidade, ao mesmo tempo se lhe há de exigir que o faça com o devido respeito.³⁷

Isso justifica e esclarece a preocupação do Poder Constituinte e, agora, do Supremo Tribunal Federal

³¹ Barroso, Luis Roberto. Op. cit. p. 21, nota.

³² Bulos, Uadi Lammêgo. Op. cit. p. 567-568.

³³ Op. cit., p. 448.

³⁴ Op. cit. p. 652.

³⁵ Aut. cit., *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., São Paulo, Saraiva: 2009, p. 652.

³⁶ Abrão, Nelson. *Direito Bancário*. 8. ed. São Paulo, Saraiva: 2002, p. 55.

³⁷ Gonzaga, João Bernardino. *Violações de segredo profissional*. Apud COVELLO, Sergio Carlos. *O sigilo bancário*. 2. ed. São Paulo: Leud, 2001, p. 153.

em estender a esses aspectos da vida particular do cidadão a garantia de inviolabilidade. A tutela do sigilo bancário e fiscal tem sede constitucional e valor de direito fundamental.

IV – Inconstitucionalidade da Lei Complementar 105, de 2001, e da Lei 9.613, de 1998

A Lei 4.595, de 1964, editada em pleno período de exceção, continha regras específicas sobre a proteção do sigilo bancário. Em seu artigo 38, a norma dispunha que “As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados” e considerava crime, punido com pena de reclusão de um a quatro anos, “A quebra do sigilo.” A lei também estabelecia que o sigilo bancário só não seria oponível ao Poder Judiciário, às comissões parlamentares de inquérito e à Administração Tributária da União e dos Estados, estas últimas quando houvesse processo administrativo instaurado e as informações fossem consideradas imprescindíveis.

Semelhantemente, o art. 198, do Código Tributário Nacional, em sua redação original, vedava a divulgação pela Fazenda Pública de qualquer informação sobre a situação econômica ou financeira de sujeitos passivos ou terceiros e “Sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades”, ressalvando tão-somente o disposto na legislação criminal.

A Lei Complementar 105, de 2001, que derogou a Lei 4.595, de 1964, reproduziu em seus arts. 3º e 4º, § 1º, os preceitos que realçavam o poder do juiz e das comissões parlamentares de inquérito de requisitar documentos e informações protegidas pelo sigilo.³⁸

A par disso, embora sob a égide de um regime de cariz democrática e republicana, o legislador de 2001 foi muito além do que o Governo Militar se permitiu em 1964, ano do ocaso da democracia brasileira: estendeu a inoponibilidade do sigilo a inúmeras instituições do Estado: Receita Federal do Brasil (art. 1º, § 3º, III), Polícias Judiciárias e Ministério Público (art. 1º, § 3º, e 9º), Banco Central do Brasil (art. 2º, § 1º), Comissões de Valores Mobiliários (art. 2º, § 3º), outros órgãos públicos fiscalizadores de instituições financeiras e seus agentes (art. 2º, § 5º), bancos centrais e entidades fiscalizadoras

de outros países e seus agentes (art. 2º, § 5º), Advocacia-Geral da União (art. 3º, § 3º), “autoridade interessada” da Administração Tributária da União (*sic*) (art. 5º, § 4º), autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 6º), órgãos públicos competentes para apuração de “irregularidades” e “ilícitos administrativos” (*sic*) (art. 9º, § 2º), e, finalmente, o Coaf (art. 2º, § 6º).

Diante do universo de autoridades e agentes públicos, *inclusive estrangeiros*, que têm acesso atualmente aos dados bancários e fiscais da população brasileira e empresas que atuam no País, soa como um escárnio o disposto no art. 10, segundo o qual “A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.” Afinal de contas, em relação a quem o sigilo ainda subsiste?

O poder de ingerência conferido ao Coaf, ao arripio da Constituição, é ainda mais abrangente. A Lei 9.613, de 1998, com a redação dada pela recente Lei 12.683, de 2012, muniu o Coaf com poderes praticamente ilimitados para vascular a vida financeira e fiscal de qualquer pessoa natural ou jurídica.

Os arts. 9º, 10, 11, 11-A, 12 e 14 da lei concederam licença ao Coaf para, independentemente de autorização judicial, acessar quaisquer documentos e informações de natureza bancária, securitária, cambiária, relativas a mercados futuros e de títulos ou valores mobiliários, previdenciária, creditícia, inclusive relativas a capitalização, compras e empréstimos com cartão de crédito e consórcio, imobiliária, enfim, todo o universo de negócios jurídicos que envolvam troca, transferência, distribuição e guarda de bens, valores e ativos. Tudo o que tiver expressão monetária está, atualmente, ao alcance do Coaf.

Ademais, o art. 15, da mesma lei, vai ainda mais longe ao possibilitar que todo esse conjunto de informações e documentos seja repassado pelo Coaf, consoante seu exclusivo alvedrio, às “autoridades competentes”. Basta que, no entender o conselho – o que lhe dá poderes quase absolutos – haja indícios de “qualquer ilícito”, o que, se interpretado literalmente, pode dar ensejo ao compartilhamento de informações protegidas por sigilo em caso de suspeita de crime de menor potencial ofensivo, contravenção penal, infração disciplinar, infração administrativa e até ilícito civil. Nem se fale que a expressão *autoridades competentes* comporta uma abertura interpretativa perigosa.

³⁸ A Lei Complementar 104, de 2001, cujo projeto tramitou quase conjuntamente com a proposição que se transformou na Lei Complementar 105, instituiu as seguintes exceções ao sigilo fiscal: (I) solicitação de autoridade administrativa no âmbito de processo administrativo instaurado em razão de prática de infração administrativa; e, (II) intercâmbio entre órgãos da Administração Pública, quer de natureza tributária ou não. Os vícios de inconstitucionalidade dos dispositivos legais que ab-rogaram o sigilo bancário estende-se aos preceitos da Lei Complementar 104.

A amplitude das hipóteses de afastamento do sigilo excede o espaço de conformação que a Constituição reconhece ao legislador e resulta, na prática, no fim do sigilo.

Fora o Poder Judiciário, detêm tal prerrogativa somente as comissões parlamentares de inquérito e o Banco Central do Brasil: as primeiras, por serem dotadas de poderes próprios das autoridades judiciais (art. 58, § 3º); o segundo, por receber da Constituição a missão de garantir a higidez do sistema financeiro nacional (artigo 192).³⁹

Assim, à guisa de instituir regra de conformação de direito fundamental, a Lei Complementar 105, de 2001, e a Lei 9.613, de 1998, acabaram por aniquilar o direito à proteção do sigilo face ao Coaf e, de quebra, os “órgãos competentes” destinatários dos relatórios financeiros e de inteligência produzidos por aquele Conselho. Em outras palavras, as categorias conceituais de sigilo, intimidade e vida privada não mais prevalecem face à agência de inteligência financeira e as demais instituições que realizam intercâmbio de informações com o Coaf.

De outro lado, o disposto no art. 1º, incisos IV e VI, da Lei Complementar 105, com o claro objetivo de contornar a couraça criada pela Constituição em torno da intimidade e vida privada do cidadão, famílias e empresas, trilha o caminho mais simples: modificou o sentido vernacular de sigilo e inviolabilidade para, ao cabo, excluir do âmbito de abrangência dos termos o compartilhamento de informações.⁴⁰

³⁹ O Banco Central do Brasil, cuja prerrogativa decorre da natureza de suas atribuições, não poderá fazer uso das informações sigilosas, logicamente, senão nos limites de suas funções enquanto agência de regulação.

⁴⁰ “Interpretação – Carga Construtiva – Extensão. Se é certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta exsurge a vinculação à ordem jurídico-constitucional. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e humanística do intérprete. No exercício gratificante da arte de interpretar, descabe “inserir na regra de direito o próprio juízo - por mais sensato que seja - sobre a finalidade que “conviria” fosse por ela perseguida” - Celso Antonio Bandeira de Mello - em parecer inédito. Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este àquele. Constituição – Alcance Político – Sentido dos Vocábulo – Interpretação. O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulo que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios. [...]” (RE 148304, rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 30/06/1994, DJ 12/05/1995, p. 12.993, EMENT v. 1786-02 p. 375)

Mas a questão preponderante reside, sem dúvida, no alijamento do Poder Judiciário de todo esse processo, malgrado a questão envolva, como mencionado alhures, o tangenciamento de direitos de estatura constitucional e, em um segundo momento, a produção de elemento de inteligência ou elemento de prova a ser utilizado em investigação criminal ou processo penal. Em outras palavras, a matéria, do início ao fim, relaciona-se com a manipulação de direitos fundamentais (sigilo de dados, intimidade, vida privada, *status dignitatis* e liberdade).

Não se pode esquecer, igualmente, de que um sistema de patrulhamento desmesurado do fluxo de capitais e do comércio de bens e serviços, infenso a um controle jurisdicional efetivo e marcado por uma institucionalizada ausência de transparência,⁴¹ é fator causador de insegurança e intranquilidade. Essa circunstância, em um setor suscetível ao menor movimento adverso e vulnerável ao que se convencionou denominar *risco sistêmico*, investe contra o princípio constitucional da livre iniciativa. A isso já alertava Blanco, Fabian e Zaragoza:

Mas, como todo medicamento – e certamente deve funcionar como tal o direito em relação à sociedade – uma legislação preventiva como a mencionada também esconde seus efeitos colaterais. Na verdade, à medida que aumentam as normas de controle sobre as transações dotadas de conteúdo econômico, reduzem-se as possibilidades de operações de lavagem. No entanto, a hipertrofia desses mecanismos administrativos – tendentes, em última instância, a alcançar o grau máximo de transparência no mercado de bens e serviços, com toda a virtude que isso implica no âmbito fiscal e, inclusive, na capacidade de seleção da própria clientela – progressivamente restringe o perímetro das liberdades econômicas inalienáveis dentro do qual a nossa sociedade trata de dar satisfação às suas necessidades atuais. Então, se é importante a prevenção da lavagem de dinheiro, também se mostra relevante que não desaguemos em um asfíxiante sistema de vigilância que arruíne o funcionamento do quadro de instrumentos jurídicos e tecnológicos, desenvolvidos ao longo da História e postos a serviço da racionalização do comércio, em função de um excessivo interesse em alcançá-la. (Blanco, Fabian, Zaragoza, 2006, p. 65).⁴²

⁴¹ Lei 9.613, de 1998, art. 11, inciso II: “As pessoas referidas no art. 9º: [...] II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: (Redação dada pela Lei 12.683, de 2012).”

⁴² Em tradução livre. Original em espanhol: “Ahora bien, como toda medicina - y no cabe duda que el Derecho debe serlo para

Como se verifica, o tema encerra aspectos os mais relevantes sob o ponto de vista da realização material de direitos constitucionais fundamentais. Assim sendo, como se pode admitir que o Poder Judiciário passe ao largo desse debate ou só seja chamado ao final, para chancelar ou não a prova *produzida* ou *derivada* a partir da atuação do Coaf? Como pode o Judiciário, nesse contexto, exercer sua função de garantidor dos direitos fundamentais e do império do Direito?

Nessa perspectiva, é preciso fazer um recorte na norma em apreço: ao tornar o sigilo e as inviolabilidades absolutamente inoponíveis ao Coaf, o legislador instituiu, em relação a tal instituição, um preceito normativo ab-rogatório do direito fundamental à preservação da intimidade e vida privada, porquanto o órgão de inteligência financeira tem pleno e irrestrito acesso a qualquer transação, proposta de transação ou movimentação financeira que, por exemplo, exceda determinado valor.

Na parte que altera a definição dos institutos, consignando que “não constitui violação de sigilo” o compartilhamento de informações (sigilosas), a norma enveredou-se pelo modelo da “atenuação dos deveres objetivos” do Estado, eis que dispensou que este, por meio de um poder imparcial, independente e investido da função judicante, exerça o controle efetivo, em cada caso concreto, da justificação do intercâmbio de dados.

Seja como for, a Lei Complementares 105, de 2001, e a Lei 9.613, de 1998, suprimiram o direito fundamental à proteção do sigilo e privacidade.

Recorde-se que o afastamento do sigilo deve ser necessariamente o resultado da relação de contradição entre dois valores igualmente relevantes para a ordem constitucional: a proteção à intimidade e vida privada e o direito à segurança pública e tutela da moralidade,

propriedade e licitude dos negócios jurídicos. O produto ou síntese dessa relação dialética, em que aqueles valores de igual envergadura funcionam como a tese e a antítese, só não é neutro ou nulo porque, à vista da situação concreta, deve sempre um valor preponderar sobre o outro, sem descurar do respeito ao conteúdo nuclear de cada qual.

Por esse motivo, o Coaf, desprovido da imparcialidade e isenção indispensáveis para equacionar o conflito de modo legítimo, não pode, *ex propria auctoritate*, desconsiderar o direito constitucional à proteção do sigilo de dados e fazer tábua rasa do direito à preservação da intimidade.

Importante ter presente ainda que a teoria da reserva de jurisdição absoluta remete a uma temática muito debatida atualmente pelos constitucionalistas: as restrições em sentido estrito aos direitos fundamentais, que, segundo a doutrina, constituem normas infraconstitucionais conformadoras da dimensão subjetiva dos bens jurídicos especialmente tutelados pela Constituição.⁴³

Expoente da moderna doutrina constitucional portuguesa, Jorge Reis Novais assim distingue restrições em sentido estrito de intervenção restritiva:

[...] Estas restrições são normas que suprimem, impedem, diminuem ou dificultam o acesso dos titulares ao bem jusfundamentalmente protegido e, nessa medida, afectam a prossecução autónoma de fins pessoais garantida objectivamente pela titularidade daqueles direitos fundamentais. Esta afectação desvantajosa tanto pode ocorrer através de uma diminuição ou compressão directa das faculdades, situações ou posições individuais, como através da atenuação dos deveres objetivos que a norma jusfundamental impõe ao Estado; tanto pode actuar directamente, como mediante autorização ou remissão para posteriores intervenções restritivas. Em qualquer dos casos, e diferentemente das *intervenções restritivas* que, afectando desvantajosamente o bem protegido de um direito fundamental na sua titularidade individual e concreta, deixam intocada a norma de direito fundamental, as *restrições em sentido estrito* alteram a própria norma jusfundamental.

la sociedad -, una legislación preventiva como la que indicamos también esconde sus efectos secundarios. Ciertamente, a medida que aumenten los dispositivos de control sobre las transacciones dotadas de un contenido económico, se reducen las posibilidades de ejecutar operaciones de blanqueo. Sin embargo, la hipertrofia de tales mecanismos administrativos - tendente, en última instancia, a logra el máximo grado de transparencia en el intercambio de bienes y servicios, con todo lo bueno que ello implica en el terreno fiscal e, incluso, para la capacidad de elección de la propia clientela - coarta de forma progresiva el irrenunciable perímetro de libertades económicas dentro del cual nuestra sociedad trata de dar satisfacción a sus necesidades corrientes. Así pues, si importante es la prevención del blanqueo, también lo es que, en función de un desmedido interés por lograrla, no desemboquemos en un asfixiante sistema de vigilancia que arruine la operatividad del cuadro de instrumentos jurídicos y tecnológicos, desarrollados a lo largo de la Historia y puestos al servicio de la agilización de los intercambios.”

⁴³ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra Editora, 2003, p. 227. Em outra passagem da obra, o autor sintetiza seu pensamento com as seguintes palavras: “Restrições serão, então, as acções dos poderes constituídos que, com base nos limites constitucionais dos direitos fundamentais, incidem restritivamente sobre o conteúdo objetivo de protecção da norma de direito fundamental e que, a serem tidos como legítimas, dão origem a uma nova delimitação do conteúdo do direito, a novos limites e a uma nova norma de direito fundamental.” (p. 278-279).

[...]

Também as dificuldades referentes à intensidade da restrição e à sua imputação se colocam diferentemente das analisadas a propósito das intervenções restritivas quando as consideramos na perspectiva da alteração da norma jusfundamental.

É que, desde logo, a natureza do prejuízo a considerar é diferente nos dois tipos de restrição. Enquanto que nas *intervenções restritivas* o prejuízo juridicamente relevante é o verificado de forma actual, individual e concreta na esfera pessoal do afectado, no caso das restrições trata-se de um prejuízo objectivo da liberdade, ou seja, de um prejuízo que resulta da própria alteração da norma jusfundamental e que se traduz, primariamente, na diminuição objectiva, imediata ou potencial, das possibilidades de acção garantidas no âmbito de protecção de um direito fundamental, ainda que, simultânea ou sucessivamente, se traduza, também, na afectação da liberdade individual e concreta de cada um dos seus titulares.

[...]

De facto, diferentemente do que acontecia nas *intervenções restritivas*, em que o controlo era desencadado no interesse e por iniciativa dos particulares afectados por um prejuízo concreto e actual, nas restrições lidamos, na maior parte dos casos, com prejuízos que, na perspectiva das esferas jurídicas dos titulares dos direitos fundamentais, são em grande medida potenciais, ameaças de efectivação provável ou segura, mas ainda em desenvolvimento. Ora, se para o particular concreta e actualmente afectado é indiferente saber se o prejuízo na liberdade pro ele sofrido foi ou não querido, admitido, previsto ou previsível, já para o 'juízo' objectivo da ordem jurídica esses factores têm uma diferente relevância.⁴⁴

Quem mais poderia transitar entre os valores em jogo e imbuído de uma visão imparcial e equidistante, senão um órgão o Poder Judiciário? Se proveniente de qualquer outro órgão ou autoridade, o ato interventivo careceria de legitimidade.

Note-se que a quebra de sigilo bancário, fiscal e outro dado protegido constitucionalmente para a obtenção de prova de "qualquer ilícito" não prescinde do exame de cada caso, de cada situação concreta. Se assim é, e por escapar do legislador a capacidade de prever todas as situações que justificariam a medida, há que se entregar a questão ao exame do Poder Judiciário.

Nessa matéria, portanto, vigora o princípio da reserva de jurisdição absoluta. Somente ao Judiciário

é dado decretar a quebra do sigilo bancário e fiscal. Ressalva-se, porém, que as comissões parlamentares de inquérito partilham dessa competência, à vista de norma constitucional expressa atribuindo-lhe poderes instrutórios próprios do juiz.

Decerto, e aqui cabe uma pequena digressão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, também invocou o princípio da reserva de jurisdição absoluta ao negar às comissões parlamentares de inquérito o poder de decretar interceptação telefônica. Em que pese a autoridade do posicionamento, tal medida, dado o grau de ingerência na intimidade e vida privada, deve figurar em um nível mais elevado da reserva de jurisdição, a qual poderia, a título de conceito instrumental, designar-se reserva de jurisdição soberana. Só assim seria possível harmonizar-se o princípio da reserva de jurisdição absoluta com o poder excepcional, concedido pela própria Constituição Federal, às comissões parlamentares de inquérito.

Cabe, ademais, ressaltar que o compartilhamento sucessivo e sem controle das informações sigilosas, conforme preconizado sobretudo na Lei 9.613, de 1998, viola o princípio da vinculação causal ou especialidade.

Como dito, as provas obtidas em sacrifício a direito fundamental estão *vinculadas* à apuração dos fatos que se mostraram determinantes para a concessão da medida.

Se é certo que o Judiciário é o detentor do monopólio de afastamento de sigilo de dados, também é correto afirmar que a prova assim obtida não pode ser utilizada em outro processo ou procedimento. O compartilhamento da prova sem autorização judicial, ressalvada a hipótese de conexão como narrado acima, corresponde à inexistência de decisão judicial fundamentada.

Desse modo, cabe exclusivamente ao Poder Judiciário, mediante provocação por órgão ou pessoa legitimados, o poder de autorizar a utilização daqueles documentos como prova emprestada. Se o propósito da medida consistir na produção de prova em outro processo judicial, é indispensável a aquiescência de ambos os juízes: aquele que autorizou a medida cautelar probatória e o responsável pelo feito que será instruído com a prova emprestada. Trata-se de uma decorrência lógica do disposto nos arts. 157 e 400, do Código de Processo Penal, e art. 130, do Código de Processo Civil, combinado com o art. 3º do CPP.

A prevalecer a situação atual, em que o Coaf tem livre acesso aos dados protegidos pelo sigilo, torna-se impossível o controle jurisdicional do

⁴⁴ Idem, *ibidem*, p. 227 e 241.

compartilhamento de informações e documentos obtidos pelo órgão.

V – Considerações finais

Por fim, cumpre enunciar a síntese das premissas e das conclusões deste modesto estudo, realçando seus principais fundamentos.

O marco regulatório da prevenção da lavagem de ativos funda-se em três pilares: existência de órgão especializado que centralize e fiscalize as operações financeiras cujas características sejam consideradas heterodoxas; obrigatoriedade de comunicação, por parte das várias instituições que atuam direta ou indiretamente nos mercados financeiro e de bens e serviços, acerca de transações que exorbitem do padrão esperado; e, intercâmbio de informações entre os órgãos de inteligência dos países envolvidos e entre estes e os serviços de justiça criminal.

O intercâmbio de informações pelo Coaf, em especial com o Ministério Público e Polícia Federal, aumentou sensivelmente a partir de 2002. Segundo o relatório anual de atividades de 2010, publicado pelo órgão, “A cooperação entre o Coaf e outras instituições resultou em mais de 13,9 mil intercâmbios de informações, no período entre 2003 e 2011, com destaque para o Ministério Público (5,1 mil), Polícias (5,2 mil), e Poder Judiciário (2,2 mil).”

De acordo com o mesmo relatório, levantamento preliminar efetuado pela Polícia Federal concluiu que com base nos 2,02 mil relatórios de inteligência financeira encaminhados pelo Coaf àquele órgão, de 2005 a 2010, foram instaurados apenas 136 inquéritos. Ou seja, menos de 10% das suspeitas levantadas pelo órgão de inteligência se convolveram em indícios de crime.

Atualmente não existe qualquer controle sobre a legitimidade de intervenção do Conselho na vida dos indivíduos e empresas. As milhares de pessoas investigadas pelo órgão e que, mais tarde, nem sequer foram indiciadas ou denunciadas por não terem se confirmado as suspeitas iniciais, não foram informadas pelo órgão de que sua vida financeira foi alvo de escrutínio.

Extraem-se do Princípio da Separação dos Poderes as seguintes verdades jurídicas: independência dos Poderes frente aos demais, relação de equilíbrio entre eles, vedação de sobreposição das competências principais, proibição de que uma pessoa seja simultaneamente membro de mais de um poder, inadmissibilidade de *instâncias hegemônicas*, e, no que mais importa ao presente estudo, existência de funções estatais privativas.

A reserva absoluta significa que cabe privativamente ao Poder Judiciário não apenas a última, mas a primeira palavra. Nesse campo, nenhum outro Poder ou instituição estatal pode substituir-se ao Judiciário e realizar intervenção de caráter decisório, ou seja, *ex propria auctoritate*.

Nas hipóteses em que o poder constituinte originário não estabeleceu parâmetros objetivos e claros para o arbitramento de qual valor deve prevalecer em dada situação de colisão de direitos fundamentais e acerca dos quais a solução da relação de tensão depende do sopesamento de circunstâncias concretas e alheias à prognose legislativa, reivindica-se uma decisão particularmente fundamentada, isenta e volvida ao caso posto. O atendimento a esse protocolo só é possível se a decisão for emanada de um órgão equidistante, imparcial, independente e dotado de legitimação para instituir a *regra do caso* com força cogente.

A proibição de desvio causal da prova significa que os elementos probatórios obtidos mediante sacrifício de direito fundamental somente podem ser utilizados para apuração dos fatos que justificaram a medida excepcional.

Intimidade, vida privada e sigilo de comunicações exprimem o sentido de *espaço de exclusividade e refúgio* inerente à pessoa enquanto ser racional, singular e dotado de idiosincrasias.⁴⁵ Mais do que isso, aqueles conceitos – de conteúdo mais sociológico do que jurídico – vinculam-se à capacidade única do ser humano de sentir-se e perceber-se perante seu semelhante e de travar com este relacionamentos de vários matizes. Embora pareça contraditório, o *privado* só tem sentido porque o homem é um ser relacional.

A Lei Complementar 105, de 2001, e a Lei 9.613, de 1998, suprimiram o direito fundamental à proteção do sigilo e da privacidade.

Referências

ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Poder Judiciário brasileiro como instituição de transformação positiva*

⁴⁵ Dirley da Cunha Júnior sustenta que a Constituição faz distinção entre intimidade e as demais expressões da privacidade. Para tanto, o autor reporta-se a trechos do Documento de Estocolmo, produzido durante a Conferência Nórdica sobre Direito à Intimidade de 1967 (*Op. cit.*, p. 684).

da realidade social. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, São Paulo, n. 15, 2001. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev15Art8.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2010. Material da 3ª aula da disciplina Teoria da Organização do Estado e dos Poderes do Estado, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado – Universidade Anhanguera-Uniderp|IPAN - Rede LFG, 2011.

BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Relatório de atividades 2011*. Brasília, DF, abr. 2012.

BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *SisCoaf*. Disponível em <<https://www.Coaf.fazenda.gov.br/conteudo/estatisticas/comunicacoes-recebidas-por-segmento>>. Acesso em: 22 jul. 2012.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1958.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

_____. *A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível*. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, p. 349–395, 2008. Material da 4ª aula da Disciplina Teoria Geral dos Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado – Anhanguera-Uniderp|Rede LFG.

Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crime (UNODC). *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes: research report*. Out./2011. Disponível em <http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf>. Acesso: 22 jul. 2012.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo; BLANCO CORDERO, Isidoro; ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*. Tercera edición. Fundación Imprenta de la Cultura. Washington DC, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: RT, 2008.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 88, p. 447, 1993.

GONZAGA, João Bernardino. Violações de segredo profissional. Apud COVELLO, Sergio Carlos. *O sigilo bancário*. 2. ed. São Paulo: Leud, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. Political Power and the Governmental Process, 2ª Ed, Chicago, 1965, p. 34/42. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 46.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle incidental de normas no direito brasileiro*. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Parte II, item 4, p. 240-298. Material da 3ª aula da Disciplina Teoria Geral do Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado – Anhanguera-Uniderp|Rede LFG.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra Editora, 2003.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Tutela penal da intimidade: perspectivas da atuação penal na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2008.

SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas: Millennium, 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

VILARES, Fernanda Regina. *A reserva de jurisdição no processo penal*. 2010. 239f. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

Regime Diferenciado de Contratações (RDC) e composição de custos – desafios na aplicação da regra do sigilo e contratação integrada

Luciano Ferraz*

1 Introdução

No Direito brasileiro, os parâmetros do dever de licitar encontram-se estabelecidos na Constituição da República (art. 22, XXVII, art. 37, inciso XXI; art. 173, §1º; art. 175; art. 195, §3º) e também na legislação infraconstitucional subsequente.

A tendência inicial do legislador nacional, em matéria de licitação e contratos, foi a de reunir num único veículo legislativo inúmeras sortes de procedimentos e contratos, independentemente dos objetos e das características de cada qual, tendência esta robustamente presente na Lei 8.666/1993.

Bem verdade que não tardou para que dita tendência se revertesse e diplomas legislativos esparsos, como as Leis 8.987/1995 (concessões e permissões de serviços públicos), 10.520/2002 (pregão), 11.079/2004 (parcerias público-privadas), começassem a retirar do âmbito de incidência da Lei 8.666/1993 objetos que necessitavam de procedimentos distintos e outros que pudessem ser licitados com maior agilidade e menos liturgias.

A edição da Lei Federal 12.462/2011 segue essa tendência. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável às licitações e contratos necessários à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014, dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, aos contratos de infraestrutura e aeroportuários localizados em distância de até 350 quilômetros das cidades sede da Copa (art. 1º), com extensão anunciada para os contratos de obras que compõem o PAC (Programa de Aceleração do Crescimento) do Governo Federal.

As novidades do RDC são muitas. Destaque para a regra do sigilo do orçamento, para a inversão de etapas de julgamento e habilitação (como regra geral), para os procedimentos auxiliares das contratações (v.g., pré-qualificação permanente), para o regime da contratação integrada.

Neste ensaio, analisar-se-á o reflexo da regra do sigilo do orçamento (art. 6º, §3º do RDC) sobre

a composição dos custos das obras e serviços de engenharia, notadamente quando a Administração opta pelo regime da contratação integrada.

A questão é relevante porque a aplicação do sigilo, aliada à ausência de projeto básico e executivo no regime da contratação integrada, revelarão a impossibilidade de correspondência absoluta entre os custos unitários orçados pela Administração na fase interna da licitação e aqueles apresentados pelo licitante durante o transcurso do certame.

Far-se-á o exame da temática, a partir de três questionamentos preliminares:

a) Como deverá proceder a Administração no cotejo entre o detalhamento da proposta do licitante e a composição dos custos do seu orçamento?

b) O fato de a Administração ter optado pelo regime da contratação integrada traz exigências menos rígidas quanto à aceitabilidade da composição de custos apresentada pelo licitante na licitação?

c) É possível que a Administração, antes do juízo de aceitação da proposta, proponha ao licitante correção em itens divergentes da composição de custos unitários, que não interfiram no valor global ofertado?

Para tanto, afigura-se fundamental estabelecer pelo menos duas premissas básicas:

a) A Lei 12.462/2011 afastou a aplicação de regras da Lei 8.666/1993 (art. 1º, §2º), de modo que pretender utilizar disposições da Lei 8.666/1993 no âmbito do RDC, tirante remissões expressas, é medida que contraria o princípio da legalidade;

b) As interpretações construídas pelos Tribunais de Contas, pelos Tribunais Judiciais, e pela doutrina sobre dispositivos da Lei 8.666/1993 deverão passar, obrigatoriamente, pelo filtro da nova legislação, sob pena de tornar o RDC, pela via exegética, versão piorada da Lei Geral das Licitações (LGL).

Uma vez lançadas as premissas, que nortearão a *construção* do texto – pedindo escusas pelo trocadilho – mãos à obra...

* Advogado e parecerista. Professor adjunto de Direito Administrativo na UFMG.

2 Fundamentação

2.1 O RDC e a regra do sigilo do orçamento: reflexos

A Lei 12.462/2011 – Regime Diferenciado de Contratações, lastreado em experiências internacionais e na prática cotidiana adquirida com a modalidade pregão, estipulou a regra do sigilo dos orçamentos, com o objetivo declarado de obtenção de melhores propostas ao Poder Público (art. 6º, §3º, RDC).

Com efeito, diferentemente da ampla publicidade da fase interna da licitação, prevista na Lei 8.666/1993 (cf. arts. 4º, 6º, inciso IX, f, 7º, §2º, II; 7º, §8º; 40, §2º, II; 44, *caput* e §1º), dispõe o art. 6º do RDC, que

[...] o orçamento estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

Dita regra, conquanto seja objeto de questionamentos no STF (ADI 4654 e 4655) e de respeitável crítica doutrinária¹, não demonstra incompatibilidade com o princípio constitucional da publicidade, seja porque o sigilo não significa ausência de orçamento prévio – elaborável na fase interna da licitação, seja porque o seu §3º do art. 6º determina o acesso dos órgãos de controle externo e interno ao orçamento a qualquer tempo (preservando os interesses da sociedade no quesito controle), seja, enfim, porque descabe confundir diferimento procedimental da publicidade com ausência de publicidade orçamental.

2.2 Orçamento prévio e custos globais e unitários

No âmbito do RDC, da mesma forma que nas modalidades tradicionais da Lei 8.666/1993, as licitações serão obrigatoriamente precedidas da elaboração de orçamento pela Administração Pública. É equivocado pensar que orçamento sigiloso quer significar ausência de orçamento prévio do objeto em licitação.

[A] Lei 12.462 não alterou a obrigatoriedade de elaboração do orçamento estimado pela Administração, apenas o regime de sua divulgação.

Prova disso é a previsão contida no art. 2º, parágrafo único, VI que menciona que o projeto básico deverá conter o ‘orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados’.

Mesmo na hipótese de contratação integrada, quando o próprio projeto básico será elaborado pelo contratado, a Lei 12.462 define que ‘o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.’²

No caso de execução indireta de obras e serviços de engenharia, nos diversos regimes admitidos pelo RDC – contratação por tarefa, empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, empreitada integral ou contratação integrada (art. 8º, *caput*), determina a lei que

[...] o custo global das obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana do Sistema Nacional de Pesquisas e Custos da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos e Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários (art. 8, §3º).

O dispositivo, embora inspirado na jurisprudência do TCU e na legislação orçamentária federal, é criticado – e com acerto – pela doutrina:

Apesar de louvável, essa tentativa de uniformização de custos preconizada pelo aludido Tribunal acaba sendo inviável na prática.

Não se pode olvidar que o Brasil é um país de dimensões continentais: dependendo da região em que a obra ou os serviços de engenharia serão licitados e executados, há uma elevada discrepância entre os custos, sendo, destarte, praticamente impossível eleger um parâmetro uniforme e geral.

Além disso, cada obra pública detém particularidades cuja referência de custos pode variar sobremaneira, sem que isso implique acréscimos indevidos para a Administração, principalmente no que se refere a obras de infraestrutura urbana complexa e de elevado vulto econômico.”³

¹ Ver, portodos, CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º ao 6º da Lei 12.462, de 5 de agosto de 2011. In CAMMAROSANO, Márcio. DAL POZZO, Augusto Neves. VALIM, Rafael. *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC: aspectos fundamentais*, Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 33-36. Na mesma obra, propondo inconstitucionalidade formal – *norma especial e lei especial* – do RDC, ver ZOCKUN, Maurício. Apontamentos sobre o Regime Diferenciado de Contratações à Luz da Constituição da República, p. 13-25.

² CARDOSO, André Guskow. O Regimento Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, César Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*, Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 75.

³ DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama Geral dos Regimes de Execução Previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a Contratação Integrada e seus Reflexos. In CAMMAROSANO, Márcio.

Não tenho dúvida em afirmar que esta ideia, a de estabelecer padrões herméticos e tabelados de custos para os orçamentos do RDC, representa exemplo típico do modo normativista de percepção do fenômeno administrativo público, bem ao estilo da tradição burocrática brasileira. Com efeito,

A vinculação a um sistema de preços geral, válido para todo o território nacional, é algo absolutamente distante da realidade, que não se coaduna com as particularidades do setor, e, portanto, parece impor uma obrigação praticamente impossível de ser cumprida.⁴

Quiçá por isso o § 5º do art. 8º do RDC disciplina a aplicação de critérios diferentes para a estimativa de custos, podendo ser baseada em *tabelas de referências aprovadas formalmente por órgãos ou entidade da Administração Pública Federal, publicações técnicas especializadas, sistemas específicos instituídos para o setor ou em pesquisas de mercado*.⁵ Nos Estados e Municípios, o §6º do mesmo preceito autoriza o balizamento, quando não estiverem envolvidos recursos federais, por sistemas de custos próprios, desde que aceitos pelos respectivos Tribunais de Contas.⁶

Em suma, considerando-se a impossibilidade de precisão absoluta e exaustiva de todos os custos de obras e serviços de engenharia pelas Tabelas Sinapi e Sicro, deve-se concluir que sua utilização é *preferencial*, porém superável à imposição dos fatos, vinculando-se, *ultima ratio*, aos parâmetros de mercado.

Consequentemente, por vezes, a composição de custos da Administração dar-se-á pelo *sincretismo de métodos e fontes*, formando verdadeiro mosaico representativo dos custos unitários da obra ou serviço de engenharia em licitação, devidamente condensado, a preços de mercado, no orçamento global.

E neste passo, cumpre registrar que no âmbito do RDC o orçamento global elaborado pela Administração na fase interna do certame, será, por força do disposto no art. 24, III do RDC e no art. 40, III, do Decreto

7.581/2011, o *preço teto vinculativo da licitação*, diversamente do que estipulava a Lei 8.666/1993 (na qual o preço máximo serviria apenas como referência na aceitação da proposta).

2.3 Orçamento de custos e detalhamento da proposta pelos licitantes

O regime da Lei 8.666/1993, ao ditar a publicidade inicial do orçamento, permite que o licitante privado apresente sua proposta, com base na composição de custos unitários divulgada pela própria Administração. Sem embargo disso, admite-se que determinados custos unitários não correspondam exatamente aos parâmetros divulgados na fase interna da licitação. Veja-se, a propósito, a orientação do TCU:

Deve-se atentar em que a Lei nº. 8.666/93 não ordena a desclassificação de propostas de preços desconformes com o orçamento, mas sim de propostas de preços desconformes com o mercado, este que é, na verdade, o padrão efetivo para a avaliação da conformidade das ofertas, como se percebe dos artigos 24, VII, e 43, inciso IV, da mencionada lei.⁷

No regime do RDC, o estabelecimento do teto limite de aceitabilidade das propostas – que corresponde ao orçamento da Administração – e fundamentalmente a adoção da regra do sigilo transferem ao particular a difícil tarefa de compor adequadamente os custos unitários da respectiva proposta, o que obsta *“pretender o exame rigoroso dos preços unitários propostos pelos licitantes.”*⁸

Evidentemente, o exame dos preços unitários é relevante para se aferir eventuais distorções contidas nas propostas formuladas. Por meio de tal exame é que se identifica, por exemplo, o ‘jogo de planilhas’.

No entanto, ao se consagrar o sigilo do orçamento estimado, não há como a Administração pretender desclassificar as propostas que eventualmente apresentem preços unitários acima dos preços unitários por ela estimados. A não ser em hipóteses extremas, os preços unitários deverão sofrer exame menos rigorosos.

Isso é uma decorrência de se retirar um parâmetro fixo (representado pelo orçamento estimado) remetendo-se ao mercado à concorrência entre os licitantes a definição dos valores da proposta. Assim, os licitantes poderão levar em conta peculiaridades inerentes à sua organização

DAL POZZO, Augusto Neves. VALIM, Rafael. *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC: aspectos fundamentais*, Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 50.

⁴DAL POZZO, Ob. cit. loc. cit.

⁵O uso da conjunção “ou” pelo legislador deixa ver que não há precedência nos métodos de composição de custos, que poderão ser utilizados quando não seja viável aplicar o Sinapi e o Sicro.

⁶A previsão traz implícita nova atribuição aos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais que poderão ser provocados pelas Administrações Públicas para a aprovação de tabelas de custos de obras existentes em âmbito estadual e municipal.

⁷TCU – Acórdão 267/2003, Plenário.

⁸CARDOSO. Ob. cit. p. 95.

empresarial para formular suas melhores propostas. Isso poderá conduzir a que determinado preço unitário seja superior ao correspondente unitário estimado pela Administração.⁹

A conclusão é de que *o essencial no regramento do RDC não é o minucioso contraste da proposta com o orçamento prévio (sigiloso) da Administração, mas o respeito ao preço global estimado: não cabe desclassificar a proposta que eventualmente conte com determinados preços unitários acima do orçamento estimado.*¹⁰

E isto fica nítido a partir do art. 24, §3º, do RDC, segundo o qual *“no caso de obras e serviços de engenharia, para efeito de avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários considerados relevantes, conforme dispuser o regulamento.”*¹¹

Observe-se que o Decreto 7.581/2011 regulamentou o dispositivo, distinguindo os regimes de execução das obras e serviços de engenharia previstos no art. 8º do RDC, para fins de aceitabilidade da proposta detalhada pelo licitante.

Admitiu, com isso, maior *flexibilidade na compatibilização das planilhas*, notadamente nos regimes da empreitada por preço global e da empreitada integral (§4º). Veja-se o teor do preceito:

Art. 42. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, a economicidade da proposta será aferida com base nos custos globais e unitários.

§ 1º O valor global da proposta não poderá superar o orçamento estimado pela administração pública com base nos parâmetros previstos no §§ 3º, 4º ou 6º do art. 8º da Lei nº 12.462, de 2011.

§ 2º No caso de adoção do regime de empreitada por preço unitário ou de contratação por tarefa, os custos unitários dos itens materialmente relevantes das propostas não podem exceder os custos unitários estabelecidos no orçamento estimado pela administração pública, observadas as seguintes condições:

I - serão considerados itens materialmente relevantes aqueles que representem pelo menos

oitenta por cento do valor total do orçamento estimado ou sejam considerados essenciais à funcionalidade da obra ou do serviço de engenharia; e

II - em situações especiais, devidamente comprovadas pelo licitante em relatório técnico circunstanciado aprovado pela administração pública, poderão ser aceitos custos unitários superiores àqueles constantes do orçamento estimado em relação aos itens materialmente relevantes.

§ 3º Se o relatório técnico de que trata o inciso II do §2º não for aprovado pela administração pública, aplica-se o disposto no art. 62, salvo se o licitante apresentar nova proposta, com adequação dos custos unitários propostos aos limites previstos no §2º, sem alteração do valor global da proposta.

§ 4º No caso de adoção do regime de empreitada por preço global ou de empreitada integral, serão observadas as seguintes condições:

I - no cálculo do valor da proposta, poderão ser utilizados custos unitários diferentes daqueles previstos nos §§ 3º, 4º ou 6º do art. 8º da Lei nº 12.462, de 2011, desde que o valor global da proposta e o valor de cada etapa prevista no cronograma físico-financeiro seja igual ou inferior ao valor calculado a partir do sistema de referência utilizado;

II - em situações especiais, devidamente comprovadas pelo licitante em relatório técnico circunstanciado, aprovado pela administração pública, os valores das etapas do cronograma físico-financeiro poderão exceder o limite fixado no inciso I; e

III - as alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais ou estudos técnicos preliminares do projeto básico não poderão ultrapassar, no seu conjunto, dez por cento do valor total do contrato.

§ 5º O orçamento estimado das obras e serviços de engenharia será aquele resultante da composição dos custos unitários diretos do sistema de referência utilizado, acrescida do percentual de BDI de referência.

§ 6º A diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do orçamento estimado pela administração pública não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos contratuais que modifiquem a composição orçamentária.

Como se vê, a regulamentação dos §3º, 4º e 5º do art. 8º do RDC é mais sensível à diversidade potencial na composição de custos, permitindo assim compatibilizar propostas dos licitantes que eventualmente divirjam do orçamento unitário da Administração, desde que o preço global (sempre abaixo do orçado) esteja preservado.

Nesse ponto, parece-nos que o Decreto andou bem, pois exigir a utilização de um parâmetro

⁹ CARDOSO. Ob. cit. p. 97.

¹⁰ CARDOSO. Ob. cit. loc. cit.

¹¹ André Guskow Cardoso, na obra coordenada por Marçal Justen Filho e César A. Guimarães Pereira, destaca que o dispositivo “permite de modo expresso o exame dos preços unitários, independentemente da ausência de orçamento estimado. A aplicação dessa regra apenas confirma que, em termos gerais, os preços unitários não poderão ser considerados de forma absolutamente rigorosa, para fins de exequibilidade ou excesso.” (CARDOSO. Ob. cit. p. 96). E continua o autor: “Apenas aqueles preços unitários considerados relevantes é que poderão ser submetidos a um escrutínio mais intenso por parte da Administração.” (CARDOSO, Ob. cit. loc. cit).

uniforme de preços poderia causar dificuldades insuperáveis, haja vista as peculiaridades de cada serviço e de cada região onde as obras serão executadas.¹²

De se notar que o Decreto 7.581/2011 (art. 42) não dispõe sobre a aplicação dos critérios mencionados à contratação integrada, o que não significa definitivamente obstáculo ao uso da solução constante do ato normativo também para esse regime de execução.

Com efeito, a contratação integrada é espécie de empreitada integral (*turn key*), apenas com o acréscimo de que a obrigação do particular envolve também o desenvolvimento dos projetos (básico e executivo). Em outras palavras,

[...]este regime [contratação integrada] é similar ao da empreitada integral, com a diferença essencial de que, naquele, a elaboração do projeto básico é atribuída ao contratado como parte do escopo contratual¹³; [ou ainda noutras], o regime de contratação integrada não deixa de ser uma manifestação do regime de empreitada – numa configuração mais abrangente que a empreitada integral. Trata-se de empreitada de concepção-construção.¹⁴

Logo, mesmo que o Decreto 7.581/2011 não mencione textualmente a contratação integrada no art. 42, a solução constante dos §§ 4º a 6º do preceito, para os casos de divergência de cotação unitária dos custos, também a ela deve ser estendida, seja pela natureza comum que possuem (empreitada), seja pela ausência dessa limitação no art. 24, §2º da Lei 12.462/2011 (daí a interpretação extensiva), sempre com a preservação do teto do orçamento sigiloso da Administração e do preço global da proposta do licitante.

2.4 Diligência da comissão, divergência de custos unitários e saneamentos da proposta

A verificação factual da existência de divergências entre os custos unitários sigilosos elaborados pela Administração e aqueles que compõem a proposta do licitante vencedor do certame demanda analisar o espectro das diligências e do saneamento de propostas no âmbito do RDC.

Dispõe o art. 24 do RDC:

Art. 24. Serão desclassificadas as propostas que:

- I - contenham vícios insanáveis;
- II - não obedecem às especificações técnicas pormenorizadas no instrumento convocatório;
- III - apresentem preços manifestamente inexequíveis ou permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação, inclusive nas hipóteses previstas no art. 6º desta Lei;
- IV - não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela administração pública; ou
- V - apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis.

§ 1º A verificação da conformidade das propostas poderá ser feita exclusivamente em relação à proposta mais bem classificada.

§ 2º A administração pública poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, na forma do inciso IV do caput deste artigo.

§ 3º No caso de obras e serviços de engenharia, para efeito de avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários considerados relevantes, conforme dispuser o regulamento.

Seguindo-se a moderna tendência de relativizar falhas não essenciais das propostas na licitação, o inciso I do art. 24 citado prevê que somente os vícios insanáveis têm o potencial de eliminar o licitante. Vícios sanáveis devem ser relevados.

Tratando-se de obras e serviços de engenharia, a apuração da exequibilidade ou sobrepreço da proposta haverá de considerar o preço global e os quantitativos unitários relevantes, conforme dispuser o regulamento (§3º do art. 24 do RDC).

A par dessa flexibilização do cotejo entre o orçamento sigiloso da Administração e aquele descrito na proposta do licitante¹⁵, o art. 7º, §2º, do Decreto 7.581/2011 faculta à Comissão de Licitação,

¹² RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes Ribeiro. Os regimes admitidos pela Lei nº 12.462 para a execução indireta de obras e serviços. In JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.). Ob. cit. p. 146.

¹³ PEREIRA, César A. Guimarães. RIBEIRO. Ob. cit. p. 142.

¹⁴ MOREIRA, Egon Bockman. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 202.

¹⁵ De acordo com Aline Lícia Klein; “nas empreitadas por preço global ou integral [também na contratação integrada] admite-se que a proposta contenha preços unitários superiores aos do orçamento desde que o preço global encontre-se abaixo do valor estimado da contratação e o valor de cada etapa prevista no cronograma físico-financeiro também apresente valor inferior ao estimado, cm a ressalva do inciso II, do 4º do art. 42 do Decreto 7.581.” (KLEIN, Aline Lícia. A desclassificação das propostas e o encerramento do procedimento licitatório no RDC: a possibilidade de correção de vícios sanáveis. In JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, César A. Guimarães. Ob. cit. p. 250)

em qualquer fase da licitação, desde que não seja alterada a *substância da proposta*, adotar medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo. E tais medidas saneadoras, conforme disciplina o §1º do mesmo preceito podem ser realizadas por diligências propostas pela Comissão.

O RDC traz ainda a possibilidade de a Administração negociar diretamente com o licitante vencedor, sempre para a obtenção de propostas mais vantajosas (art. 26 do RDC e 43 do Decreto 7.581/2011). Trata-se de manifestação legislada do princípio constitucional da consensualidade, que cada vez mais exerce sua força normativa sobre as modernas relações jusadministrativas.¹⁶

A negociação permite ao licitante modificar sua proposta para evitar o risco de uma eventual desclassificação. Caso isso de fato ocorra, o vício será sanado imediatamente e a licitação prosseguirá produzindo o resultado almejado: a obtenção de contratação vantajosa à Administração. Sob esse ângulo, a negociação se configura como uma etapa saneadora, admitindo-se correção de irregularidade da proposta.¹⁷

Obviamente, a negociação para correção da proposta deve gerar benefícios para a Administração e não pode resultar em alteração da substância da proposta, ou das condições de execução do contrato, pena de violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Além disso, há de se respeitar o preço global do orçamento da Administração.

Assim, no âmbito da licitação para a contratação integrada pelo RDC se a composição dos custos unitários da proposta do licitante vier a apresentar discrepância com o orçamento sigiloso da Administração, sem que isso traga reflexos para o preço global (que permanece inalterado) é possível que a Administração diligencie junto ao particular para que haja adequação da impropriedade ao montante global ou para que se

apresente justificativa para os custos apresentados, tudo na forma do art. 42, §4º, do Decreto 7.581/2011.

Com efeito, a conjugação de todas as possibilidades de saneamento de divergências – diligências, correção de vícios superáveis e negociação no âmbito do RDC – permitem concluir que o refazimento de determinados itens da composição de custos unitários das propostas em benefício da Administração é medida factível e recomendável a ser perseguida pela Comissão de Licitação.

3 Conclusão

O RDC é legislação que prescreve às licitações públicas procedimento mais ágil e eficiente. Mas é necessário evitar que os intérpretes, numa onda *vintage* ou *retrô* – pretendam ressuscitar ou repaginar orientações constituídas sob a Lei 8.666/1993, para transformá-lo – o RDC – em mais um apanágio do formalismo.

A flexibilidade imposta pelo regime do RDC, em especial pelo Decreto 7.581/2011 demonstra que as divergências quanto aos custos unitários nas licitações serão naturais e corriqueiras, devendo a Administração nortear-se pelo preço global da proposta do licitante. Respeitado o teto, correspondente ao valor global orçado pela Administração, o licitante poderá ser convocado para que refaça ou justifique sua composição de custos, em especial quanto aos itens unitários de maior relevância.

Esta orientação há de ser aplicada à empreitada por preço global, à empreitada integral e à contratação integrada. Reconhece-se, pela natureza comum, pertinência e aplicabilidade do disposto nos §§ 4º a 6º do art. 42 do Decreto 7.581/2011 a ambos os regimes de execução.

Eventuais divergências entre a composição dos custos unitários da proposta do licitante e o orçamento detalhado da Administração permitem diligências e correções para que se façam ajustes ou justificativas, desde que obedecido o preço global da proposta do licitante, o orçamento global da Administração, (teto) e a regra do sigilo.

Ao fim e ao cabo, o juízo de aceitabilidade da proposta, a cargo da Administração, pautar-se-á pelo preço global orçado na fase interna, bem como pelo reflexo das alterações propostas pelo licitante nos eventuais aditivos, de modo a evitar *jogo de planilhas*.

¹⁶ Cf., sobre o princípio da consensualidade no direito administrativo, FERRAZ, Luciano. Direito Administrativo. In MOTTA, Carlos Pinto Coelho Motta (Coord.). *Curso Prático de Direito Administrativo*. 3. Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2011. P. 28-29.

¹⁷ JUSTEN NETO, Marçal. A negociação de condições mais vantajosas. In JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, César A. Guimarães. Ob. cit. p. 27.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.783, de 11 de janeiro de 2013.

Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária; altera as Leis 10.438, de 26 de abril de 2002, 12.111, de 9 de dezembro de 2009, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e 10.848, de 15 de março de 2004; revoga dispositivo da Lei 8.631, de 4 de março de 1993; e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 14/01/2013.

Lei 12.789, de 21 de fevereiro de 2013.

Dispõe sobre a prestação de auxílio financeiro pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios no exercício de 2012, com o objetivo de fomentar as exportações do País.

Publicada no *DOU* de 22/02/2013.

Medida Provisória 606, de 18 de fevereiro de 2013.

Altera as Leis 12.096, de 24 de novembro de 2009, para autorizar a concessão de subvenção econômica ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, em projetos de infraestrutura logística direcionados a obras de rodovias e ferrovias objeto de concessão pelo Governo federal; 6.704, de 26 de outubro de 1979, que dispõe sobre o Seguro de Crédito à Exportação; e 12.513, de 26 de outubro de 2011, que institui o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego – Pronatec, para autorizar a oferta de cursos técnicos de nível médio por instituições privadas de ensino superior; e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 19/02/2013.

Decreto 7.891, de 23 de janeiro de 2013.

Regulamenta a Lei 12.783, de 11 de janeiro de 2013, que dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária, e a Medida Provisória 605, de 23 de janeiro de 2013, que altera a Lei 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 24/01/2013.

Decreto 7.894, de 30 de janeiro de 2013.

Altera o Decreto 6.306, de 14 de dezembro de 2007, que regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF.

Publicado no *DOU* de 31/01/2013.

Decreto 7.897, de 1º de fevereiro de 2013.

Regulamenta a constituição de gravames e ônus sobre ativos financeiros e valores mobiliários em operações realizadas no âmbito do mercado de valores mobiliários ou do sistema de pagamentos brasileiro, de que trata o parágrafo único do art. 63-A da Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004.

Publicado no *DOU* de 04/02/2013.

Decreto 7.901, de 4 de fevereiro de 2013.

Institui a Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e o Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas – Conatrap.

Publicado no *DOU* de 05/02/2013.

Decreto 7.903, de 4 de fevereiro de 2013.

Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação que menciona.

Publicado no *DOU* de 05/02/2013.

Decreto 7.913, de 7 de fevereiro de 2013.

Altera o Anexo III ao Decreto 6.233, de 11 de outubro de 2007, que estabelece critérios para efeito de habilitação ao Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – Padis, que concede isenção do imposto de renda e reduz a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep, da Cofins e do IPI.

Publicado no *DOU* de 08/02/2013.

Corte Especial

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0009420-44.2012.4.01.0000/AC

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Requerente: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Requerido: Juízo Federal da 1ª Vara/AC
Autor: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Anselmo Henrique Cordeiro Lopes

Agravo Regimental

Agravante: Ministério Público Federal
Publicação: e-DJF1 de 11/01/2013, p. 532

Ementa

Processual Civil. Agravo regimental. Suspensão da tutela antecipada. Migração haitianos. Condição de refugiado. Controle de entrada. Atividade da Administração Pública. Poder Judiciário. Ingerência indevida. Lesão à ordem e à segurança públicas. Improvimento do agravo.

I. Não compete ao Judiciário alterar a política pública traçada pelos órgãos competentes para a concessão da condição de refugiado ou de vistos permanentes, nem mesmo por questões humanitárias, haja vista não se tratar, nesse caso, de velar pela legalidade dos atos administrativos, senão de substituição da Administração Pública em seu juízo de conveniência e oportunidade no tocante à política de migração nacional, com indubitoso potencial lesivo à ordem pública, cujo conceito abrange a ordem administrativa em geral, caracterizada como a normal execução do serviço público ou do exercício das funções administrativas pelas autoridades constituídas.

II. A abertura das fronteiras do País, pelo Poder Judiciário, para que, sem o devido controle das pessoas que aqui ingressam, fere a soberania nacional e causa graves problemas de ordem social e de segurança, submetidos que são a variáveis nem sempre sob controle imediato das autoridades constituídas, na medida em que dependem de outras esferas de decisão, por sua vez sujeitas, por força de lei, a prioridades orçamentárias, planejamentos, conjunturas econômico-financeiras etc.

III. A permissão do livre ingresso de estrangeiros, na condição de refugiados, sem controle migratório, pode dar ensejo à entrada massiva de estrangeiros no País, que sem infraestrutura que os ampare, contribui para o agravamento da situação dos cidadãos nacionais, principalmente daqueles habitam nas áreas fronteiriças, e dos próprios migrantes, gerando colapso na estrutura social dessas localidades, com sério comprometimento da adequada prestação dos serviços públicos, entre os quais o de saúde e o de segurança.

IV. Afora as hipóteses previstas na Lei 9.474/1997, a imigração não é um direito do estrangeiro, mas uma concessão do Estado, que, verificando a inconveniência do adventício em seu território, pode, inclusive, exigir-lhe a retirada compulsória, caso considere nocivo à ordem pública ou aos interesses nacionais (art. 7º c/c art. 26 da Lei 6.815/1980).

V. Compete ao Poder Executivo, que dispõe de órgão especializado denominado Conselho Nacional para os Refugiados (Conare), vinculado ao Ministério da Justiça, analisar pedidos sobre reconhecimento da condição de refugiado, declarar a perda dessa condição, assim como orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência, integração local e apoio jurídico aos refugiados. Não é prudente ao Judiciário assumir essa função, permitindo a entrada de todo e qualquer cidadão estrangeiro que solicitar refúgio, sem o devido estudo das consequências advindas dessa liberação.

VI. Improvimento ao agravo regimental.

Acórdão

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

Corte Especial do TRF 1ª Região – 29/11/2012.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Mário César Ribeiro*: — Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão do então Presidente desta Corte, Desembargador Olindo Menezes, que deferiu o pedido de suspensão da execução da tutela antecipada parcialmente concedida pelo juízo federal da 1ª Vara do Acre, nos autos da Ação Civil Pública 723-55.2012.4.01.3000, nos seguintes termos:

[...]

49. Ante o exposto, presentes os requisitos do art. 273 do CPC (a verossimilhança da alegação e o perigo na demora), defiro parcialmente a tutela pretendida para:

i) Determinar à União que faça cessar todo e qualquer impedimento para o ingresso no território nacional de migrantes de nacionalidade haitiana em busca de refúgio.

ii) Determinar à União, pelos seus órgãos atuantes na fronteira, que se abstenha de praticar qualquer ato que impeça o indivíduo haitiano solicitante de refúgio de ter seu pedido apreciado segundo a Lei 9474/97.

iii) Determinar à União, por intermédio do Departamento de Polícia Federal, que adote as providências determinadas pelos arts. 21 e 22 da Lei 9474/1997, aos cidadãos haitianos que solicitarem refúgio.

50. Ainda, em atenção à responsabilidade internacional da República Federativa do Brasil, em especial, a não intervenção e a contribuição na preservação da continuidade dos Estados, reconhecendo, enfim, um *periculum in mora* inverso, defiro medida cautelar de ofício (art. 797 do CPC) para:

iv) Determinar à União que, pela adoção de postura proativa da representação brasileira em Porto Príncipe, em atenção à responsabilidade internacional do Brasil de não contribuir para o desaparecimento do Estado do Haiti, dê amplo conhecimento da postura do órgão nacional competente para analisar o pedido de refúgio, em relação à questão de refúgio dos nacionais haitianos, bem como amplo conhecimento das formas de entrada já deferidas por meio da Resolução n. 97 do CNlg.

[...]

52. Por fim, tendo em vista que eventual divulgação desta decisão possa acarretar um fluxo em massa de migrantes econômicos, cuja entrada no país se dará a pretexto de pedido de refúgio (até mesmo de outras nacionalidades), contribuindo até para o descrédito deste instituto tão importante de direitos humanos, enfim, tendo em vista o absoluto interesse público na preservação tanto da responsabilidade internacional do Brasil como na manutenção do instituto do refúgio, DECRETO O SEGREDO DE JUSTIÇA AOS PRESENTES AUTOS, somente a eles podendo ter acesso as partes (MPF e União), nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal.

O agravante sustenta que, na decisão concedida pelo juízo federal da 1ª Vara do Acre, não existe violação à ordem pública, pois decisão administrativa não é insindicável pelo Poder Judiciário quanto à verificação da legalidade dos atos estatais.

Afirma que o caso dos pedidos de refúgio dos haitianos insere-se no art. 1º, inciso III, da Lei 9.474/1997, a saber:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

[...]

III – devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Alega que o reconhecimento da condição de refugiado, nos termos da legislação supramencionada, parte de uma concepção extensiva, tendo em vista doutrina moderna acerca do tema que abarca a concepção de *refugiados ambientais*; que é dever da União a obediência aos termos da Lei 9.474/1992, não obstaculizando ao estrangeiro, mesmo tendo ingressado irregularmente, fazer a solicitação de refúgio.

Assevera, por fim, que a migração haitiana é uma realidade atual que não será estancada por meio de uma tentativa de fechamento das fronteiras pelo Brasil, provocando o ingresso ilegal dos haitianos, que “passarão a ser obrigados a viver na clandestinidade em território brasileiro”.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro:
— A decisão objeto do agravo regimental está fundamentada nos seguintes termos:

[...] 4. Nos numerosos pedidos de suspensão que aportam à Presidência, vem-se consignando que a ingerência da atividade jurisdicional sobre atribuições da Administração Pública, de que resultem alterações na condução do planejamento da sua atuação, além de revestir-se de excepcionalidade, deve ser feita com critério e prudência e deve estar calcada em dados objetivos e técnicos pontuais que justifiquem a intervenção judicial.

É louvável a preocupação do Ministério Público Federal e do magistrado, que, de resto, é de todos os brasileiros, com as levas de imigrantes de nacionalidade haitiana, que vêm de um país destroçado pela miséria, pela fome, pelas doenças, pelas contradições políticas e por fenômenos naturais. Mas para tudo há uma medida!

Abrir as fronteiras do País em tais circunstâncias, sem o menor controle das pessoas que aqui ingressam — foi determinado que a União “faça cessar todo e qualquer impedimento para o ingresso no território nacional de migrantes de nacionalidade haitiana em busca de refúgio”; e que, “pelos seus órgãos atuantes na fronteira, que se abstenha de praticar qualquer ato que impeça o indivíduo haitiano solicitante de refúgio de ter seu pedido apreciado segundo a Lei 9474/97 —, sobre ferir a soberania nacional, é dar causa a uma série de problemas sociais e de segurança gravíssimos, submetidos a variáveis de toda ordem, muitas delas alheias aos controles imediatos da autoridade, na medida em que dependem de outras esferas de decisão, por sua vez sujeitas, por força de lei, a prioridades orçamentárias, planejamentos, conjunturas econômico-financeiras etc. Embora o real, o factível, esteja no campo do possível, as duas realidades não se confundem!

São de conhecimento público as dificuldades pelas quais passam muitas cidades fronteiriças, em face, inclusive, do isolamento em que se encontram, da dificuldade de controle de seus limites, do tráfico de drogas e entorpecentes, além da precariedade dos serviços públicos que são oferecidos à população. Permitir o livre ingresso de estrangeiros, na condição de refugiados, sem um controle migratório, sem a menor infraestrutura a amparar esses cidadãos estrangeiros, só contribuiria para o agravamento da situação dos cidadãos nacionais que lá habitam, e dos próprios migrantes.

Não se trata de velar pela legalidade dos atos administrativos, senão da substituição da

Administração Pública em seu juízo de conveniência e oportunidade no tocante à política de migração nacional. Não compete ao Judiciário alterar a política pública traçada pelos órgãos competentes para a concessão da condição de refugiado ou de vistos permanentes, nem mesmo por questões humanitárias.

Em tais circunstâncias, não há a menor dúvida do potencial lesivo grave da decisão, em detrimento da ordem pública, cujo conceito abrange a ordem administrativa em geral, caracterizada na hipótese como a normal execução do serviço público ou o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas¹.

O mesmo se diga da aptidão para causar grave lesão à segurança, à saúde e à economia públicas. O ingresso dos migrantes haitianos do modo em que permitido na decisão atacada, de forma indiscriminada e sem controle, pode dar ensejo à entrada massiva de estrangeiros no Brasil, principalmente na área de fronteira, gerando um colapso na estrutura social dessas localidades, com sério comprometimento da adequada prestação dos serviços públicos, entre os quais o de saúde e o de segurança.

Não se está a dizer que os cidadãos haitianos não mereçam a devida atenção e proteção do Estado brasileiro, que, inclusive, e como é notório, mantém força militar armada naquele país. Medidas de acolhimento já vêm sendo tomadas pelo Estado brasileiro, no Acre e no Amazonas, há algum tempo, mas de forma ordenada, como a mídia tem noticiado. A exemplo, inicial desta contracautela notícia o volume dos aportes financeiros do Poder Público direcionados para aquelas localidades, a fim de já minimizar os impactos trazidos por aqueles cidadãos que já ingressaram no país.

A decisão, portanto, neste nível de contracautela — não se trata de juízo de mérito, que ficará a cargo do órgão julgador natural do tribunal —, não se credencia à subsistência, a despeito das boas intenções do MPF e do zeloso magistrado. A decisão pode ser simpática e idealista, mas, na sua dimensão operacional, prenuncia para o caos social e institucional nas comunidades, já conhecidas, no Acre e no Amazonas, onde os haitianos costumam aportar no Brasil, com a devida vênua.

5. Assim postos os fatos, defiro o pedido e suspendo os efeitos da decisão em causa.

Oficie-se, com urgência, ao juízo dela prolator, para os devidos fins. Preclusas as vias impugnatórias, arquivem-se os autos. Intimem-se.

Brasília, fevereiro, 17, 2011 (23h30).

Pois bem, a decisão não merece reforma. Afora as hipóteses previstas na Lei 9.474/1997, a imigração

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian, Olindo Menezes, Hilton Queiroz, Carlos Moreira Alves, Selene Almeida, Neuza Alves, Kassio Nunes Marques, Néviton Guedes e Novély Vilanova.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 83.

não é um direito do estrangeiro, mas uma concessão do Estado, que, verificando a inconveniência do adventício em seu território, pode, inclusive, exigir-lhe a retirada compulsória, caso considere nocivo à ordem pública ou aos interesses nacionais (art. 7º c/c art. 26 da Lei 6.815/1980).

O Estatuto dos Refugiados das Nações Unidas de 1951, do qual o Brasil é signatário, emendado pelo Protocolo de 1967, define refugiado como sendo toda a pessoa que, em razão de fundados temores de perseguição devido à sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política, encontra-se fora de seu país de origem e que, por causa dos ditos temores, não pode ou não quer fazer uso da proteção desse país ou, não tendo uma nacionalidade e estando fora do país em que residia como resultado daqueles eventos, não pode ou, em razão daqueles temores, não quer regressar ao mesmo.

Na mesma toada, o inciso III, do art. 1º, da Lei 9.474/1997 preleciona que será reconhecido como refugiado todo indivíduo que “devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país”. O ato de violar pressupõe uma ação por parte de outra(s) pessoa(s). Interpretar de outra forma, como se os desastres naturais *violassem* os direitos humanos, a fim de qualificar um número indiscriminado de pessoas como refugiados, poderá ocasionar riscos de conflitos sociais nos locais onde houver entrada descontrolada de haitianos ou de quaisquer outras nacionalidades, acarretando grave lesão à ordem e à segurança públicas, como já asseverou o Desembargador Federal Olindo Menezes.

O Poder Executivo tem um órgão especializado denominado Conselho Nacional para os Refugiados (Conare), vinculado ao Ministério da Justiça, que tem entre suas prerrogativas a finalidade de analisar pedidos sobre reconhecimento da condição de refugiado, declarar a perda dessa condição, assim como orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência, integração local e apoio jurídico aos refugiados. Não é prudente o Judiciário assumir a função do executivo, permitindo a entrada de todo e qualquer cidadão haitiano que solicitar refúgio, sem o devido estudo das consequências advindas dessa liberação.

Ademais, é importante destacar que a União, por meio do Conselho Nacional de Imigração, instituiu a figura do “visto humanitário” em favor exclusivamente dos haitianos. Não se pode afirmar que a União está

agindo de forma despreocupada, pois, através de seus órgãos competentes, está promovendo a entrada legal de haitianos de forma ordenada, nos termos da Resolução Normativa CNlg 97/2012, publicada no Diário Oficial da União em 13/01/2012.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Voto-Vista

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Pedi vista dos autos para examinar com mais detalhes (a) os motivos pelos quais o MM. juízo a quo considerou existente a condição de refugiados dos haitianos que estão aportando no Norte do Brasil; (b) porque o Estado brasileiro não considerou os migrantes do Haiti naquela qualificação e, por fim, (c) a possibilidade jurídica de controle judicial de ato que concede ou nega pedido de refúgio.

Controle judicial da decisão administrativa que concede ou denega pedido de refúgio

A doutrina promove uma distinção entre atos administrativos expedidos no exercício da competência vinculada e os atos praticados no exercício da competência discricionária. Na atuação discricionária o agente público tem um campo de liberdade no qual pode fazer uma apreciação subjetiva sobre como agir no caso concreto.

No caso em exame, emerge a discussão sobre a impossibilidade jurídica revisão judicial da decisão do Conare – Comitê Nacional para Refugiados que indeferiu o pedido de refúgio dos imigrantes haitianos.

A tese defendida pela União nestes autos é de que se trata de ato político, isto, é discricionário. De fato, se a concessão de refúgio é ato discricionário do Executivo, mas não há se falar em controle do juízo valorativo do agente público sobre fatos e circunstâncias que lhe formaram a convicção. A análise do mérito do Executivo não respeitaria o princípio da violação dos poderes, pois matéria relativa a relações exteriores é da competência exclusiva do Poder Executiva, não competindo ao Judiciário reavaliar os dados fáticos para o reconhecimento da condição de refugiado e tomar a decisão política que não é de sua seara. Não caberia, assim, a revisão judicial se o Poder Executivo decidiu de forma razoável e proporcional.

Verifica-se, no que tange ao controle do ato denegatório ou concessivo de refúgio pelo Estado brasileiro, que há jurisprudência no sentido de se considerar que o Executivo é a instância soberana

constitucionalmente responsável por adotar política exterior e estabelecer as relações do país.

É insofismável que as discussões que digam respeito a questões relativas à política externa competem apenas ao Poder Executivo. Logo, a primeira pergunta que se coloca é qual a natureza jurídica do ato de refúgio. Caso se tenha que sua concessão tem natureza de ato político, expressão da soberania do Estado brasileiro, e que se sujeita a discricionariedade e à conveniência do Poder Executivo, o controle judicial do ato do Conare é limitado aos aspectos da legalidade do ato. Se admitida a tese de que a concessão do refúgio tem natureza política, pois depende de ato de tolerância de um Estado em aceitar, ou não, estrangeiro em seu território, o controle do Judiciário sobre o ato administrativo que denega ou concede o benefício fica restrito a problemas de invalidade de forma ou de hipóteses clássicas de desvio de poder (chamado também de desvio de finalidade) ou ausência de motivos (caso de aplicação da teoria dos motivos determinantes).

Em outras palavras, a análise do agravo regimental do *Parquet* federal e, de resto, toda a matéria ventilada na ação civil pública, exige que se atente à natureza jurídica do ato impugnado. Essa análise, contudo, impõe outra também de natureza prejudicial, qual seja, o que é refúgio, seu conteúdo material e requisitos de configuração. É ato político ou um direito subjetivo do fugitivo? Se considerado direito subjetivo público, pode a concessão do refúgio ser exigível em face de um Estado se presentes os requisitos convencionais e legais? *Quid iuris*? O indivíduo é sujeito de direito em casos que tais?

A Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 estabeleceu o conceito de refugiado bem como seus direitos e deveres. O Protocolo de 31 de janeiro de 1976 ampliou o alcance da definição. O Brasil não aderiu de forma irrestrita a Convenção, além de limitações temporal e geográfica, o país fez limitações ao direito de associação e ao labor remunerado. Aderimos ao Protocolo de 1967 em 1972, com reservas geográficas (refugiados, só europeus) e quanto ao direito de associação e ao trabalho. A superveniência da Constituição de 1988 fez com as reservas sobre a origem geográfica dos refugiados e outras limitações se tornassem incompatíveis com o disposto nos arts. 5, XIII e XVII e 7, IV.

A Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967 contêm três tipos de regramento:

(a) definem quem é refugiado e quem deixa de sê-lo;

(b) definem o estatuto jurídico do refugiado e seus direitos e deveres no país de destino; e

(c) estabelecem aplicação dos instrumentos sob o aspecto administrativo e diplomático. Os artigos 35 da Convenção e o 2 do Protocolo de 1976 obrigam os Estados signatários a cooperar com a ACNUR na aplicação das disposições das normas internacionais.

Por sua vez, a Lei 9.474, de 22 de julho de 1997, adotou a seguinte definição de refugiado:

Art. 1 - devido a fundados temores de perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ela, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outros países.

Art. 2 - Os efeitos da condição dos refugiados serão extensivos ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional.

A leitura do art. 1º mostra três hipóteses para a concessão de refúgio. A primeira hipótese significa que o solicitante deve ter fundado temor de perseguição; a perseguição deve ser por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas; o solicitante do benefício não tem proteção do seu país de nacionalidade.

O caso do inciso II exige os seguintes requisitos: o solicitante não tem nacionalidade; o solicitante está fora do país onde tinha residência habitual e não pode voltar ao país onde tinha residência habitual por motivo de perseguição relativa a raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

O terceiro caso de refúgio exige a presença dos seguintes pressupostos: o solicitante está no país de sua nacionalidade e existe grave e generalizada violação de direitos humanos nesse lugar.

A mencionada Lei 9.474/1997 criou o Conare – Comitê Nacional para os Refugiados, órgão de

deliberação coletiva, vinculado ao Ministério da Justiça e responsável pela análise dos pedidos de refúgio.

A Lei brasileira sobre refugiados é decorrente do Programa Nacional de Direitos Humanos de 1996 e, a bem da verdade, o Brasil foi o primeiro país do Cone Sul a sancionar uma lei nacional de refúgio e a fazer parte do Comitê Executivo do Acnur.

Dessa breve exposição, observa-se que os refugiados são migrantes forçados, uma figura diversa do chamado migrante econômico que está inserido em um processo de deslocamento voluntário em busca de oportunidade de trabalho.

Também não há se confundir refúgio com asilo. A finalidade do refugiado e do asilado pode ser a mesma, mas o refúgio é um conceito internacional, universal e o asilo decorre do cometimento de crime de natureza política. É instituto que nasceu em face da instabilidade institucional da América Latina nos primórdios de sua história. O refúgio é medida humanitária e o asilo tem natureza puramente política. A questão dos refugiados está relacionada a guerras civis por motivos econômicos, étnico, religioso, disputa política, escassez de terra, acesso a recursos naturais, etc. Além do problema das guerras civis, indivíduos ou grupos específicos podem ser vítimas de perseguição do próprio Estado ou de outros grupos majoritários. No fundo, o problema dos refugiados diz respeito a conflito entre indivíduo e uma sociedade hostil.

Milhares de pessoas todos anos fogem de seus países como resultado de conflitos internos, guerras, perseguições motivadas por intolerância de todo gênero. São vítimas de reiteradas violações dos direitos humanos. São os refugiados. Pode-se apontar como violação a direitos humanos a discriminação, prisão ilegal, ameaça à vida, à liberdade, submissão a tratamento desumano e degradante, interferência arbitrária na privacidade, violação à liberdade de pensamento, opinião e expressão, ser submetido a condição de escravo.

A violação aos direitos humanos é uma hipótese expressamente pela Lei de Refúgio brasileira.

Quando uma pessoa é perseguida e, por conseguinte, sua vida ou liberdade está ameaçada ela precisa fugir da violência. Se as razões da perseguição forem decorrentes de raça, religião, nacionalidade, grupo social, opinião política, essa pessoa é um refugiado. Vale dizer que o conceito clássico de refugiado é *numerus clausus*. Contém uma cláusula de inclusão que um indivíduo deve preencher para ser reconhecido como destinatário do benefício de norma internacional e nacional de proteção.

O ato de concessão de refúgio não é político, é apolítico, pacífico e humanitário (Flávia Piovesan). Todos solicitantes têm direito a apresentar um requerimento à autoridade competente.

Todavia, mesmo sendo apolítica a decisão que reconhece a condição de refúgio, os Estados têm resistência em aceitar um instrumento internacional que estabeleça deveres sobre concessão de refúgio. Os Estados, no particular, invocam o princípio da soberania nacional no que tange a decisão sobre o ingresso de estrangeiros em seu território, mesmo sendo pessoas consideradas refugiadas uma categoria específica definida pelo Direito Internacional.

Meu entendimento sobre o tema é que o ato concessivo ou denegatório de refúgio é fortemente vinculado porque o Direito Internacional e a Lei de Refúgio brasileira definem quem é refugiado. Certo que existe um grau de subjetividade na apreciação de ocorrência, em um caso concreto, do que seja o conceito aberto de *fundado temor de perseguição*. Porém, em termos gerais, sendo ato vinculado, o Conare enuncia ato declaratório de refúgio e não ato constitutivo de direito, porque as opções políticas para os casos de refúgio já adotadas pelo legislador em consonância com a Convenção que o Brasil subscreveu.

No ensejo, peço vênias para transcrever texto de parecer do ilustre Professor Carlos Mario da Silva Velloso, ministro aposentado do eg. Supremo Tribunal Federal, no caso da extradição do cidadão italiano Cesare Battisti, objeto de julgamento pela nossa Corte Suprema em época recente. No parecer que segue, o jurista faz uma didática demonstração sobre o que é refúgio, o asilo político e asilo diplomático, a definição de refugiado, a definição ampliada de refugiado, natureza declaratória do ato de refúgio, definição de refúgio na Lei 9.474/1997, recurso administrativo da decisão do Conare, controle judicial do ato do Conare e do Ministro da Justiça.

O parecer foi dado a pedido da República Italiana, no processo de Extradição 1085-9 no qual é requerida a extradição do cidadão italiano Cesare Battisti e ao correlato pedido de refúgio por ele formulado ao Ministro da Justiça – na pendência do referido processo de extradição.

[...]

Segundo Flávia Piovesan, os institutos do asilo e do refúgio são diferentes, embora constituam ambos medida unilateral, destituída de reciprocidade e busquem a mesma finalidade, ou seja, a proteção da pessoa humana. Por essa razão, imperativa seria a “harmonização e complementaridade dos

dois institutos”⁵. Para a notável mestra de direitos humanos, o refugio seria “medida essencialmente humanitária, que abarca motivos religiosos, raciais, de nacionalidade, de grupo social e opiniões políticas”. Já o asilo seria “medida essencialmente política, abrangendo apenas os crimes de natureza política”⁶. Certo é que o asilo político e o refúgio são institutos com características próprias, embora tenham ambos a mesma finalidade, a proteção da pessoa humana, apresentando distinções, tanto no seu desenvolvimento histórico quanto nos seus embasamentos jurídicos.

VI.1. Asilo político: asilo territorial e asilo diplomático.

20. Na lição de Francisco Rezek, “o asilo político é o acolhimento, pelo Estado, de estrangeiro perseguido alhures — geralmente, mas não necessariamente, em seu próprio país atual — por causa de dissidência política, de delitos de opinião, ou por crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configurem quebra do direito penal comum.”

21. O asilo político pode ser territorial ou, numa versão provisória, diplomático. O asilo territorial anota Rezek, beneficia os estrangeiros que se encontram no âmbito espacial da soberania do Estado. Já o asilo diplomático ocorre nos domínios da missão diplomática, dos imóveis residenciais protegidos pela regra da inviolabilidade assegurada pela Convenção de Viena, de 1961, ou no interior de navios de guerra acostados no litoral, de um indivíduo perseguido pelas autoridades locais em razão da prática de delitos políticos.

22. Ainda segundo Rezek, “em toda parte se reconhece a legitimidade do asilo político territorial, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem — ONU, 1948- faz-lhe referência”⁹. Este mesmo artigo enunciador de que “toda pessoa vítima de perseguição tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países” exclui do referido direito os perseguidos por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas (Art. 14(2)).

23. Já o asilo diplomático é uma instituição de direito costumeiro, que se desenvolveu especialmente na América Latina, embora a história registre casos isolados de asilo diplomático, no continente europeu, nos séculos XIX e XX. O instituto surgiu de prática costumeira por volta do século XIX, tendo recebido alguma disciplina jurídica, a partir de 1928(10). Os textos convencionais que o disciplinam são regionais: Convenção de Havana (1928), Convenção de Montevideu (1933), Convenção de Caracas (1954).

24. Márcio Pereira Pinto Garcia rememora as razões pelas quais o instituto se consolidou no direito costumeiro latino-americano: “a vertiginosa rotatividade nas posições de mando, o fracionamento das ordens constitucionais, a extrema relatividade da vida pública e as dimensões dos países em nosso

continente respondiam outrora por sua necessidade. Ele se forjou entre nós como costume regional”.

25. O asilo diplomático não é uma modalidade de asilo político. Constitui uma etapa anterior à concessão do asilo territorial, que se consuma no Estado cuja embaixada o acolheu ou no território de terceiro Estado, conforme lição de Francisco Rezek: “A autoridade asilante — via de regra o embaixador — examinará a ocorrência dos dois pressupostos referidos e, se os entender presentes, reclamará da autoridade a expedição de um salvo-conduto, com que o asilado possa deixar em condições de segurança o Estado territorial para encontrar abrigo definitivo no Estado que se dispõe a recebê-lo. A autoridade asilante dispõe, em regra, do poder de qualificação unilateral dos pressupostos do asilo, mas na exata medida em que exteriorize o ponto de vista do Estado soberano por ela representado”.

26. Em síntese, se o fundamento jurídico do asilo territorial é o artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU de 1948, o do asilo diplomático é o direito costumeiro e as Convenções de caráter regional que o disciplinaram: a Convenção de Havana (1928), a Convenção de Montevideu (1933) e a Convenção de Caracas (1954).

VI.2. O refúgio: definição de refugiado.

27. A proteção internacional dos refugiados tem origem na Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951, modificado pelo Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967. Enquanto o asilo político protege pessoas perseguidas por crimes políticos, os textos internacionais sobre o refúgio trazem definição mais completa do beneficiário da condição de refugiado, ou seja, aquele que sofre “fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou opiniões políticas, não podendo ou não querendo por isso valer-se da proteção de seu país de origem”.

28. O Ministério da Justiça esclarece, em seu “site” da internet, que o “asilo normalmente decorre de casos particulares, onde o indivíduo é vítima de perseguição pessoal por motivos de opinião ou de atividades políticas. Quando a dissidência política acarreta perseguição, procura um país onde estará protegido. É comum sua concessão a personalidades notórias.

29. Já nos casos de refúgio, normalmente o indivíduo está fugindo de agressões generalizadas, dando origem na maioria das vezes a fluxo massivo de população que atravessa a fronteira em busca de proteção. Ocorre também em casos de ocupação ou dominação estrangeira, violação dos direitos humanos ou acontecimentos que alterem gravemente a ordem pública interna no país de origem”

30. O refúgio está historicamente associado, pois, a violações coletivas de direitos fundamentais por parte de um determinado Estado. Ouçamos

Flávia Piovesan a lecionar que “Vale dizer, refugiada é a pessoa que não só não seja respeitada pelo Estado ao qual pertence, como também seja esse Estado quem a persiga, ou não possa protegê-la quando ela estiver sendo perseguida. Essa é a suposição dramática que dá origem ao refúgio, fazendo com que a posição do solicitante de refúgio seja absolutamente distinta da do estrangeiro normal”

VI.3. A definição ampliada de refugiado.

31. Observa-se, no contexto internacional, tendência à ampliação do conceito de refugiado, o que se verifica na Convenção da Organização da Unidade Africana Sobre Refugiados e na Declaração de Cartagena.

32. Quanto à Convenção da Organização Africana Sobre Refugiados, anota André de Carvalho Ramos, está ela em vigor desde 1974, e estabelece pela primeira vez a chamada “definição ampla de refugiado”, consistente em considerar assim aquele que, “em virtude de um cenário de graves violações de direitos humanos, foi obrigado a deixar sua residência habitual para buscar refúgio em outro Estado”.

33. No que se refere à Declaração de Cartagena, ensina André que o texto estabeleceu que a definição de refugiado deveria, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, contemplar aqueles que tivessem “fugido dos seus países em decorrência de uma ameaça à sua vida, segurança ou liberdade produzida por violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública”.

34. Portanto, numa definição restrita, a definição de refugiado alcança aqueles que sofram perseguição ou fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou opiniões políticas. A definição ampliada, por sua vez, contempla pessoas que se sintam ameaçadas por uma situação de violência generalizada de direitos humanos em seus países de origem, ainda que o postulante a tal condição não sofra uma perseguição pessoal.

35. O asilo político exige o caráter imediato da perseguição, além da natureza política do delito. Já para o reconhecimento da condição de refugiado é preciso o fundado temor de uma perseguição odiosa. Trata-se, portanto, da convergência de elemento objetivo (perseguição pelos motivos elencados) com o subjetivo (o medo, a insegurança), como esclarece o ACNUR: “A este elemento de temor — que é um estado de espírito e uma condição subjetiva — é acrescentada a qualificação “com razão”. Isto implica que não é só o estado de espírito da pessoa interessada que determina a condição de refugiado, mas que esse estado de espírito seja baseado em uma situação objetiva”.

VI.4. Perseguição por opiniões políticas.

36. Leciona André de Carvalho Ramos que, “por perseguição, entenda-se toda forma de discriminação injustificada e ilegítima que gera conseqüências negativas ao desenvolvimento livre e digno de determinada pessoa. Resta saber como definir as razões da perseguição, que no caso dos refugiados são aquelas baseadas em raça, religião, opinião política e pertença a um grupo social”⁹. Por perseguição por opinião política o autor entende que “é causada por convicção ideológica, que deveria ser normalmente aceita por um regime democrático, ofendendo-se a liberdade de expressão e associação e gerando, então, requisito objetivo para concessão de refúgio”. Entretanto, acrescenta que “é claro que há limites à liberdade de expressão ideológica, em especial quando servir para a agressão a outros valores democráticos e aos direitos humanos. Nesse sentido, o Direito Internacional dos Direitos Humanos possui uma série de exemplos da legitimidade da restrição e convicções ideológicas discriminadoras, racistas ou antidemocráticas. Com efeito, o artigo 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que nenhum dispositivo da Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito a outrem de realizar atividades tendentes à supressão de qualquer outro direito ou liberdade. Nesse caso, obviamente, não há que se falar em perseguição, pois a conduta do Estado da nacionalidade ou da residência habitual é justificável e legítima perante o Direito Internacional”.

37. A perseguição por opiniões políticas referida nos textos internacionais, portanto, não parece ser a perseguição pelo crime político de que trata o instituto do asilo, mas a expressão legítima de idéias que deveriam ser toleradas em uma democracia.

VII. Causas de exclusão do asilo e do refúgio.

38. O artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, e as Convenções sobre o asilo, determinam simplesmente que este não será concedido a pessoas procuradas por crimes comuns²². O artigo 1º, parágrafo 6º, da Convenção de 1951, por sua vez, menciona um número maior de circunstâncias que afastam o direito ao reconhecimento da condição de refugiado.

39. As causas de exclusão da condição de refugiado são mais delineadas do que as do asilo: não poderão se beneficiar da condição de refugiados os indivíduos que tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, atentados terroristas ou tráfico de drogas. Ficam também excluídos do benefício os que tiverem cometido um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados e que tenham se tornado culpadas por atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.

VIII. Concessão do asilo e reconhecimento do refúgio: ato constitutivo e ato declaratório

40. “Outro elemento de distinção estaria na natureza do ato de concessão de refúgio e asilo: enquanto a concessão de refúgio apresenta efeito declaratório, a concessão de asilo apresenta efeito constitutivo, dependendo exclusivamente da decisão do país”.

41. Márcio Pereira Pinto Garcia concorda com a tese de Flávia Piovesan de que a concessão do status de refugiado é ato declaratório, enquanto a de asilado é ato constitutivo. Entende ele que o poder discricionário do Estado é mais amplo na concessão de asilo do que no reconhecimento do direito de refugiado, certo que a concessão do asilo é decisão política. “Trata-se”, aduz Garcia, “de ato soberano, que prescinde de fundamentação e muito menos de explicação de critério. O grau de proteção é dessa forma mais brando. Não tem em geral proteção internacional, ao contrário do que sucede no refúgio”. Quanto ao refúgio, acrescenta que o “instituto conta proteção mais ampla consubstanciada em documentos internacionais e amparada pela ação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). O direito dos refugiados apresenta contornos mais técnicos”.

42. No mesmo sentido, a opinião da professora Luciana Diniz Durães Pereira, a dizer que “as hipóteses de reconhecimento do status de refugiado a alguém são claras, objetivas e bem delimitadas, enquanto que a averiguação da perseguição política, foco também da proteção do direito de asilo, fica a cargo dos Estados que, discricionariamente podem ou não conceder asilo político. Fica claro, de tal modo, que a concessão de asilo por um Estado é constitutiva do direito de asilo do indivíduo protegido, enquanto que a atribuição do status de refugiado, dentro dos critérios e objetivos previstos pela CRER, é declaratória e, portanto, não constitutiva do direito do refúgio, mas sim necessária ao seu reconhecimento. Assim, por ser uma decisão discricionária do Estado, da concessão ou não do asilo não decorrem obrigações internacionais, nem mesmo a necessidade de formulação de políticas públicas que visem integrar o asilado político a seu novo local de moradia. Ao contrário, a partir do reconhecimento do status de refugiado, o Estado de acolhida tem a obrigação de integrá-lo à comunidade e, igualmente, decorrem para o país obrigações internacionais (v. artigos 15 a 18 da CRER, de 1951, e 50 e 6° da Lei 9.474/97 sobre os deveres e obrigações do Estado que concede refúgio para com os refugiados sob sua proteção). Outra distinção é a existência do ACNUR, órgão específico de fiscalização da prática do refúgio, pois para o resguardo do instituto de asilo não existe órgão correlato.

43. A decisão que reconhece o direito ao status de refugiado há de ser, portanto, bem mais técnica e fundamentada que aquela que concede o asilo. Tanto é assim que, no Brasil, foi necessário editar lei que disciplinasse o tema, lei que, entre outras coisas,

instituiu um órgão técnico para examinar os pedidos de refúgio, o CONARE.

IX. O refúgio no direito brasileiro: definição de refugiado pela Lei 9.474, de 1997.

44. Ao contrário do direito de asilo, que não recebeu mais que um título próprio na Lei

6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), o direito dos refugiados no Brasil foi disciplinado por lei específica. Já na Exposição de Motivos dos Ministros da Justiça e das Relações Exteriores, o Poder Executivo afirmava que “apesar de a Convenção de Genebra estar ratificada pelo Brasil, há necessidade de legislação interna que disponha, de forma clara e ordenada, sobre os instrumentos de proteção e assistência aos refugiados, assegurando-lhes o respeito aos direitos humanos”²⁷

45. A Lei 9.474/97 adotou a definição ampliada de refugiados proposta pela Convenção da Organização Africana Sobre Refugiados de 1974 e pela Declaração de Cartagena de 1984. São considerados refugiados, além daqueles que possuam fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, os que não tenham nacionalidade e se encontrem fora do país onde antes tiveram sua residência habitual, não podendo ou não querendo regressar a ele pelo referido temor fundado de perseguição, e as pessoas obrigadas a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país devido à grave e generalizada violação de direitos humanos.

IX.1. Causas de exclusão da condição de refugiado.

46. O benefício do asilo político deixa de ser concedido no caso de perseguição por crime comum. No refúgio, já anotamos, as causas de exclusão são mais claramente delineadas. A Lei 9.474/97 inspira-se na Convenção de 1951 para excluir do benefício aqueles que já desfrutaram de proteção ou assistência por parte de organismo ou instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados — ACNUR, as pessoas residentes no território nacional que tenham direitos e obrigações relacionados com a condição de nacional brasileiro, os que tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas e, finalmente, os indivíduos considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas (Lei 9.474/97, art. 30, J, J, III, IV).

IX.2. As atribuições do Comitê Nacional para os Refugiados — CONARE.

47. O Título III da Lei 9474/97 institui o Comitê Nacional para os Refugiados — CONARE, órgão de deliberação coletiva, vinculado ao Ministério da Justiça. Quanto à missão do órgão, assinalava a exposição de motivos enviada pelos Ministros da Justiça e das Relações Exteriores: “será de fundamental importância, já que receberá as

solicitações de refúgio e decidirá sobre as mesmas. Tal instância existe na maioria dos países signatários da Convenção de Genebra”²

48. Ao CONARE compete analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado, assim como decidir pela cessação e perda, em primeira instância, ex officio ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado. O CONARE assume também a missão de orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados. O órgão é colegiado e composto por sete membros: um representante do Ministério da Justiça (que o preside), do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério do Trabalho, do Ministério da Saúde, do Ministério da Educação e do Desporto, do Departamento de Polícia Federal e de representante de organização não-governamental que se dedique às atividades de assistência e proteção de refugiados no país²⁹ (Lei 9.474, de 1997, arts. 12 e 14). IX.3. O Papel do ACNUR.

49. O papel do ACNUR diminuiu após a Lei 9.474/97, mas continua sendo importante no que diz respeito ao fornecimento de recursos materiais aos refugiados. Além disso, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados — ACNUR será sempre membro convidado para as reuniões do CONARE, com direito a voz, sem voto³⁰. É que, com a criação do CONARE, o Estado brasileiro assume atribuições antes executadas pelo ACNUR. Cabe ao CONARE analisar as solicitações de refúgio e implementar a política de proteção e apoio aos que forem considerados refugiados.

IX.4. Recurso administrativo contra decisão do CONARE.

50. Da decisão negativa de refúgio cabe recurso ao Ministro de Estado da Justiça, no prazo de 15 dias, contado do recebimento da notificação (Art. 29). A decisão do Ministro de Estado não será passível de recurso administrativo (Art.31).

51. Não há recurso administrativo contra decisão do CONARE deferitória do pedido de refúgio. O artigo 29 faz alusão ao recurso contra decisão denegatória, apenas. O artigo 31, que versa sobre a irrecorribilidade da decisão do Ministro da Justiça, trata de recurso interposto contra decisão do CONARE que tenha recusado o reconhecimento da condição de refugiado.

X. Controle judicial de decisão do CONARE e do Ministro da Justiça.

52. Para André de Carvalho Ramos, da decisão que concede o refúgio ilegalmente não cabe recurso administrativo ao Ministro de Estado, podendo caber ação judicial para defesa da legalidade e da ordem jurídica. O autor sustenta o cabimento do controle judicial da concessão ou denegação do refúgio, a dizer que “mesmo em relação aos atos discricionários, há muito foram desenvolvidos instrumentos de controle da chamada ‘conveniência

e oportunidade’ da Administração Pública, que impedem que, sob o manto da ‘discricionariedade’, sejam camuflados abusos de todos os tipos. Assim, consolidou-se na jurisprudência o uso da teoria dos motivos determinantes, da teoria do desvio de finalidade e abuso de poder e, ultimamente, do princípio da proporcionalidade, que asseguram ao Poder Judiciário instrumentos para controlar o abuso e o excesso por parte do Poder Executivo. Não poderia ser diferente a postura do Poder Judiciário no que tange à atuação do CONARE. Há que se levar em consideração o princípio da universalidade de jurisdição, previsto no artigo 50, XXXV, que permite a revisão das decisões administrativas pelo Poder Judiciário”.

53. Enfrenta André de Carvalho Ramos, ademais, a questão de saber se a deliberação do CONARE é discricionária. A ideia de discricionariedade do Poder Executivo no reconhecimento do refúgio não procede, tendo em vista, inclusive, os esclarecimentos constantes do “site” do Ministério da Justiça. Aí se diz que “a concessão de asilo possui caráter constitutivo”, enquanto o “reconhecimento da condição de refugiado é ato declaratório”. É, portanto, o próprio Ministério da Justiça que emprega os termos “concessão” para o asilo e “reconhecimento” para o refúgio, admitindo assim que a decisão que “reconhece” o refúgio não depende da vontade do Estado, mas está restrita a condições de natureza objetiva. Destarte, tanto a decisão do CONARE quanto a do Ministro da Justiça não escapam do controle judicial.

54. Para André de Carvalho Ramos “não há discricionariedade ou espaço político para a tomada de decisão do CONARE: diferentemente do asilo político, o refúgio é direito do estrangeiro perseguido”. O autor considera que tanto para a hipótese de o CONARE decidir contrariamente ao reconhecimento do refúgio quanto para a situação inversa, isto é, para o caso de o referido órgão, “com predominância de representantes do governo, reconhecer indevidamente a condição de refugiado de solicitante (para assegurar, v.g., a impunidade de extraditando próximo aos donos do Poder), pode o Poder Judiciário, provocado, por exemplo, pelo Ministério Público Federal na defesa da ordem jurídica (artigo 127 da Constituição), declarar a nulidade de tal deliberação por ofensa ao princípio da legalidade”³⁵.

55. Cuida-se, no ponto, da hipótese de controle de legalidade, pelo Poder Judiciário, de ato da Administração Pública. Cabe ao Poder Judiciário corrigir eventual ilegalidade, inconstitucionalidade ou abuso de ato administrativo, seja de que nível for, vez que a Constituição consagra o princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça a direito, certo que a Administração está sujeita ao princípio da legalidade cerrada (C.F., art. 37). É dizer, o agente público só pode fazer o que a lei expressamente autorizar.

X.1. Extradicação e refúgio: controle jurisdicional.

56. Dispõe o art. 33 da Lei 9.474, de 1997, que “o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradicação baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.” Destarte, nos exatos termos da lei, deverá o Supremo Tribunal Federal proceder à verificação da identidade entre os fatos descritos no pedido de extradicação e aqueles em que se embasou a decisão do CONARE ou a decisão do Ministro da Justiça. Tem-se, assim, a questão de saber se o Supremo Tribunal Federal poderia reexaminar a decisão do CONARE ou do Ministro da Justiça, para decidir que o refúgio fora reconhecido ilegitimamente e, neste caso, autorizar a extradicação daquele que recebeu, indevidamente, a condição de refugiado. A resposta negativa a essa questão significaria dizer que a decisão administrativa seria capaz de afastar a competência do Supremo Tribunal, competência que lhe foi conferida pela Constituição (C.F., art. 102, I, “g”). Significaria dizer, ademais, que lei ordinária poderia suprimir competência constitucional da Suprema Corte. Ou, o que é risível, que a Constituição se interpreta no rumo da Constituição. Se se aceitasse que o Supremo Tribunal deveria curvar-se, cerimonioso, a uma norma infraconstitucional de duvidosa constitucionalidade, não restaria ao Tribunal, bem escreveu o professor Flávio Bauer Novelli, “ao qual a Constituição da República defere o poder incompatível de julgar da legitimidade constitucional das próprias leis, sejam estas de que categoria forem, (...) senão o vexaminoso dever de reverentemente inclinar-se ante a inexorável decisão administrativa unipessoal” do Ministro de Estado.

57. No caso, mesmo que se aceitasse, por amor ao debate, que a norma infraconstitucional seria capaz de afastar a competência que a Constituição expressamente conferiu ao Supremo Tribunal Federal (C.F., art. 101, I, “g”), ainda assim deveria a Corte Suprema examinar a legitimidade do ato do Senhor Ministro da Justiça.

Recordo que naquele caso objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, o relator foi o iminente Min. Cezar Peluso que deferiu a extradicação para a Itália, uma vez que concluiu pela ilegalidade do ato do Min. de Estado da Justiça que concedera o refúgio a Cesare Battisti. O eminente ministro relator reconheceu o caráter político da decisão que concede refúgio e ainda o fato de tal concessão ser atribuição da União, por representar o país nas relações internacionais. Todavia, adiantou que tais circunstâncias não afastavam a possibilidade de controle jurisdicional. O relator considerou que o reconhecimento da condição de refugiado é ato vinculado aos requisitos da Lei de Refúgio e, dessa forma, a decisão do ministro de Estado da Justiça não escapava do controle judicial quanto aos requisitos de legalidade, na verificação

da correspondência entre a motivação e as hipóteses normativas. A conclusão foi de que o ato administrativo vinculado que concedeu o benefício à Cesare Battisti era *contra legem*, porque não tinha fundamento em quaisquer das hipóteses legais.

Transcrevo parte do texto do voto condutor da ext. 1.085/República Italiana, pois aborda o tema da natureza do ato de refúgio:

EMENTAS: 1. EXTRADIÇÃO. Passiva. Refúgio ao extraditando. Fato excludente do pedido. Concessão no curso do processo, pelo Ministro da Justiça, em recurso administrativo. Ato administrativo vinculado. Questão sobre sua existência jurídica, validade e eficácia. Cognição oficial ou provocada, no julgamento da causa, a título de preliminar de mérito. Admissibilidade. Desnecessidade de ajuizamento de mandado de segurança ou outro remédio jurídico, para esse fim, Questão conhecida. Votos vencidos. Alcance do art. 102, inc. I, alínea “g”, da CF. Aplicação do art. 3º do CPC. Questão sobre existência jurídica, validade e eficácia de ato administrativo que conceda refúgio ao extraditando é matéria preliminar inerente à cognição do mérito do processo de extradicação e, como tal, deve ser conhecida de ofício ou mediante provocação de interessado jurídico na causa.

2. EXTRADIÇÃO. Passiva. Refúgio ao extraditando. Concessão no curso do processo, pelo Ministro da Justiça. Ato administrativo vinculado. Não correspondência entre os motivos declarados e o suporte fático da hipótese legal invocada como causa autorizadora da concessão de refúgio. Contraste, ademais, com norma legal proibitiva do reconhecimento dessa condição. Nulidade absoluta pronunciada. Ineficácia jurídica conseqüente. Preliminar acolhida. Votos vencidos. Inteligência dos arts. 1º, inc. I, e 3º, inc. III, da Lei nº 9.474/97, art. 1-F do Decreto nº 50.215/61 (Estatuto dos Refugiados), art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.072/90, art. 168, § único, do CC, e art. 5º, inc. XL, da CF. Eventual nulidade absoluta do ato administrativo que concede refúgio ao extraditando deve ser pronunciada, mediante provocação ou de ofício, no processo de extradicação.

3. EXTRADIÇÃO. Passiva. Crime político. Não caracterização. Quatro homicídios qualificados, cometidos por membro de organização revolucionária clandestina. Prática sob império e normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem conotação de reação legítima contra atos arbitrários ou tirânicos. Carência de motivação política. Crimes comuns configurados. Preliminar rejeitada. Voto vencido. Não configura crime político, para fim de obstar a acolhimento de pedido de extradicação, homicídio praticado por membro de organização revolucionária clandestina, em plena normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem nenhum propósito político imediato ou conotação de reação legítima a regime opressivo.

4. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Pedido fundado em sentenças definitivas condenatórias

por quatro homicídios. Crimes comuns. Refúgio concedido ao extraditando. Decisão administrativa baseada em motivação formal de justo receio de perseguição política. Inconsistência. Sentenças proferidas em processos que respeitaram todas as garantias constitucionais do réu. Ausência absoluta de prova de risco atual de perseguição. Mera resistência à necessidade de execução das penas. Preliminar repelida. Voto vencido. Interpretação do art. 1º, inc. I, da Lei nº 9.474/97. Aplicação do item 56 do Manual do Alto Comissariado das Nações Unidas – ACNUR. Não caracteriza a hipótese legal de concessão de refúgio, consistente em fundado receio de perseguição política, o pedido de extradição para regular execução de sentenças definitivas de condenação por crimes comuns, proferidas com observância do devido processo legal, quando não há prova de nenhum fato capaz de justificar receio atual de desrespeito às garantias constitucionais do condenado.

5. EXTRADIÇÃO. Pedido. Instrução. Documentos vazados em língua estrangeira. Autenticidade não contestada. Tradução algo deficiente. Possibilidade, porém, de ampla compreensão. Defesa exercida em plenitude. Defeito irrelevante. Nulidade inexistente. Preliminar repelida. Precedentes. Inteligência do art. 80, § 1º, da Lei nº 6.815/80. Eventual deficiência na tradução dos documentos que, vazados em língua estrangeira, instruem o pedido de extradição, não o torna inepto, se não compromete a plena compreensão dos textos e o exercício do direito de defesa.

6. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Extensão da cognição do Supremo Tribunal Federal. Princípio legal da chamada contenciosidade limitada. Amplitude das questões oponíveis pela defesa. Restrição às matérias de identidade da pessoa reclamada, defeito formal da documentação apresentada e ilegalidade da extradição. Questões conexas sobre a natureza do delito, dupla tipicidade e duplo grau de punibilidade. Impossibilidade conseqüente de apreciação do valor das provas e de rejuízo da causa em que se deu a condenação. Interpretação dos arts. 77, 78 e 85, § 1º, da Lei nº 6.815/80. Não constitui objeto cognoscível de defesa, no processo de extradição passiva executória, alegação de insuficiência das provas ou injustiça da sentença cuja condenação é o fundamento do pedido.

7. EXTRADIÇÃO. Julgamento. Votação. Causa que envolve questões constitucionais por natureza. Voto necessário do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal. Preliminar rejeitada. Precedentes. O Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal tem sempre voto no julgamento dos processos de extradição.

8. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Deferimento do pedido. Execução. Entrega do extraditando ao Estado requerente. Submissão absoluta ou discricionariedade do Presidente da República quanto à eficácia do acórdão do Supremo Tribunal Federal. Não reconhecimento. Obrigação apenas de agir nos termos do Tratado celebrado com o Estado requerente. Resultado proclamado à vista de quatro votos que declaravam obrigatória a entrega

do extraditando e de um voto que se limitava a exigir observância do Tratado. Quatro votos vencidos que davam pelo caráter discricionário do ato do Presidente da República. Decretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve o Presidente da República observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro GILMAR MENDES, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas:

- preliminarmente, homologar o pedido de desistência do recurso de agravo regimental na Extradição nº 1.085 e indeferir o pedido de sustentação oral em dobro, tendo em vista o julgamento conjunto.

II - rejeitar questão de ordem suscitada pela Senhora Ministra Cármen Lúcia no sentido de julgar o Mandado de Segurança nº 27,875 antes do pedido de extradição.

III - por maioria, julgar prejudicado o pedido de mandado de segurança, por reconhecer nos autos da extradição a ilegalidade do ato de concessão de status de refugiado concedido pelo Ministro de Estado da Justiça ao extraditando.

IV rejeitar as questões de ordem suscitadas pelo Senhor Ministro Marco Aurélio da necessidade de quorum constitucional e da conclusão do julgamento sobre a prejudicialidade do mandado de segurança.

V — por maioria, deferir o pedido de extradição.

VI - rejeitar a questão de ordem suscitada pelo advogado do extraditando, no sentido da aplicação do art. 146 do Regimento interno, e reconhecer a necessidade do voto do Presidente, tendo em vista a matéria constitucional.

VII — suscitada a questão de ordem pelo Relator, o Tribunal deliberou pela permanência de Sua Excelência na relatoria do acórdão.

VIII - por maioria, reconhecer que a decisão de deferimento da extradição não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos Senhores Ministros Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau.

I – PRELIMINARES

2. Examino, desde logo, relevante questão preliminar ao pedido de extradição, perante a concessão do status de refugiado ao ora extraditando, pelo Senhor Ministro da Justiça, em data de 13.01.2009.

A apresentação do pedido de refúgio foi comunicada a esta Corte em 27.06.2008, pelo Ofício nº 312 (f. 2797). O pedido foi indeferido pelo Conselho Nacional para os Refugiados — CONARE. Dessa decisão, o extraditando interpôs recurso ao Senhor Ministro da Justiça, que, no provimento, lhe reconheceu a condição de refugiado (fls. 2937-2948).

Nos termos do art. 33 da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, que prevê mecanismos para implementação do Estatuto dos Refugiados, de 1951, “o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio”.

Assim, não obstante haja este Plenário declarado, em princípio e incidenter tantum, a constitucionalidade dessa norma, no julgamento de questão de ordem na Ext nº 1008, mas independentemente da estima de acerto ou desacerto de tal decisão, ficam por dilucidar as hipóteses, ou, antes, as condições em que a outorga de refúgio prejudica o processo de extradição.

Conquanto reconhecido e até sublinhado, na ocasião daquele julgamento, o caráter político-administrativo da decisão concessiva de refúgio, não me parece, revendo agora os termos e o alcance da lei à luz sistêmica da ordem jurídica, que tal asserto deva entendido ou tomado em acepção demasiado estrita, nem tampouco que o fato de o poder ou dever de outorga ser atribuição reservada à competência própria da União, por representar o país nas relações internacionais, lhe subtraia, de modo absoluto, os respectivos atos Jurídico-administrativos ao ordinário controle jurisdicional de legalidade (Judicial review). Esta é, aliás, a única interpretação concebível capaz de sustentar a admissibilidade de juízo de constitucionalidade, em especial daquela norma específica, sob o prisma da regra da separação de poderes. Ademais, a presunção de inteireza da Lei nº 9.474/97 não dá, ao propósito, margem a outras considerações que não a do pressuposto da necessidade de rigorosa obediência aos requisitos positivos e negativos que ela mesma estatui. A União não age aqui, nem alhures, a legibus soluta.

Não há, pois, como nem por onde, na interpretação unitária e constitucional do regime normativo do instituto do refúgio, estabelecer, de maneira oracular ou dogmática, que, independentemente de reverência à ordem jurídica, toda decisão emanada do Poder Executivo produza, em qualquer caso, o efeito ou efeitos típicos a que tenda. E não o há, desde logo porque, nos limites deste caso, como nítida questão prévia que se suscita, tem a legalidade do ato administrativo de ser conhecida e decidida pela Corte como tema preliminar) suposto profundamente vinculado ao mérito mesmo do pedido de extradição, que não pode deixar de ser julgado, se se dê por invalidez e ineficácia da concessão de refúgio. Depois, pela razão óbvia de que, para usar as palavras da lei, o reconhecimento da condição de refugiado constitui ato vinculado aos requisitos expressos e taxativos que a lei lhe impõe como condição necessária de validade, ao capitular as hipóteses em que pode o refúgio ser deferido e aquelas em que, sem lugar para formulação discricionária de juízo de conveniência ou oportunidade, não pode sê-lo, sem grosseiro abuso ou carência de poder jurídico.

Em suma, a decisão do Senhor Ministro da Justiça não escapa ao controle jurisdicional² sobre

eventual observância dos requisitos de legalidade, sobretudo à aferição de correspondência entre sua motivação necessária declarada e as fattispecie normativas pertinentes, que o terreno em que ganha superior relevo a indagação de juridicidade dos motivos, até para averiguar se não terá sido usurpada, na matéria de extradição, competência constitucional exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

É que pode bem suceder que, debaixo do pretexto de expedir ato compreendido nas suas atribuições legais, a autoridade administrativa haja invadido terreno da competência que a Constituição da República reserva ao Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar, em todos os seus aspectos, positivos e negativos, com as correlatas alternativas decisórias, fatos cuja pressuposta existência constitui causa de extradição, e não, hipótese simultânea da concessão de refúgio. Dito de modo menos congestionado, não é lícito excluir a priori que, supondo ter-se restringido a apreciar fatos distintos, estes, sim, objeto do suporte fático das hipóteses normativas taxativas de concessão de refúgios tenha a autoridade enveredado pelo campo da cognitio própria dos processos de extradição, avaliando sob outros critérios, designadamente políticos, fatos submetidos na sua inteireza, pela Constituição Federal, ao escrutínio absoluto desta Corte. É como se o pedido de extradição, em tal caso, passasse, à revelia da ordem jurídica, por julgamentos sucessivos, sob óticas diversas, da Suprema Corte e do Ministério da Justiça.

Ao propósito, é fundamental advertir que, à luz da competência estatuída na Constituição da República, o confronto entre os arts. 12 e 33 da Lei nº 9.474/97, que, respectivamente, tipifica as hipóteses de reconhecimento da condição de refugiado e lhe prevê a declaração formal como causa externa impeditiva de extradição — matéria, aliás, que em nada se entende com a questão de inconstitucionalidade suscitada na Ext. nº 1008 - revela e impõe ao intérprete uma distinção decisiva para solução do caso.

Em nosso sistema normativo-constitucional, tem-se, de um lado, a regulamentação de toda a matéria de refúgio, com suas hipóteses fechadas (numerus clausus), as quais, em caso de reconhecimento da condição de refugiado, atuam como autênticas causas extrínsecas obstativas de extradição, na medida em que provêm de juízo autorizado e vinculado da autoridade administrativa e, como tais, são externas ao âmbito do processo de extradição (a). E, de outro, o ordenamento discerne a previsão e a disciplina de causas intrínsecas de não extradição, as quais, como é mais que óbvio, constituem tema ou objeto necessário da cognitio compreendida na competência jurisdicional desta Corte no processo de extradição (1\$).

As segundas (b), enquanto são causas excludentes interiores ao regime legal do instituto e do processo da extradição, entre as quais se incluem as chamadas causas convencionais de recusa, assim denominadas porque objeto de acordo nos tratados internacionais, substanciam temática própria do mérito de processo cometido à competência constitucional

exclusiva do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que deve este, no julgamento daquele, examina-las todas, até de ofício, para averiguar se ocorrem, ou não, em cada caso, pois o reconhecimento de qualquer delas conduz ao indeferimento inevitável do pedido. Operam, portanto, ab intra, do ponto de vista do processo judicial, e para nenhum fim são suscetíveis de consideração por parte da autoridade administrativa, que sobre elas não detém competência alguma. Eventual invocação de fato ou fatos abrangidos pela definição de uma dessas causas, ainda quando disfarçada sob as vestes de aparente relação lógica com o teor da regulamentação legal do instituto do refúgio, caracteriza ostensiva usurpação da competência constitucional desta Corte.

Já as primeiras (a), as causas extrínsecas, devolvidas ao juízo vinculado da autoridade administrativa, nas suas instâncias competentes, essas, quando declaradas como fundamento legal típico da outorga do refúgio, suposto inibam indiretamente concessão de extradição como razão jurídica ab extra, podem representar, dentro do processo de extradição, em rigorosos termos técnicos, questão preliminar ao pedido, na precisa acepção de questão prévia que, antecedendo, no plano lógico-jurídico, à questão de mérito, há de ser decidida antes, porque sua solução é, dependendo do teor assumido, capaz de opor ou de remover obstáculo à continuidade do processo e, pois, ao conhecimento do mérito.³

Isso, que se prende à existência e à configuração de nexos lógico-jurídico de precedência entre questões em qualquer demanda judicial, é de fácil percepção no caso. Basta lembrar que, se o reconhecimento oportuno e legítimo da condição de refugiado pela autoridade administrativa opera, no sentido já proposto, como causa exterior de indeferimento ou, rectius, de preexclusão de conhecimento do pedido de extradição, então não pode deixar de ser previamente conhecida e decidida, quando suscitada no processo jurisdicional da competência desta Corte, a questão - mesma de sua estrita legalidade, pela razão vistosa de que só ato administrativo legal de concessão de refúgio pode produzir esse efeito jurídico específico de impedir deferimento da extradição! Reconhecimento ilegal da condição de refugiado, porque se não ateuve nem atenha, por exemplo, a nenhuma das peremptórias hipóteses normativas explícitas e vinculantes, fora das quais aparece como juridicamente inconcebível o refúgio, é inválido e ineficaz, de modo que se não opõe como causa obstativa indireta de extradição, tanto quanto se lhe não pode opor qualquer outro fator mareado de ilegalidade.

Daí vem que, pressuposta a distinção entre as causas externas e internas, deve esta Corte apreciar, previamente ao mérito do pedido, a questão preliminar que tenha sido levantada, ou não, porque é cognoscível de ofício, sobre a legalidade do ato administrativo vinculado que outorgou o benefício do refúgio, sob fundamento de tê-lo outorgado contra legem, em não se tendo fundado em nenhuma de suas hipóteses

legais (fatispecie abstratas), a que se não ajustariam os fatos considerados pela decisão administrativa.

E deve-o, não apenas porque é dever jurídico que lhe advém, no exercício do controle jurisdicional, da (relação ou nexos) jurídico das questões, mas também porque os fundamentos empíricos da concessão de refúgio, que são causas excludentes extrínsecas, não se confundem, no plano da lei, com os fundamentos históricos ou factuais que tipificam causas intrínsecas impeditivas da extradição.

E, na espécie, essa tarefa jurisdicional prévia consiste sobretudo em verificar se o refúgio foi deferido com apoio em fatos diversos, que como tais compõem as hipóteses normativas das causas impeditivas extrínsecas, ou, antes, se o foi com base em indevida requalificação jurídica dos mesmos fatos discutidos, a título de causas intrínsecas, no processo de extradição.

Uma das vertentes mais expressivas dessa necessidade jurídica, no caso, está em investigar e decidir se o refúgio foi, ou não, concedido sob motivação, aberta ou disfarçada, de que os mesmos fatos, tidos no processo de extradição como crimes comuns por que foi o extraditando formalmente condenado, não seriam crimes comuns, mas políticos! Dizer, a autoridade administrativa, com estas ou outras palavras, para, como motivação necessária ex vi legis, justificar o ato concessivo de refúgio, que seriam políticos, e não, comuns, tais delitos, significaria evidentíssima e censurável invasão da competência constitucional da Suprema Corte.

O caso, em síntese, não é, pois, de investigar o acerto ou desacerto político da decisão administrativa — a que, aliás, em não sendo ato chamado de discricionário, mas vinculado, soaria estranha toda ponderação de conveniência ou oportunidade, até de índole da mais elevada política -, senão apenas da necessidade intransponível de submetê-la a ordinário mas relevante controle jurisdicional de legalidade, que, na simplicidade última das coisas, se reduz a indagar, a título de questão preliminar, se é, ou não, legal o ato que deu provimento ao recurso interposto contra a decisão do Comitê Nacional para os Refugiados — CONARE, para conceder a condição de refugiado ao extraditando Cesare Battisti.

É truismo jurídico que a atividade administrativa consiste no desempenho de função consolidada no dever de realizar finalidade pública já prevista e predefinida na lei. Sempre que o comportamento da autoridade ou do agente público como tal se não ajuste à providência suposta pela lei para tutela de interesse público específico, é o ato viciado e comprometido do ponto de vista jurídico, sem que tal contrariedade reflita, necessariamente, busca de objetivos ilícitos ou intuítos particulares de favoritismo ou perseguição. Aniquila-o a só desconformidade com a lei:

“El ejercicio de las potestades regladas reduce la Administración a la constatación (accertamento, en ei expresivo concepto italiano) dei supuesto & hecho legalmente definido de manen compita y a aplicar en pirsencia dei mismo lo que la propia Ley

ha dettinnado también agotadamente. Hay aquí un proceso aplicativo de la Ley que no deja ztsquicio a juicio subjetivo ninguno, salvo a ia constatación o verificación dei supuesto mismo para contrastado con el tipo legal. La dccisión n que consista ei ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la ptpia Ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo. Opera aquí la Mministración de una maneira que podrLa ilamarse automática - si no fuera porque ei proceso aplicativo de la Ley, por agotadoras que sean las previsiones de ésta, rara vez permite utilizar con propiedad ese concepto, ante la necesidad de pmcenos interpretativos que inciuyen necesariamente valoraciones, si bien éstas no sean desde luego apreciaciones subjetivas (piéncse, por ejemplo, en todo ei proceso aplicativo de ias normas fiscales, no obstante ser la potestad liquidatoria típicamente reglada, como antes notamos)”

E aniquila-o sempre a mera desconformidade com a lei, que lhe impõe severa observância da situação de fato condicionante da prática do ato com sua eficácia típica, porque, se há algo “que a lei não se esquece mais de indica” são “as condições de facto em que a Administração deve agir”. Tal advertência é sobremaneira decisiva no plano de controle da legalidade dos atos administrativos ditos vinculados, em relação aos quais, diversamente dos discricionários, a lei disciplina.

“a conduta do agente público estabelecendo de antemão e em termos estritamente objetivos, aferíveis objetivamente, quais as situações de fato que ensejarão o exercício de urna dada conduta e determinando, em seguida, de modo completo, qual o comportamento único que, perante aquela situação de fato, tem que ser obrigatoriamente tomado pelo agente. Neste caso, diz-se que existe vinculação, porque foi pré-traçada pela regra de Direito a situação de fato, e o foi em termos de incontendível objetividade”.

E a averiguação dessa integral correspondência, necessária como condição de validade do ato administrativo vinculado, entre a hipótese legal enunciada em termos de tipicidade e a realidade histórica, é, e sempre foi, passível de controle jurisdicional sobre ambos os termos, o da interpretação da norma e o da verificação da ocorrência do fato nela previsto, porque não Incide sobre o chamado mérito do ato, senão apenas sobre sua legalidade, apurável diante dos motivos declarados pela autoridade ou agente administrativo.

“Os motivos do ato administrativo não são apenas condições de oportunidade ou conveniência. O entendimento de que toda matéria de fato é estranha ao exame da legalidade já perdeu, há muito, foros de atualidade. Ao Poder Judiciário ou à jurisdição administrativa é Lícito examinar os fatos como meio de diagnóstico dos requisitos legais do ato administrativo. E mister não confundir a ponderação dos motivos - que é sintoma típico da discricionariedade administrativa — com a sua exist&ncia

material ou a sua’ correlaço com a lei - que são aspectos de estrita legalidade.

A distinção desmerece de importância quando se cogita de ato vinculado, ou seja, quando a lei atribui, previamente, a decorrência jurídica de determinadas situações. Na hipótese, a simples existência do motivo condiciona, desde logo, a obrigação de agir segundo a minem legalmente especificada.

Negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda extrínseco.”

A Primeira Turma desta Corte, no julgamento do RE n 282.355 (Rei. Mm. RODRIGUES ALCKMIN), assentou com precisão e de maneira definitiva, nos exatos termos do voto do Relator, esta tese, hoje indiscutível nos domínios da doutrina e da jurisprudência: “A inconformidade do ato com os fatos que a lei declara pressupostos dele constitui ilegalidade, do mesmo modo que o constitui a forma inadequada que o ato porventura apresente”.

Firmou-se, naquela assentada, que o papel do Judiciário está em verificar se a decisão administrativa observou, no dever de aplicação das normas aos fatos considerados, todos os elementos configuradores da situação hipotética prevista pela lei e cuja realização histórica é necessária e capaz de autorizar ou impor a prática lícita do ato vinculado. Ou seja, preservando o texto e a terminologia de que, em certo passo, se valeu o acórdão para traduzir que o juízo da adequação lógico-jurídica entre a norma e o tato é inerente ao exame da legalidade do ato administrativo: “o que se deve ter em vista é a legalidade ou não do ato incriminado. Terá ele de ser examinado pela forma com que se apresentar e pelos motivos que o determinarem”, entendendo-se esta última afirmação, como se. há logo de ver, no rigoroso sentido de controle da correspondência entre os fatos ‘tidos por existentes ou provados (fatispecie concreta) e os ingredientes factuais da norma que se lhes aplicou (fatispecie abstracta). Noutras palavras, é mister apurar se deu o fenômeno jurídico da incidência da norma invocada sobre o evento ou eventos históricos que a autoridade ou o agente administrativo reputou verdadeiros à luz da prova, caso em que o ato seria legal, ou, antes, se era imprópria a norma, porque inaplicável à hipótese, ou inverossímeis os fatos, quando nada lhes atestava a ocorrência, casos em que se caracteriza ilegalidade típica, que o Judiciário tem de proclamar com todas as conseqüências. Vejamos os termos substanciais do acórdão:

“Alega-se que o Poder Judiciário no podia examinar o mérito do ato administrativo, sem ofensa ao principio de separação de Poderes e sem dissenso de arestos que assim o entendem. Mas, quanto à afinca d, em nada obedece, o recurso, ao disposto no art. 305 do Regimento Interno. Não se aponta a identidade ou a semelhança & caso confrontado. Dois dos arestos invocados nada dizem, mesmo, com a espécie (RE n° 76.198 - em que se afirma sujeita, a Polícia Militar,

a regime jurídico peculiar - e RE nº 75.089 -, em que a decisão recorrida aplicou lei revogada). Limitam-se, os demais, à afirmativa de que o controle dos atos administrativos, pelo Judiciário, se restringe ao aspecto da legalidade.

Ora, em não se tratando de ato administrativo discricionário, mas vinculado (a expulsão pressupõe a existência de fato que a legitime), examinar se ocorreu o pressuposto de fato que autoriza a prática do ato é examinar a legalidade dele, não, examinar a conveniência ou oportunidade com que praticado.

Nos ERE nº 75.421 foi acolhido entendimento que assim manifestei, ao julgar o recurso extraordinário: pretende a recorrente opor que ao Poder Judiciário é vedado examinar o mérito do ato administrativo.

Creio que há equívoco terminológico, merecedor de esclarecimento prévio.

Por fona, possivelmente, de conceitos de Direito Processual, ao conceito de mérito do ato administrativo se tenta estender o de *meritum causae*, relativo à apreciação da lide por meio de sentença definitiva. E a extensão é inexistente.

Na verdade, o mérito do ato administrativo diz com elementos discricionários do ato (por oposição a atos vinculados), referentes à conveniência e à oportunidade. Daí, apesar das restrições de José Creteila Júnior (O Mérito do Ato Administrativo, R.D.A. 79/23) a procedência da afirmativa de que o ato vinculado é ato submetido a critérios de legalidade e neles não há mérito excluído da apreciação do Judiciário. Para não alongar-me demasiadamente, invoco o duto comentário de Vitor Nunes Leal, na R.D.A., 111/81: "A legalidade do ato administrativo compreende, não só a competência para prática do ato e as suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato (desde que tais elementos estejam definidos em lei, como vinculadores do ato administrativo). Tanto é ilegal o ato que emane de autoridade incompetente ou que não revista a forma determinada em lei, como o que se baseie num dado fato que, por lei, daria lugar a um ato diverso do que foi praticado. A inconformidade do ato com os fatos que a lei declara pressupostos dele constitui ilegalidade, do mesmo modo que o constitui a forma inadequada que o ato porventura apresenta.

É de Seabra Fagundes o seguinte ensinamento, que já tivemos oportunidade de citar em outro trabalho e que foi ministrado precisamente sobre o tema que ora nos ocupa;... "uma vez conhecido o ato administrativo de exoneração e sobre ele provocado o pronunciamento dos tribunais, entram estes no exame do inquérito, fundamento do ato, tanto para constatar se fez como manda a lei, como para aferir a conformidade do ato com o que se apurou o processo. A primeira questão é manifestamente de legalidade, a segunda, entretanto, poderá parecer de mérito. Mas não o é, o Judiciário se limita a verificar se o processo administrativo apurou um dos motivos dados pela lei como capazes de justificar a exoneração

de funcionário. Não indaga se o motivo é razoável, ou não, mas se a lei o especifica. Não inquirir se o ato foi vantajoso aos interesses do serviço público, mas se o processo que lhe serviu de esteio apurou causa legal capaz de autorizar a demissão."

Votando vencido em um dos casos dessa espécie, julgado em 1938, o Ministro Laudo de Camargo deixou bem claro que a apuração dos motivos faz parte do exame da legalidade: "A lei, quando exige a feita prévia de um processo administrativo para autorizar a demissão, por certo exigiu igualmente que as provas deles resultantes fossem contra o funcionário... Na apreciação, o que se deve ter vista é a legalidade ou não do ato incriminado. Terá ele de ser examinado pela Forma com que se apresentar e pelos motivos que o determinarem.

Francisco Campos, em conhecido parecer, citando Jéze e Ranelletti, ensina que é imprescindível à validade (quer dizer, legalidade) do ato administrativo a adequação do motivo real ocorrido com o motivo que a lei exige para a prática do ato.

Não tem como se vê fundamento sólido a afirmação de que do exame de legalidade está excluída a apreciação & fatos e provas."

A conclusão de Cretella Júnior é a mesma: "Ao Poder Judiciário é facultado o exame do mérito do processo administrativo, investigando se houve o fato, fiscalizando as provas através de reexame, indo aos motivos, observando se houve aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento. Tudo isso é exame da legalidade, porque o mérito do ato administrativo continua a ser campo privativo da Administração, impenetrável ao Judiciário". (Rixa. 79-37).

Ou, como disse, em voto, o eminente Min. Orozimbo Nonato:

"O poder administrativo não excita função judicante e não pode, pois, ainda que baseado em provas formalmente perfeitas, decretar, em última análise, em ultima ratio, que teve razão o Estado ou o funcionário. Essa competência seria atribuída ao Judiciário.

Uma vez que pode o funcionário, demitido por inquérito administrativo, trazer o caso ao Poder Judiciário - este ponto é pacífico e tranqüilo, não oferece qualquer contestação e se o Poder Judiciário pode e deve, *pan julgar*, pesar as provas, rastrear-las e sopesá-las, terá que verificar se a motivação do ato administrativo é justa ou injusta". (ILDA 111/81).

Eu cima, apenas, que, no, caso, verificar se houve, ou não, o fato que constitui pressuposto da punição não é verificar se esta foi justa ou injusta: é verificar se foi, ou não, legal, porque a lei exige a existência do fato para a aplicação de sanção.

Tenho, assim, como de absoluta legitimidade o exame, pelo Poder Judiciário, da prova dos fatos imputados ao funcionário, com a conclusão de que a punição disciplinar, em face dessa prova, é legal, ou não. O exame da legalidade não se confunde com a apreciação das metas formalidades do processo

administrativo. E no ato demissório, não há mérito excluído de apreciação judicial”.

Diante do exposto, não provada a divergência e inexistente ofensa constitucional, não conheço deste recurso.”

Uma década após, o Plenário da Corte reafirmou, por unanimidade, o princípio, já agora em termos a fortiori ainda mais ‘convincentes e de todo curiais a este caso, porque se tratava de examinar a legalidade de certo ato administrativo de expulsão, este, sim, sem dúvida discricionário, mas cassado pelo Supremo, porque oriundo de procedimento administrativo ilegal e inválido. Extraio do voto do Relator, Mm. DJACI FALCÃO, que concedeu a ordem:

Como é sabido, em nosso ordenamento jurídico o controle jurisdicional não pode alcançar a conveniência e oportunidade do ato de expulsão, por se tratar de juízo reservado, exclusivamente, ao Presidente da República. O ato de expulsão é discricionário, não cabendo ao judiciário revê-lo no que range ao juízo de valor quanto à sua conveniência e oportunidade (art. 66, da Lei n.º 6.815/80).

Contudo, o controle judicial da expulsão abrange os aspectos de constitucionalidade e legalidade do ato. Assim, o poder discricionário ‘conferido ao Poder Executivo para a prática do ato administrativo da expulsão subordina-se a5 limitações traçadas na lei específica, no que toca à competência, à forma e à finalidade’, conforme tive oportunidade de realçar na qualidade de relator do habeas corpus”.

Por excesso de escrúpulo, recordo que o sistema de controle dos atos administrativos adotado pela legislação pátria, denominado sistema de jurisdição comum ou única, em oposição à legislação francesa, cujo regime é o da jurisdição especial ou dúplice, se afeiçoa sob medida ao princípio da separação dos poderes. Notava-o SEABRA FAGUNDES:

“Parece-nos melhor este sistema. Alega-se, com razão, que, confiada a função jurisdicional exclusivamente ao Poder Judiciário, ainda quando se haja de exercer a propósito de ato do Poder Administrativo, atende-se melhor ao princípio da separação dos poderes e especialização de funções, porque àquele se deixa exercer a sua atividade sempre e até quando se trate da sua função peculiar, isto é, procura-se concentrar num órgão único a jurisdição, dado principalmente o seu feitiço de função essencialmente jurídica, em contraste com as demais, em que prevalece o caráter político. Tal sistema, além disso, dá margem a um regime de melhor equilíbrio entre os poderes, estabelecendo a reciprocidade de controle.

[...]

Praticamente, a grande vantagem da apreciação jurisdicional desses atos decorre das garantias que a evolução do direito político tomou inseparáveis do Poder Judiciário, dando-lhe condições de independência assecuratórias de imparcialidade no exercício das suas atribuições”.

Entro, pois, a analisar a legalidade do ato, primeiro do ângulo dos seus requisitos legais positivos.

A decisão do eg. Supremo Tribunal Federal no caso acima mencionado foi por maioria porque alguns dos senhores ministros entenderam que não poderia a Corte julgar o caso de uma pessoa já reconhecido pelo Executivo como refugiado político.

Controle judicial de ato de concessão de refúgio não se insere no conceito de judicialização da política

Ad argumentandum, caso o ato de concessão de refúgio tivesse natureza política ou administrativa discricionária, constitutivo do status de refugiado, a discricionariedade não é um poder absoluto da Administração.

É oportuno que se alerte para a distinção que deve ser feita entre controle judicial dos administrativos e judicialização. Controle judicial não tem a mesma amplitude da chamada judicialização. Não são termos que se equivalem.

Nos presentes autos, a União trata a questão do controle judicial do ato que concede ou indefere pedido de refúgio como se fosse ato político e o juízo estivesse procedendo a uma judicialização do ato, interferindo em política pública de migração. Não é assim. Como visto, o ato de concessão ou a negação de refúgio não tem natureza política, e, destarte, discricionária. Trata-se de ato vinculado de existência de direito subjetivo público do requerente, e, por isso, ato declaratório e não ato constitutivo como o asilo político e autorização para migrar.

Ocorre em hipóteses de revisão pelo Poder Judiciário de ato concessivo ou denegatório de refúgio o controle judicial em seu sentido mais tradicional de exame de aspectos da legalidade ou eventual desvio de finalidade, ou desvio de poder, na forma da doutrina clássica construída pelo Conselho de Estado francês, desde fins do século XIX.

Não é de boa técnica jurídica se confundir o clássico controle judicial do ato administrativo com judicialização porque esta última tem conteúdo distinto, significando uma interferência dos juízes de maneira mais intensa no conteúdo e na amplitude. Judicialização tem o sentido de exame de decisões de governo sobre políticas públicas ou omissão quanto a elas. Via de regra, ocorre no reexame de opções da Administração ou omissão, negligência em relação a necessidades individuais e coletivas inadiáveis. A provocação da jurisdição para se conferir efetividade a direitos fundamentais está geralmente relacionada à omissão do Estado.

É certo que os limites onde se movem os juízes são menores do que os da Administração e do Legislativo, visto que a atuação judicial é apenas uma conformação da opção política aos princípios constitucionais e legais. Não pode haver criação de políticas novas porque os juízes não são governos e não se pode, mediante decisão judicial, afastar as opções do governo para instituir determinada política pública.

Por outro lado, a assunção de cargo público pelo voto não confere legitimidade a priori e *ad aeternum* para a prática de todo e qualquer ato do administrativo e do legislador. O controle se opera no desenvolvimento da legalidade mesmo do mandato.

A judicialização de temática do Direito Internacional dos Refugiados seria um subtema da questão mais geral da judicialização das políticas públicas ou simplesmente da política. A matéria está relacionada com a ampliação da participação dos juízes em processos decisórios nas democracias modernas.

A judicialização das políticas públicas, que implica em maior abrangência de tipos de casos que são submetidos a jurisdição comum, é rejeitada pelo constitucionalismo liberal, que permanece com concepção de separação de poderes rígida.

O chamado constitucionalismo democrático tem visão mais teleológica do Estado e não adota ideia formal de separação de poderes, como o fazem os liberais. O Estado, nessa segunda doutrina, uma distribuição de poderes, não uma divisão e quando a Administração ou o legislador agem de forma a violar o Direito, os juízes são chamados a intervir. A Justiça torna-se um novo espaço público, de participação democrática para concretização dos direitos fundamentais, para garanti-los.

As duas posições teóricas sobre o papel dos juízes foram historicamente construídas para corresponder a interesses de grupos econômico/sociais que se tornaram, no curso do tempo, novos sujeitos sociais, como os burgueses para consolidar seus direitos via liberalismo econômico e jurídico e, depois, uma nova classe que surgiu com o advento do capitalismo industrial.

A doutrina ou dogma, segundo alguns, da separação dos Poderes foi sendo construída no decurso da formação do Estado liberal, quando não se previa a atuação do Legislador nem da Administração para se conferir direitos sociais aos novos cidadãos do Estado.

A emergência do chamado capitalismo industrial fez surgir novos atores sociais, os proletários, fato que implicou em mudanças na sociedade e na teoria constitucional, a qual passou a tratar da organização

das estruturas do Estado e da sociedade mesma e do trabalho.

Esse novo Estado social foi protagonista do aumento da normatividade e as constituições passaram a disciplinar também a ação sócio-econômica do Parlamento e do Executivo. Naquele momento, os juízes passaram a julgar os atos do Estado em uma perspectiva constitucional de justiça social. Usando uma expressão de Jürgen Habermas, nasceu o movimento da invasão do Direito na Política. De meros aplicadores da lei, os juízes se tornaram “guardiões das promessas” e destinatários das expectativas de justiça que foram positivadas no ordenamento jurídico.

Para determinada corrente teórica, a via judicial é adequada à efetivação dos direitos fundamentais e dos valores incorporados à Constituição. O Judiciário, nessa concepção, é um canal estratégico cuja função não se restringe a declaração do direito.

Outra alternativa à judicialização é a resignação dos indivíduos face à inércia do Estado na efetivação dos direitos e abdicação desse novo espaço público porque ele é dissonante da teoria clássica sobre sociedade + partido político + representação social.

Seja como for, as teorias jurídicas em torno das diversas funções dos Poderes no Estado não são emanadas do oráculo de Delfos, são antes criações ideais tendo por fundo a luta do poder entre diversos grupos, formas de dominação e apropriação das riquezas. A aceitação de uma ou outra doutrina jurídica terá sempre subjacente a concepção das relações de poder na sociedade por parte do hermenauta e aplicador do Direito.

Feitos esses comentários sobre a possibilidade do *Parquet* federal trazer in iudicium o controle judicial da denegação do status dos haitianos que se encontram na fronteira do Brasil, no Estado do Acre, renovo a afirmação que, relevante para resolução da lide, nestes autos, é se saber o que é refúgio, sua natureza jurídica de direito subjetivo público dos requerentes e a possibilidade de controle judicial se a legalidade da denegação do pedido restou em conformidade com o Direito Internacional dos Refugiados e do direito interno.

A judicialização como intervenção do Judiciário criando ou modificando políticas públicas é questão que não se coloca nestes autos. E não se coloca, segundo já afirmei acima, porque o direito do refugiado não é uma política pública específica; é um status jurídico que se examina sob a ótica da legalidade estrita porque os pressupostos para a configuração do

direito de refúgio são objetivos, previstos em *numerus clausus* na Convenção de Genebra de 1951.

A situação do caso concreto: os haitianos são refugiados ambientais

Quanto ao aspecto estritamente jurídico da questão, agora fazendo o controle judicial do ato administrativo do Conare, também já afirmo que não andou em erro o Estado brasileiro. De fato, os requerentes haitianos não reúnem as condições clássicas de inclusão na condição de refúgio, *ex vi* da Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967, a saber, fundado temor de perseguição por motivo de raça, religião, grupo social ou opinião política. No território brasileiro, as causas de fuga dos haitianos são fatos públicos e notórios: após o terremoto no Haiti, as condições de vida ruíram, havendo intensa degradação social e econômica. Foi este fato específico que causou pressão migratória para o Brasil e para países latino-americanos vizinhos.

O *Parquet* federal sustentou, na petição inicial da ação civil pública, que “de acordo com a legislação brasileira, portanto, paralelo ao refugiado perseguido, encontra-se o refugiado de grave e generalizada violação de direitos humanos. Essa redefinição confere uma condição aberta e adequada à proteção ampla de direitos humanos no Brasil.”.

O art. 1, II, da Lei 9.474/1997 dispõe que será reconhecido como refugiado indivíduo que devido a grave e generalizada violação de direitos humanos é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Essa norma tem inspiração na Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984 que significou a abertura da América Latina para o mundo contemporâneo do Direito dos Refugiados. Tal Declaração acrescentou ao conceito tradicional de refugiado do Estatuto dos Refugiados da ONU de 1951 (Convenção de Genebra) e do seu Protocolo de 1967. Segundo a Declaração de Cartagena, o conceito de refugiado inclui também o indivíduo que se viu compelido a deixar seu país de origem motivado por violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva de direitos humanos. Assim, inspirado na Declaração latino-americana de 1984, o Brasil adotou conceito complementar para dizer quem pode ser considerado refugiado.

Aliás, esse conceito da Declaração de Cartagena foi desenvolvido para tentar solucionar o problema real de deslocamento de mais de um milhão de pessoas, que buscavam fugir de conflitos na Nicarágua, El Salvador e Guatemala, nas décadas de 70 e 80 do século passado,

que se evadiram para países vizinhos. Esses fugitivos da América Central não se enquadravam ao conceito de refugiados da Convenção de Genebra de 1951.

Declarações internacionais, em sede de Direito Internacional Público, não obrigam como os tratados e convenções, mas a lei brasileira de 1997 resolveu acolher a Declaração mencionada e acabou também por inovar na temática dos refugiados.

Em síntese, nos termos da Lei 9.474/1997, o refúgio é um instituto que protege a vida; não é asilo diplomático nem migração econômica. O refugiado não deixa seu país para procurar inserção econômica no mercado de trabalho estrangeiro. Foge para não ser morto, preso ou torturado.

Inexistem fatos que revelem o fundado temor de perseguição por parte dos que alegam que buscam refúgio porque não há no Haiti situação de grave e generalizada violação de direitos humanos. Os problemas econômicos e sociais daquele país vieram a ser agravados com o último terremoto na ilha. O desastre natural aprofundou problemas que antes já eram críticos por razões que não cabe aqui lembrar.

O problema, no caso dos autos, é que a lei brasileira de refúgio não contempla a possibilidade do indivíduo ser reconhecido como refugiado por motivo de desastre natural, do clima ou ecológico. Trata-se de uma lacuna tanto no direito interno quanto no Direito Internacional dos Refugiados.

Diante da situação específica dos imigrantes haitianos, o Comitê Nacional de Refugiados negou o status de refugiados a essas pessoas porque o caso é de vulnerabilidade econômica agravada por desastre natural.

Considerando a dimensão humanitária do caso Haiti, vale dizer, a preexistência de pobreza extrema mais devastação pelo terremoto, o CNIG concedeu 1.330 autorizações de permanência no Brasil para os imigrantes haitianos. A Resolução 97 do CNIG, de 12 de janeiro de 2012, concedeu aos haitianos a possibilidade de ver sua situação jurídica regularizada através da concessão de visto permanente.

A União argumentou, em suas razões de recurso, que as políticas migratórias estabelecidas pelo CNIG se pautam pelo respeito aos direitos humanos e sociais dos migrantes e a decisão de primeiro grau, de definir a forma de ingresso dos estrangeiros no Brasil, acaba por invadir competência do órgão.

Alegou também a agravada regimental que

Com base na prevalência dos direitos humanos, o Brasil sempre se orientou, em suas

relações internacionais, no sentido de acolher tais estrangeiros. Isto, contudo, não poderia implicar em total desconsideração das normas que regem a migração no país.

Ao fim, a União se insurge contra a decisão que importa em abertura indiscriminada de fronteiras e atenta contra a política migratória do Governo brasileiro, pois será drasticamente subvertida e que o caso é de manifestação da soberania nacional.

No contexto do sistema da Convenção de 1951, seu Protocolo de 1967, da Declaração de Cartagena e da lei interna, não existe por parte dos imigrantes haitianos direito subjetivo ao refúgio. O Estado brasileiro tratou o caso como efetivamente uma questão humanitária decorrente de desastre da natureza, miséria generalizada e caos social.

Agora, adentrando especificamente no tema da judicialização da política migratória e não do direito ao refúgio, tenho que não é possível ao Poder Judiciário alterá-la. A questão do fechamento da fronteira para os imigrantes haitianos, a possibilidade de aumento do tráfico de pessoas pelas nossas extensas fronteiras em face da limitação do número de vistos admitidos, a possibilidade de inclusão dos imigrantes no mercado de trabalho são considerações que foram feitas pelo CNIG.

Pelo visto, as medidas tomadas na mencionada Resolução do CNIG tiveram como finalidade: concessão de visto regular aos imigrantes haitianos; regularização da situação os imigrantes que já estavam no Brasil; uso de maior rigor contra máfias internacionais de tráfico de pessoas; não permitir o fluxo migratório sem controle; prestar ajuda humanitária a que pessoas que não têm para onde voltar.

Do ponto de vista estritamente jurídico não há reparos a se fazer na decisão administrativa do CNIG e do Conare.

Todavia, algumas breves observações podem ser feitas diante da argumentação da União sobre a decisão de aceitar imigrantes, ou não, é ato que diz respeito a soberania nacional e que o País tem uma política de migração.

Desde os tempos da Colônia até a década de 1980, o Brasil é um lugar de imigrantes. A partir da década de 80 do século passado, o País passou a ter seus cidadãos procurando destinos estrangeiros que lhe oferecessem melhores condições de vida. Milhões de brasileiros foram para os Estados Unidos, Europa e Japão buscando inserção em mercados de trabalho estrangeiros.

A realidade, porém, é que somos um país construído por imigrantes de mais de vinte nacionalidades. Nós brasileiros, com exceção dos índios, somos todos parte dessa história de imigração para a América portuguesa.

América Latina está criando condições de estabilidade política e econômica e países com prosperidade, estabilidade social atraem pessoas que procuram locais que lhes ofereçam condições de vida melhores do que aquelas que encontram em seus locais de origem. É a desigualdade e a falta de oportunidade em alguns países que provocam os fluxos de pessoas no mundo.

Data vênia, a atual Lei de Migração brasileira não contempla política nacional de migração de forma a proteger direitos humanos de imigrantes, principalmente aqueles em situação irregular.

Recordo que o então secretário executivo do Ministério da Justiça e presidente do Comitê Nacional para Refugiados (Conare), por ocasião de pronunciamento no Diálogo das Nações Unidas sobre Migração e Desenvolvimento fez ouvir a posição brasileira quanto a uma visão positiva da migração para o desenvolvimento econômico, cultural e social de um país. Declarou que as regras restritivas não são eficazes para conter as ondas migratórias. Apontou que as restrições só beneficiam máfias internacionais de tráfico de pessoas e o tratamento inadequado dos imigrantes ilegais deve ser revisto. Transcrevo abaixo o pronunciamento, porque é relevante se saber o que o Brasil diz no cenário externo:

Defendemos que o tema migratório seja tratado de maneira absolutamente vinculada aos direitos humanos. Temos como ideal assegurar a garantia de pleno exercício de direitos civis aos imigrantes. Defendemos políticas de regularização migratória. Defendemos um tratamento digno aos imigrantes. Defendemos a eliminação de todas as formas de xenofobia. (in Refúgio, Migrações e Cidadania. Caderno de Debates 2, Brasília: ACNUR; IMDH, 2007, p. 31).

O então Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva reagiu a medidas adotadas pela União Europeia, no ano de 2008, para conter a imigração ilegal, tendo em vista que na Europa já há cerca de oito milhões de imigrantes ilegais. O Governo brasileiro, inclusive, emitiu comunicação oficial na qual reprovou a nova lei aprovada pelo Parlamento europeu sobre o retorno dos imigrantes ilegais porque essas medidas legislativas contemplariam “uma percepção negativa da migração.”

No portal de notícias UOL, de 24 de junho de 2008, pode ler-se o seguinte texto que releva a posição brasileira sobre tema tão polêmico:

Lula diz que “vento frio da xenofobia sopra outra vez” na Europa

São Paulo, 24 jun (EFE) – O presidente Luiz Inácio Lula da Silva afirmou hoje que o “vento frio da xenofobia sopra outra vez” na Europa, se referindo às recentes medidas adotadas pela União Européia (EU) para conter a imigração ilegal.

“O vento frio da xenofobia sopra outra vez sua falsa resposta para os desafios da economia e da sociedade”, afirmou Lula em discurso em São Paulo durante um seminário sobre responsabilidade social das empresas.

Para o presidente, o grande problema do mundo desenvolvido “é o preconceito contra a imigração, é o medo de perder o status quo, é o medo de perder o emprego, é o medo de ter alguém ocupando seu espaço. Isso é um problema extremamente sério em toda a Europa”, afirmou.

Segundo Lula, esse problema não se combate proibindo-se que os viajem à Europa, mas com medidas de solidariedade para promover o desenvolvimento dos países mais necessitados.

“Hoje, como ontem, o desemprego, a fome e a instabilidade financeira exigem melhor coordenação entre as nações e maior solidariedade entre os povos”, acrescentou, ao pedir que a Europa aumente a cooperação com as nações pobres.

Na semana passada, o Governo divulgou um comunicado oficial no qual lamenta que a lei aprovada pelo Parlamento Europeu sobre o retorno dos imigrantes ilegais espalhe “uma percepção negativa da migração”.

A polêmica norma do bloco prevê, entre outras medidas, a detenção dos imigrantes ilegais por um período máximo de seis meses antes da expulsão, período que pode se estender por outros 12 meses em casos excepcionais.

“No mundo avançado, no mundo que chamamos desenvolvidos, é onde há hoje mais preconceito”, disse Lula.

“É uma perplexidade que, passadas seis décadas desde a assinatura dos mias ousado compromisso de paz após a Segunda Guerra (a Declaração Universal dos Direitos Humanos), fronteira marcadas por preconceito e discriminação voltam a circundar os países e a separar os continentes”, afirmou.

Lula defendeu os avanços obtidos pelo Brasil na defesa dos direitos humanos, mas reconheceu que ainda “há muito a fazer para que mais negros, mais mulheres e mais pessoas com deficiência ocupem cargos importantes no país”.

A posição do Brasil, no cenário, em um enfrentamento da problemática da migração econômica um tanto diversa do que apresenta nestes

autos, onde fala de decisão de soberania nacional aceitar ou não imigrantes no território brasileiro. No panorama mundial, o Brasil tratou do assunto como sendo a imigração econômica um direito do migrante e tudo sob a perspectiva dos direitos humanos, o que é louvável, mas é diverso do tom e do modo como a polêmica questão de ingresso de pessoas em país estrangeiro está sendo abordada nesta ação civil pública.

A questão que se coloca é como o Brasil enfrentará o problema para receber imigrantes que buscam fugir de crises econômicas, desastres naturais, alteração do clima no planeta. Aguardamos ver como será, na nossa realidade, a doutrina a ser seguida. O caso dos haitianos mostrou que a tendência é restritiva.

Há mais. O Brasil tem que considerar que tem seus migrantes internos. O país convive há muito com o ato de que as mudam de região por problemas de falta de oportunidade e por problemas climáticos. Muitos nordestinos se deslocam para o Norte e Sudeste. Além do problema econômico do Nordeste brasileiro, esta região tem a ameaça de desertificação. O Estado da Bahia tem 9,3% da superfície em processo de desertificação, isto é, na área da margem direita do rio São Francisco. São passíveis de desertificação as regiões no semiárido do Nordeste e norte de Minas Gerais. A Amazônia também está sob ameaça e eventos climáticos que provoque a alteração do regime das chuvas e o desaparecimento de espécimes trarão alterações no modo de vida das chamadas populações tradicionais.

Nas décadas de 1960 e 1970, cerca de 4,1 a 4,6 milhões de nordestinos pobres deixaram o campo por razões climáticas (seca) e se deslocaram para cidades no Sudeste do País. Além da população deixar o sertão rumo ao Sudeste, também se deslocaram para o litoral da região Nordeste por motivo de pobreza extrema.

Medidas para proteger refugiados do clima

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados busca solução para se obter medidas de proteção aos chamados *refugiados do clima*. Pretende o ACUR uma flexibilização das regras para migração porque as alterações ambientais globais aumentarão a vulnerabilidade dos indivíduos em condições sociais e econômicas de risco.

O representante do Secretário-Geral sobre Direitos Humanos dos Deslocados Internos, Sr. Walter Kalin, identificou cinco casos que dizem respeito às mudanças climáticas que podem, de forma direta ou indireta, ter um impacto sobre o deslocamento humano; (1) desastre hidrometeorológicos –

inundações, furações, tufões, deslizamento de terra; (2) áreas apontadas pelos governos como de risco para a habitação; (3) degradação ambiental lenta – redução de água, desertificação, inundações recorrentes, salinização de zonas costeiras e de margens de rios; (4) desaparecimento de pequenos Estados insulares; (5) conflitos armados decorrentes do fim de recursos naturais, água, alimentos, solo por causa das alterações do clima.

Os Estados, porém, não parecem propensos a expandir o conceito de refugiado por causa de alterações climáticas, desastres naturais, aumento dos preços dos alimentos, desertificação, seca, conflitos por apropriação de recursos naturais. O impasse continua. No estado atual do Direito Internacional dos Refugiados não se encontra a hipótese de grupos de indivíduos deixarem seu país de origem devido a fatores ambientais.

Apesar da resistência dos Estados, a comunidade das nações está emaranhada em uma rede de riscos sociais, econômicos e ambientais que exige soluções globais. Os riscos ambientais não conhecem fronteiras políticas e desafiam a chamada ordem mundial, onde as relações internacionais são fundadas no equilíbrio entre as forças do Estado-nação.

O conceito de Estado-nação abriga princípios de territorialidade, de soberania, da autonomia e da efetividade. Nessa concepção hobbesiana de comunidade internacional, cada Estado-nação tem legitimidade para agir e decidir segundo os interesses nacionais e resolver seus conflitos mediante uso da força. Aliás, é célebre a definição de Hans Kelsen como organização da força.

Uma conclusão inafastável, é que se o limite conceitual do Estado-nação remanescer idêntico aos dos últimos trezentos e cinquenta anos, será impossível a construção de um Direito Internacional para a

resolução de questões que transcendam as fronteiras nacionais (sobre o tema, vide Márcia Nina Bernardes 'Entre a Ordem Interestatal e a Ordem Cosmopolita: sobre a possibilidade de um direito da humanidade', in *O Direito Internacional dos Refugiados*, org. Nadia de Araújo e Guilherme de Assis Almeida, Renovar, 2001, p. 237). Estado-nação sozinho não resolvera o problema dos refugiados tradicionais, dos novos refugiados ambientais, do tráfico internacional de drogas, do desarmamento nuclear, do tráfico de pessoas e a universalização dos direitos humanos.

Trato desta questão neste tópico por considerar que o caso dos haitianos é também e, sobretudo, um problema do chamado 'refugiado ambiental', uma figura que não encontra disciplina seja em sede de Direito Internacional Público ou no direito interno, mas que pode ser tornar uma presença no horizonte.

Conclusão

De forma diversa do voto do eminente presidente desta Corte Regional, considero que o ato de concessão de refúgio é vinculado, apolítico e declaratório, sendo direito subjetivo público do requerente, podendo ser submetido ao controle do Poder Judiciário.

No caso em exame, o Governo brasileiro examinou o caso corretamente e verificou que não se trata de hipótese de refúgio, pois a pretensão não está inserida em nenhuma das previsões do Direito Internacional dos Refugiados nem da Lei de Refúgio do Brasil.

No aspecto da judicialização da política migratória brasileira, tem-se que a decisão é de natureza discricionária do Poder Executivo, só podendo o Judiciário emitir juízo de valor e validade em caso de omissão da autoridade competente, o que não ocorreu.

Com essas considerações acompanho o voto da Presidência com diferente fundamento.

Primeira Seção

Mandado de Segurança 0078917-19.2010.4.01.0000/TO

Relator: Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (convocado)
Impetrante: Elson Pereira Caldas
Impetrado: Juiz Diretor do Foro da Seção Judiciária do Estado do Tocantins
Interessado: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Publicação: e-DJF1 de 11/01/2013, p. 543

Ementa

Administrativo. Mandado de segurança. Pensionista de ex-servidora da Justiça Federal. Devolução de valores recebidos a título de Gratificação Especial de Localidade (GEL). Procedimento administrativo. Decisão do TCU. Competência privativa do STF. Ilegitimidade da autoridade coatora.

I. Impetração que objetiva concessão definitiva de segurança, confirmando-se medida liminar para determinar anulação parcial dos efeitos do Acórdão 6466/2009 – TCU – 1ª Câmara da Corte Administrativa Federal, na parte em que determina ao impetrante – na qualidade de pensionista de ex-servidora da Justiça Federal – a devolução de valores recebidos a título de Gratificação Especial de Localidade (GEL).

II. A autoridade coatora legitimada para a ação deve ser aquela que pratica o ato inquinado de ilegal ou tem poderes para desfazê-lo. O STF firmou entendimento no sentido de que é o TCU parte legítima para figurar no pólo passivo do mandado de segurança quando a sua decisão possuir caráter impositivo. Precedentes.

III. Processo administrativo instaurado por determinação do TCU, impõe que a impetração, objetivando anulação de acórdão emanado daquela Corte, seja contra ela destinada, sendo o Juízo Federal da Seção Judiciária – que determinou a intimação da parte para mero oferecimento de recurso administrativo – parte ilegítima para figurar no polo passivo do *mandamus*.

IV. É manifesta a incompetência da Justiça Federal para conhecer da causa, uma vez que os atos praticados pelo TCU estão sujeitos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, d, da Constituição Federal).

V. A indicação errônea da autoridade coatora conduz à extinção do processo, sem resolução de mérito, não cabendo ao juiz de ofício corrigir o erro.

VI. Segurança que se denega com fundamento no art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009.

Acórdão

A Seção, à unanimidade, denegou a segurança com fundamento no art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 11/12/2012.

Juiz Federal *Murilo Fernandes de Almeida*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida: — Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Elson Pereira Caldas contra ato do Juízo Federal da Seção Judiciária de Tocantins que determinou a sua intimação, na qualidade de viúvo e pensionista da ex-servidora pública federal, Terezinha Fernandes de Oliveira Caldas, para oferecimento de recurso nos autos do Processo Administrativo 836/2009-JFTO, instaurado com o objetivo de dar execução à decisão tomada pelo TCU no Acórdão 6.466/1ª Câmara, no sentido do ressarcimento dos valores recebidos de forma irregular a título de Gratificação Especial de Localidade (GEL).

Alega o impetrante que, diante de tal cobrança de valores, o Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário Federal do Tocantins – Sindjufe/TO ajuizou, em 06/08/2010, “Ação Anulatória de Ato Administrativo com pedido de antecipação de tutela, protocolizada sob o 16718-59.2010.4.01.4300” (fl. 2).

Naqueles autos o pedido de liminar foi deferido, tendo ali sido determinado que a União não fizesse a cobrança das dívidas e se abstivesse de lançar os nomes dos servidores da Seção Judiciária do Estado do Tocantins na dívida ativa, sob pena de multa (fls. 43–46). Contudo, tal *decisum* não foi cumprido em relação ao ora impetrante, ao argumento deste não encontrar-se filiado ao Sindicato-autor, tratando-se de pensionista de ex-servidora do quadro de pessoal da Seção Judiciária do Distrito Federal (fl. 89).

Nada obstante, liminar, no mesmo sentido, foi deferida, em 02/05/2011, em favor do impetrante, desta feita nos presentes autos (fls. 61–63).

Instada a se manifestar a autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 88–90.

Por tratar-se de pensionista de ex-servidora do quadro de pessoal da Seção Judiciária do Distrito Federal, foi encaminhado, pela Seção Judiciária de Tocantins à Seção Judiciária do Distrito Federal, em 09/05/2011, o Ofício/Diref 91 (fl. 146), informando sobre o deferimento da liminar concedida em favor do impetrante nos presentes autos. A medida, contudo,

deixou de ser cumprida, por já ter sido processada, à época (24/05/2011 – fl. 161), a folha de pagamento referente à última parcela do desconto relativo à Gratificação Especial de Localidade – GEL, conforme se vê às fls. 159–161.

Em 03/06/2011, manifestou-se a União, à fl. 159, pela perda de objeto do mandamus, considerando a informação de impossibilidade de cumprimento da decisão proferida nos presente autos.

Na petição, de fls. 149–150, de 04/10/2011, o impetrante informa acerca da continuidade dos descontos “em total arrepio à decisão proferida” (fl. 150), requerendo seja determinado o imediato cumprimento da liminar.

A PRR 1ª Região opina pela extinção do feito sem resolução de mérito, em decorrência da ilegitimidade passiva (Juiz Diretor do Foro de Tocantins) ou da impossibilidade de uso de mandado de segurança para executar liminar proferida em outra demanda (fls. 170–175).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida:—Objetiva o impetrante a concessão definitiva da segurança, confirmando-se a medida liminar antes deferida, para determinar a anulação parcial dos efeitos do Acórdão 6466/2009 – TCU – 1ª Câmara da Corte Administrativa Federal, na parte em que determinou, em desfavor do impetrante, a devolução dos valores recebidos a título da gratificação GEL.

Conforme se verifica dos autos, o Processo Administrativo 836/2009-JFTO, foi instaurado pelo Juiz Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária do Tocantins, para dar execução à decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União – TCU no Acórdão 6.466/2009.

Logo, de acordo com a jurisprudência majoritária sobre a matéria, é ilegítima a autoridade apontada como coatora, eis que não possui o condão de desfazer o ato inquinado de ilegal.

Com efeito, comungo do mesmo entendimento esposado nas razões ministeriais, no sentido de que o Juiz Diretor do Foro da Seção Judiciária de Tocantins é, na verdade, mero executor material do ato de onde

promana a suposta coação ao impetrante. Ressalta que “A autoridade impetrada apenas cumpriu a determinação constante de acórdão do TCU, que, bem ou mal, ordenou fossem adotadas as providências para o ressarcimento do erário das quantias auferidas pela pensionista sob o título mencionado” (fl. 171).

Em verdade, a autoridade coatora legitimada para a ação, deve ser aquela que pratica o ato inquinado de ilegal ou tem poderes para desfazê-lo. Nesse sentido, o STF já firmou o entendimento de que é o TCU a parte legítima para figurar no polo passivo do mandado de segurança quando a sua decisão possuir caráter impositivo (MS 24.001-6/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa).

Confira-se nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESEMBARGADOR FEDERAL. ANULAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE ‘QUINTOS’ DE PERÍODO ANTERIOR AO INGRESSO NA MAGISTRATURA. DETERMINAÇÃO DE ANULAÇÃO EMANADA DO TRIBUNAL DE CONTAS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, MERO EXECUTOR DA ORDEM.

1. A jurisprudência do STF e do STJ se firmou no sentido de que o executor material de decisão de caráter impositivo do Tribunal de Contas não é a autoridade legitimada a figurar como impetrada em mandado de segurança visando a atacar o referido ato.

2. Essa orientação é perfeitamente compatível com o disposto no § 3º do art. 6º da atual Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2006), segundo o qual ‘considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática’. É essa a autoridade que pode ser considerada a ‘responsável pela ilegalidade ou abuso de poder’, a que se refere o art. 5º, LXIX da Constituição Federal. Não se considera como tal, portanto, o agente público que simplesmente executa a ordem.

3. Agravo regimental provido.

(STJ. AgRg no RMS 33.019/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julgado em 08/11/2011, DJe 03/02/2012) (Grifei)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APOSENTADORIA. ILEGALIDADE. REGISTRO. NEGATIVA. AUTORIDADE COATORA. ATO DO TCU. AUTORIDADE APONTADA: MERA EXECUTORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXTINÇÃO. ART. 267, VI, DO CPC. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS.

1. Remessa oficial em obediência ao comando do art. 14, §1º da Lei nº. 12.016, de 07/08/2009, haja

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Neuza Alves e Néviton Guedes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado).

vista se tratar de sentença concessiva de segurança

2. Oportuno registrar que a aposentadoria encontra-se sujeita a controle do Tribunal de Contas, que possui competência para examinar a legalidade do ato concessório, conforme determina o art. 71, III da Constituição Federal.

3. O ato impugnado foi praticado por ordem do Tribunal de Contas da União em análise de situação concreta envolvendo o impetrante (Acórdão n. 814/2005 - 1ª Câmara), sendo assim, o Chefe do Serviço de Recursos Humanos do Ministério da Saúde é mero executor não detem poderes para reformar o acórdão do TCU, deve ser reconhecida sua ilegitimidade para figurar no presente *mandamus*. Precedentes do STF, STJ e TRF 1ª Região.

4. Apelação e remessa necessária providas, para reconhecer a ilegitimidade passiva da autoridade coatora e extinguir o feito sem resolução do mérito nos art. 267, VI, do CPC.”

(TRF/1ª Região. AMS 0037889-93.2005.4.01.3800/MG, Rel. Des. Federal Francisco de Assis Betti, 2ª Turma, e-DJF1 p.546 de 15/08/2012) (Grifei)

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. ILEGALIDADE DA CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. EXCLUSÃO DOS PROVENTOS. DECISÃO DO TCU. DECISÃO IMPOSITIVA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE COATORA. PRELIMINAR ACOLHIDA. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

1. Tendo em vista que a ordem para excluir/alterar o valor relativo à forma de cálculo da rubrica intitulada hora-extra - incorporação judicial nos proventos da autora adveio de decisão proferida pela Segunda Câmara do TCU, que por meio do Acórdão nº 871/2007 determinou à Universidade Federal de Minas Gerais que suprimisse o referido valor dos

proventos dos interessados ou o transformasse em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI, conforme o caso (fls. 328/339), entre os quais se inclui a autora, a UFMG é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente ação.

2. Apelação e remessa oficial providas para, acolhendo a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam, extinguir o processo sem resolução de mérito. 3. Apelação da União prejudicada.”

(TRF/1ª Região. AMS 0021717-08.2007.4.01.3800/MG, Rel. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva, 2ª Turma, e-DJF1 p.1706 de 04/08/2011) (Grifei)

Na espécie, o ato combatido foi praticado em obediência à determinação do TCU, de cujo cumprimento a autoridade indicada não tem o poder de se furtar.

Nesse raciocínio, processo administrativo instaurado por determinação do TCU, impõe que a impetração, objetivando anulação de acórdão emanado daquela Corte, seja contra ela destinada, sendo o Juízo Federal da Seção Judiciária – que determinou a intimação da parte para mero oferecimento de recurso administrativo – parte ilegítima para figurar no pólo passivo do *mandamus*.

Assim, é manifesta a incompetência da Justiça Federal para conhecer da presente causa, uma vez que os atos praticados pelo TCU estão sujeitos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, d, da Constituição Federal).

A indicação errônea da autoridade coatora conduz à extinção do processo, sem resolução de mérito, não cabendo ao juiz de ofício corrigir o erro.

Ante o exposto, denego a segurança com fundamento no art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009.

É o voto.

Primeira Seção

Conflito de Competência 0029641-48.2012.4.01.0000/GO

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão
 Autora: Marielli de Souza Marques
 Ré: União Federal
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
 Suscitante: Juízo Federal da 8ª Vara/GO
 Suscitado: Juízo Federal da 1ª Vara/GO
 Publicação: e-DJF1 de 08/02/2013, p. 1.018

Ementa

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Execução individual de sentença proferida em ação coletiva. Prevenção do juízo prolator da sentença na ação coletiva. Precedentes desta Corte.

I. As execuções individuais de ações coletivas devem ser propostas no mesmo Juízo que proferiu a sentença condenatória por força da regra geral contida no art. 575, inciso II, do CPC. Precedentes desta Corte.

II. Em razão do veto presidencial ao parágrafo único do art. 97 da Lei 8.078 (Código de Defesa do Consumidor), que previa a possibilidade da promoção da liquidação da sentença no foro do domicílio do liquidante, a matéria encontra-se, atualmente, regulamentada pelo art. 475-A do CPC, que fixa, também, o juízo de origem como foro competente para a liquidação. Precedentes desta Corte.

III. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo da 1ª. Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás/GO, o suscitado.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer do conflito de competência para declarar competente o Juízo da 1ª. Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás/GO, o suscitado.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 22/01/2013.

Desembargadora Federal *Ângela Catão*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 8ª. Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás/GO, em face do Juízo da 1ª. Vara Federal da mesma Seção Judiciária, nos autos de execução contra a Fazenda Pública em que figura como exequente Marielli De Souza Marques e, como executada, a União Federal.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 83–87 em que deixa de se manifestar sobre a causa.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — É firme o posicionamento desta 1ª. Seção no sentido de que cabe ao Juízo prolator da sentença a execução de seus próprios julgados, não havendo que se falar em ausência de sua prevenção quanto às execuções individuais decorrentes de sentenças por ele proferidas nos autos de ações de conhecimento coletivas.

Nesse sentido, tomo como razões para decidir os bem lançados fundamentos constantes no voto proferido nos autos do Conflito de Competência 47956-

61.2011.4.01.0000/DF, da lavra do Desembargador Federal Kássio Marques, *verbis*:

[...] A controvérsia dos autos reside em saber qual regra deve ser aplicada para estabelecer a competência para processar e julgar a ação de execução individual de sentença proferida em ação coletiva.

As execuções individuais de ações coletivas devem ser propostas no mesmo Juízo que proferiu a sentença condenatória por força da regra geral contida no art. 575, inciso II, do CPC.

Todavia, o art. 98 da Lei 8.078 (Código de Defesa do Consumidor) estabelece duas hipóteses de competência para julgamento da execução individual de sentenças proferidas em ações coletivas, quais sejam, o juízo da liquidação da sentença ou o juízo da condenação.

Ocorre que esta regra era complementada pelo parágrafo único do art. 97 do CDC, o qual previa o foro do domicílio do liquidante para o julgamento da liquidação individual de sentença de condenação genérica, e que, no entanto, foi objeto de veto presidencial.

Assim, uma vez vetado o parágrafo único do art. 97 do CDC, o dispositivo que, atualmente, disciplina a matéria é o art. 475-A do Código de Processo Civil, que estabelece, para qualquer caso, a competência do “juízo de origem” para processar e julgar a liquidação, ou seja, o juízo que tem competência para o julgamento da ação condenatória é, também, competente para a liquidação.

Dáí decorre a conclusão de que não há sustentação legal para afastar a regra geral de competência. Assim, tanto a liquidação quanto a

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes e os Exmos. Srs. Juízes Federais Murilo Fernandes de Almeida e Cleberson José Rocha (convocados).

execução devem ser propostas no juízo da ação condenatória.

Por fim, a Terceira Seção deste Tribunal já se manifestou sobre a questão em duas oportunidades, conforme arestos a seguir reproduzidos:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA. FORO DA AÇÃO CONDENATÓRIA (ARTS. 475-A E 475-P, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC). ARTS. 97 e 98 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC).

1. O art. 98 do CDC estabelece duas hipóteses de competência para julgamento de execução individual de sentenças proferidas em ações coletivas, quais sejam, o juízo da liquidação da sentença ou o juízo da condenação.

2. Tendo sido vetado o parágrafo único do art. 97 do CDC, que previa o foro do domicílio do liquidante para o julgamento de liquidação individual de sentença de condenação genérica, a matéria encontra-se, atualmente, regulamentada pelo art. 475-A, inciso II, do CPC, que fixa, também, o juízo de origem como foro competente para a liquidação.

3. Conflito procedente, declarada a competência do suscitado, Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás.

(TRF1, CC 2006.01.00.024373-7/GO, Terceira Seção, Relator Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, e-DJF1 de 20/02/2009)

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO DE EXECUÇÃO INDIVIDUAL. PREVENÇÃO DO JUÍZO

PROLATOR DA SENTENÇA DA AÇÃO COLETIVA. INCIDÊNCIA DA REGRA GERAL CONTIDA NO ART. 575, II DO CPC. CONFLITO CONHECIDO E JULGADO IMPROCEDENTE.

1. As execuções individuais de ações coletivas devem ser propostas no mesmo Juízo no qual proferida a sentença condenatória por força da regra geral contida no art. 575, II do CPC.

2. Conforme precedentes doutrinários, as disposições contidas no art. 98, § 2º, inc. II da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) não prevalecem sobre a regra geral em razão do veto presidencial ao parágrafo único do artigo 97 do aludido diploma legal e do critério funcional de fixação da competência (absoluta): o juiz da execução é o juiz da ação.

3. A nova redação do artigo 475-A do CPC (instituída pela Lei nº 11.232/2005), igualmente remete a liquidação de sentença ao juízo de origem.

4. Conflito conhecido e julgado improcedente, para declarar a competência do Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás, o suscitante.

(TRF1, CC 2006.01.00.024419-4/GO, Terceira Seção, Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, DJ de 16/03/2007)

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, ora suscitante.

Isso posto, conheço do conflito de competência para declarar competente o Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás/GO, o suscitado.

É o meu voto.

Segunda Seção

Numeração única: 0063716-55.2008.4.01.0000

Ação Penal 2008.01.00.061928-3/MA

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto
 Autora: Justiça Pública
 Procurador: Dr. Paulo Roberto de Alencar Araripe Furtado
 Ré: Maria do Socorro Almeida Waquim
 Advogada: Dra. Larissa Catanhede Lago
 Publicação: e-DJF1 de 15/01/2013, p. 148

Ementa

Processo Penal. Penal. Prescrição. Não ocorrência. Não fornecimento de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público. Art. 2º da Lei 9.452, de 20 de março de 1997. Prevaricação, não comprovação de dolo.

I. Fazendo a acusação prova que os ofícios, requisitando dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, foram enviados à prefeitura, mediante aviso de recebimento (AR), mas não demonstrando que às mãos do acusado chegaram os ofícios, configurado não está o crime previsto no art. 2º da Lei 9.452/1997.

II. O ônus da prova cabe a quem alega. Se o Ministério Público afirma que o réu agiu dolosamente ao não responder suas indagações para que lhe possibilitasse ajuizar a ação de improbidade, cabia a ele a devida prova que a ré recebeu as correspondências.

III. A acusação é quem tem que fazer a prova do que alega. A acusação deve provar fato típico, antijurídico e culpável. Ao réu, cabe opor-se à pretensão acusatória, sem estar obrigado a nada provar, salvo no caso de dar uma versão que contrarie a versão do Ministério Público. A defesa não tem que provar sua versão, salvo se tratar de um álibi.

IV. “[...] a inocência se presume. Por isso, no juízo penal, a obrigação da prova cabe à acusação.” (Nicola Framarino Dei Malatesta)

V. Absolve-se o réu caso fique provado que não cometeu o crime (art. 386, inciso I e IV, Código de Processo Penal).

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, vencido em parte o Des. Federal Hilton Queiroz, julgar improcedente a denúncia oferecida contra *Maria do Socorro Almeida Waquim*, Prefeita do Município de Timon, Estado do Maranhão, pela prática dos crimes previstos nos arts. 10 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, e 319 do Código Penal, e, conseqüentemente, absolvê-la.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 28/11/2012.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Tourinho Neto*: —

1. O representante do Ministério Público, pelo Procurador Regional da República Paulo Roberto de Alencar Furtado, nesta instância denunciou *Maria do Socorro Almeida Waquim*, brasileira, Prefeita do Município de Timon, Estado do Maranhão, residente na Rua Antônio Marques, 905, Parque Piauí, Cidade de Timon/MA, como incurso nas penas do art. 10 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985¹, e do art. 319 do Código Penal².

Consta da peça inicial acusatória que a denunciada não respondeu ao ofício (Of. 371/2006-Gabin-PRM-Caxias/MA, de 15/09/2006) da Procuradoria da República do Município de Caxias/MA, que lhe

requisitou “documentos comprobatórios pertinentes ao cumprimento do disposto no art. 2º da Lei 9.452/1997³. Ofício este que foi reiterado duas vezes (Of. 32/2007 – Gabin-PRM-Caxias/MA, de 31/01/2007; 312/2007 – Gabin-PRM – Caxias/MA, de 04/06/2007).

Afirma a denúncia que (fl. 3v):

[...] ao sonegar informações e documentos essenciais para instruir procedimento administrativo, descumprindo requisição ministerial, a sra. Prefeita de Timon incorreu no delito tipificado no art. 10, Da Lei n. 7.347/85, uma vez que se omitiu em fornecer os dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública ou ao arquivamento do inquérito civil ou do procedimento administrativo que o substitui.

¹ Lei 7.347/1985, art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

² CP, art. 319: – Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

³ Lei 9.452, de 20/03/1997, art. 2º: A Prefeitura do Município beneficiário da liberação de recursos, de que trata o art. 1º desta lei, notificará os partidos políticos, os sindicatos de trabalhadores e as entidades empresariais, com sede no Município, da respectiva liberação, no prazo de dois dias úteis, contado da data de recebimento dos recursos. O art. 1º dispõe o seguinte: Os órgãos e entidades da Administração Federal direta e as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista federais notificarão as respectivas Câmaras Municipais da liberação de recursos financeiros que tenham efetuado, a qualquer título, para os Municípios, no prazo de dois dias úteis, contado da data da liberação.

Diz, também, que a acusada com este modo de agir, infringiu o art. 319 do Código Penal, pois “a omissão injustificada em fornecer os documentos requeridos pelo Ministério Público Federal caracteriza também o delito de prevaricação”.

A acusação arrolou 1 (uma) testemunha (Carlos José de Oliveira, servidor da Procuradoria da República do Município de Caxias/MA), que foi ouvida às fls. 718–719).

2. A denunciada, em resposta prévia, alega, por sua defensora, bela Larissa Catanhêde Lago, que não teve pleno conhecimento da requisição, portanto, não a sonegou dolosamente “para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”. Diz ter havido “alguma falha no setor de protocolo da municipalidade, o que inviabilizou o pleno atendimento da requisição” (fls. 50–53). Assegura que tem cumprido fielmente os termos do art. 2º da Lei 9.452/1997, e por isso mesmo não havia razão de não atender a requisição da Procuradoria da República.

3. A denúncia foi recebida na sessão de 19/08/2009 (v. fls. 219–221).

4. A acusada foi, após vários adiamentos de audiência, por diversos motivos, interrogada na 6ª Vara da Comarca de Timon, Estado do Maranhão, em 05/10/2012 (v. fls. 274–276), e reinterrogada às fls. 766–768.

5. Foi apresentada defesa prévia, arrolando oito testemunhas (fls. 278–300). Desistiu, posteriormente, da inquirição da testemunha Olivan Freitas Rodrigues (v. fls. 576). No entanto, a acusação insistiu na oitiva dessa testemunha (v. fls. 696–697). Inquirida, nada esclareceu, a não ser que a acusada orientava sempre que os ofícios fossem respondidos “em prazo mais breve possível” (v. fl. 749).

6. Em fase de diligências, a acusação pediu que fossem juntadas aos autos as “certidões de antecedentes criminais da ré” (v. fls. 772–772v). As certidões foram juntadas às fls. 783 e 793–795. Responde a ré, na Justiça Estadual a 11 (onze) ações penais.

7. Em razões finais, o Procurador Regional da República Paulo Roberto de Alencar Araripe Furtado, sustentando que a ré agiu com dolo, pediu sua condenação (v. fls. 786–790).

8. A defesa, por sua vez, alegando que a ré não agiu com dolo, pede sua absolvição (v. fls. 807–831). Vinte e quatro folhas.

9. É o relatório.

10. Sem revisão, por tratar-se de ação originária.

11. Inclua-se na pauta do dia 28/11/2012.

12. Forneça-se cópia deste relatório aos juízes da Seção.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: —

1. A acusada, Maria do Socorro Almeida Waquim, prefeita do Município de Timon, Estado do Maranhão, ao ser interrogada, disse que não teve conhecimento da requisição da Procuradoria da República, reiterada duas vezes, afirmando que deve ter havido “alguma falha no setor de protocolo da municipalidade, o que inviabilizou o pleno atendimento da requisição”. Disse que “mandou instaurar inquérito administrativo para apurar a conduta do servidor ou servidores que se omitiu ou se omitiram a atender as requisições ministeriais” (v. fl. 275).

2. A prescrição

Argumenta a defesa que já ocorreu a prescrição, argumentando que o suposto crime previsto no art. 10 da Lei 7.347/1985, ocorreu no dia 1º/10/2006 e a denúncia foi recebida em 19/08/2009, já atendo, assim, decorridos mais de três anos.

Ao crime previsto no art. 10 da Lei 7.347/1985 é cominada a pena máxima de três anos; e a do crime do art. 319 do CP, um ano. Sendo a pena superior a dois anos, como é o caso, a pena prescreve em oito anos (CP, art. 109, inciso IV). Logo, não se operou a prescrição como afirma a defesa.

3. O mérito

Diz a acusação que, em 15/09/2006, oficiou à ré, Ofício 371, “requisitando documentos comprobatórios pertinentes ao cumprimento do disposto no art. 2º, da Lei 9.452, de 20 de março de 1997⁴; que não foi respondido. Reiterou essa requisição por meio dos ofícios 32, de 31/01/2007, e 312, de 4 de junho desse mesmo ano. Não obteve nenhuma resposta. Assim, concluiu que a ré, Prefeita do Município de Timon, infringiu o art. 10 da Lei 7.347/1985, que dispõe que:

Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do

⁴ Lei 9.452/1997, art. 2º: A Prefeitura do Município beneficiário da liberação de recursos, de que trata o art. 1 desta lei, notificará os partidos políticos, os sindicatos de trabalhadores e as entidades empresariais, com sede no Município, da respectiva liberação, no prazo de dois dias úteis, contado da data de recebimento dos recursos.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado).

Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

Violou, também, a ré, segundo a acusação, o art. 319 do Código Penal, que tem o seguinte dispositivo:

Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Fez a prova que os ofícios foram enviados à Prefeitura, mediante aviso de recebimento (AR) — v. fls. 17,19 e 21. Todavia, não demonstrou a acusação que às mãos da ré chegaram os ofícios. Quem assinou os AR não foi a ré. Teria ela tomado conhecimento dos ofícios. Já entendi que se as correspondências foram entregues à repartição, estava provado que o réu dela tomou conhecimento. Mudei de posicionamento.

O ônus da prova cabe a quem alega. Se o Ministério Público afirma que a ré agiu dolosamente ao não responder suas indagações para que lhe possibilitasse ajuizar a ação de improbidade, cabia a ele a devida prova que a ré recebeu as correspondências. Estas deveriam ser entregues em mãos próprias.

Terceira Seção

Numeração única: 0022556-02.1998.4.01.0000

Embargos Infringentes 1998.01.00.019660-1/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Embargante: Antônio Rangel Torres Bandeira
Advogado: Dr. Arnaldo Versiani Leite Soares
Embargante: Raphael Hermeto de Almeida Magalhães – espólio
Advogados: Dr. Diego Barbosa Campos e outros
Embargado: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Marcelo Antônio Ceara Serra Azul
Publicação: e-DJF1 de 11/01/2013, p. 560

A acusação é quem tem que fazer a prova. A defesa não tem que provar sua versão, salvo se tratar de um álibi.

Nicola Framarino dei Malatesta ensina com precisão e objetividade:

[...] a inocência se presume. Por isso, no juízo penal, a obrigação da prova cabe à acusação. (In A lógica das provas em matéria criminal. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001, p. 142.)

Absolve-se caso seja provado que o acusado não cometeu o crime (art. 386, inciso I e IV, Código de Processo Penal).

Em resumo, a acusação que deve provar fato típico, antijurídico e culpável. Ao réu, cabe opor-se à pretensão acusatória, sem estar obrigado a nada provar, salvo no caso de dar uma versão que contrarie a versão do Ministério Público.

4. *Ante o exposto*, julgo improcedente a denúncia oferecida contra *Maria do Socorro Almeida Waquim* pela prática de crimes previstos nos arts. 10 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, e 319 do Código Penal, por não ter ficado provado que a ré cometeu o crime (CPP, art. 386, I), e, conseqüentemente, a absolvo.

5. É o voto.

Ementa

Processual Civil. Embargos infringentes. Ação popular. Publicidade oficial. Desvio de finalidade. Lesão ao patrimônio público. Inocorrência. Norma constitucional. Retroatividade. Ausência de previsão expressa. Impossibilidade.

I. Inexistência de violação ao art. 2º, e, e seu parágrafo único, e, da Lei 4.717/1965, por não demonstrada a ocorrência de desvio de finalidade ou lesão ao patrimônio público na publicidade oficial, ante a não comprovação do auferimento de vantagem pessoal, de cunho político, econômico ou outros.

II. A norma constitucional não pode retroagir para atingir fatos pretéritos, salvo quando existente previsão expressa nesse sentido, ou seja, embora seja certo que a regra da irretroatividade da norma não alcança o texto constitucional, também é certo que, consoante o entendimento doutrinário e jurisprudencial já consolidado, para que haja a retroatividade, faz-se necessário que haja disposição expressa nesse sentido.

III. Ainda que se argumente ser a publicidade dos atos públicos regra de caráter principiológico e que, portanto, antecede ao texto constitucional, a vedação à divulgação de nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos na propaganda oficial, constante da parte final do § 1º do art. 37 da Constituição Federal, não pode ser assim considerada, tratando-se, em verdade, de inovação jurídica que somente alcança os fatos futuros.

IV. Embargos Infringentes a que se dá provimento para, reformando o acórdão embargado, negar provimento ao recurso de apelação do Ministério Público Federal e à remessa oficial.

Acórdão

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

3ª Seção do TRF 1ª Região – 18/12/2012.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:
— Trata-se de embargos infringentes interpostos por Raphael de Hermeto de Almeida Magalhães e por Antônio Rangel Torres Bandeira contra acórdão não unânime proferido pela eg. 3ª Turma Suplementar, que deu provimento ao recurso de apelação do Ministério Público Federal e à remessa oficial, nos termos do voto do relator, Juiz Federal convocado Leão Aparecido Alves, restando vencido o Des. Federal Carlos Fernando Mathias, que negara provimento ao apelo e à remessa oficial, assim ementado (fls. 678–694):

ACÇÃO POPULAR. PUBLICAÇÃO CUSTEADA PELO EXTINTO INAMPS. CARACTERIZAÇÃO DE PROMOÇÃO PESSOAL DE MINISTRO DE ESTADO. NULIDADE DO ATO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Em direito público (Direito Administrativo) vigora o princípio constitucional da legalidade (Carta Magna, art. 37, “caput”), pelo qual a Administração Pública somente está autorizada a proceder de conformidade com o preceituado em lei.

2. O que o ordenamento jurídico brasileiro autoriza é a veiculação de publicidade voltada ao interesse público, e não ao interesse pessoal do administrador.

3. Da análise do texto publicado a expensas do Poder Público, verifica-se que não apenas as informações contidas ao longo das duas (2) páginas dizem respeito aos feitos do senhor ministro à frente do ministério, como também a linguagem utilizada revela, a mais não poder, o caráter de promoção pessoal, mormente no intróito, de dezoito (18) linhas, no qual ele se dirige aos leitores na primeira pessoa do singular do caso reto, tudo ladeado pela foto da

autoridade pública em questão. Caracterização da promoção pessoal por diferentes fundamentos.

4. Nulidade do ato que importou a publicação em causa, pois nos termos do artigo 2º, alínea “e”, da Lei 4.717/65 são nulos os atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, dentre outras entidades (art. 1º), nos casos de desvio de finalidade, cujo conceito legal explícita que ele (desvio de finalidade) “se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (alínea “e” do parágrafo único do art. 2º).

5. Precedentes do STF e do TJSP que explicitam que não é necessário, para a declaração de nulidade do ato, que conste da publicidade o nome e a foto ou a imagem da autoridade pública, mas apenas que ela tenha o caráter de promoção pessoal, como na hipótese destes autos.

6. Apelação e remessa providas.

2. Os embargos de declaração opostos desse acórdão foram rejeitados (fls. 704–708).

3. O recurso de apelação foi interposto de sentença que julgou improcedente o pedido formulado por autor popular e que impugnava

[...] despesas efetuadas, a título de publicidade, pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, na veiculação pela imprensa particular de todo o país de matéria supostamente promocional do titular da pasta, já demissionário na data de sua publicação. A improcedência se deu ao argumento de que houve a chancela, mesmo que implícita, do novo titular da Pasta Previdenciária à campanha, pois não é razoável dizer que, tendo assumido o comando do MPAS, deixasse ser veiculada, por sucessivos dias, matéria

publicitária que lhe contrariasse os interesses e que onerava os cofres do INAMPS (fl. 678).

4. Sustenta o primeiro embargante, Raphael de Hermeto de Almeida Magalhães, com fundamento no voto vencido, que (fls. 711–747):

4.1 O ato a ele imputado, no caso as despesas efetuadas com propaganda de cunho supostamente pessoal do ex-ministro, foi praticado anteriormente ao advento da Constituição Federal de 1988 e, portanto, o art. 37, § 1º, da Carta Magna não poderia retroagir, ante a ausência de previsão expressa nesse sentido;

4.2 A divulgação das providências administrativas adotadas pelo embargante quando então ministro da Previdência não tiveram como objetivo a sua promoção pessoal ou o auferimento de vantagens econômicas, políticas ou outras, mas sim a defesa de sua reputação e uma prestação de contas de sua atuação no comando da pasta, ou seja, não houve propaganda pessoal e sim dos resultados do esforço desenvolvido pela equipe em prol da população;

4.3 A informação sobre atuações positivas, com a identificação dos autores, não viola a proibição constitucional;

4.4 Não houve violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade; e

4.5 Os precedentes citados no voto vencedor são inadequados e não se adaptam ao caso.

5. O segundo embargante, por seu turno, sustenta violação ao art. 282, III, do CPC, asseverando que (fls. 749–753) o autor popular lhe não atribuiu a prática de qualquer ato ou o auferimento de vantagem quando do exercício das funções de coordenador de Comunicação Social do Mapas, já que apenas comunicou a determinação do então ministro de Estado, bem assim que, ao decidir com base em fato não descrito na inicial da ação popular, a eg. Turma julgadora proferiu decisão *extrapetita*.

6. No mais, pugna pela prevalência do voto vencido.

7. Contrarrazões às fls. 756–761, pugnando o Ministério Público Federal pela manutenção do acórdão embargado.

8. Parecer ministerial às fls. 769–774, em que opina pelo improvimento dos embargos infringentes.

9. Deferida a habilitação do espólio de Raphael de Hermeto de Almeida Magalhães no feito.

10. Dispensada a revisão (art. 29, XX, do RITRF 1º Região).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — O voto condutor do acórdão, da lavra do eminente Juiz Federal convocado Leão Aparecido Alves, está fundado em duas premissas: violação ao art. 2º, e, e seu parágrafo único, e, da Lei 4.717/1965, e ao § 1º do art. 37 da Constituição Federal.

2. Já o eminente Des. Federal Carlos Fernando Mathias, em seu voto vencido, adotou como fundamentos aqueles lançados na sentença, além do que, segundo ele, a regra do art. 37, § 1º, da CF de 1988 não poderia retroagir para atingir fatos pretéritos.

3. Quanto ao primeiro fundamento, também entendo que não restou demonstrada a ocorrência de desvio de finalidade ou lesão ao patrimônio público na publicidade veiculada quando da saída do então Ministro Raphael Almeida Magalhães do comando do Ministério da Previdência e Assistência Social.

4. O que se verifica é que, muito embora constasse na publicidade institucional o seu nome, tanto o autor popular quanto o Ministério Público Federal não conseguiram comprovar que o então Ministro de Estado tenha auferido alguma vantagem pessoal, já que sequer fora candidato a qualquer cargo eletivo, caso em que se poderia cogitar de que tais propagandas tiveram alguma influência em eventual eleição para cargo público.

5. Merecem ser mantidos, portanto, os fundamentos da sentença, que afastam a alegação de violação ao art. 2º, e, e seu parágrafo único, e, da Lei 4.717/1965, senão vejamos (fls. 645–663):

.....
A Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, no seu art. 2º, define os casos de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público:

‘Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

[...]

- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves e Selene Almeida e os Exmos Srs. Juizes Federais Marcelo Dolzany da Costa, Marcelo Velasco Nascimento Albernaz e Carlos Eduardo Castro Martins (convocados).

[...]

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamentou o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícito ou implicitamente, na regra de competência.'

Da análise desses dispositivos, verifica-se que a ação popular somente é viável quando estiverem presentes dois requisitos básicos: a) a ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar; b) a lesividade do ato ao patrimônio público.

Vejam, portanto, se a hipótese em análise subsume-se nos pressupostos da ilegalidade e lesividade, com a observação de que esta encontra-se subordinada à constatação daquela.

No que diz respeito ao uso do dinheiro público na condução da campanha publicitária - 'BALANÇO - PRESTAÇÃO DE CONTAS DA PREVIDÊNCIA' -, não existe nenhuma controvérsia nos presentes autos, estando perfeitamente definidos os jornais e os pagamentos efetuados (fls. 94/101).

Entretanto, esta constatação, por si só, não basta para imputar responsabilidades, haja vista a necessidade de comprovação de que houve ilegalidade, ou, ao menos, desvio de finalidade (violação ideológica da lei), pois, caso contrário, teríamos de rotular como lesivas ao patrimônio público todas as campanhas publicitárias lançadas pelos órgãos governamentais nos veículos de comunicação, o que, diga-se de passagem, não acontece com pouca frequência.

Sob este aspecto, portanto, não me animo a dizer que houve ilegalidade na campanha autorizada pelo ex-Ministro Raphael de Almeida Magalhães.

Ademais, não se pode olvidar que os valores dispendidos na campanha correram por conta do orçamento próprio do INAMPS, verificando-se, ainda, que não extrapolaram a previsão referentes às despesas publicitárias constantes do Extrato do Contrato publicado no DOU de 10.12.87, razão pela qual houve aprovação das contas pelo T.C.U.

Resta saber, enfim, se realmente ocorreu desvio de finalidade, conforme assevera o Autor, posto que de ilegalidade latente não há que se falar.

Deve ser enfatizado, neste ponto, que ao Judiciário não é vedado o controle de atos administrativos discricionários quando existente motivação que permita inferir violação a comando legal, não lhe cumprindo, no entanto, adentrar no juízo de oportunidade e conveniência de todo ato do administrador.

In casu, observa-se que a versão dada pelo INAMPS para justificar a campanha - motivação do ato -, está explicitada no ofício dirigido ao Diretor de Contas da SGB Publicidade, do qual consta:

'Com o objetivo de divulgar junto a população brasileira, os projetos realizados e os grandes avanços sociais implementados no Ministério da Previdência na atual administração, solicito a SGB Publicidade, agência prestadora de serviços do INAMPS, contratada através da concorrência pública nº 01/86 do MPAS, a produção e veiculação a nível nacional de um anúncio página dupla comunicando as informações que segue anexo.

O referido trabalho, visa apresentar a opinião pública o grande esforço que esse Ministério vem desenvolvendo para resgatar toda a dívida social que a previdência tem com os seus segurados.' (fl. 102 - destaques acrescentados).

A motivação, está visto, não encerra ilegalidade explícita e nem deixa transparecer desvio de finalidade, de modo que, sob este aspecto, o juízo de oportunidade e conveniência da campanha publicitária questionada não rende ensejo à intervenção do Judiciário.

Com os olhos fincados nesta limitação da ingerência do Judiciário no mérito do ato administrativo, o magistério doutrinário e jurisprudencial é no sentido de que a simples lesividade ao patrimônio público não é suficiente para justificar o manejo da ação popular, pois, se assim fosse, restaria tolhida a discricionariedade do administrador público, que tornar-se-ia receoso e vacilante no seu juízo de oportunidade e conveniência.

Perfilhando tal orientação, temos o escólio do pranteado mestre Hely Lopes Meirelles:

'Mas é de observar-se que a ação popular não autoriza o Judiciário a invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração refoge da competência da Justiça e é privativa da Administração. O pronunciamento do Judiciário, nessa ação, fica limitado unicamente à legalidade do ato e à sua lesividade ao patrimônio público. Sem a ocorrência desses dois vícios no ato impugnado não procede a ação.' (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injução, 'habeas data', Malheiros Editores, 14a ed., p. 90).

Por outro lado, cumpre salientar que não há qualquer tipo de comprovação de que a campanha publicitária deflagrada pelo INAMPS, sob o comando do então Ministro Rafael de Almeida Magalhães, tenha sido dirigida para fins eleitorais - Governo do Estado do Rio de Janeiro. Ora, sequer ficou provado nos autos que tenha sido o mesmo candidato a cargo letivo após sua saída do MPAS.

Em juízo não basta a simples alegação de um fato, tornando-se imprescindível a sua comprovação,

razão pela qual perde substância a assertiva de que houve desvio de finalidade ligado a fins eleitoreiros.

Vê-se, portanto, que não há elementos que permitam inferir ter sido a campanha idealizada e implementada para alimentar interesse pessoal ou político do ex-Ministro Raphael de Almeida.

A se dar azo a esta alegação do Autor Popular, repita-se, sem comprovação, não se poderia olvidar as informações da Consultoria Jurídica do MPAS, as quais poderiam justificar plenamente a deflagração da campanha, de forma a robustecer a motivação do ato impugnado, no se tido de que:

‘Por ocasião da exoneração do ex-Ministro Raphael de Almeida Magalhães, circulavam em meios políticos desta Capital Federal rumores no sentido de que o Ministério da Previdência e Assistência Social seria extinto, passando o Instituto Nacional da Previdência Social a ser vinculado ao Ministério do Trabalho, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social a ser vinculado ao Ministério da Saúde e o Instituto de Administração Financeira da Previdência Social, o Ministério da Fazenda. Tais rumores eram oriundos de forças políticas que discordavam da política imprimida pelo então Ministro junto à Pasta Previdenciária, notadamente, em razão da implantação do Sistema Unificado e Descentralizado de Assistência Médica nos Estados - SUDS.

Diante de tal quadro, Sua Excelência entendeu por bem determinar fossem feitas as publicações em questão, objetivando a preservação da estrutura do SINPAS, independentemente ou não da sua permanência no Governo, dentro do seu poder discricionário, ainda na condição de Ministro d Previdência e Assistência Social, pretendendo demonstrar à opinião pública o grande esforço que o MPAS desenvolveu para resgatar a dívida social da Previdência para com seu beneficiários.’ (fls. 129/130 - Processo 88.001153-5 - autos em apenso).

Não constitui demasia enfatizar que, de uma forma ou de outra, a campanha publicitária do INAMPS redundou na divulgação positiva da imagem da Previdência, implicando, como decorrência lógica, em prestígio para o Governo.

Não foi, portanto, em vão.

Por derradeiro, releva salientar, com a Autor Popular Ivete Magalhães Alves de Melo (Processo 88.001153-5), que ‘...é preciso recordar que o Ministro Raphael de Almeida Magalhães foi substituído no cargo pelo Ministro Renato Archer no dia 23 de outubro de 1.987, enquanto o anúncio foi publicado inicialmente no dia 25 de outubro do mesmo no até o dia 31 daquele mês.’ (fl. 539).

Ora, se assim sucedeu, está claro que houve a chancela, mesmo que implícita, do novo titular da Pasta Previdenciária à campanha, pois não é razoável dizer que, tendo assumido o comando do MPAS, deixasse ser veiculada, por sucessivos dias, matéria publicitária que lhe contrariasse os interesses e que

onerava os cofres do INAMPS. Teria deixado de ler os Jornais...

De fato, com a deflagração da campanha publicitária na gestão do novo Ministro, não vejo a razão de sua exclusão do pólo passivo da presente demanda, mesmo que na qualidade de litisconsorte passivo facultativo. Este fato, contudo, não constitui empeco à apreciação do mérito d demanda.

6. Também quanto ao segundo fundamento, violação ao art. 37, § 1º, da CF/1988, acompanho o voto divergente do Des. Federal Carlos Fernando Mathias.

7. A regra constitucional referida está assim redigida:

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

§ 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

8. Ocorre que os fatos que deram azo ao ajuizamento da ação popular ocorreram entre os dias 25 a 31 de outubro de 1987, sob a égide da Constituição de 1967, em que não existia tal previsão, motivo pelo qual tal dispositivo não poderia retroagir para atingir fatos pretéritos, salvo se houvesse previsão expressa nesse sentido, ou seja, embora seja certo que a regra da irretroatividade da norma não alcança o texto constitucional, também é certo que, consoante o entendimento doutrinário e jurisprudencial já consolidado, para que haja a irretroatividade, faz-se necessário que haja disposição expressa nesse sentido.

9. Ainda que se argumente ser a publicidade regra de caráter principiológico e que, portanto, antecede ao texto constitucional, a vedação à divulgação de nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos na propaganda oficial, conforme se infere da parte final do § 1º suprarreferido, não pode ser assim considerada, tratando-se, em verdade, de inovação jurídica à qual, até então, não estavam submetidos os agentes públicos.

10. Vejam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

EMENTA: Pensão especial cujo valor é estabelecido em número de salários mínimos. Vedação contida na parte final do artigo 7º, IV, da Carta Magna, a qual tem aplicação imediata. - Esta Primeira Turma, ao julgar o RE 140.499, que versava caso análogo ao presente, assim decidiu: “Pensões especiais vinculadas a salário mínimo. Aplicação imediata a elas da vedação da parte final do inciso IV do artigo 7º da Constituição de 1988. - Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que os dispositivos constitucionais têm vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Salvo disposição expressa em contrário - e a Constituição pode fazê-lo -, eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividades máxima e média). Recurso extraordinário conhecido e provido”. - Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. - A vedação constante da parte final do artigo 7º, IV, da Constituição, que diz respeito à vinculação do salário mínimo para qualquer fim, visa precipuamente a que ele não seja usado como fator de indexação, para que, com essa utilização, não se crie empecilho ao aumento dele em face da cadeia de aumentos que daí decorrerão se admitida essa vinculação. E é o que ocorre no caso, em que a pensão especial, anteriormente à promulgação da atual Constituição, foi instituída no valor unitário mensal sempre correspondente a seis vezes o salário mínimo, o que implica dizer que o salário mínimo foi utilizado para o aumento automático da pensão em causa sempre que houvesse majoração de seu valor. Isso nada tem que ver com a finalidade do salário mínimo como piso salarial a que qualquer um tem direito e que deve corresponder às necessidades básicas a que alude a Constituição, pois, em casos como o presente, não se está estendendo à pensão a norma constitucional (art. 7º, IV) que diz respeito ao piso salarial - ou seja, que nenhum trabalhador pode perceber menos que o salário mínimo -, o que ocorreria - e aí seria válido o argumento de que a pensão tem por finalidade atender às mesmas garantias que a Constituição concede ao trabalhador - se a pensão em causa fosse estabelecida no valor de um salário mínimo. E não é demais atentar para a circunstância de que, mesmo com relação a salário, a vedação de sua vinculação ao salário mínimo se aplica se, porventura, se estabelecer que o salário de certo trabalhador será o de “valor correspondente a algumas vezes o salário mínimo”, pois aqui não se está concedendo a ele a garantia constitucional do artigo 7º, IV, mas, sim, se está utilizando o salário mínimo como indexador para aumento automático de salário de valor acima dele. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 242740, rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 20/03/2001, DJ 18/05/2001, p. 87 EMENT v. 02030-05, p. 890.)

EMENTA: ACÓRDÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, QUE, À AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS, NEGOU PROVIMENTO A RECURSO TRABALHISTA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 37, II,

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Questão circunscrita ao âmbito de interpretação de normas de natureza infraconstitucional, inexistindo espaço, por isso, para seu exame, pelo STF, em sede extraordinária. Hipótese, ademais, em que se pretende inaceitável aplicação retroativa do disposto no art. 37, II, da Carta Magna. Agravo regimental desprovido. (AI 266836 AgR, rel. Min. Gilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 08/08/2000, DJ 15/12/2000, p. 79 EMENT v. 02016-13 p. 2.788.)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MATÉRIA TRABALHISTA - ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO - CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE - APLICAÇÃO RETROATIVA DA CF/1988 - INVIABILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. - A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária. - A regra constitucional superveniente - tal como a inscrita no art. 7º, XXIX, 'a', da Carta Política - não se reveste de retroprojeção normativa, eis que os preceitos de uma nova Constituição aplicam-se imediatamente, com eficácia 'ex nunc', ressalvadas as situações excepcionais, expressamente definidas no texto da Lei Fundamental. O princípio da imediata incidência das regras jurídico-constitucionais somente pode ser excepcionado, inclusive para efeito de sua aplicação retroativa, quando expressamente o dispuser a Carta Política, pois 'As Constituições não têm, de ordinário, retroeficácia. Para as Constituições, o passado só importa naquilo que elas apontam ou mencionam. Fora daí, não' (PONTES DE MIRANDA). (AI 136486 AgR, rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 09/08/1994, DJ 14/10/2005, p. 9 EMENT v. 02209-3 p. 456.)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA, POR TEMPO DE SERVIÇO, CONCEDIDA ANTES DE 5 DE OUTUBRO DE 1988. INAPLICABILIDADE DA REGRA INSCRITA NO ARTIGO 202 DA CARTA CONSTITUCIONAL, EM SUA PRIMITIVA REDAÇÃO. SÚMULA 260 DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NO EXTINTO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. 1. Cuidando-se de questão exclusivamente de direito, que prescinde de realização de prova pericial para seu deslinde, não substancia, o julgamento antecipado da lide, cerceamento de defesa. Questão preliminar rejeitada. 2. Embora as normas constitucionais tenham vigência imediata, alcançando assim os efeitos futuros de fatos passados, não atingem elas -salvo disposição expressa em contrário, que a Constituição pode levar a efeito- fatos consumados no passado ou prestações pretéritas vencidas e não pagas. Inexistindo, na Carta Política de 1988, qualquer disposição expressa no sentido de que os critérios de determinação do valor da renda mensal dos benefícios de aposentadoria, estabelecidos pelo constituinte como diretrizes de observância obrigatória ao legislador infraconstitucional, fossem

passíveis de aplicação retrospectiva para alcançar aposentações anteriormente concedidas, com valores das rendas mensais iniciais por isso mesmo já consolidados segundo a legislação então em vigor, não pode o juiz, obviamente, determinar essa retroação, como intenta o autor, agora recorrente. 3. Tendo exaurido sua eficácia em 5 de abril de 1989 o critério enunciado na súmula 260 da jurisprudência predominante no extinto Tribunal Federal de Recursos, e somente proposta a ação aos 2 de março de 1999, alcançadas, pela prescrição

quinquenal, todas as prestações dele decorrentes.

4. Recurso de apelação a que se nega provimento. (AC 199938000078695, Des. Federal Carlos Moreira Alves, TRF1 – Segunda Turma, DJ Data:17/03/2005 p. 17.)

Pelo exposto, *dou provimento* aos embargos infringentes, para reformar o acórdão embargado e negar provimento ao recurso de apelação do Ministério Público Federal e à remessa oficial.

É como voto.

Quarta Seção

Ação Rescisória 0052408-17.2011.4.01.0000/GO

Relator: Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida (convocado)
Autor: Hélio Trajano de Morais
Advogado: Dr. Hélio Trajano de Morais
Ré: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Réu: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit
Publicação: e-DJF1 de 08/02/2013, p. 1.024

Ementa

Processual Civil e Administrativo. Ação rescisória. Art. 485, V, CPC. Anulatória de multa de trânsito. Contagem do prazo prescricional. Legitimidade passiva exclusiva do Dnit para figurar no polo passivo de ações ajuizadas após o término da inventariança do DNER. Inexistência de violação a literal disposição de lei. Impossibilidade de utilização da rescisória como sucedâneo recursal. Improcedência da rescisória.

I. Apenas o Dnit tem legitimidade para figurar no polo passivo de ações ajuizadas após o término do prazo de inventariança do DNER (que se exauriu em 08/08/2003), com o objetivo de anular multas de trânsito impostas pela extinta autarquia. Precedentes do STJ: AgRg no AREsp 40.972/RS, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/08/2012, DJe 23/08/2012; AgRg no REsp 1209891/RS, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011, DJe 29/11/2011; AgRg no REsp 1267180/SC, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 02/08/2012.

II. A rescisória é ação excepcional que se presta a superar a coisa julgada somente nas hipóteses taxativas prevista em lei (art. 485, do CPC). Não configura, portanto, mais uma instância recursal à disposição das partes e em desprestígio a autoridade da coisa julgada.

III. Não há falar em afronta à literal dispositivos de lei – art. 485, V, do CPC – quando o acórdão rescindendo unicamente declarou a prescrição do direito de ação para ver anuladas multas por infração de trânsito, aplicando o prazo quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/1932) e afastando suposta causa interruptiva consubstanciada em impugnação intempestiva na via administrativa.

IV. Incabível o manejo de ação rescisória, com fundamento no art. 485, V, do CPC (violar literal disposição de lei), pois o entendimento aplicado no acórdão rescindendo não viola entendimento previamente pacificado em Tribunal Superior.

V. Da mesma forma, não há como acolher a alegação de violação ao art. 281, parágrafo único, II, do Código de Trânsito Brasileiro, na medida em que tal dispositivo legal cuida de tema (prazo para expedição de auto de infração de normas de trânsito) totalmente dissociado da questão examinada no aresto rescindendo (contagem do prazo prescricional para o ajuizamento de ação anulatória de multa de trânsito).

VI. A interpretação dada no acórdão que se objetiva desconstituir segue o entendimento consolidado no c. STJ sobre o tema, mormente quando afirma que a interposição de defesa/recurso na seara administrativa não tem o condão de interromper nem de suspender o prazo prescricional de que dispõe o jurisdicionado para ajuizar anulatória de multa de trânsito, tanto mais quando, como no caso dos autos, dito recurso administrativo foi interposto quase dois anos após o escoamento do prazo legal para impugnação do auto de infração.

VII. Pedido rescisório julgado improcedente.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, julgar improcedente o pedido rescisório.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 30/01/2013.

Juiz Federal *Náiber Pontes de Almeida*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida: — Cuida-se de ação rescisória proposta por Hélio Trajano de Moraes, com fundamento no inciso V do art. 485 do CPC, na qual pleiteia a rescisão de acórdão da 7ª Turma desta Corte (AC 2007.35.02.004477-9/GO – cópia às fls. 91–93 deste feito virtual), que negou provimento ao seu apelo, mantendo sentença (cópia às fls. 26–33) que julgara parcialmente procedente seu pedido, anulando algumas de suas multas de trânsito, mas reconhecendo a prescrição do seu direito de pleitear a anulação de 3 (três) delas (autos de infração L000704044, L000705194 e L000153684), com fundamento no art. 1º do Decreto 20.910/1932.

Alega a parte autora, em síntese, que o aresto rescindendo afrontou o disposto nos arts. 202, IV, e 210 do CC; 281, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro), assim como o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça no enunciado 312 e o art. 1º do Decreto 20.910/1932, “em razão da interrupção do prazo prescricional, princípio da simetria e da ausência de notificação para apresentação de defesa prévia no prazo de trinta dias” (fl. 17). Isso porque, no entender do autor, teria ocorrido a interrupção do prazo prescricional de 5 (cinco) anos na data (30/03/2004) em que ele protocolou, junto ao Dnit, petição de defesa prévia recebida no efeito suspensivo, solicitando o cancelamento dos autos de infração impugnados nestes autos (Processo Administrativo 50612.003202/2004-15 referente ao auto de infração L000704044; Processo Administrativo 50612.003201/2004-71 referente ao auto de infração L000705194; e Processo Administrativo 50612.003200/2004-26 referente ao auto de infração L000153684 – ver doc. de fl. 69), sem que, até a data do ajuizamento da ação anulatória 2007.35.02.004477-9 (09/10/2007), tenha tido notícia de decisão da autori-

dade administrativa nos mencionados processos administrativos.

Contestando o pedido (fls. 154–199), a União alega, preliminarmente, sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da lide, uma vez que somente representa o extinto DNER em processos e ajuizados até 05/06/2001, o que foi reconhecido no acórdão rescindendo. Defende, ainda, a inadmissibilidade da rescisória, tanto pelo fato de que o autor dela se utiliza como sucedâneo de recurso, o que não se coaduna com as hipóteses taxativamente enumeradas no CPC, quanto pelo fato de que o autor não teria demonstrado nenhuma violação de lei apta a amparar a rescisão do julgado, pelo que, seria aplicável ao caso dos autos o teor da Súmula 343/STF.

No mérito, defende a regularidade do procedimento adotado pela autoridade administrativa na lavratura do auto de infração e na cobrança da multa.

Por sua vez, em sua contestação (fls. 206–211), o Dnit sustenta, em síntese:

- a) ser inepta a inicial;
- b) ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da lide, uma que somente responde por autos de infração lavrados posteriormente a 01/07/2002;
- c) “a parte autora não se insurge contra a violação a literal disposição de lei, mas, sim, contra a interpretação que o acórdão atacado deu aos dispositivos legais e constitucionais discutidos, o que, por seu turno, não autoriza a propositura de ação rescisória, uma vez que a estabilidade dos julgados é imprescindível à ordem jurídica, que não pode ficar comprometida ao sabor de mera interpretação dos textos legais (AR n. 1.167/DF, Rel. Min. Djaci Falcão, Pleno, unânime, RTJ 115/61)” (fl. 210).

Réplica às fls. 215–230.

Desnecessária a produção de prova pericial por tratar-se de matéria eminentemente de direito, foi determinada a oitiva do Ministério Público Federal que ofereceu parecer (fls. 242–247), no qual opina pela improcedência da rescisória.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida:
— Questiona-se, nos autos, se o prazo prescricional de cinco anos (art. 1º do Decreto 20.910/1932 e do Decreto-Lei 4.597/1942) de que dispõe o administrado para pleitear a anulação de multas de trânsito impostas nos anos de 2000 e 2002 está sujeito a suspensão e/ou a interrupção durante o período em que tramita processo administrativo.

No caso concreto, o acórdão rescindendo assim se manifestou sobre a questão:

ADMINISTRATIVO — MULTA DE TRÂNSITO — ANULATÓRIA — PRESCRIÇÃO — DECRETO Nº 20.910/32 — TERMO “A QUO” — INTERRUÇÃO/SUSPENSÃO.

1. O prazo decadencial para ajuizamento de ação anulatória de multa por infração à legislação de trânsito é – como consta na sentença, sem apelo no ponto – quinquenal, tomando-se como termo “a quo” (art. 1º do Decreto nº 20.910/32, c/c REsp nº 1.100.761/RS) a “data do ato ou do fato do qual se originam” (lavratura dos autos de infração).

2. A eventual atribuição de efeito suspensivo a, quando o caso, recurso administrativo (art. 205 do CTB) se limita – se e quando – à exigência pecuniária imediata da multa ou dos seus efeitos no cadastro do autuado, sendo irrelevante para fins prescricionais ou decadenciais, ausente norma outra que tal estipule.

3. Apelação não provida.

4. Peças liberadas pelo Relator, em 22/02/2010, para publicação do acórdão. (fl. 93)

Da tempestividade da rescisória

A rescisória é tempestiva, pois o acórdão rescindendo transitou em julgado em 21/05/2010, consoante certidão de fl. 23, ao passo que esta ação foi ajuizada em 1º/09/2011, dentro do biênio legal estabelecido no art. 495 do Código de Processo Civil.

Dispensado o recolhimento de custas e do depósito exigido no parágrafo único do art. 488 do

CPC, uma vez que foram concedidos à parte autora os benefícios da justiça gratuita por decisão de fl. 151.

Da alegada ilegitimidade da União e do Dnit para figurar no polo passivo da lide

Tanto o Dnit quanto a União pugnam pela sua exclusão da lide, ao argumento de serem parte ilegítima para responder pelas multas de trânsito questionadas nos autos.

Referidas multas foram todas impostas pelo extinto DNER em 22/12/2000 (auto de infração L000153684 – cópia à fl. 130), 15/04/2002 (auto de infração L000704044 – cópia à fl. 126) e em 18/04/2002 (auto de infração L000705194 – cópia à fl. 128).

Ora, o art. 102-A² da Lei 10.233/2001, que criou tanto a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq quanto a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte – Dnit, estabeleceu que o DNER seria extinto assim que instaladas as referidas autarquias, o que, entretanto, só ocorreu cinco meses depois, com os Decretos 4.129, 4.130 e 4.122, todos de 13 de fevereiro de 2002, publicados no *DOU* de 14/02/2002.

O mesmo art. 102-A, em seu § 2º, esclarecia que um decreto do presidente da República indicaria o inventariante dos bens, direitos e obrigações do DNER, disciplinando, também, o processo de transferência e incorporação dos itens constantes do inventário.

Tal regulamentação veio, cinco meses depois, na forma do Decreto 4.128, também de 13/02/2002, que dispôs sobre o processo de inventariança, transferência e incorporação dos bens, direitos e obrigações do DNER ao Dnit e à ANTT, de acordo com as atribuições que já lhes haviam sido conferidas pela lei. Esse processo deveria concluir-se em 180 (cento e oitenta) dias, de acordo com o art. 6º do decreto. Esse prazo, entretanto, foi por duas vezes prorrogado pelos Decretos 4.331, de 12/08/2002, e 4.589, de 7.2.2003³, o que fez com que o processo de inventariança, iniciado em 14/02/2002 (data da publicação no *DOU* do Decreto 4.128/2002), somente terminasse um ano e meio depois, com a publicação do Decreto 4.803, de 08/08/2003⁴, que dispôs sobre o encerramento dos trabalhos da inventariança do DNER.

² Artigo inserido pela Medida Provisória 2.217-3, de 04/09/2001.

³ Publicado no *DOU* de 10/02/2003.

⁴ Publicado no *DOU* de 11/08/2003.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Tolentino Amaral, Maria do Carmo Cardoso e Novély Vilanova e o Exmo. Sr. Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado).

Durante o processo de inventariança, cabia à União suceder o DNER em toda e qualquer ação judicial em curso, nos termos do art. 4º, I, do Decreto 4.128/2002⁵, razão pela qual entendo ser ela a parte legítima para figurar no polo passivo das ações em curso, seja dizer, aquelas que já estivessem ajuizadas contra o DNER em 14/02/2002, assim como as que foram ajuizadas durante o período de duração da inventariança, o que como visto, perdurou até 8 de agosto de 2003.

Por conseguinte, e de forma residual, cabe ao DNIT a legitimidade para responder por ações anulatórias de multas impostas pelo extinto DNER, desde que tais ações tivessem sido ajuizadas após 08/08/2003.

Nesse sentido se orienta a jurisprudência do STJ, como se pode depreender, dentre outros, dos seguintes precedentes cujas ementas transcrevo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNIT. AÇÃO AJUIZADA APÓS O ENCERRAMENTO DA INVENTARIANÇA DO DNER.

1. O Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que o DNIT é o sucessor legítimo nas demandas judiciais, em que figura como parte o DNER, que venham a ser ajuizadas após o fim da inventariança dessa extinta autarquia.

2. In casu, a ação foi proposta contra o DNIT em 3.11.2005, ou seja, após o término do processo de inventariança (ocorrido em 8.8.2003), ficando evidenciada sua legitimidade passiva ad causam.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 40.972/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 23/08/2012)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNIT. AÇÃO AJUIZADA APÓS O ENCERRAMENTO DA INVENTARIANÇA DO DNER.

1. Em que pese o Tribunal de origem não ter, expressamente, enfrentado o tema da ilegitimidade passiva do DNIT, ao adentrar no mérito e apreciar a questão da prescrição, presume-se que a Corte entendeu pela legitimidade passiva do recorrente.

2. É pacífico nesta Corte Superior que a União é a pessoa jurídica que detém legitimidade para atuar nas ações que estejam em curso ou que venham a ser ajuizadas durante o período de inventariança do DNER, o que não se deu no caso dos autos, porquanto a ação foi ajuizada em 20 de julho de 2007, fora, portanto, do período de inventariança (8.8.2003).

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1209891/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 29/11/2011)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. PARIDADE ENTRE INATIVOS/PENSIONISTAS DO DNER E SERVIDORES DA EXTINTA AUTARQUIA FEDERAL APROVEITADOS NO DNIT. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNIT. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO. SÚMULA 283/STF. DISPOSITIVOS LEGAIS NÃO CONTÊM COMANDO CAPAZES DE INFIRMAR O FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF. EXAME DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL IMPOSSIBILIDADE.

1. Agravos regimentais interpostos pelo DNIT e pela União. A autarquia federal questiona sua ilegitimidade passiva para a demanda; já a União reitera a ofensa à legislação federal ante a concessão da paridade entre os inativos/pensionistas do extinto DNER e os servidores desta autarquia que foram reaproveitados no DNIT.

2. Após o processo de inventariança do DNER iniciado em 13.2.2002 (Decreto 4.128) e extinto em 8.8.2003 (Decreto 4.803) é o DNIT parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda. Nesse sentido, confirmam-se: AgRg no REsp 1217041/PR, desta relatoria, Primeira Turma, DJe de 06/10/2011; AgRg no Ag 1314620/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/10/2010; e AgRg no AREsp 110.970/RN, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 04/05/2012.

3. (...)

7. Agravos regimentais não providos.

(AgRg no REsp 1267180/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 02/08/2012)

Assim sendo, como a ação na qual foi prolatado o acórdão rescindendo foi ajuizada em 09/10/2007, após o término do prazo de inventariança do DNER, que se exauriu em 08/08/2003, apenas o Dnit possui legitimidade para figurar no polo passivo da presente rescisória, devendo a União ser excluída da lide.

Do juízo rescisório

A presente ação rescisória está fundamentada no inciso V do art. 485 do CPC, ao argumento de violação literal a dispositivo de lei.

⁵ “Durante o processo de inventariança, serão transferidos: I - à União, na condição de *successora* representada pela Advocacia-Geral da União, toda e qualquer ação judicial em curso, de qualquer natureza, em qualquer instância ou tribunal, no estado em que se encontrem, inclusive as em fase de execução, abrangendo os precatórios pendentes e os que vierem a ser expedidos, em que for parte ou interessada a Autarquia em extinção;” (negritei)

Aponta o autor violação aos seguintes artigos de lei:

- a) 202, IV⁶, e 210⁷ do CC (Lei 10.406, de 10/01/2002);
- b) 281⁸, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.503, de 23/09/1997 (Código de Trânsito Brasileiro);
- c) 1º do Decreto 20.910/1932⁹; e
- d) ao entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça no enunciado 312¹⁰.

Ora, a viabilidade da ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei pressupõe violação frontal e direta contra a literalidade da norma jurídica. (AR 495/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção do STJ, julgado em 08/02/2012, DJe 31/05/2012).

Disso decorre que a afronta a enunciado de súmula de tribunal não se enquadra nas hipóteses taxativas em que o CPC admite o manejo da rescisória.

É bem verdade que o STJ já assinalou ser cabível a rescisória com amparo no inciso V do art. 485 do CPC nas hipóteses em que o julgado rescindendo adota posicionamento divergente daquele previamente pacificado em tribunal superior, pois nesse caso, o julgado rescindendo estaria afrontando a correta interpretação da lei enunciada pelo tribunal superior. Nesse sentido o REsp 1.001.779/DF, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção do STJ, unânime, julgado em 25/11/2009, DJe de 18/12/2009. Esse entendimento, no entanto, somente permite afastar a aplicação da Súmula 343

do STF¹¹ ao caso concreto, não se prestando a admitir rescisória contra violação de construção jurisprudencial sumulada por tribunal.

Ainda que assim não fosse, a hipótese dos autos não admitiria questionamentos sobre o tema abordado no enunciado 312 da Súmula do STJ (processo administrativo para imposição de multa de trânsito) já que o assunto não chegou a ser tratado no aresto rescindendo, que se limitou a reconhecer a prescrição do direito do autor de pleitear judicialmente a anulação de 3 das multas de trânsito que impugnava. Idêntico raciocínio afasta a possibilidade de se considerar a hipótese de violação do art. 281 do Código de Trânsito Brasileiro que somente cuida do processo administrativo de imposição de multa de trânsito.

Da mesma forma, não há como se conhecer da rescisória no tocante à alegada violação de artigos do Código Civil (Lei 10.406/2002) que somente entrou em vigor em janeiro de 2003, após a data da lavratura dos autos de infração questionados nestes autos que datam de 22/12/2000, 15 e 18/04/2002. Isso sem contar que, como bem assinala o próprio autor na petição inicial da rescisória, as disposições do Código Civil não devem ser utilizadas para suprir eventual lacuna no Direito Administrativo, uma vez que as razões que informam o Direito Privado são distintas das que inspiram as relações de Direito Público.

Também inviável acatar a alegação de violação ao art. 281, parágrafo único, II, do Código de Trânsito Brasileiro na medida em que tal dispositivo legal cuida de tema (prazo para expedição de auto de infração de normas de trânsito) totalmente dissociado da questão examinada no aresto rescindendo (contagem do prazo prescricional para o ajuizamento de ação anulatória de multa de trânsito). Isso porque, reconhecida a prescrição do próprio direito de ação, o julgador fica impossibilitado de analisar qualquer outra alegação referente ao mérito da demanda, dentre elas a referente à validade do ato administrativo em si, incluída aí a suposta prescrição/decadência do direito da Administração de impor a multa de trânsito.

Por fim, resta examinar se o acórdão rescindendo violou literal disposição de lei, ao estatuir:

- a) que o termo inicial do prazo prescricional quinzenal (art. 1º do Decreto 20.910/1932) para o

⁶ Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: [...]

IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; [...]

⁷ Art. 210. Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.

⁸ Art. 281. A autoridade de trânsito, na esfera da competência estabelecida neste Código e dentro de sua circunscrição, julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível.

Parágrafo único. O auto de infração será arquivado e seu registro julgado insubsistente:

I - se considerado inconsistente ou irregular;

II - se, no prazo máximo de sessenta dias, não for expedida a notificação da autuação.

III - se, no prazo máximo de trinta dias, não for expedida a notificação da autuação. (Redação dada pela Lei 9.602, de 1998)

⁹ Art. 1º 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.

¹⁰ Súmula 312/STJ: No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração.

¹¹ Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

ajuizamento de ação anulatória de multa de trânsito seria a data da lavratura do auto de infração, e

b) que tal prazo não estaria sujeito a interrupção ou suspensão.

Neste ponto, é conveniente observar que o próprio autor não discorda da interpretação da 7ª Turma desta Corte no tocante ao termo inicial do prazo prescricional, como se depreende dos seguintes trechos da petição inicial da ação rescisória:

Em relação à multa administrativa de trânsito, não pode haver dúvidas (de) que o marco inicial é a data da prática do ato, tendo em vista que o Código de Trânsito Brasileiro privilegia a autuação em flagrante, consoante as normas do seu art. 280, incisos e parágrafos.

Desta forma, o prazo prescricional para aplicação e execução das sanções administrativas de trânsito por parte do Poder Público é de cinco anos contados da data da ocorrência do fato, sendo este o mesmo prazo para a cobrança da dívida passiva dos entes estatais previsto no Decreto 20.910/32 c/c as disposições do Decreto-lei n. 4.597/42, em atenção ao princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria. (fl. 08 - negritei)

Além disso, a interpretação da lei adotada pelo julgador rescindendo ampara-se tanto nos precedentes jurisprudenciais do STJ nele indicados (REsp 1.100.761/RS, DJe de 03/03/2009, e REsp 685.983/RS) como nos seguintes:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA. MULTA DE TRÂNSITO. INVALIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. DECRETO N. 20.910/32. TERMO INICIAL.

1. Jurisprudência pacífica desta Corte no sentido de ser aplicável o prazo prescricional previsto no Decreto n. 20.910/32, na hipótese de ação movida contra a Administração Pública em que se discutem multas de natureza administrativa.

2. Em se tratando de questionamento relativo à invalidade do ato administrativo, o prazo prescricional deve ser contado a partir da data da ciência inequívoca do ato lesivo que, no caso dos autos, se deu na data da notificação feita ao autor da infração imputada, em 1.7.2003. Assim, proposta a ação somente em 17.7.2008, não há como afastar o decreto de prescrição.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1176235/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 03/02/2011)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTA DE TRÂNSITO. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO. DECRETO N. 20.910/32. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME

DA ALEGAÇÃO ATINENTE À PRESCRIÇÃO PUNITIVA DO ESTADO.

1. Agravo regimental que se insurge contra decisão que negou seguimento a recurso especial, porquanto reconhecida a prescrição do direito de ação do autor, já que ultrapassado o prazo de cinco anos, previsto no Decreto 20.910/32.

2. Alega-se a necessidade de se aplicar reciprocamente o referido decreto, a atingir não só os administrados como também a Administração Pública, de modo que, em assim se procedendo, a pretensão punitiva e executória do DNER em relação às multas de trânsito já estaria prescrita, antes mesmo que o instituto da prescrição viesse a fulminar o direito de ação do agravante, acrescentando que tal questão pode ser arguida a qualquer tempo e grau de jurisdição.

3. A decisão atacada não afastou a aplicação recíproca do Decreto 20.910/32 ao caso dos autos, mas apenas julgou a demanda nos termos que lhe foi submetida. É que, reconhecida a prescrição do próprio direito de ação, não há como se analisar qualquer outra alegação que venha a infirmar a validade do ato administrativo em si, incluindo aí a pretendida prescrição punitiva da Administração, que diz respeito ao próprio mérito da demanda outrora fulminada.

4. Não se está retirando o direito do agravante de alegar a nulidade das multas que lhe foram aplicadas e/ou a prescrição executiva, mas, sim, esclarecendo que ele perdeu o momento oportuno para tanto, porquanto deixou transcorrer o prazo legal para realizar as referidas impugnações.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1138451/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 10/09/2010)

A alegada afronta à lei decorreria, portanto, do fato de que o acórdão rescindendo não teria admitido a possibilidade de suspensão ou de interrupção do prazo prescricional.

Segundo o autor, a referida interrupção deveria ser contada da data em que o autor apresentou sua defesa na seara administrativa.

No entanto, além de não existir norma legal que ampare sua pretensão, no caso concreto, o que se verifica é que mesmo a suspensão ou a interrupção do prazo prescricional não socorreriam o autor.

Isso porque, lavrados os autos de infração, tinha o administrado 30 (trinta) dias para apresentar sua defesa, contados da data do recebimento da notificação do auto de infração. A informação constava no verso de todos os autos de infração enviados ao autor pelo correio, como se verifica da cópia do documento visto à fl. 127.

De acordo com as cópias de avisos de recebimento (ARs) juntadas aos autos, o autor recebeu tais notificações dias após a lavratura dos autos. Confira-se, a propósito o quadro abaixo:

| Auto de infração | Data do AR | Fls. |
|------------------|------------|------|
| L000153684 | 12.01.2001 | 77 |
| L000704044 | 07.05.2002 | 78 |
| L000705194 | 06.05.2002 | 78 |

Assim sendo, ainda que se admitisse, por hipótese, a possibilidade de interrupção do prazo prescricional nessas datas, já teria ele se esgotado na data da propositura da ação (9 out. 2007).

O fato de ter a parte autora apresentado recurso administrativo extemporaneamente, em 30 mar. 2004 (conforme docs. fls. 139–141), quase dois anos após o escoamento do prazo legal, jamais teria o condão de renovar eventual possibilidade de suspensão ou de interrupção do prazo prescricional, pois a tanto equivaleria transferir ao administrado a possibilidade de escolher a forma de contagem e a duração de prazo que deve ser igual para todos os administrados, assim

como para a Administração, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia e da razoabilidade.

Ante estes fundamentos, *excluo a União da lide* e julgo *improcedente* o pedido da presente ação rescisória.

Tendo em conta o proveito econômico buscado pelo autor na causa (anulação de multas no valor total de R\$ 915,02), condeno-o a pagar a cada um dos réus honorários de sucumbência correspondentes a 20% do valor da causa (art. 20, § 4º, do CPC), devidamente atualizados a partir da data deste julgamento.

Contudo, dado que o autor é beneficiário da assistência judiciária gratuita, a condenação ao pagamento de honorários deve observar o disposto no art. 12¹² da Lei 1.060/1950. Da mesma forma, isento-o da multa prevista no art. 488, II, do CPC.

É como voto.

¹² Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.

Quarta Seção

Numeração única: 0009540-86.2009.4.01.3300

Embargos Infringentes 2009.33.00.009545-1/BA

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral
 Embargante: Fazenda Nacional
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
 Embargado: Edson Sebastião de Almeida
 Advogado: Dr. José Luiz Pucci e outros
 Publicação: e-DJF1 de 08/02/2013, p. 1023

Ementa

Tributário. Ação ordinária. IRPF. Moléstia grave (art. 6º, XIV, da Lei 7.713/1988). Isenção: rendimentos da atividade, não apenas rendimentos da inatividade (proventos de aposentadoria/reforma). Embargos infringentes não providos.

I. A isenção, vicejando só em prol dos *inativos portadores de moléstias graves*, está descompromissada com a realidade sócio-fático-jurídica; a finalidade (sistemática) da isenção, na evolução temporal desde sua edição em 1988; os princípios da isonomia e da dignidade humana e, ainda, com o vetor da manutenção do mínimo vital.

II. A contextualização fático-jurídica, em olhar conectado com o hoje, da isenção (salvo-conduto tributário), que propende a ser vitalícia, é do tipo *geral* e *ex vi legis*, a toda situação em que caracterizadas as patologias. Eventual e continuada ampliação do rol das doenças não considera eventuais cura, agravamento, recidivas ou remissão de sintomas.

III. Da institucionalização da isenção (1988) até hoje transcorreram 25 anos. Àquele tempo, a transposição para a inatividade, imperativa e com afastamento obrigatório das atividades, era a consequência para os males. Mantida a densidade de significado (*ratio legis*) para justificar a isenção, que sempre foi o “fato objetivo da moléstia grave em si” e a ideia genérica do incremento de custos para continuidade da vida (perda/redução da capacidade contributiva), abrem-se novas situações: contribuintes conseguem manter-se, em certos casos, em pleno potencial profissional, auferindo proventos de aposentados (rendimentos da inatividade) e, até, valores decorrentes de vínculos ulteriores (rendimentos da atividade).

IV. Inimaginável um contribuinte “sadio para fins de rendimentos ativos” e, simultaneamente, “doente quanto a proventos”. Inconcebível tal dicotomia, que atenta contra a própria gênese do conceito holístico (saúde integral). Normas jurídicas não nascem para causar estupor.

V. O só conviver com a patologia, à constante sombra da morte ou da má qualidade de vida, alça novos vínculos empregatícios ao grau de terapêutica afeto-social (de higiene mental) e reforço do sentido de existir: tributação seria desestímulo sem justa razão.

VI. Cabe ao interprete da norma legal extrair da sua objetividade normativa o seu alcance social, não significando, tal, ampliação dos seus destinatários e/ou os casos de sua incidência.

VII. Embargos infringentes não providos.

VIII. Peças liberadas pelo relator, em Brasília, 30 de janeiro de 2013, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Seção negar provimento aos embargos infringentes, por unanimidade.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 30/01/2013.

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Por ação ordinária ajuizada em 07 jul. 2009, o autor, alegando-se portador de neoplasia maligna que sustenta constatada (laudo de biópsia) em atendimento de 28 jul. 2008, pediu, desde jan. 2008 (1º dia do ano/exercício da comprovação da moléstia), isenção do IRRF sobre [a] seus proventos de aposentadoria por tempo de serviço (RGPS/INSS), concedida em jul.1997; [b] o resgate do plano de benefícios da entidade de previdência privada *aberta* BrasilPrev, havido em dez. 2008; e, ainda, [c] os rendimentos da atividade que auferiu junto à Ferbasa – Companhia de Ferro Ligas da Bahia (mesmo órgão empregador em que se aposentou). Alegou que a DRF em Salvador/BA ainda não lhe respondera por escrito (PA 18050.005403/2009-61), mas que, verbalmente, lhe afirmara que a isenção não abrangeria salários da atividade e que, sobre os proventos da aposentadoria, ela se aplicaria apenas de nov. 2008 em diante (extração da próstata), e, ainda assim, se o pedido fosse acompanhado de laudo do INSS; o autor pediu, ainda, restituição do indébito desde jan. 1998, com atualização monetária. VC=R\$72.000,00.

Deferida a gratuidade de justiça e antecipada a tutela (para, doravante, afastar o IRRF sobre os proventos de aposentadoria do INSS), a ré tomou agravo retido.

A sentença de procedência, em parte, afastou a tributação desde 4 ago. 2008, data da *emissão* do laudo da biópsia (realizada em 28 jul. 2008) apenas sobre os proventos de aposentadoria (INSS/RGPS), condenando a ré à restituição do indébito, agregada Selic e ao ressarcimento das custas e pagamento de honorários advocatícios de 5% da restituição.

Com remessa oficial.

A FN apelou, pedindo, em preliminar, o conhecimento e o provimento do agravo retido para que afastada a gratuidade de justiça e cassada a antecipação de tutela; no mérito, alegou que, ausente laudo médico oficial (ou pericial) que ateste a patologia (§1º do art. 30 da Lei 9.250/1995), o pedido é improcedente.

O autor também apelou, pedindo a procedência integral do seu pedido.

Em sessão de 18 nov. 2011 (f. 221/2), a T8/TRF1, *por unanimidade*, deu provimento, em parte, ao agravo retido da FN (só para afastar a gratuidade de justiça) e, *por maioria*, rel. p/acórdão Juiz Federal Souza

Prudente, vencido o Juiz Federal Cleberson José Rocha, negou provimento à sua apelação e à remessa oficial e deu provimento, em parte, à apelação do autor para – desde 4 ago. 2008 - afastar o IRPF sobre os proventos de aposentadoria (RGPS/INSS) e, ainda, sobre os rendimentos da atividade, assegurada a restituição do indébito, agregada apenas a Selic.

Esta, a ementa do julgamento:

[...]. IMPOSTO DE RENDA. PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA. ISENÇÃO. TERMO INICIAL. [...].

I – Descaracterizado o alegado estado de hipossuficiência, ante o conjunto fático-probatório [...], afigura-se indevida a concessão de gratuidade [...].

II – Nos termos do art. 6º e respectivo inciso XIV da Lei nº. 7.713/88, com a redação dada pela Lei nº. 11.052/2004 “ficam isentos do imposto de renda os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de neoplasia maligna.

III – Em se tratando de benefício fiscal destinado a propiciar ao contribuinte aposentado ou reformado, em virtude de acidente em serviço, bem assim àquele portador de doença grave, maior capacidade financeira para suportar o custo elevado do tratamento permanente enquanto padecer da moléstia, a sua concessão é devida, tanto na atividade como na inatividade, tendo em vista que, em ambas as hipóteses, o sacrifício é o mesmo, prestigiando-se, assim, os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, na defesa do postulado maior da proteção e da valorização da vida, na dimensão de respeito ao valor da saúde, como garantia fundamental prevista em nossa Carta Magna (CF, arts. 1º, III, 5º, caput, 196 e 170, caput).

IV – Na hipótese em comento, diagnosticada a doença em 04/08/2008, quando já se encontrava aposentado o contribuinte, faz jus à referida isenção a partir dessa data.”

A FN opõe EIAC, pugnando pela prevalência do voto-vencido do Juiz Federal Cleberson José Rocha (quanto à questão da tributação da remuneração da atividade), que assim explicitou, nesta linha:

Compulsando os autos constata-se que o autor pretende a isenção sobre proventos de aposentadoria que recebe do INSS e, ainda, sobre vencimentos, resultado de contrato de trabalho ativo na FERBASA, desde abril de 2007.

Relata que: 1) desde abril de 2007 estava com indicação de ser portador de neoplasia maligna, mas não se submeteu a exame, com força de conclusivo, por questões de foro íntimo; 2) submeteu-se à biópsia em 28 de julho de 2008 que constatou a

doença; 3) que submeteu-se, em novembro de 2008, a uma intervenção cirúrgica que resultou em retirada de toda a próstata e tecidos linfáticos adjacentes.

A redação do art. 6º, XIV, da Lei n.7.713/88 concede isenção aos proventos de reforma ou aposentadoria e a Fazenda alega que o dispositivo não alberga a situação do autor, porque ainda permanece na ativa, apesar de ser portador de enfermidade prevista na legislação de regência.

Quanto ao mérito propriamente dito, extrai-se dos autos que o autor comprovou por resultado de exame específico, biópsia datada de 04/08/2008, (fl. 31) que estava acometido de “adenocarcinoma acinar (...) de próstata” (câncer).

Tal doença preenche os requisitos de isenção do art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88 e do art. 30 da Lei 9.250/95.

A norma [...] prevê a isenção para os rendimentos percebidos pelas pessoas físicas, decorrentes de aposentadoria e não sobre a remuneração da atividade.

Vale dizer, comprovado o requisito do art. 6º da Lei n. 7.713/88, o autor tem direito à isenção sobre parcela que recebe a título de aposentadoria apenas.

A interpretação desse dispositivo não pode ser ampliada porque, em sendo norma ‘*numerus clausus*’, restringe o destinatário (inativos e portadores das moléstias especificamente enumeradas).

Com contrarrazões, sem fatos novos.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — O tema passível de debate em embargos infringentes se limita à divergência: no caso, a incidência ou não do IR sobre os rendimentos auferidos na atividade pelo contribuinte, que, portador de neoplasia maligna, é, ainda, aposentado por tempo de serviço.

O preceito legal controverso é este (Inciso XIV do art. 6º da Lei 7.713/1988), e deve ser aquilatado sem açodamento nem melindres, até porque os *nós jurídicos* são terra fértil para a inteligência do magistrado e sua seara mais propícia, verdadeiro “*leitmotiv*” do julgar:

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria do Carmo Cardoso, Novély Vilanova e Catão Alves e os Exmos. Srs. Juízes Federais Clodomir Sebastião Reis e Naíber Pontes de Almeida (convocados).

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;”

A linha do voto-vencido funda-se em raciocínio de que, como o CTN exige – de usual – leitura literal das isenções (art. 111, II, do CTN) e, no entender do julgador, o art. 6º, XIV, da Lei 7.713/1988 instituiu a isenção em prol dos *inativos portadores de moléstias graves em lei catalogadas*, a verba da atividade seria tributável; prestigiando-se o voto em comento, poder-se-ia, portanto, de modo raso, fácil, mas, todavia, descompromissado com boa doutrina, com a realidade da vida sócio-jurídica, com a finalidade da norma isentiva e seu contexto sistemático e em desarmonia com os princípios constitucionais da isonomia e, notadamente, da dignidade humana, elucidar o tema em prejuízo do autor, então concluindo tributável a verba auferida em atividade por contribuinte acometido de patologia, afirmando ausente norma expressa a apoiar a pretensão.

A querela, porém, tem vieses mais sutis, que a jurisprudência quase como um todo não tem esmerilhado, o que ora faço, notadamente ante a necessidade de contextualização fático-jurídica, empreendo um olhar moderno, conectado com a atual realidade do trabalhador brasileiro e do estágio dos avanços médicos, pois, da institucionalização da isenção (1988) até hoje, transcorreram 25 anos.

Dentre várias pedagogias, tem-se que, no concreto, a isenção (sobre *rendimentos* do portador de moléstia grave) é do tipo *geral*, deferida, *ex vi legis*, a toda situação em que caracterizadas as patologias da Lei 7.713/1988, cujo rol, aliás, vem sendo ampliado de tempos em tempos, e que, no lugar comum dos idos de 1988 (há ¼ de século), geravam situações quase sempre compulsórias de invalidez/incapacidade profissional. A isenção em comento propende a ser *vitalícia* e nasce do diagnóstico cabal da doença, sendo

verdadeiro salvo-conduto tributário sob a sombra da dignidade humana e da manutenção do mínimo vital. Irrelevantes as eventuais cura, agravamento, recidivas ou remissão de sintomas.

Ao tempo da edição da Lei 7.713/1988, ademais, a transposição para a inatividade era a natural consequência usual para os males nela elencados, dada a pouca opção de tratamento eficaz. Com os avanços da medicina, contudo, embora mantida a mesma carga de densidade de significado (*ratio legis*) necessária para justificar isenção tributária, *que sempre foi o “fato objetivo da moléstia grave em si” e a ideia genérica do incremento de custos para continuidade da vida em circunstâncias dessas, que gera perda/redução da capacidade contributiva*, abre-se espaço para novas situações nas quais tais contribuintes, hajam vista evidentes progressos científicos, conseguem manter-se ainda, *em certos casos (a dinâmica da vida é incontrolável, para o bem ou para o mal)*, em pleno potencial de atividade profissional, passando a auferir não apenas seus proventos de aposentados (*rendimentos da inatividade*), mas – eventualmente – novos valores decorrentes de vínculos profissionais ulteriores (*rendimentos da atividade*).

Não fosse epidérmico aquilatar que, em qualquer caso, a moléstia induz perda ou redução da capacidade contributiva, o ser humano e a patologia que porventura lhe acometa, frise-se, não são entes dicotômicos ou estanques (há, no todo, um só alguém gravemente adoecido), sendo inimaginável crer em contribuinte que, para fins tributários, se possa separar em “sadio para fins de rendimentos ativos” e, simultaneamente, “doente quanto a proventos”: *não se pode conceber tal monstruosidade, que atenta contra a própria gênese do conceito holístico de saúde integral*, que envolve o direito à vida, à consciência, à crença, à honra, à imagem, à intimidade, itens que não se podem fictamente seccionar. Normas jurídicas nascem para pacificar o tecido social, não para causar estupor nem sensação de abandono.

Aludido quadro exige o mesmo tratamento jurídico, pois a *doença grave (com as consequentes perda ou redução da capacidade tributária) é a nota da isenção sobre os rendimentos* (da inatividade e da inatividade) notadamente se o contribuinte (com vínculo de atividade salarial) já se encontra aposentado (exemplo dos autos): não há sentido lógico-jurídico (nem ético) em afastar o tributo sobre proventos e, entretanto, mantê-lo sobre o salário, instituindo a figura bizarra do contribuinte “meio-portador de moléstia grave” ou o instituto bisonho dos “salários que não são

rendimentos”. As normas jurídicas não podem conduzir a absurdos de ordem prática, tanto mais quando há duas leituras possíveis da isenção, uma mais evidente/exata (que adoto) e outro, fundada em interpretação restritiva (não *exata*).

Visualize-se, ainda, interessante exemplo: alguém da ativa contrai moléstia grave em 1990, sem, porém, àquele tempo saber; dez anos depois, em rotina, vê-se diagnosticado, concedendo-se a ele aposentadoria por invalidez retroativa ao tempo do laudo de caracterização do mal (digamos, 1995): ele já deveria estar aposentado e, todavia, não estava; os salários que, então, auferiu na ativa, entre 1995/2000 (quando já era “aposentável por moléstia grave”, e não o sabia) são ou não isentos?

Ainda no intento de ambientar a questão, a tempo da edição da Lei 7.713/1988, vigoravam o art. 43, I e II, do CTN (ainda hoje inalterado) e o Inciso II do §2º do art. 153 da CF/1988 (esse revogado pela EC 20/1998), preceitos que induzem conclusão inarredável de que *salários e proventos são, ambos, subtipos de rendimentos* (e o *caput* do art. 6º da Lei 7.713/1988) a tal expressão alude; a CF/1988, ao tratar do IR, estipula, em mesmo preceito (Inciso III do art. 153), que ele é tributo que incide sobre “*renda e proventos de qualquer natureza*”, o que denota que, dada a particular aditiva “e” o tributo (e seus elementos) é um só, incidindo sobre salário/proventos, evidenciando que, de regra, salvas exceções inconciliáveis, ou ambos são tributáveis ou, sendo caso de isenção (por fato que a ambos os contextos se comunica), nenhum deles sofrerá tributação, *sendo ambos – repita-se – rendimentos (isentos)*.

O próprio CTN (art. 43) fala no IR como sendo tributo incidente sobre *renda* [produto do capital/trabalho] e *proventos* [acréscimos que não forem renda], denotando que tais (incisos I e II do item) são – ambos – *rendimentos*; se, para fins de tributação, proventos e salários dão-se as mãos para, unindo-se sob o color de *rendimentos*, oferecerem-se à tributação, assim também serão o mesmo todo para fins de isenção. Sanar tal incongruência, tal antinomia não é interpretação *extensiva* ou *analogia*, mas, sim, percepção do real alcance natural da norma e de sua sazonalidade de amplitude em função de variantes do tempo e espaço.

A isenção toma, na hipótese, como elemento justificador objetivo, a *patologia enumerada* (com esteio na redução/perda da capacidade contributiva), para, em função dela (e somente dela), dizer isentos os rendimentos.

Evoque-se este precedente da T7/TRF1 (*mutatis mutandis*) para perceber que ler-se os contornos da isenção exige ótica mais elegante, para melhor aquilatar

o conceito de interpretação “*exata*” (nem alguém nem além da vontade da norma):

[...] IRPF - APOSENTADORIA/PROVENTOS - MOLÉSTIA GRAVE - LAUDOS (OFICIAL E PARTICULAR) - CEGUEIRA (DO TIPO MONOCULAR/UNILATERAL): ISENÇÃO (ART. 6º, XIV, DA LEI Nº 7.713/88) - [...] (CEGUEIRA NÃO É SINÔNIMO DE AMAUROSE) - [...].

2 - Lei nº 7.713/88 (art. 6º, XIV): são isentos do IRPF os proventos de aposentadoria auferidos por portadores de “cegueira” (e de outras moléstias graves catalogadas em lei).

3 - STJ (AgRg-AREsp nº 121.972/DF): cegueira, no seu sentido literal, sem necessidade de alargamentos interpretativos (art. 111/CTN), abrange “tanto o comprometimento binocular quanto monocular”. Não se restringe à amaurose (perda total da visão de ambos os olhos).

4 - Laudos médicos (oficial e particular) atestam a patologia (qual é, como causada e desde quando instalada) [...].

5-AT7/TRF1, quanto a benefícios fiscais, entende que o art. 111 do CTN tanto veda a interpretação “extensiva” (que concede benefício a quem a lei não favoreceu) quanto hostiliza a interpretação “restritiva” (que retira benesse legal de quem a ela faça jus); o vetor jurisprudencial é a interpretação “estrita” (sinônimo de leitura “isenta”, “fiel” [...] ou “exata”).

6 - Pedagógica explanação do site do Instituto Benjamin Constant (www.abc.gov.br), centro de referência nacional no campo da deficiência visual, aponta que “a Organização Mundial de Saúde (OMS) registrou 66 diferentes definições de cegueira” e “o termo cegueira não é absoluto, pois reúne indivíduos com vários graus de visão residual. Ela não significa, necessariamente, total incapacidade para ver, mas, isso sim, prejuízo dessa aptidão a níveis incapacitantes [...]”

(TRF1, AC nº 0004311-12.2009.4.01.3700/MA, Des. Fed. LUCIANO TOLENTINO AMARAL, T7, DJ 06/07/2012)

O só conviver, não o bastante, sob o manto da patologia, à constante sombra da morte ou da má qualidade de vida iminentes, alça novos vínculos empregatícios ao grau de ambiente de terapêutica afeto-social e espaço de higiene mental, de reforço do próprio sentido de existir: acenar com a tributação sobre a renda da atividade (rendimentos) do portador de moléstia grave (e, no caso concreto, aposentado por tempo de serviço) é um desestímulo sem qualquer alicerce de justa razão.

Em reforço de argumento ou variante intelectual, se a troca *voluntária* do descanso e do emprego, nos casos, respectivamente, da conversão da licença-prêmio por pecúnia e da adesão aos programas coletivos de demissão, qualifica os valores auferidos

ao grau de *indenizatórios*, como não se conceber que as verbas (provento/inatividade ou remuneração/atividade) recebidas por quem, de modo *compulsório*, viu-se portador de moléstia que a lei afirmou de suma complexidade, não tragam consigo o tom da isenção, pela perda ou redução do direito humano fundamental de crer-se para sempre são, de imaginar eternidades, de ver-se avô sadio a brincar com netos.

Em fecho de raciocínio, também há quem, por outras razões (isonomia em culto à dignidade humana), aponte que a não tributação por acometimento de moléstia grave prevista em lei merece se aplicar – por mera regra de igualdade – tanto a proventos de aposentadoria quanto a salário.

É o caso de Carlos Valder do Nascimento, em *Isenção do Imposto de Renda dos Trabalhadores da Ativa em Razão de Doença Grave* (Editora Fortium, 2011) e, ainda, como conseqüência dos valores ponderados por Humberto Ávila, em “Teoria da Igualdade Tributária”, Editora Malheiros, 2. ed., p. 192–197, que diz, apontando que “a realização da igualdade é um processo permanente”, de aceitação, mas, ainda, de flexibilização de padronizações, fundada em vínculos de pertinência que se amoldem ao modelo tributário *particularista, adaptado à real capacidade contributiva subjetiva (no concreto, a idêntica situação entre o portador de moléstia grave que auferir rendimentos da ativa e o que percebe rendimentos da inatividade)*:

[...] a exigência de compatibilidade entre o critério de discriminação e a finalidade que o justifica, ademais de transcender elementos puramente lógicos, não termina o conteúdo normativo da igualmente, apenas o inicial. A ela, devem ser agregadas determinações concernentes à fundação e à significação dos elementos que compõem a igualdade, para cuja legitimação não basta uma explicação; requer, antes,

uma autêntica justificação. Essa, contudo, não é retilínea, antes oscila, aqui e ali, conforme sejam os graus de fundamentação e de comparação decorrentes do cotejo entre a presunção de igualdade, de um lado, e as liberdades de configuração do legislador e de avaliação do julgador, de outro.

E conclui o autor: “a ausência de conjugação de todos esses fatores [...] favorece a destruição silenciosa do ideal igualitário: enquanto barulhentemente se proclama sua importância, vai-se, silenciosamente, destruindo, como um cupim que se alimenta da madeira dos pilares de uma casa, os alicerces que permitiriam sua efetivação”.

Tratar, pois, igualmente a tributação do IRPF dos contribuintes portadores de moléstias graves, trate-se de salário/atividade, trate-se de proventos/inatividade, *sendo ambos rendimentos, é a única alternativa lógico-tributário possível (em leitura exata da isenção)*; e, ainda que interpretação extensiva exigisse (por isonomia), configuraria tratamento adequado, necessário, pertinente e proporcional aos fins da norma isentiva.

Em reforço de argumento, a norma do *caput* do art. 6º da Lei 7.713/1988 fala em *rendimentos* (termo que – de comum sabença – inclui salários da atividade e proventos da inatividade), e aponta (explicitamente o inciso XIV do art. 6º), ao menos para mim, *interseção* entre *proventos* (aposentadoria/reforma) e verbas *percebidas por portadores de moléstia grave*, estipulando (em compreensão sistemática) isenção ampla que avança, portanto, sobre *rendimentos* de salários ou proventos daquele que, ainda que só posteriormente viu diagnóstica a moléstia.

Pelo exposto, nego provimento aos embargos infringentes.

É como voto.

Primeira Turma

Numeração única: 0035538-81.2008.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2008.34.00.035814-0/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques
 Apelante: União Federal
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
 Apelados: Gilda Maria Carneiro Sigmaringa Seixas e outros
 Advogada: Dra. Rafaella Sigmaringa Seixas
 Remetente: Juízo Federal da 15ª Vara/DF
 Publicação: e-DJF1 de 08/02/2013, p. 1.031

Ementa

Administrativo. Magistrados. Ajuda de custo por remoção. Existência de interesse público mesmo na remoção a pedido. Utilização dos índices de juros e correção monetária previsto no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

I. Trata-se de apelação interposta pela União contra sentença em que o Juízo de base julgou procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de ajuda de custo decorrente da remoção dos autores, que são membros da Magistratura Federal, com atualização dos valores devidos pela taxa Selic.

II. Embora a Loman não estabeleça em que circunstância a ajuda de custo é devida aos magistrados, ela garante seu pagamento para fins de despesa de transporte e mudança. A Lei 8.112/1990, aplicada subsidiariamente, prevê a ajuda de custo nas situações em que haja necessidade de compensar as despesas de instalação do servidor que, no interesse do serviço, passe a exercer suas atividades funcionais em nova sede

III. Como é de conhecimento geral, o juiz, em razão da garantia constitucional da inamovibilidade, não pode ser removido *ex officio* pela Administração, salvo em casos excepcionais. Não há qualquer disposição legal da qual se infra que a ajuda de custo a juízes somente pode ocorrer nestes excepcionais casos.

IV. Embora a remoção dos autores tenha se dado a pedido, não se pode olvidar que esta sempre ocorre em benefício e no interesse do Serviço Público. A Administração, tanto na oferta de vagas para remoção, como em sua anuência em relação ao pedido do interessado, sempre age de forma a atender à necessidade do serviço. Precedentes desta Corte e do STJ.

V. Em relação aos juros moratórios e à correção monetária incidentes, devem ser observadas as orientações do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21/12/2010.

VI. Apelação da União parcialmente provida apenas para determinar que os juros moratórios e a correção monetária sejam calculados seguindo as orientações do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação da União, apenas para determinar que os juros moratórios e a correção monetária sejam calculados seguindo as orientações do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21/12/2010.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 06/12/2012.

Desembargador Federal *Kassio Marques*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques: — Cuida-se de apelação interposta pela União contra a sentença em que o Juízo de base, em ação pelo rito ordinário, julgou procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de ajuda de custo decorrente de remoção dos autores, com atualização pela taxa Selic.

Irresignada, alega a apelante, em síntese, que as remoções dos autores não ocorreram no interesse da Administração, mas a pedido, não havendo previsão legal para ajuda de custo nestes casos, pois o interesse principal é do removido. A apelante insurge-se, ainda, contra a aplicação da taxa Selic aos juros moratórios, por entender aplicável à espécie os índices de cálculo previstos no art. 1º-F da Lei 9.494/1997.

Em contrarrazões, os autores pugnam pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques: — Os autores são integrantes da Magistratura Federal, devendo ser observadas as disposições da Lei Complementar 35/1979, Lei Orgânica da magistratura Nacional (Loman), referentes à ajuda de custo decorrente de remoção.

Embora a Loman não estabeleça em que circunstância a ajuda de custo é devida aos magistrados, ela garante seu pagamento para fins de despesa de transporte e mudança, conforme o disposto em seu art. 65, seguir transcrito:

Art. 65 – Além dos vencimentos, poderão ser outorgados aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens:

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado).

l – ajuda de custo, para despesas de transporte e mudança.

Ante à ausência de regras específicas com mais detalhes para o caso, aplicam-se subsidiariamente as disposições da Lei 8.112/1990, que prevêem a ajuda de custo nas situações em que haja necessidade de compensar as despesas de instalação do servidor que, no interesse do serviço, passe a exercer suas atividades funcionais em nova sede, nestes termos:

Art. 53. A ajuda de custo destina-se a compensar as despesas de instalação do servidor que, no interesse do serviço, passar a ter exercício em nova sede, com mudança de domicílio em caráter permanente, vedado o duplo pagamento de indenização, a qualquer tempo, no caso de o cônjuge ou companheiro que detenha também a condição de servidor, vier a ter exercício na mesma sede.

§ 1º Correm por conta da administração as despesas de transporte do servidor e de sua família, compreendendo passagem, bagagem e bens pessoais.

§ 2º À família do servidor que falecer na nova sede são assegurados ajuda de custo e transporte para a localidade de origem, dentro do prazo de 1 (um) ano, contado do óbito.

Art. 54. A ajuda de custo é calculada sobre a remuneração do servidor, conforme se dispuser em regulamento, não podendo exceder a importância correspondente a 3 (três) meses.

Pelas regras da Lei 8.112/1990, a concessão de ajuda custo para servidores públicos federais é condicionada ao exercício de suas funções em nova sede, com mudança de domicílio, no interesse do serviço.

A União alega que, no caso, apesar ter ocorrido mudança de domicílio, esta não aconteceu no interesse do serviço, mas em decorrência de interesse particular dos removidos. Afirma que não houve remoção *ex officio*, mas a pedido, pelo que não haveria como conceber o pagamento da ajuda de custo pleiteada.

Como é de conhecimento geral, o juiz, em razão da garantia constitucional da inamovibilidade, não pode ser removido *ex officio* pela Administração, salvo em casos excepcionais. Não há qualquer disposição legal da qual se infira que a ajuda de custo a juízes somente pode ocorrer nestes excepcionais casos, razão pela qual não se pode restringir seu pagamento aos raros casos de remoção *ex officio*.

Além disso, embora a remoção dos autores tenha se dado a pedido, não se pode olvidar que esta sempre ocorre em benefício do serviço público, na medida em

que é levada a efeito para atender a necessidade do serviço.

Conforme bem asseverado pelo juízo *a quo*, a Administração, tanto na oferta de vagas para remoção, quanto em sua anuência em relação ao pedido do interessado, sempre age de forma atender à necessidade do serviço.

E não cabe argumentar que interesse público nas remoções a pedido é genérico ou secundário em relação ao interesse particular. O interesse público norteia a atividade administrativa e é fundamento primeiro do preenchimento de cargos públicos, ainda que haja concomitância do interesse particular.

A matéria em debate já foi apreciada por esta Corte em diversas ocasiões, de forma que destaco alguns precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. JUIZ DO TRABALHO. REMOÇÃO A PEDIDO. ART. 65, INCISO I, DA LOMAN. DIREITO À AJUDA DE CUSTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUROS MORATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. APELAÇÃO IMPROVIDA. REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE. PROVIDAS. 1.O magistrado, mesmo que seja removido a pedido, faz jus à ajuda de custo prevista no art. 65, inciso I, da LOMAN - Lei Complementar n.º 35/79, em razão do manifesto interesse público. Precedentes do STJ e desta Corte. 2.Os honorários advocatícios devem ser foram fixados em 5% do valor da condenação, conforme entendimento unificado desta Colenda 2ª Turma, a fim de se atender ao disposto no art. 20, §§ 3º e 4º do CPC e, ainda, considerando que a matéria é eminentemente de direito, envolvendo lides repetidas, de menor complexidade e com condenação contra a Fazenda Pública. 3.Correção monetária pelo MCJF; b) Juros moratórios de 1,0 % até a Lei 11.960/09, e a partir dela 0,5% ao mês, a contar do vencimento das respectivas parcelas anteriores à citação e desta para as parcelas vencidas depois. 4. Apelação improvida. Remessa oficial provida, em parte, nos termos dos itens 2 e 3. (AC 0015947-16.2006.4.01.3300/BA, rel. Des. Federal Francisco de Assis Betth, Segunda Turma, e-DJF1 p. 334 de 17/08/2012)

ADMINISTRATIVO. JUIZ DO TRABALHO. AJUDA DE CUSTO. REMOÇÃO A PEDIDO. PAGAMENTO DE AJUDA DE CUSTO. LEGALIDADE. INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Os juízes, por se submeterem a regime constitucional próprio, têm como garantia, dentre outras, a inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente, por voto de dois terços de seus membros. Em assim sendo, promove-se o concurso de remoção para possibilitar a manifestação dos interessados, de molde a preservar a inamovibilidade e, ao mesmo

tempo, atender ao interesse público na lotação de juízes em determinados locais, situação que exige o pagamento de ajuda de custo para as despesas com o deslocamento e pagamento das despesas com transporte. Trata-se de metodologia que equilibra e aplica o princípio constitucional com o interesse público. 2. “Presente o interesse público na remoção de servidor, qualquer que seja ele, cria-se, então, a partir daí, o direito do funcionário exigir o devido custeio das despesas inerentes a movimentação ocorrida” (STJ, Resp 35123/DF, DJ 28/03/1994, LEXSTJ vol. 61 p. 195, RT vol. 710 p. 180) 3. O art. 65, I, da LOMAN, ao qual se aplica subsidiariamente a Lei nº 8.112/90, ao tratar do direito dos magistrados à percepção de ajuda de custo em virtude de remoção, não vinculou seu pagamento a qualquer outra condição, senão aquela relativa à mudança de domicílio. O preenchimento de vagas de magistrados é sempre feito no interesse do serviço, por ser inerente à administração da Justiça o provimento de tais cargos. Ainda que as remoções possam atender, reflexamente, a interesse pessoal do magistrado, atende, em primeiro lugar, ao interesse do serviço, traduzido na obrigação do Estado de prestar a jurisdição. Precedente deste Tribunal (AC 2002.39.00.004694-6/PA, rel. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva, Segunda Turma, publicado no DJ de 29/05/2006, p. 131.) (AC 0000650-98.2004.4.01.3700/MA, rel. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 2ª Turma Suplementar, e-DJF1 p. 491 de 13/08/2012)

ADMINISTRATIVO. MAGISTRADO DO TRT. REMOÇÃO A PEDIDO. AJUDA DE CUSTO. LC 35/79. LEI 8.112/90, ARTIGOS 53 E 54. INTERESSE DO SERVIÇO. DEPENDENTES. CÁLCULO. NORMAS VIGENTES. JUROS. CORREÇÃO. 1. A Lei Complementar 35/1979, ao disciplinar a ajuda de custo como vantagem a ser concedida aos magistrados, não vinculou sua concessão à remoção em decorrência da necessidade do serviço. 2. A remoção a pedido fica condicionada à apreciação de juízos de oportunidade e de valor da Administração que, ao deferi-la, explicita o interesse e a conveniência do serviço. 3. Aplicação subsidiária dos artigos 53 e 54 da Lei 8.112/90, à hipótese, dispondo que a ajuda de custo destina-se a compensar as despesas de instalação do magistrado que, no interesse do serviço, passa a ter exercício em nova sede, com mudança de domicílio em caráter permanente, devendo ser calculada sobre sua remuneração, conforme se dispuser em regulamento, não podendo exceder a importância correspondente a 03 (três) meses. 4. O valor da ajuda de custo deve ser calculado segundo as normas vigentes do órgão competente para a sua apreciação e pagamento. 5. Juros de mora devidos no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês; quanto às parcelas vencidas posteriormente à citação, são devidos a partir da data em que se tornaram devidas, ocasião em que se verificou a mora. 6. A correção monetária deve ser aplicada desde a data em que cada parcela

se tornou devida (Súmula 19 deste Tribunal), com a utilização dos índices constantes do Manual de Cálculos da Justiça Federal. 7. Apelação da UNIÃO não provida. Apelação do autor provida. Remessa oficial tida por interposta parcialmente provida. (AC 0011114-48.2003.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Ângela Catão, Primeira Turma, e-DJF1 p. 06 de 15/03/2011)

Também partilha deste entendimento o e. Superior Tribunal de Justiça, conforme se segue:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MAGISTRADO. REMOÇÃO A PEDIDO. AJUDA DE CUSTO. ART. 65 DA LOMAN. DIREITO À AJUDA DE CUSTO ANTE A EXISTÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A recente jurisprudência desta Corte está firmada em que, na remoção do Magistrado, seja ela ex officio ou a pedido, encontra-se presente o interesse público, de modo que o Juiz faz jus à ajuda de custo prevista no art. 65, I, da LOMAN. Precedentes: AgRg no Ag 1.368.615/SC, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 09/06/2011, AgRg no Ag 1.354.482/SC, Rel. Min. Castro Meira, DJe 18/02/2011, AgRg no REsp.943.682/PA, rel. Min. Haroldo Rodrigues (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), DJe 09/05/2011 e AgRg no REsp. 945.420/SC, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 27/09/2010. 2. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no Ag 1340614/SC, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 15/05/2012, DJe 21/05/2012)

Assim, presente o interesse público nas remoções em questão, fazem os autores jus à ajuda de custo pleiteada.

Entretanto, em relação aos juros moratórios e à correção monetária incidentes, não deve ser aplicada a taxa Selic, havendo de ser observadas as orientações do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21/12/2010.

Assim, os juros de mora devem incidir no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação dada pela MP 2.180-35/2001, e, a contar da vigência da Lei 11.960/2009, a título de correção monetária e juros de mora, deverá incidir a taxa de remuneração básica e juros da caderneta de poupança.

Em face do exposto, dou parcial provimento à apelação da União, apenas para determinar que os juros moratórios e a correção monetária sejam calculados seguindo as orientações do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21/12/2010.

É como voto.

Segunda Turma

Apelação/Reexame Necessário 0015326-29.2010.4.01.3801/MG

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)
 Apelante: União Federal
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
 Apelados: Paulo Eduardo Bigonha Gazolla e outros
 Advogados: Dr. Renan Loureiro Laborne Borges e outros
 Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG
 Publicação: e-DJF1 de 22/01/2013, p. 62

Ementa

Administrativo. Processual Civil. Remessa oficial. Serviço militar obrigatório. Dispensa por excesso de contingente. Estudante. Área de saúde. Obrigatoriedade restrita àqueles que obtêm adiamento de incorporação. Art. 4º, caput, da Lei 5.292/1967. Apelação e remessa oficial improvidas.

I. O art. 4º da Lei 5.292/1967, com a redação alterada pela Lei 12.336/2010, prevê expressamente a possibilidade daquele que obteve dispensa de incorporação ser convocado para prestar o serviço militar após a conclusão do curso de Medicina.

II. Na hipótese ora submetida ao crivo jurisdicional, a dispensa se deu por excesso de contingente (fls. 17, 33 e 44), e não por adiamento de incorporação, portanto, anterior à vigência da norma nova, a saber, a que decorre da nova redação dada ao art. 4º da Lei 5.292/1967, pela Lei 12.336/2010.

III. Somente seria aplicável a nova disciplina legal em tela àqueles que adquiriram a obrigatoriedade ao serviço militar a partir da sua vigência, não servindo, deste modo, para imputar de forma retroativa, obrigação à generalidade dos alistados dispensados do serviço militar pelo excesso de contingente.

IV. Apelação e remessa oficial improvidas.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 21/11/2012.

Juiz Federal *Cleberson José Rocha*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha: —

1. Paulo Eduardo Bigonha Gazolla e outros ajuizaram ação sob o rito ordinário para os fins de tornar sem efeito o ato administrativo que determinou a convocação dos autores para prestação de serviço militar obrigatório.

2. Devidamente citada, a União apresentou contestação às fls. 69–72.

3. Pedido de antecipação dos efeitos da tutela deferido à fls. 87–88.

4. Sentença proferida pelo MM. juiz federal da Subseção Judiciária de Juiz de Fora julgou procedente a

ação, no sentido de desobrigar os autores da prestação do serviço militar obrigatório. (fls. 113–115)

5. A União, em suas razões recursais, afirma que a nova redação introduzida pela Lei 12.336/2010 não paira dúvidas quanto à obrigação para com o serviço militar, como regra geral, para todos os cidadãos brasileiros dos 18 a 45 anos, permanecendo, ainda, para aqueles que obtenham o adiamento da incorporação, ou mesmo sejam dispensados por meio de Certificado de Dispensa de Incorporação. (fls. 117–124)

6. Recebido o apelo apenas do feito devolutivo (fl. 125).

7. Com as contrarrazões (fls. 126–133), subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha: —

1. Trata-se, como visto, de apelação contra sentença que julgou procedente a anulação do ato administrativo que determinou a convocação dos autores para prestação de serviço militar obrigatório.

2. Sem razão a União. Sobre a convocação dos nominados MFDV – médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários, vale trazer à colação o art. 4º da Lei 5.292/1967, com a nova redação dada pela Lei 12.336/2010, *in verbis*:

Art. 4º Os concluintes dos cursos nos IES destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários que não tenham prestado o serviço militar inicial obrigatório no momento da convocação de sua classe, por adiamento ou dispensa de incorporação, deverão prestar o serviço militar no ano seguinte ao da conclusão do respectivo curso ou após a realização de programa de residência médica ou pós-graduação, na forma estabelecida pelo caput e pela alínea 'a' do parágrafo único do art. 3o, obedecidas as demais condições fixadas nesta Lei e em sua regulamentação.

3. Na hipótese ora submetida ao crivo jurisdicional, a dispensa se deu por excesso de contingente (fls. 17, 33 e 44), e não por adiamento de incorporação, portanto, anterior à vigência da norma nova, a saber, a que decorre da nova redação dada ao art. 4º da Lei 5.292/1967, pela Lei 12.336/2010.

4. Posta a questão nestes termos, tenho que somente seria aplicável a nova disciplina legal em tela àqueles que adquiriram a obrigatoriedade ao serviço militar a partir da sua vigência, não servindo, deste modo, para imputar de forma retroativa, obrigação à generalidade dos alistados dispensados seja pelo excesso de contingente ou pelo local onde reside o alistando.

5. Tal entendimento encontra-se em perfeita sintonia com a jurisprudência do egrégio STJ, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. ESTUDANTE. ÁREA DE SAÚDE. OBRIGATORIEDADE RESTRITA ÀQUELES QUE OBTÊM ADIAMENTO DE INCORPORAÇÃO. ART. 4º, CAPUT, DA LEI 5.292/1967.

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (convocado).

1. Os estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia ou Veterinária dispensados por excesso de contingente não estão sujeitos à prestação do serviço militar obrigatório, sendo compulsório tão-somente àqueles que obtêm o adiamento de incorporação, conforme previsto no art. 4º, caput, da Lei 5.292/1967.

2. A jurisprudência do STJ se firmou com base na interpretação da Lei 5.292/1967. As alterações trazidas pela Lei 12.336 não se aplicam ao caso em tela, pois passaram a vigor somente a partir de 26 de outubro de 2010.

3. Recurso Especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução STJ 8/2008.

(REsp 1186513/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2011, DJe 29/04/2011) (grifos deste relator)

6. No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO. PROFISSIONAIS DA ÁREA DE SAÚDE. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. CONVOCAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE.

Encontra-se sedimentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não é possível a convocação posterior dos denominados MFDV (médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários), após a conclusão dos cursos, se estes foram dispensados anteriormente do serviço militar obrigatório, por excesso de contingente. A possibilidade de convocação para a prestação do serviço militar daqueles que foram dispensados por excesso de contingente e vieram a concluir cursos em Institutos de Ensino destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários, prevista na Lei 12.336, de 26 de outubro de 2010, somente pode ser aplicada às dispensas posteriores ao advento da referida lei, como corolário dos princípios da irretroatividade das leis e *tempus regit actum*. Se a decisão apreciou e decidiu a questão de conformidade com a lei processual, nada autoriza a sua reforma. Agravo a que se nega provimento.

(AMS 201061000027449, JUIZ JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, 18/03/2011)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. REABERTURA DE DISCUSSÃO ACERCA DE MATÉRIA JÁ ANALISADA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. LEI Nº 12.336/2010. DISPENSAS ANTERIORES. DIREITO ADQUIRIDO. IRRETROATIVIDADE DAS LEIS.

[...]

III. Impossibilidade de aplicação das alterações feitas pela Lei nº 12.336/2010 à Lei nº 4.375/64, no tocante ao disciplinamento das convocações

dos MFVD (Médicos, Farmacêuticos, Veterinários e Dentistas) para cumprimento de serviço militar obrigatório, que só poderão ser aplicadas a partir da entrada em vigor da referida lei, que ocorreu em 26/10/2010, não havendo de incidir sobre aqueles que foram dispensados deste dever anteriormente, em obediência ao direito adquirido, observado, ainda, o princípio da irretroatividade das leis.

IV. Embargos de declaração improvidos. (EDAC 0000651362010405830001, Desembargadora

Federal Nilcéa Maria Barbosa Maggi, TRF5 - Quarta Turma, 31/03/2011) (grifos deste relator)

7. Os honorários advocatícios devem ser mantidos nos termos fixados na sentença guerreada, uma vez que já observado o disposto no art. 20, §4º, do Código de Processo Civil.

8. Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É o voto.

Segunda Turma

Numeração única: 0007535-19.2008.4.01.3400

Apelação Cível 2008.34.00.007581-8/DF

Relator: Juiz Federal Saulo José Casali Bahia (convocado)
 Apelante: Adroaldo Lima de Carvalho
 Advogada: Dra. Maria Aparecida Guimarães Santos
 Apelada: União Federal
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
 Publicação: e-DJF1 de 15/02/2013, p. 131

Ementa

Administrativo. Servidor público. Demissão. Sindicância. Processo administrativo. Irregularidades. Decadência. Inexistência.

I. Se o servidor estava cedido à época dos fatos e da apuração à Agência Nacional de Petróleo, que tem sede em Brasília/DF, é ela competente para a apuração de infração disciplinar por comissão formada pelos servidores de que disponha, sendo desnecessária delegação especial para este fim. Por outro lado, não há irregularidade na prática do ato de sua demissão pela ministra de Minas e Energia, já que “o Decreto 3.035 delega competência aos ministros de Estado para, no âmbito dos órgãos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional que lhes são subordinados ou vinculados, aplicar pena de demissão a servidores públicos federais.” E “o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade do aludido decreto, ao afirmar que “a atribuição do presidente da República prevista no inciso XXV do art. 84 da Constituição da República de provimento de cargos públicos pode, por força da redação expressa do texto constitucional, ser delegada. A *contrario sensu*, nos termos do que já decidido por esta Corte Suprema, o ato de demissão, que acarreta o esvaziamento do cargo público, movimento contrário ao de preenchimento, também pode ser delegado. O permissivo da delegação a ministro de Estado quanto ao provimento do cargo vago abrange, ainda que tacitamente, a delegação do ato de demissão. A delegação de competência, pois, é juridicamente possível, entendimento corroborado pela jurisprudência do Tribunal” (RMS 24194, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/09/2011, DJe-193 divulg. 06/10/2011).” (AC 0000053-14.2003.4.01.3200/AM, rel. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu, 3ª Turma Suplementar, e-DJF1, p.190, de 30/10/2012).

II. Afasta-se a alegação de decurso do prazo para a ação disciplinar, pois o prazo somente começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido (Lei 8.112/1990, art. 142).

III. “Do sistema da Lei 8.112/1990 resulta que, sendo a apuração de irregularidade no Serviço Público feita mediante sindicância ou processo administrativo, assegurada ao acusado ampla defesa (art. 143), um desses dois procedimentos terá de ser adotado para essa apuração, o que implica dizer que o processo administrativo não pressupõe necessariamente a existência de uma sindicância, mas, se o instaurado for a sindicância, é preciso distinguir: se dela resultar a instauração do processo administrativo disciplinar, é ela mero procedimento preparatório deste, e

neste é que será imprescindível se dê a ampla defesa do servidor; se, porém, da sindicância decorrer a possibilidade de aplicação de penalidade de advertência ou de suspensão de até 30 dias, essa aplicação só poderá ser feita se for assegurado ao servidor, nesse procedimento, sua ampla defesa.” (STF, RMS 22789, rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 04/05/1999, DJ 25/06/1999, p. 45, Ement vol-01956-02 p. 245)

IV. “Nos termos da Lei 8.112/1990 somente no processo sumaríssimo é necessária a informação minuciosa quanto à materialidade (de fato e de direito) e à autoria do objeto de apuração quando da portaria de instauração do procedimento disciplinar (art. 133, I). No procedimento comum, a portaria de instauração deverá identificar os integrantes da comissão, destacando o presidente, o procedimento a ser feito, o alcance do trabalho, com referência ao número do processo em que descritas as irregularidades e os fatos a elas conexos, objeto de apuração.” “Somente após a fase de instrução é possível formar o convencimento a respeito da materialidade e autoria dos fatos investigados, não havendo que se falar em nulidade decorrente da suposta incongruência entre os fatos que constaram da portaria de instauração do processo administrativo e o termo de indicição.” “Na fase instrutória, cabe à Comissão, tão somente, efetuar as diligências necessárias à busca da verdade real. Emitir juízo de valor neste momento, conforme exposto, configuraria antecipado juízo de mérito quanto ao objeto de apuração, o que se mostra totalmente inoportuno e, inclusive, repreensível.” “A falta de acompanhamento do processo administrativo disciplinar por advogado não é apta a gerar qualquer nulidade. Nesse sentido, dispõe a Súmula Vinculante 5: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.” (AC 0001659-43.2004.4.01.3200/AM, rel. Des. Federal Ângela Catão, Primeira Turma, e-DJF1 p. 185 de 20/09/2012).

V. Consoante jurisprudência firmada pela Terceira Seção do STJ, o excesso de prazo para conclusão do processo administrativo disciplinar não é causa de sua nulidade quando não demonstrado prejuízo à defesa do servidor (MS 200602727681, Maria Thereza de Assis Moura, Dje Data: 08/02/2011; EDMS 200401672397, og FERNANDES, Dje Data: 08/04/2010).

VI. Apelação a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 04/02/2013.

Juiz Federal *Saulo José Casali Bahia*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia:
— Apela Adroaldo Lima de Carvalho da sentença de fls. 1.074–1.077, que julgou improcedente o pedido de que fosse anulada a pena de demissão que lhe foi aplicada no Processo Administrativo Disciplinar 48600001898/03, instaurado para apurar denúncias de envolvimento em cartel de postos de gasolina com recebimento de propina.

Nas razões recursais, aduz o apelante que não poderia ter sido demitido por ato da ministra das Minas e Energia, pois pertencia a outro Ministério (Planejamento, Orçamento e Gestão, em que pese cedido à Agência Nacional do Petróleo – ANP) e deveria ter sido demitido por ato da Presidência da República. Disse que a sindicância não poderia ter sido instalada em Brasília/DF, pois laborava em Manaus/AM, e que deveria ter-se-lhe permitido a defesa por advogado desde a sindicância. Afirmou que os membros da comissão não pertenciam à ANP, e genericamente que

as provas colhidas não poderiam permitir a condenação. E que o processo administrativo ultrapassou o prazo de 60 dias para a conclusão. Disse ainda ter havido a decadência.

Há contrarrazões da União às fls. 1.112–1.120.

Os autos vieram-me conclusos.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia:
— Tenho que a sentença, bem lançada, deve ser mantida.

Se o autor-apelante estava cedido à época dos fatos e da apuração à Agência Nacional de Petróleo, que tem sede em Brasília/DF, é ela competente para a

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Nunes Marques e o Exmo. Sr. Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (convocado).

apuração de infração disciplinar por comissão formada pelos servidores de que disponha, sendo desnecessária delegação especial para este fim. Por outro lado, não há irregularidade na prática do ato de sua demissão pela ministra de Minas e Energia, já que

[...] o Decreto n. 3.035 delega competência aos Ministros de Estado para, no âmbito dos órgãos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional que lhes são subordinados ou vinculados, aplicar pena de demissão a servidores públicos federais.” E “o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade do aludido Decreto, ao afirmar que “a atribuição do Presidente da República prevista no inciso XXV do art. 84 da Constituição da República de provimento de cargos públicos pode, por força da redação expressa do texto constitucional, ser delegada. A *contrario sensu*, nos termos do que já decidido por esta Corte Suprema, o ato de demissão, que acarreta o esvaziamento do cargo público, movimento contrário ao de preenchimento, também pode ser delegado. O permissivo da delegação a Ministro de Estado quanto ao provimento do cargo vago abrange, ainda que tacitamente, a delegação do ato de demissão. A delegação de competência, pois, é juridicamente possível, entendimento corroborado pela jurisprudência do Tribunal (RMS 24194, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/09/2011, DJe-193 divulg. 06/10/2011). (AC 0000053-14.2003.4.01.3200/AM, Rel. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu, 3ª Turma Suplementar, e-DJF1 p.190 de 30/10/2012).

Mesmo a alegação de que o servidor trabalhava em Manaus/AM não pode ser reconhecida para o fim de anulação do processo administrativo, pois não demonstrado o prejuízo do apelante com este fato, sendo que o mesmo exerceu sua defesa de modo regular, inclusive arrolando testemunha no processo.

Sobre as provas, a genericidade do apelo impede que se avalie a sua injuridicidade. Além do mais, somente pertiniria a consideração de aspectos formais do procedimento de sua coleta, para apurar a sua eventual irregularidade e ilicitude.

Afasta-se a alegação de decurso do prazo para a ação disciplinar, pois o prazo somente começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido (Lei 8.112/1990, art. 142).

Não vejo sentido em anular a conclusão do processo administrativo por eventual defeito que guarde a sindicância preliminar, se esta não é um procedimento necessário àquele, e o processo administrativo observou o contraditório e a ampla defesa em favor do servidor. Cito a propósito os seguintes precedentes:

Servidor público. Aplicação da pena de advertência sem a instauração de sindicância na qual se daria o exercício da ampla defesa dos que vieram a ser punidos. Nulidade. - Do sistema da Lei 8.112/90 resulta que, sendo a apuração de irregularidade no serviço público feita mediante sindicância ou processo administrativo, assegurada ao acusado ampla defesa (art. 143), um desses dois procedimentos terá de ser adotado para essa apuração, o que implica dizer que o processo administrativo não pressupõe necessariamente a existência de uma sindicância, mas, se o instaurado for a sindicância, é preciso distinguir: se dela resultar a instauração do processo administrativo disciplinar, é ela mero procedimento preparatório deste, e neste é que será imprescindível se dê a ampla defesa do servidor; se, porém, da sindicância decorrer a possibilidade de aplicação de penalidade de advertência ou de suspensão de até 30 dias, essa aplicação só poderá ser feita se for assegurado ao servidor, nesse procedimento, sua ampla defesa. - No caso, não se instaurou nem sindicância, nem processo administrativo, e sem se dar, por isso mesmo, qualquer oportunidade de defesa aos impetrantes, foi-lhes aplicada a pena de advertência, por decisão que foi tomada, como se vê da cópia a fls. 10, em processo administrativo contra terceiro e no qual os impetrantes constituíram a comissão de inquérito. Recurso ordinário a que se dá provimento. (STF, RMS 22789, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 04/05/1999, DJ 25-06-1999 PP-00045 EMENT VOL-01956-02 PP-00245)

Mandado de Segurança. 2. Pretendida anulação de ato de demissão com retorno ao cargo antes ocupado. Alegada violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. 3. A pena de demissão não resultou da sindicância, mas, sim, de posterior processo administrativo disciplinar, no qual foi assegurado o exercício de ampla defesa. 4. Hipótese em que a sindicância é mero procedimento preparatório do processo administrativo disciplinar. 5. Mandado de Segurança indeferido. (STF, MS 23410 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 02/08/2004, DJ 10-09-2004 PP-00044, EMENT VOL-02163-01 PP-00087).

E mesmo as irregularidades apontadas sequer são tidas com tal qualidade pela jurisprudência. Cito precedente análogo desta Corte, que ainda analisa a questão da desnecessidade de advogado no processo administrativo disciplinar, na esteira da Súmula Vinculante 5:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE. SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 515, CAPUT, §1º E §2º, DO CPC. APRECIÇÃO PELO TRIBUNAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ATO ADMINISTRATIVO. APRECIÇÃO PELO JUDICIÁRIO. MOTIVO. LEGITIMIDADE E LEGALIDADE.

POSSIBILIDADE. ART. 117, IX; 132, IV, E 141 DA LEI 8.112/90 C/C ART. 17 E SEQUINTE DA LEI 8.429/92. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. LEGITIMIDADE. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ART. 142, I, C/C ART. 142, §§1º, 3º E 4º, DA LEI 8.112/90. INTERRUPTÃO. REINÍCIO DO PRAZO. PRAZO JÁ DECORRIDO. NÃO CONSIDERAÇÃO. PRESCRIÇÃO AFASTADA. PORTARIA DE INSTAURAÇÃO. REQUISITOS. FASE INSTRUTÓRIA. VERDADE REAL. BUSCA. JUÍZO DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. TESTEMUNHA. OITIVA. SERVIDOR E ADVOGADO. AUSENTES. SÚMULA VINCULANTE Nº 5. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PROCESSO JUDICIAL. TESTEMUNHA NÃO ARROLADA. PENA DE DEMISSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. NULIDADE. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. FALTA GRAVE COMPROVADA. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. VÍCIO DE FINALIDADE. NÃO COMPROVADO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Todo ato administrativo, até sua invalidação posterior, seja por revogação do Administrador Público ou anulação do Judiciário, reveste-se da presunção de legitimidade, razão pela qual, enquanto não houver prova em contrário, o ato produz, normalmente, os seus efeitos, sendo considerado válido. 2. O magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações das partes. Deve, entretanto, explicitar os motivos do seu convencimento, o que foi feito no caso dos autos, razão pela qual eventual alegação de nulidade não deve prosperar. 3. Em face do disposto no art. 515, caput e parágrafos, do CPC, nem de longe haveria de se falar em nulidade de sentença por omissão em relação a determinado ponto argüido pela parte ou em supressão de instância, caso haja sua apreciação pelo Tribunal. 4. O Judiciário não pode intrometer-se no âmbito subjetivo, discricionário, do ato administrativo, ou seja, na análise da conveniência e oportunidade do ato. Entretanto, deve analisar o seu caráter objetivo, aferindo a sua legitimidade e legalidade. Para tanto, é necessário verificar o pressuposto de fato que autoriza a sua prática. Desta forma, a validade do ato depende da verificação de existência do motivo enunciado. Se o motivo invocado pela administração for inexistente, o ato praticado será inválido. 5. A pena de demissão por ato de improbidade administrativa encontra-se descrita no art. 132, IV c/c art. 117, IX, da Lei 8.112/90, cujo processo administrativo e julgamento são da competência da autoridade administrativa, na forma do art. 141 da referida Lei. 6. Não se pode confundir o processo administrativo disciplinar regulado pela Lei 8.112/90 com o processo judicial por improbidade administrativa previsto na Lei 8.429/92, uma vez que o primeiro é julgado por autoridade administrativa e o segundo, por autoridade judicial. Inteligência da Lei 8.112/90, art. 141, e Lei 8.429/92, art. 17 e seguintes. 7. O art. 142, I, c/c art. 142, §§ 1º, 3º e 4º, da Lei 8.112/90, estabelecem que a ação disciplinar relativa a infração punível com pena de demissão

prescreverá no prazo de 5 anos, contados da data em que o fato se tornou conhecido. Dispõem, ainda, que esse prazo é interrompido em caso de abertura de sindicância ou instauração de processo disciplinar, até a decisão final proferida por autoridade competente, voltando a correr a partir do dia em que cessar a interrupção. 8. Interrompida a prescrição, nos termos do art. 142, §3º, da Lei 8.112/90, o prazo recomeça a correr do zero, não sendo considerado o tempo decorrido até sua interrupção, ao contrário do que ocorre em caso de suspensão, hipótese em que o prazo volta a ser contado, levando-se em consideração aquele já decorrido. 9. Entre a data em que a autoridade administrativa tomou conhecimento dos fatos (outubro de 2001 - fl. 103), a data de instauração do processo administrativo disciplinar e constituição da comissão (01.02.2002 - fl. 161) e aplicação da pena (16.02.2007 - fl. 140 dos autos da Cautelar Inominada nº 2007.01.00.037597-6), levando-se em conta, ainda, a suspensão da prescrição em face de decisão judicial, transcorreu prazo inferior a cinco anos, previsto no art. 142, I, da Lei 8.112/90. 10. Nos termos da Lei n. 8.112/90 somente no processo sumaríssimo é necessária a informação minuciosa quanto à materialidade (de fato e de direito) e à autoria do objeto de apuração quando da portaria de instauração do procedimento disciplinar (art. 133, I). No procedimento comum, a portaria de instauração deverá identificar os integrantes da comissão, destacando o presidente, o procedimento a ser feito, o alcance do trabalho, com referência ao número do processo em que descritas as irregularidades e os fatos a elas conexos, objeto de apuração. 11. Somente após a fase de instrução é possível formar o convencimento a respeito da materialidade e autoria dos fatos investigados, não havendo que se falar em nulidade decorrente da suposta incongruência entre os fatos que constaram da portaria de instauração do processo administrativo e o termo de indicição. 12. Na fase instrutória, cabe à Comissão, tão somente, efetuar as diligências necessárias à busca da verdade real. Emitir juízo de valor neste momento, conforme exposto, configuraria antecipado juízo de mérito quanto ao objeto de apuração, o que se mostra totalmente inoportuno e, inclusive, repreensível. 13. A falta de acompanhamento do processo administrativo disciplinar por advogado não é apta a gerar qualquer nulidade. Nesse sentido, dispõe a Súmula Vinculante nº 5: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição." Dessa forma, tem-se que o não comparecimento do servidor ou de seu procurador, a fim de acompanhar a oitiva de testemunha nos autos do processo administrativo disciplinar, não é fundamento apto a anular os atos praticados, notadamente quando não há prova de prejuízo porventura causado. 14. A testemunha, cuja oitiva o autor alega ser nula, jamais foi arrolada nos autos da presente ação ordinária. Assim, se o autor não cuidou do ônus que lhe competia, apesar de renovada a possibilidade na via judicial de ampla dilação

probatória e total garantia de utilização de todos os meios de prova e defesa admitidos pelo ordenamento pátrio, não pode pretender impor a pecha de nulidade ao processo administrativo, sem prova patente do descumprimento dos preceitos e garantias fundamentais. 15. Apesar das exaustivas ilações constantes nos autos, tenho que o processo administrativo disciplinar nº 10280.000936/2002-65 transcorreu em consonância com os dispositivos legais que regem a matéria, sem afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 16. “[...] no desenrolar do processo disciplinar, foi oportunizado ao impetrante o direito de defesa, inclusive com representação por defensor, a par de que as condutas apuradas e perfeitamente detalhadas no processo disciplinar constituem, em tese, infração administrativa punida com demissão. Outrossim, a simples afirmação de vícios no processo disciplinar, sem a demonstração de efetivo prejuízo ao servidor, não enseja a nulidade deste.” (MS nº 12.742/DF; Relator Ministro Félix Fischer, STF). 17. Ausência de nulidade, mutatis mutandis, em face da sistemática atual do Código de Processo Civil e introdução expressa, por meio dos arts. 154, 244 e 249, dos princípios da instrumentalidade das formas e do *pas de nullité sans grief*. Dessa forma, para que seja declarada a nulidade do ato, exige-se a prova do prejuízo, o que, in casu, conforme exposto, não ocorreu. 18. O servidor apelante desprezou as atribuições do cargo e a importância dos interesses públicos, afrontando os deveres da honestidade, legalidade e lealdade à Administração Pública.

19. Comprovada a prática de falta grave, em processo administrativo em que restaram observados os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não há ilegalidade na aplicação da pena de demissão ao servidor, máxime considerando que os fatos imputados ao apelante são previstos como falta grave, passível dessa pena, nos termos da Lei nº 8.112/90. 20. Preliminar de prescrição rejeitada. Apelação a que se nega provimento. (AC 0001659-43.2004.4.01.3200/AM, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA CATÃO, PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 p. 185 de 20/09/2012)

Quanto ao descumprimento de prazos para a conclusão do procedimento (pois a sindicância ultrapassou o prazo de 60 dias), não há no ordenamento jurídico qualquer sanção a esta prática, já que nem mesmo o prazo prescricional foi atingido. Consoante jurisprudência firmada pela Terceira Seção do STJ, o excesso de prazo para conclusão do processo administrativo disciplinar não é causa de sua nulidade quando não demonstrado prejuízo à defesa do servidor (MS 200602727681, Maria Thereza de Assis Moura, DJE data: 08/02/2011; EDMS 200401672397, Og Fernandes, DJE data: 08/04/2010).

Do exposto, nego provimento ao apelo.

É o voto.

Terceira Turma

Numeração única: 0004443-81.2005.4.01.4000

Apelação Criminal 2005.40.00.004445-9/PI

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto
 Apelante: Justiça Pública
 Procurador: Dr. Antônio Cavalcante de Oliveira Júnior
 Apelado: Luiz Alberto Alves Gomes
 Advogada: Dra. Rosélia Maria Soares Santos Dreher
 Publicação: e-DJF1 de 11/01/2013, p. 764

Ementa

Penal. Processual Penal. Apelação. Crime de trânsito. Art. 306, CTB. Embriaguez ao volante. Prova do grau de alcoolemia. Ausência. Absolvição. Lex mitior. Retroação.

I. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. 1.111.566/DF, assentou entendimento segundo o qual somente com um teste de alcoolemia que possibilite estabelecer o nível de concentração de álcool no sangue do condutor de veículo automotor pode-se falar em prova da materialidade do crime tipificado no art. 306, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro.

II. Ao proceder à modificação no dispositivo, que até então não estabelecia qualquer valor de referência para caracterização do crime, o legislador inseriu parâmetro objetivo não sujeito a confrontação por análises ou critérios subjetivos para caracterização da materialidade.

III. A Lei 11.705/1998 é *lex mitior*, devendo retroagir para beneficiar o réu, ante a ausência do exame de alcoolemia.

IV. Até que o Supremo Tribunal Federal se manifeste na ADI 4103/DF, por meio da qual se impugnam vários dispositivos da Lei 11.705/2008, entre os quais o que alterou o art. 306 da Lei 9.503/1997, prevalece o entendimento do STJ.

V. Apelação não provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 17/12/2012.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença prolatada pela MM. Juíza Federal Marina Rocha Cavalcanti Barros Mendes, da 5ª Vara da Seção Judiciária do Piauí, que absolveu Luiz Alberto Alves Gomes da acusação de prática do delito tipificado no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

2. Segundo a denúncia a fls. 3/4, datada de 23/05/2005 e recebida em 27/07/2005 (fl. 41), em resumo, o réu foi abordado por policial rodoviário federal no dia 25/07/2004, na BR-343, cidade de Luís Correia/PI, haja vista estar dirigindo automóvel em *zig-zag* na pista. Instado a descer, recusou-se veementemente, apresentando sintomas de embriaguez. Ante a insistência do policial, acabou por sair do veículo, quando passou a agredir o agente, verbal e fisicamente, além de ameaçar mandá-lo para o inferno.

O acusado também foi denunciado pelos crimes de lesão corporal (art. 129, *caput*, do Código Penal) e ameaça (art. 147 do Código Penal), delitos estes que se encontram prescritos, tanto mais que a sentença reconheceu a extinção da punibilidade em relação aos dois.

3. A juíza *a quo* entendeu que o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação dada pela Lei 11.705/2008, ao criminalizar a condução de veículo automotor, na via pública, sob efeito de concentração alcoólica igual ou superior a 6 (seis) decigramas por litro de sangue, é aplicável ao caso por se tratar de *lex mitior*, devendo retroagir a favor do réu, diante da falta de exame de alcoolemia na ocasião dos fatos (fls. 224–227).

4. O Ministério Público Federal considera que a prova pericial pode ser suprida por testemunho, quando ficar evidenciado o estado de embriaguez, e o próprio acusado afirmou que pegou o carro para dirigir após ter ingerido três doses de bebida destilada (whisky).

Requer o provimento do recurso, com a condenação do réu (fls. 231–235).

5. Contrarrazões a fls. 244–246, pugnando pela manutenção da sentença.

6. O parecer da lavra do Procurador Regional da República Blal Yassine Dalloul sugere o provimento do recurso (fls. 260–270).

7. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. A prova do crime de condução de veículo automotor sob efeito de bebida alcoólica, na forma do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, tem sido motivo de controvérsia jurisprudencial.

Exatamente por isso, e tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal ainda não examinou a ADI 4103/DF, na qual se impugnam vários dispositivos da Lei 11.705/2008, entre os quais o que alterou o art. 306 da Lei 9.503/1997, o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Terceira Seção, no julgamento do REsp 1.111.566/DF, em 28/03/2012, por maioria, proferiu entendimento segundo o qual:

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro e Mônica Sifuentes.

[...] O tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue.

4. O grau de embriaguez é elementar objetiva do tipo, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei, emanada do Congresso Nacional.

5. O decreto regulamentador, podendo elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade da conduta, tratou especificamente de 2 (dois) exames por métodos técnicos e científicos que poderiam ser realizados em aparelhos homologados pelo CONTRAN, quais sejam, o exame de sangue e o etilômetro. [...]

(Resp. 1.111.566/DF; Rel. para o acórdão Desembargador do TJ/RJ (conv.); DJe de 04/09/2012)

Nessa esteira, julgados recentes daquela Corte seguem essa orientação, afirmando:

[...] Matéria submetida ao crivo da Terceira Seção desta Corte que, no dia 28 de março de 2012, por ocasião do julgamento do REsp 1.111.566/DF, pacificou a questão, decidindo que apenas o etilômetro ou o exame de sangue podem atestar o grau de alcoolemia exigido pela lei para configurar o crime de embriaguez ao conduzir veículo automotor. (...)

(HC 246549/MT; Rel.(a) Ministra Laurita Vaz; 5ª Turma; unânime; DJe 16/11/2012)

[...] II. A Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) teve a redação do caput do art. 306 alterada pela Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, a qual incluiu a elementar da concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas.

III. Trata-se de elementar objetiva, que estabelece valor fixo para a configuração do delito, de modo que para sua comprovação é necessária aferição técnica apta a estipular numericamente a concentração de álcool por litro de sangue do acusado. Precedentes.

IV. Matéria submetida ao crivo da 3ª Sessão desta Corte, no dia 28 de março de 2012, na ocasião do julgamento do RESp 1.111.566/DF, a qual pacificou a questão decidindo que apenas o teste do bafômetro ou o exame de sangue podem atestar o grau de embriaguez do motorista para desencadear uma ação penal.

(REsp 1244600/RS; Rel. Ministro Gilson Dipp; 5ª Turma; unânime; DJe 14/08/2012)

2. O Ministério Público Federal sustenta que a decisão do STJ foi por maioria. De fato foi, mas mesmo ministros dissidentes no julgamento do RES. 1.111.566/DF, como o Min. Gilson Dipp, como visto, já seguem a orientação.

Por outro lado, tem razão a juíza *a quo* ao absolver o réu. Embora por três vezes, inclusive diante do Juízo, ele tenha afirmado que ingerira 3 (três) doses de whisky antes de dirigir, não houve exame técnico para aferir o grau de concentração de álcool em seu sangue.

Em virtude de se tratar de *lex mitior*, por ter inserido modificação no art. 306, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, assentada no valor de seis ou mais decigramas de álcool por litro de sangue, cláusula objetiva não submetida a critérios ou avaliações de ordem subjetiva, cuja prova demanda teste pericial de alcoolemia, a Lei 11.705/2008 deve retroagir em favor do acusado, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição.

Portanto, não tem razão o Ministério Público Federal.

3. Pelo exposto, nego provimento à apelação.

4. É o voto.

Terceira Turma

Recurso em Sentido Estrito 0041383-98.2011.4.01.3300/BA

| | |
|-------------|---|
| Relatora: | Desembargadora Federal Mônica Sifuentes |
| Recorrente: | José Leonardo Aguiar |
| Advogado: | Dr. Leonardo José Rodrigues do Espírito Santo |
| Recorrida: | Táisa Sadovski Jacome da Silva |
| Advogados: | Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello Dr. Maurício Baptista Lins Dr. Marcelo Marambaia Campos |
| Publicação: | e-DJF1 de 31/01/2013, p. 74 |

Ementa

Penal. Processo Penal. Arts. 138 e 139 do CP. Calúnia. Difamação. Animus caluniandi e diffamandi. Inocorrência. Decisão Mantida. Recurso desprovido.

I. Para a configuração dos crimes contra honra exige-se o dolo específico consistente na intenção de ofender a honra do sujeito passivo. Precedentes do STJ.

II. O *animus narrandi*, qual seja, a intenção de narrar ou informar um acontecimento, ou ainda, o *animus criticandi*, que é o propósito de debater ou criticar, não configuram os delitos tipificados nos arts. 138 e 139 do Código Penal.

III. Da análise das declarações da denunciada nota-se apenas a intenção de narrar os fatos a profissionais de saúde.

IV. Não se verifica, na hipótese, o ânimo deliberado de caluniar ou difamar (*animus caluniandi* e *animus diffamandi*) e, portanto, não há, que se falar dos crimes tipificados nos art. 138 e 139 do Código Penal.

V. Recurso em sentido estrito desprovido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso em sentido estrito.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 18/12/2013.

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal *Mônica Sifuentes*: — Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto por José Leonardo Aguiar, contra decisão do MM. Juiz Federal da 17ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, Antônio Oswaldo Scarpa, que, com fundamento no art. 395, II, do CPP (ausência de pressuposto processual ou de fundamento para a ação penal) rejeitou queixa-crime, na qual se atribui a Taísa Sadovski Jacome da Silva a prática dos delitos capitulados nos arts. 138, *caput* e 139, *caput*, c/c o art. 141, II e III, todos do CP (calúnia e difamação contra funcionário público e na presença de várias pessoas) (fls. 204–207).

A queixa-crime decorre do ingresso da recorrida com ação trabalhista contra o Serpro - Serviço Federal de Processamento de Dados, na qual o querelante era seu chefe imediato. O recorrente sentiu-se ofendido em sua honra objetiva com as declarações da recorrida ao serviço social da empresa e anexadas ao processo trabalhista.

O querelante alega equívoco na decisão recorrida que entendeu estarem ausentes os elementos subjetivos especiais dos delitos invocados (*animus caluniandi* e *diffamandi*).

Defende, em preliminar, que a decisão foi precipitada ao não aguardar os momentos previstos pelos 386, III, (o fato não constitui infração penal) e 397, III, do CPP (o fato narrado não constitui crime)

para concluir pela atipicidade da conduta, ao invés do art. 395, II, do CPP (falta de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal), como entendeu o juiz *a quo*.

No mérito, aduz, que do contexto dos fatos, nota-se claramente a intenção da querelada em difamar e caluniar o querelante, sobretudo em razão do conteúdo das declarações proferidas na ação trabalhista, cujo teor chegou ao conhecimento de todas as pessoas da empresa. Alega que embora as declarações tenham sido proferidas diante de profissionais da saúde, não afasta o dolo da recorrida (fls. 211–225).

Contrarrazões a fls. 235–245.

O Ministério Público Federal, em parecer do Procurador Regional da República Paulo Roberto de Alencar Araripe Furtado, opina pelo não provimento do recurso (fls. 252–254 v).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal *Mônica Sifuentes*: — Trata-se de queixa-crime proposta por José Leonardo Aguiar contra Taísa Sadovski Jacome da Silva, imputando-lhe

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro e a Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada).

a prática dos delitos tipificados nos arts. 138, *caput*, e 139, *caput*, c/c o art. 141, II e III, todos do CP (calúnia e difamação contra funcionário público em razão de suas funções e na presença de várias pessoas ou por meio que facilite sua divulgação).

Os supostos delitos teriam ocorrido nos autos de ação trabalhista impetrada pela recorrida contra o Serviço Social de Processamento de Dados – Serpro, onde a querelada, lotada em Salvador/BA, exercia o cargo de advogada, sendo subordinada mediatamente ao querelante, que por sua vez era lotado em Belo Horizonte/MG.

De acordo com a sentença:

[...] a querelada começou a trabalhar no SERPRO em 11.05.2009 (fl. 31), e em 04 de novembro daquele mesmo ano compareceu ao Serviço Social da empresa “completamente abalada emocionalmente”, para relatar que se encontrava “aterrorizada com as ameaças indiretas de punição” desde uma audiência realizada em 02.10.2009 com sua chefia imediata, Juliana Ataíde, e com o querelado, que à época era o seu gerente de coordenação (fl. 45).

Segundo consta do relatório do Serviço Social do SERPRO, juntados aos autos da ação nº. 463-09.2011.05.05.0028 pela querelada, esta passou a comparecer ao Serviço Social com mais frequência, e em cada vez se mostrando mais abalada, temerosa e angustiada. Após ser submetida a exame pericial psicológico, no curso da ação que intentara na justiça laboral, a psicóloga que concluiu o laudo pericial psicológico afirmou o seguinte:

“Os sintomas prevalentes estão relacionados ao quadro depressivo. Embora a periciada refira-se às situações de humilhação sofridas na empresa reclamada, como responsável pelo surgimento de sua psicopatologia e conseqüentemente, ao afastamento do trabalho, não foi possível determinar a correlação entre o trabalho e o seu adoecimento” (fls. 177/178).

Ocorre que, segundo consta do relatório do Serviço Social do SERPRO de fls. 45/51, a querelada, por diversas vezes, atribui ao querelante a prática de condutas antiéticas, grosseiras e perigosas, asseverando que o seu estado de saúde mental passou a ficar debilitado a partir de tais eventos (Fl. 205)

Em razão de tais afirmações, o recorrente ofertou queixa-crime pelo delito de difamação e também pelo crime de calúnia alegando que a querelada lhe imputara falsamente a prática de crime, ao afirmar que tinha conhecimento de que o querelante apontara uma arma para uma colega de empresa.

Contudo, o magistrado *a quo* rejeitou a queixa-crime, com suporte no art. 395, II, do CPP (falta de

pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal), sob o fundamento de não ter verificado nos autos elementos mínimos indicativos do intuito de ofender o recorrente.

A decisão recorrida concluiu que as declarações feitas pela querelada nos autos da ação trabalhista movida por ela contra o Serpro, empresa em que trabalhava à época, tendo como chefe mediato o ora querelante, foram proferidas a profissionais de saúde, não se verificando, na hipótese, a presença do elemento subjetivo dos crimes de calúnia e difamação, mas apenas a intenção de narrar os fatos, na busca de ajuda para solucionar problemas psicológicos, sendo a conduta penalmente atípica.

Da preliminar

O querelante, ora recorrente, alega, em preliminar, que a decisão recorrida, ao rejeitar a queixa-crime, por falta de pressuposto processual (art. 395, II, do CPP), foi precipitada, pois deveria ter aguardado os momentos previstos pelos 386, III, (absolvição em razão do fato não constituir infração penal) e 397, III, do CPP (absolvição sumária em virtude do fato narrado não constituir crime) para concluir pela atipicidade da conduta.

Contudo, o magistrado *a quo* corretamente rejeitou a queixa-crime, nesta fase processual, com suporte no art. 395, II, do CPP, tendo em vista que, os documentos constantes dos autos, demonstram a flagrante ausência dos elementos subjetivos dos delitos invocados. Dessa forma, não se verifica, na hipótese, a necessidade de instrução processual, com produção probatória para se concluir pela inexistência dos *animus caluniandi* e *diffamandi*, necessários para a configuração dos delitos em comento.

Para se configurar o crime contra honra exige-se o dolo específico consistente na intenção de ofender a honra do sujeito passivo.

Nesse sentido:

ACÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CORTE ESPECIAL. DELITO DE INJÚRIA. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO NA CONDUTA DO REPRESENTADO. EXPRESSÕES UTILIZADAS COMO FUNDAMENTOS DE DECISUM. ANIMUS NARRANDI. ACÇÃO PENAL REJEITADA.

[...]

2. Os delitos contra a honra reclamam, para a configuração penal, o elemento subjetivo consistente no dolo de ofender na modalidade de “dolo específico”, cognominado “animus injuriandi”, consoante cedição em sede doutrinária e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça.

[...]

No mesmo sentido, FRAGOSO, Heleno Cláudio: 'o propósito de ofender integra o conteúdo de fato dos crimes contra a honra. Trata-se do chamado 'dolo específico', que é elemento subjetivo do tipo inerente à ação de ofender. Em consequência, não se configura o crime se a expressão ofensiva for realizada sem o propósito de ofender. É o caso, por exemplo, da manifestação eventualmente ofensiva feita com o propósito de informar ou narrar um acontecimento (animus narrandi), ou com o propósito de debater ou criticar (animus criticandi), particularmente amplo em matéria política.' (Lições de Direito Penal – Parte Especial; 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 221-222, v.l.).

NELSON HUNGRIA por seu turno, assim definia o dolo específico nos crimes contra a honra: Pode-se, então, definir o dolo específico do crime contra a honra como sendo a consciência e a vontade de ofender a honra alheia (reputação, dignidade ou decoro), mediante a linguagem falada, mímica ou escrita. É indispensável a vontade de injuriar ou difamar, a vontade referida ao eventus sceleris, que é no caso, a ofensa à honra. (Comentários ao Código Penal, 5ª ed.: Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 53, volume VI,).

[...]

(APn 555/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/04/2009, DJe 14/05/2009)

HABEAS CORPUS . DENÚNCIA POR CALÚNIA E DIFAMAÇÃO CONTRA JUIZ DE DIREITO. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. NARRAÇÃO DE FATOS EM PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS INSTAURADOS PERANTE O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. NOTÓRIO ANIMUS NARRANDI . AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. DENÚNCIA REJEITADA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

[...]

2. A denúncia deve estampar a existência de dolo específico necessário à configuração dos crimes contra a honra, sob pena de faltar-lhe justa causa, sendo que a mera intenção de caçoar (animus jocandi), de narrar (animus narrandi), de defender (animus defendendi), de informar ou aconselhar (animus consulendi), de criticar (animus criticandi) ou de corrigir (animus corrigendi) exclui o elemento subjetivo e, por conseguinte, afasta a tipicidade desses crimes.(...)

[STJ, HC Nº. 234.134 - MT (2012/0035259-5), Relator Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado por unanimidade em 06/11/2012, publicado no DJe 16/11/2012]

Do mérito

Nomérito, o recorrente alega que, do contexto dos fatos, nota-se claramente a intenção da querelada de difamá-lo e caluniá-lo, sobretudo em razão do conteúdo das declarações proferidas na ação trabalhista, cujo

teor chegou ao conhecimento de todas as pessoas da empresa. Aduz que o fato das declarações terem sido proferidas diante de profissionais da saúde, não afasta o dolo da recorrida.

Contudo, conforme assinalou o magistrado *a quo*, em que pese o enorme aborrecimento vivido pelo recorrente, da análise acurada dos documentos acostados aos autos, não verifico que as condutas praticadas pela querelada configurem a prática dos delitos de calúnia e difamação.

As declarações da recorrida relacionadas como ofensivas pelo recorrente foram proferidas diante de profissionais do serviço social da empresa (fls. 45-51) e de psicólogos peritos (fls. 168-178), em situações onde o sigilo profissional deve imperar e que, portanto, afasta o dolo específico da recorrida de denegrir perante todos os empregados da empresa a honra ou o decoro do recorrente.

Sobre a questão muito bem concluiu o magistrado *a quo*:

Observa-se dos autos que todos os pronunciamentos da querelada, os quais o querelante relacionou como ofensivos à sua honra e sua reputação, foram proferidos perante a assistente social do SERPRO (fls. 45/51) e quando da realização de exame pericial com a psicóloga perita (fls. 168/178). Em outras palavras, nota-se que as afirmações feitas sobre a pessoa do querelante somente ocorreram em situações nas quais a querelada encontrava-se sendo entrevistada por profissionais sobre o seu estado de saúde mental e sobre as condições em que se encontrava vivendo, com o intuito de descobrir a causa de sua doença.

Aliás, é perfeitamente possível que a querelada, que se encontrava à época das entrevistas e do exame sofrendo de depressão, conforme se demonstrou, tenha narrado os fatos às profissionais da maneira que lhe parecem ter ocorrido – ou seja, atribuindo à chefia as causas dos sintomas que lhe vinha sentindo, como angústia, temor e tristeza.

Além disso, as circunstâncias em que as afirmações aconteceram – perante profissionais de saúde – indicam a inexistência do elemento subjetivo indispensável à configuração dos crimes em apreço, pois sua intenção ao que se conclui, fora apenas narrar os fatos, na busca de ajuda para seus problemas de saúde mental.

Se tais declarações foram posteriormente juntadas em demanda trabalhista e se lá não se observou o necessário sigilo, de modo que colegas de trabalho do querelante tiveram conhecimento do fato, a responsabilidade por essa situação não pode ser imputada à requerida.

Desse modo, não se vislumbra nas condutas da querelada a presença do elemento subjetivo especial

dos tipos penais a ela imputados, consubstanciado na intenção de ofender a honra objetiva – *animus caluniandi e diffamandi* –, de modo que a conduta resulta penalmente atípica (Fls. 206/207).

Porquanto, ausente os *animus caluniandi e diffamandi*, não ocorrem os crimes de calúnia e difamação, uma vez que as palavras proferidas foram movidas por mero *animus narrandi*, em ambiente de tratamento médico, protegido pelo sigilo profissional inerente às atividades dos assistentes sociais e psicólogos.

Assim, por não se verificar o elemento subjetivo dos delitos invocados, consistente no *animus caluniandi*, nem tampouco, a demonstração do *animus diffamandi*, isto é, a vontade intencional de ofender a honra ou o decoro de alguém, restou evidente a falta de pressuposto processual e conseqüentemente a ausência de justa causa para o ajuizamento da ação penal, não havendo portanto, que se cogitar na reforma da decisão recorrida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Quarta Turma

Numeração única: 0003970-78.2008.4.01.4101

Apelação Criminal 2008.41.01.003971-4/RO

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes
 Apelantes: Keheydelina Luz Hermitaño Ponce (ré presa)
 Líria Custódio Hermitaño (ré presa)
 Tiofila Vilca Chavez (ré presa)
 Advogada dativa: Dra. Ângela Maria da Conceição Belico Guimarães
 Apelado: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Rudson Coutinho da Silva
 Publicação: e-DJF1 de 16/01/2013, p. 423

Ementa

Penal e Processo Penal. Tráfico internacional de entorpecente. Substituição da pena privativa de liberdade. Nacionais e estrangeiros. Direito de recorrer em liberdade. Regime inicial aberto. Viabilidade.

I. Atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, faz-se possível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a ser definidas pelo juízo da execução. O Senado Federal suspendeu a eficácia da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” constante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, conforme declaração de inconstitucionalidade proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 97.256/RS (Resolução 5/2012).

II. O recolhimento à prisão como condição para recorrer, tomando-se em conta o fato de tratar-se de estrangeiro, sem residência ou relações lícitas conhecidas no Brasil, sem a indicação de circunstâncias concretas, com base nos autos, afigura-se arbitrário. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

III. Ainda que o crime tenha sido cometido após a vigência da Lei 11.464/2007, que deu nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, para impor o regime fechado inicial de cumprimento da pena, deve ser ponderado se o acusado atende aos requisitos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal.

IV. Se positiva a resposta, faz-se possível a imposição de outro regime inicial (aberto, no caso), em atenção ao princípio constitucional da individualização da pena. É constitucionalmente vedada a discriminação entre nacionais e estrangeiros no que tange à fruição de direitos fundamentais, em especial o direito de liberdade. Precedente do STF.

V. Apelação parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Turma dar parcial provimento à apelação, à unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 08/01/2013.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Olindo Menezes*: — *Keheydelina Luz Hermitaño Ponce, Liria Custódio Hermitaño e Tiofla Vilca Chaves*, todas peruanas, apelam de sentença (215 – 228) da Vara Federal de Ji-Paraná/RO, que as condenou a 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo da data do fato, pelo crime de tráfico transnacional de entorpecentes (art. 33, *caput*¹, 35, *caput*², c/c o art. 40, I³-Lei 11.343/2006), em regime fechado, sem substituição e sem possibilidade de recorrer em liberdade. Pelo texto da denúncia:

[...] em 10 de agosto de 2008, no município de Vilhena, na base montada junto ao Portal da Amazônia, um grupo de Policiais Rodoviários Federais constataram que as denunciadas viajavam em um ônibus da empresa Eucatur com suas sandálias contendo substância entorpecente identificada como cocaína.

As três denunciadas confessaram ter recebido a droga em Lima, de um homem cujo nome não conhecem, e que iriam levá-la até Campinas. Desta forma, tendo em vista a semelhança do modus operandi nos três casos, resta evidente a participação de uma mesma associação [...]

¹Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa”.

²Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

³Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

Pedem a reforma da sentença para: (i) fazer incidir a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º⁴, da Lei 11.343/2006; (ii) modificar o regime inicial para o cumprimento da pena; (iii) aplicar a atenuante da confissão espontânea; (iv) substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos e; (v) minorar o valor da multa.

Com as contrarrazões (fls. 248 – 254), ascenderam os autos a esta Corte, tendo o órgão do Ministério Público Federal junto a esta instância, em parecer firmado pelo Procurador Regional da República Aldenor Moreira de Sousa, opinado pelo desprovimento do recurso. (Cf. parecer de fls. 271 – 275.)

É o relatório. Sigam os autos ao exame do revisor, que pedirá a designação de dia para o julgamento (art. 613, I, CPP).

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal *Olindo Menezes*: — O recurso não discute o decreto condenatório no seu aspecto de fundo⁵, pedindo somente a sua alteração para: (i) fazer incidir a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º⁶, da Lei 11.343/2006; (ii)

⁴Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Hilton Queiroz e I'talo Mendes.

⁵De toda forma, as provas constantes dos autos não deixam dúvida acerca da materialidade, como demonstram o auto de apreensão (fls. 23) e o laudo de exame de substância 2532/2008-INC/DITEC/DPF (fls. 72-76), o qual comprovou tratar-se de cocaína, substância entorpecente de uso proscrito no Brasil, que pode causar dependência física ou psíquica, constante da Resolução da Diretoria Colegiada RDC-44 da Anvisa, de 02/07/2007.

⁶Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

modificar o regime inicial para cumprimento da pena; (iii) aplicar a atenuante da confissão espontânea; (iv) substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos e; (v) minorar o valor da multa. (Cf. peça de fls. 237 – 245.)

Ao apenar a acusada *Keheydelina Luz Hermitaño Ponce*, a sentença, na primeira fase da dosimetria, fixou a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, um pouco acima do mínimo legal, dando destaque ao fato de ter convidado outras duas pessoas para participar da empreitada criminosa. Na segunda fase, reconheceu a existência da atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena para 5 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa. Em razão da causa de aumento prevista no inciso I do art. 40, a pena foi majorada em 1/6 (um sexto), passando a 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Na terceira fase, fez o julgado incidir a causa de diminuição da pena positivada no art. 33, § 4º, à razão de 2/3 (dois terços), estabilizando a reprimenda em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo da data do fato.

Ao apenar as acusadas *Liria Custódio Hermitaño e Tiofila Vilca Chaves*, fixou a pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa. Na segunda fase, deixou de aplicar a atenuante da confissão espontânea, tendo em vista a pena-base ter sido fixada no mínimo legal. Em razão da causa de aumento prevista no inciso I do art. 40, a pena foi majorada em 1/6 (um sexto), passando a 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Depois, fez incidir o redutor do art. 33, § 4º, em 2/3, estabilizando a pena em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo da data do fato.

A causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º⁷, da Lei 11.343/2006, já foi reconhecida para as três

apelantes, no grau máximo permitido de 2/3 (dois terços). A atenuante da confissão (art. 65, III, *d* – CP) foi aplicada apenas em relação à primeira, que tivera a pena-base fixada além do mínimo legal, deixando de beneficiar as demais, nos termos da Súmula 231/STJ⁸, que tiveram a pena-base no mínimo legal de cinco anos. A multa, por sua vez, também foi fixada no mínimo legal. Nesses aspectos, a apelação não merece prosperar.

Sobre a aplicação de penas alternativas, atendidos que estão os requisitos do art. 44 do Código Penal, a ela fazem jus, conforme for definido no juízo da execução, tendo em vista que o Senado Federal, por meio da Resolução 5⁹, de 2012, suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” constante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, conforme declaração de inconstitucionalidade proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 97.256/RS.

O recolhimento à prisão para que possam recorrer (a manutenção no cárcere – fl. 224, 226 e 227), tomando-se em conta tão somente a condição de estrangeiras que não possuem residência, nem relações lícitas conhecidas no Brasil, afigura-se arbitrário, pois a manutenção das acusadas no cárcere se baseia apenas em tergiversações sobre a possibilidade de fuga e a ausência de vínculos com o país, sem a indicação concreta de elementos que respaldem tais asserções. Com esse posicionamento:

[...] 1. A Sexta Turma desta Corte vem decidindo no sentido de que, com o advento da Lei nº 11.464/07, que alterou a redação do art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90, tornou-se possível a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos ou equiparados, nas hipóteses em que não estejam presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

2. A situação jurídico-processual do paciente é idêntica à do corréu, que teve reconhecido o direito de recorrer em liberdade nesta Corte por meio do RHC nº 27.706/SP.

⁴ Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

⁷ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente

seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

⁸ A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

⁹ Art. 1º É suspensa a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS”.

3. A liberdade provisória do paciente foi indeferida sem que fosse demonstrada concretamente a imprescindibilidade da medida extrema.

4. A suposta possibilidade de fuga, por se tratar de estrangeiro que não possui vínculo com o nosso país, bem como infundadas conjecturas acerca da possibilidade de reiteração da conduta delitiva em razão da gravidade abstrata da infração não constituem, por si sós, motivos suficientes para justificar a segregação antecipada. [...]

(STJ: HC 193.060/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 06/09/2011, DJe 19/09/2011.)

Soaria contraditório que, após se reconhecer a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, como forma de cumprimento da pena definitiva, fosse infligida (ou mantida) uma medida cautelar de prisão apenas para que as réus pudessem exercer seu direito de, sendo o caso, recorrer do presente acórdão deste julgamento. (Falar em direito de apelar em liberdade, a essa altura, não mais faria sentido, pois a apelação já está sendo julgada!).

Ainda que o crime haja sido cometido após a vigência da Lei 11.464/2007, que deu nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, para impor o regime fechado inicial de cumprimento da pena, deve ser ponderado se o acusado atende aos requisitos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal. Sendo o caso de não reincidente, sem circunstâncias judiciais reprováveis o suficiente para impor regime mais severo de cumprimento da pena, é de autorizar-se o regime inicial aberto às acusadas – se a pena privativa de liberdade vier a ser cumprida, acaso as penas alternativas não obtenham sucesso –, em atenção ao princípio constitucional da individualização da pena. É constitucionalmente vedada a discriminação entre nacionais e estrangeiros no que tange à fruição de direitos fundamentais, em especial o direito de liberdade.

Eis, no ponto, o seguinte precedente do STF, transcrito com negritos aditados:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LEI Nº 6.368/76, ARTIGOS 12 E 18, I. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL PRESENTES. ESTRANGEIRO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Princípio da Isonomia, garantia pétrea constitucional extensível aos estrangeiros, impede que o condenado não nacional pelo crime de tráfico ilícito de

entorpecentes seja privado da concessão do benefício da substituição da pena privativa por restritiva de direitos quando atende aos requisitos objetivos e subjetivos do art. 44 do Código Penal. (Precedentes: HC 85894, Rel. Ministro GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, DJe 28/09/2007; HC 103068/MG, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, DJe 21/02/2011; HC 103093/RS, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 01/10/2010; HC 89976/RJ, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, TRIBUNAL PLENO, DJe 24/04/2009; HC 96011/RS, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, SEGUNDA TURMA, DJe 10/09/2010; HC 96923/SP, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 10/09/2010; HC 91600/RS, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, DJ 06/09/2007; HC 84715, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, SEGUNDA TURMA, DJ 29/06/2007). 2. O tráfico, mercê de equiparado ao crime hediondo, admite o benefício na forma da doutrina clássica do tema que assenta: 'É possível a substituição da pena privativa de liberdade no caso de crime hediondo (Lei 8.072/1990) por pena restritiva de direitos, sendo que essa substituição deve atender, concomitantemente, aos requisitos objetivos e subjetivos listados no art. 44 do CP. O rótulo do delito como 'hediondo' não figura como empecilho à substituição, desde que cabível' (in Prado, Luiz Regis - Comentários ao Código Penal, Revista dos Tribunais, 4ª Edição, p. 210).

3. É cediço na Corte que: 'O SÚDITO ESTRANGEIRO, MESMO AQUELE SEM DOMICÍLIO NO BRASIL, TEM DIREITO A TODAS AS PRERROGATIVAS BÁSICAS QUE LHE ASSEGUREM A PRESERVAÇÃO DO 'STATUS LIBERTATIS' E QUE LHE GARANTAM A OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO 'DUE PROCESS'. - O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do 'habeas corpus', em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. - A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes (HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). - Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante (...)' (HC 102041/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, SEGUNDA TURMA, DJe 20/08/2010).

4. 'O legislador deixou por conta dos operadores jurídicos a tarefa de individualizar o instituto alternativo da substituição em cada caso

concreto. É preciso que se faça um juízo de valor sobre a ‘suficiência’ da resposta alternativa ao delito. Essa valoração deve ter em mira a repressão e prevenção do delito. É sempre importante enfatizar que essa valoração deve ser objetiva e descritiva, isto é, fundamentada, para se possibilitar o seu democrático controle’ (in Gomes, Luiz Flávio - Penas e Medidas Alternativas à Prisão, Revista dos Tribunais, p. 596/597).

5. *In casu*, restou comprovado o direito do estrangeiro ao benefício, máxime porque (i) a ele foi fixado o regime aberto para iniciar o cumprimento da pena; (ii) inexistiu decreto de expulsão em seu desfavor; e (iii) na visão das instâncias inferiores, preenche os requisitos do art. 44, como declarou o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: ‘Desse modo, fixada a pena-base no mínimo legal, sendo o agente primário e inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal, que dispõe que ‘o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro)anos, poderá, desde

o início, cumpri-la em regime aberto’. Portanto, a *decisão que lhe impôs o regime inicial fechado para o cumprimento da pena há de ser reformada para adequar-se à individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.*”

6. Parecer do parquet pela concessão da ordem. Ordem concedida.

(HC 103311, Rel: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 07/06/2011, DJe-123 29/06/2011.) (grifos aditados.)

Ante o exposto, *dou parcial provimento à apelação para – acaso as penas ainda não tenham sido extintas, pelo cumprimento – autorizar a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito a serem definidas pelo juízo da execução; para impor regime aberto de cumprimento de pena, se vier a ser cumprida; e para conferir às rés o direito de recorrer (recursos excepcionais) em liberdade.*

É o voto.

Quinta Turma

Agravo de Instrumento 0032813-32.2011.4.01.0000/DF

| | |
|------------------------|---|
| Relatora: | Desembargadora Federal Selene Almeida |
| Agravante: | Viação Monte Alto Ltda. |
| Advogados: | Dra. Michele Fiore e outro |
| Agravada: | Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT |
| Procurador Federal: | Dr. Alexandre Valadares Tolentino |
| Litisconsorte Passivo: | Rápido Planaltina Ltda. |
| Advogados: | Dr. João Pimenta da Veiga Filho e outro |
| Publicação: | e-DJF1 de 14/01/2013, p. 160 |

Ementa

Agravo de instrumento. Constitucional e Administrativo. Transporte rodoviário intermunicipal de passageiros no entorno norte do Distrito Federal. Planaltina de Goiás. Autorização ou permissão para exploração do serviço. Omissão da Administração Pública em promover licitação. População atendida de forma precária. Intervenção excepcional do Poder Judiciário. Possibilidade.

I. Não obstante seja incontroverso que somente por meio de licitação é possível a autorização, concessão ou permissão de exploração de serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros (Constituição Federal, art. 21, inciso XII, e), há mais de duas décadas a Administração se omite em deflagrar procedimentos licitatórios.

II. Estudos técnicos reconhecem que, com o desenvolvimento do País nessas últimas décadas, aumentou a demanda das populações que residem em municípios de Estados que integram o conurbado formador da região metropolitana do Distrito Federal tem sérias dificuldades de transporte coletivo para acessar as diversas regiões econômicas que proporcionam emprego na metrópole.

III. A agravante afirma ter buscado junto à ANTT obter autorização para a prestação do serviço na mesma modalidade precária já realizada pela empresa Rápido Planaltina Ltda, que não consegue atender à demanda,

mesmo sem nunca ter se submetido a licitação para a prestação do serviço, o que a seu juízo a coloca em situação isonômica com a referida prestadora, situação que relata não ter sido reconhecida pela autarquia.

IV. É notória a omissão da Administração na regularização da prestação do serviço de transporte rodoviário intermunicipal, interestadual e internacional no país, não obstante o decurso de mais de duas décadas da promulgação da Constituição da República e de dezessete anos da edição da Lei 8.987/1995, sendo inaceitáveis quaisquer argumentações da autarquia para o não cumprimento de sua obrigação, o que já tem sido, inclusive objeto de manifestação e reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, como se pode constatar, dentre outros, do julgamento da STA 357.

V. Não é tarefa do Poder Judiciário estabelecer linhas, deferir autorizações, concessões ou permissões, mas apenas averiguar a licitude da ação ou omissão da Administração que, neste particular, é ilegal e abusiva, contrária ao interesse público, ao desenvolvimento do País, ao princípio da legalidade e da moralidade.

VI. Em face da excepcionalidade da situação, que perdura no tempo em prejuízo dos usuários dos serviços de transporte intermunicipal de passageiros, constatada a omissão da Administração em deflagrar procedimento licitatório para prestação do serviço, afigura-se possível a intervenção judicial para assegurar à população seu direito constitucional de locomoção e continuidade da prestação do serviço público, até que seja realizado o competente processo de licitação. Precedentes: AG 2004.01.00.007110-3/DF, rel. Des. Federal Selene Almeida, *DJ* de 11/11/2004; AC 2006.35.02.000233-2/GO, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, *e-DJF1* de 29/04/2011; AC 0018524-60.2003.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal João Batista Moreira, *e-DJF1* de 13/05/2011; AC 0007331-97.2007.4.01.3500, rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho – convocado, rel. p/ acórdão Des. Federal Selene Almeida, publ. 21/10/2011 *e-DJF1*, p. 218.

VII. Cabe à ANTT a rigorosa fiscalização regular da empresa nos exatos moldes que são exigidos a toda e qualquer empresa que atua nesse ramo de atividade.

VIII. A tarifa máxima a ser cobrada, nos termos do próprio pedido da agravante, é de R\$ 3,50 (três reais e cinquenta centavos), passíveis de reajuste segundo os critérios de periodicidade e comprovação de planilha previstos nos regulamentos da ANTT, que deverá levar em conta o valor da tarifa máxima para o maior percurso, escalonando os demais em face de tal previsão.

IX. Agravo de instrumento provido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 17/12/2012.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Trata-se de agravo de instrumento interposto por Viação Monte Alto Ltda. contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que deferiu parcialmente antecipação de tutela à requerente apenas para determinar a liberação dos veículos Placas LOC 3801/GO; LOC 3801/GO e LOC 3787/RJ independentemente do pagamento de despesas de transbordo ou multas, e rejeitando o pedido de impedimento de fiscalização e autorização para execução do serviço formulados pela agravante.

A agravante sustenta que vem sendo obstada na continuidade da execução da prestação de serviços de ligação da linha Planaltina de Goiás, onde

executa serviços de ligação municipal de transporte urbano com a cidade de Brasília, em razão da ANTT não fornecer autorização/permissão para a execução do serviço em conformidade com o requerimento formulado, a despeito de ter autorizado sem licitação o referido serviço para a empresa Rápido Planaltina do Grupo Amaral.

Fundada na argumentação de que praticará preços que irão variar entre R\$ 3,00 (três reais) e R\$ 3,50 (três reais e cinquenta centavos), sustenta que somente não opera o serviço por estar sendo indevidamente obstada pela ANTT, já que seus veículos obedecem às normas de segurança e possuem seguro, pagam os tributos e demais taxas, estando devidamente registrados nos locais onde trafegam.

Argumentam que o Supremo Tribunal Federal em recentes decisões tem autorizado judicialmente a operação de linhas em razão da inoperância da ANTT na realização da licitação obrigatória para a operacionalização do transporte de passageiros em vias terrestres.

Fundada em tais premissas, a agravante requer o deferimento de antecipação da tutela recursal para operar o serviço.

O pedido de deferimento da pretensão de circulação como empresa de transporte de ligação intermunicipal com cobrança de tarifa no valor de R\$ 3,50 (três reais e cinquenta centavos) pelo maior itinerário a ser cumprido, foi deferida, determinando-se a submissão à fiscalização e cumprimento integral das regras de transporte editadas pela ANTT.

Foi determinada a integração à lide da empresa Rápido Planaltina Ltda., que opera a linha por autorização deferida sem licitação pela ANTT.

A empresa Rápido Planaltina apresentou resposta afirmando que a população já é atendida por transporte regular, sendo inverídica a informação de que a população não recebe serviço adequado, o que a seu juízo não será prestado por empresa clandestina e que nunca obteve autorização para operação pela agência reguladora competente, que a seu juízo deve conduzir à revogação da antecipação de tutela recursal deferida e, por conseqüência, o desprovisionamento do agravo de instrumento.

A autorização deferida foi objeto de requerimento de suspensão pela empresa Rápido Planaltina perante o STJ, sendo inicialmente suspensa por aquele Tribunal Superior, que posteriormente, reconsiderou o posicionamento e revigorou a medida, mantendo a decisão proferida neste agravo de instrumento.

Após a apresentação das respostas, houve a juntada de diversas petições, o que retardou a tramitação do processo.

O recurso foi pautado para a sessão do dia 13 de agosto de 2012, tendo sido constatado que a agravada ANTT não havia apresentado resposta, o que poderia significar uma nulidade futura, optando-se por retirar o processo de pauta e determinar sua remessa para manifestação da agravada.

Em resposta, a ANTT sustenta que:

1) a empresa agravante somente foi cadastrada para a prática de serviços de transporte interestadual de passageiros após a decisão antecipatória deferida neste recurso, pois autorização expedida pela prefeitura da cidade

de Planaltina de Goiás não é instrumento apto à outorga pretendida;

2) sua atuação como agente instrumental da União destinado à possibilitar o exercício do poder concedente deferido ao ente federativo, está calcada na Lei nº 10.233/2001, fundamento que ampara a edição da Resolução nº 233/2003, que serve de parâmetro para a agência instrumentalizar e efetivar a concessão, permissão, autorização, bem como a fiscalização e imposição de penalidades decorrentes de exercício das atividades envolvidas;

3) desde o advento da Constituição de 1988, é obrigatória a licitação para a operação do serviço, o que está previsto em nível constitucional e infraconstitucional, em especial na Lei nº 8.987/1995;

4) não é aplicável à espécie o regime de autorização especial, pois não está a empresa requerente enquadrada nos termos previstos na Resolução/ANTT nº 2.868/2008, pois a mesma não recebeu em nenhum momento permissão para a exploração do serviço.

Fundada em tal argumentação, requer seja negado provimento ao agravo de instrumento.

Em setembro de 2012, foi protocolada petição pela empresa Rápido Planaltina Ltda, apontando situações que a seu juízo constituem graves irregularidades, que justificam a revogação da medida deferida.

Foi determinada a manifestação da agravante, que rejeita a maioria das imputações, reconhecendo apenas que não cumpre o valor da tarifa que havia indicado.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — A decisão que deferiu a antecipação de tutela recursal assim examinou o pedido:

A questão discutida neste recurso suscita grandes discussões desde a entrada em vigor da Constituição de 1988 quando se divisou a necessidade de licitação para a concessão ou permissão para operar o transporte rodoviário municipal, intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros, para que fiquemos restritos à hipótese examinada.

Ocorre que mesmo com a edição das leis que disciplinam as licitações de permissões e concessões e com a criação de agências estatais específicas pelo governo para sob a forma de autarquia tratar

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Marcelo Velasco Nascimento e Carlos Eduardo Castro (convocados).

especificamente do tema, de forma sucessiva, o que se tem observado é uma estranha postergação que não atende ao interesse da população, à publicidade e à concorrência, sempre com desculpas que não resistem a qualquer questionamento mais honesto.

É em razão de tal situação que o próprio Supremo Tribunal Federal, tão paciente com a Fazenda Pública, já indeferiu pedidos de Suspensão de Tutela Antecipada e Suspensões de Liminar formulados pela ANTT com a indicação de a partir do julgamento da STA nº 357, foram estabelecidos critérios para a apreciação de incidentes de suspensão de questões sobre transporte rodoviário de passageiros por aquela CORTE (STF), os quais transcrevo e nortearei minha decisão:

1) admite-se exploração do serviço de transporte rodoviário de passageiros por outorga judicial, ainda sem manifestação administrativa, desde que, interrompida a prestação dos serviços, haja comprovado dano às comunidades atendidas;

2) do mesmo modo, é lícito determinar manutenção de certa empresa na exploração de trecho rodoviário, na hipótese de a companhia já o fazer há tempo razoável e ser a única a prestar o serviço;

3) não se admite outorga judicial por prazo determinado ou por período que exceda a futura licitação, como por exemplo, até o trânsito em julgado da ação principal; e

4) por fim, não é admissível delimitação, pelo Judiciário, de trecho rodoviário que deva ser licitado.”

No caso examinado, é público e notório o descaso com o transporte público de passageiros intermunicipal no Distrito Federal.

Se o negócio não fosse rentável e lucrativo, não existiriam operadores ávidos pela operação e sem nenhum interesse em abandonar o mercado cativo.

A ligação entre Brasília a Planaltina de Goiás é feita pelo Grupo Amaral e a população é refém, sendo diariamente veiculado nos noticiários televisivos e publicado nos jornais que caso as pessoas não consigam pegar o veículo em determinado horário, não conseguirão chegar a nenhum destino, pois não existirá outro meio de transporte autorizado.

A ANTT frustra o direito da população de ter acesso a um meio de transporte digno e de locomover-se.

Se o empresário terá lucro em sua operação, isso é um problema que ele deve equacionar em sua planilha de custos, que deve ser apresentada na licitação, que cabe à ANTT promover, repita-se mais uma vez, já de há muito.

Não há justificativa plausível ou explicação convincente, pois tempo é tudo o que já teve para realizar em termos de estudo e planejamento de serviços, não cabendo argumentações como discricionariedade ou cuidado administrativo, pois

o imposto que paga o salário do servidor continua sendo pago e custeando os salários dos servidores que não estão cumprindo o seu papel como agência de regulação.

Assim, afigura-se razoável deferir a pretensão de circulação da agravante como empresa de transporte de ligação intermunicipal do município de Planaltina de Goiás a Brasília, fixando-se como tarifa máxima o valor de R\$ 3,50 (três reais e cinquenta centavos) pelo maior itinerário realizado pela empresa agravante, dentre os que ela relaciona na petição inicial.

Cumpra à ANTT a fiscalização dos itinerários e cumprimento de todas as normas de segurança que são as regularmente observadas a todos os prestadores deste tipo de serviço.

Comunique-se ao Juízo prolator da decisão agravada para a determinação das providências cabíveis, inclusive, a intimação imediata da ANTT, e dos órgãos de fiscalização envolvidos para as providências cabíveis.

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

Publique-se. Intimem-se.

A litisconsorte Rápido Planaltina Ltda. não trouxe qualquer comprovação que infirme a situação de prestação de serviço que lhe foi deferida sem procedimento de licitação.

Não houve mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o STA 357, vigorando a mesma orientação que norteou a decisão que antecipou a tutela recursal.

Não diviso razão para modificar a autorização então concedida.

A apresentação de fotos de veículos que supostamente funcionariam como auxiliares ou *laranjas* da empresa Monte Alto, entendo que cabe à fiscalização da ANTT detectar tais situações, multar e impor todas as demais sanções que sejam cabíveis na espécie, não sendo o caso de revogar a medida deferida.

Observo que ao longo da tramitação deste agravo de instrumento, ocorreram diversos incidentes que não são compatíveis com a tramitação e o objeto do agravo, causando longo processamento e demora no julgamento do recurso.

A prestação do serviço deverá ser objeto de fiscalização regular e observância a todas as exigências de qualidade e regularidade na prestação exigidas pela ANTT, inclusive no que tange à idade e propriedade de veículos utilizados para a prestação dos serviços.

Sobre a alegação de que a tarifa foi indevidamente majorada, entendo que é pertinente a impugnação

formulada pela empresa Rápido Planaltina Ltda., pois em nenhum momento foi admitido ou requerido pela empresa Monte Alto que há fundamento para alteração do valor que a própria agravante indicou como satisfatório para remunerar o serviço que pretendia prestar.

A tarifa máxima a ser cobrada, nos termos do próprio pedido da agravante, é de R\$ 3,50 (três reais e cinquenta centavos), passíveis de reajuste segundo os critérios de periodicidade e comprovação de planilha previstos nos regulamentos da ANTT, que deverá levar em conta o valor da tarifa máxima para o maior percurso, escalonando os demais em face de tal previsão.

Reitero que para modificar o valor de R\$ 3,50 (três reais e cinquenta centavos), deverá ser dirigido requerimento específico à ANTT, que o apreciará segundo o regramento geral de revisão de tarifas, sendo que a periodicidade também deve ser observada.

Portanto, o valor estipulado vigorará até modificação deferida pela ANTT, a quem compete, também, como já mencionado, todo o controle da atividade.

Ressalto que esta medida apenas terá vigência até o momento em que a ANTT cumpra sua obrigação de realizar a licitação para a exploração da linha, em relação à qual já está em mora desde 2008.

Respaldo meu entendimento na STA 357, que manteve entendimentos semelhantes a este, fundados, também, na recalcitrante mora da ANTT.

Para melhor demonstrar o entendimento, transcrevo a ementa da STA 357/STF:

EMENTAS:

1. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA.

Agravoregimental da Auto Viação Catarinense Ltda. Alegação de invasão, pelo Judiciário, na gestão do sistema de transporte interestadual de passageiros. Decisão impugnada que consigna haver apenas uma empresa a explorar determinado trecho. Perigo de dano inverso. Precedente. Agravo regimental improvido. Rejeita-se pedido de suspensão, quando seu deferimento possa provocar risco de dano inverso.

2. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. Agravo regimental da Transbrasiliana Transportes e Turismo Ltda. Alegação de suposta concessão judicial de exploração de trecho em concorrência com a agravante. Decisão impugnada que consigna haver apenas uma empresa a explorar determinado trecho. Perigo de dano inverso. Precedente. Agravo regimental improvido. Rejeita-se pedido de suspensão, quando seu deferimento possa provocar risco de dano inverso.

3. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. Agravo regimental da Agência Nacional de Transportes Terrestres. Alegação de que duas decisões impugnadas anteciparam tutela até período posterior à conclusão de licitação. Risco de prejuízo ao Programa ProPass Brasil. Decisão do TRF da 4ª Região que antecipa provimento até oferta da linha na forma outorgada pelo Judiciário. Segunda tutela prejudicada pelo julgamento de mérito da causa. Agravo regimental parcialmente provido. Suspende-se decisão que impõe à Administração Pública a definição de trechos rodoviários que deverão ser objeto de licitação. (STA 357 AgR-terceiro, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2010, DJe-164 DIVULG 02-09-2010 PUBLIC 03-09-2010 EMENT VOL-02413-01 PP-00006)

Pelo exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Quinta Turma

Numeração única: 0010662-62.2008.4.01.3400

Apelação Cível 2008.34.00.010711-5/DF

Relator: Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado)
 Apelante: Merck S/A
 Advogados: Dr. Carlos Roberto Siqueira Castro e outros
 Apelada: União Federal
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
 Publicação: e-DJF1 de 08/02/2013, p. 1.361

Ementa

Constitucional. Administrativo. Processual Civil. Agravo retido. Não conhecimento. Intervenção indireta no domínio econômico. Regulação de preços no mercado de medicamentos. Estipulação de coeficiente de redução de preços em prol do Estado a cargo da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – Cmed. Lei 10.742/2003. Resolução Cmed 2/2004. Legitimidade da política de intervenção no mercado de medicamentos e da estipulação do redutor de 24,69% em 2006 (24,92% em 2008) em prol do Estado mesmo para vendas decorrentes de determinações judiciais. A estipulação do coeficiente de redução de preços – CAP – foi fruto de complexo e regular processo administrativo em que foram utilizados fatores econômicos, sociais, geográficos e humanitários. Ausência manifesta de razoabilidade na pretensão de venda do medicamento erbitux sem a incidência do CAP, pois é um medicamento antineoplásico utilizado conjuntamente com a radioterapia no tratamento de pacientes com câncer de cabeça e pescoço localmente avançados. Os empreendimentos privados não são obrigados a fornecer medicamentos ao Estado em face dos princípios da ordem econômica elencados no art. 170 da Constituição Federal de 1988. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Apelação improvida.

I. A empresa farmacêutica Merck S/A ajuizou ação em face da União com o intuito de afastar o Coeficiente de Adequação de Preço (CAP) instituído pela Resolução 2/2004 da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed), redutor de 24,92%, referente ao ano de 2008, nas vendas do anódino Erbitux (Cetuximabe) à Administração Pública, para cumprimento de determinações judiciais. Pretende, igualmente, impedir a inclusão do citado fármaco na lista de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 2º da Resolução 4/2006 da mencionada Cmed.

II. Não merecem conhecimento os agravos retidos de fls. 373–376 e 676–683, porquanto seus fundamentos não foram reiterados em razões ou contrarrazões de apelação (art. 523, § 1º, CPC).

III. Sem embargo dos argumentos esposados na apelação, reputo, desde logo, que não é possível afastar a incidência do Coeficiente de Adequação de Preço (CAP), no caso concreto, sem o exame da legalidade do ato normativo que o instituiu (Resolução 2/2004 da Cmed) ou das formalidades imprescindíveis para sua regular aplicabilidade à situação fático-jurídica da apelante. Tal declaração de nulidade, conforme se constata da transcrição acima, não constitui objeto da lide, circunstância que por si só determina o desprovimento do presente apelo.

IV. É que não se revela medida judicial razoável o pedido de afastamento do redutor de 24,92%, relativo ao ano de 2008, sob a mera alegação de que sua incidência acarretará prejuízos para a apelante. Ora, a estipulação deste coeficiente de adequação foi objeto de regular procedimento administrativo e, por via de consequência, não vislumbro qualquer possibilidade de afastar o dito redutor pelo elementar fundamento de que foi fruto de operações econômicas previstas em normas administrativas e legais não impugnadas nos autos.

V. Por outro lado, afigura-se legítima a atividade de intervenção indireta por intermédio da regulação de preços no mercado de medicamentos a cargo da Cmed, nos termos do art. 174 da Constituição Federal de 1988 e da Lei 10.742/2003. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

VI. Não se pode dizer que a Cmed determinou a aplicação de índice aleatório ou arbitrário ou, ainda, que esse índice, ora fixado em 24,92%, é excessivo, pois foi razoavelmente calculado a partir da média de preços encontrados no mercado internacional (STJ: MS 12.915/DF, rel. Min. Herman Benjamin).

VII. Inviabilidade jurídica do Poder Judiciário imiscuir-se no âmago do ato discricionário de índole técnica da Administração, sob pena de vilipêndio do postulado magno da separação dos Poderes.

VIII. Outro aspecto particularmente relevante que também conduz ao desprovimento da apelação diz respeito ao regime de livre comercialização dos medicamentos no mercado nacional. À luz do regime democrático e da livre iniciativa, ninguém é obrigado a contratar com o Estado o fornecimento de medicamentos. Aliás, a expressão contrato obrigatório soa como uma *contradictio in terminis*. Se o preço se revela insatisfatório ou suscetível de causar prejuízos, os laboratórios são livres para aceitar ou não as condições impostas pela política de regulação dos preços inerente ao mercado de medicamentos com a imposição de coeficientes redutores em prol do Estado, a exemplo do que sucede com outros países.

IX. Nessa ordem de considerações, afasta-se completamente a eventual alegação de cerceamento de defesa por parte do juízo a quo no contexto do indeferimento da prova pericial, na medida em que a política de negociação de preços com o Poder Público é fruto de um processo livre, aberto e submetido aos princípios relativos à atividade econômica insitos no art. 170 da Constituição Federal. A questão da adequação do preço proposto pelo Poder Público, a partir da estipulação de um coeficiente de adequação, está entregue à livre disposição dos empreendimentos

privados integrantes do mercado de fármacos. O risco é inerente ao conceito de atividade econômica e a apelante não logrou demonstrar um risco extraordinário, imprevisível e inafastável, tendo em vista que fez um negócio livre e consciente com a União. O Poder Público, quando comercializa bens e serviços, não difere, em essência, dos entes privados, quanto à livre estipulação dos preços. Por outro lado, o Estado não pode funcionar como instrumento de garantia de lucros da iniciativa privada. Quem contrata com o Estado sabe de antemão das condicionantes constitucionais, legais e regulamentares em prol da conformação do interesse público primário aos interesses econômicos dos particulares.

X. Apelação a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 23/01/2013.

Juiz Federal *Márcio Barbosa Maia*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia: — A empresa farmacêutica Merck S/A ajuizou ação em face da União com o intuito de afastar o Coeficiente de Adequação de Preço (CAP) instituído pela Resolução 2/2004 da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed), redutor de 24,69% (24,92% em 2008), nas vendas do anódino Erbitux (Cetuximabe) à Administração Pública, para implemento de determinações judiciais. Pretende, igualmente, impedir a inclusão do citado fármaco na lista de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 2º da Resolução 4/2006 da mencionada Cmed.

A autora argumenta que: a) não questiona a constitucionalidade e a legalidade das resoluções supracitadas; b) busca unicamente a manutenção do direito de comercializar, junto à Administração Pública, o citado anódino sem a incidência do CAP, evitando-se, assim, prejuízos anuais no valor aproximado de R\$ 2.000,00 (dois milhões de reais), bem como a inviabilização da venda para o Governo Brasileiro; c) na fase de registro, o preço do Erbitux “foi fixado pela Cmed em estrita observância à legislação aplicável (Resolução Cmed 2/2005), num processo iniciado anteriormente à legislação que instituiu o CAP, mas cuja conclusão lhe foi posterior”; d) “o preço do Erbitux foi aquele que o próprio órgão regulador reputou como justo e correto, escapando da lógica compensatória que conduziu o mercado à criação do desconto compulsório de quase 25%”; e) “o Erbitux (Cetuximabe) é um medicamento antineoplásico utilizado conjuntamente com a radioterapia no tratamento de pacientes com câncer de cabeça e pescoço localmente avançados”; f) por intermédio do Ofício 717, de 21/06/2007, a Cmed havia comunicado o deferimento parcial de seu pedido

de revisão do preço estipulado, esclarecendo que o preço de fábrica (ICMS 18% - lista positiva), fixado em R\$ 625,96, fora apurado com base no menor preço praticado, dentre os países relacionados no inciso VII do § 2º do art. 4º da Resolução 4, de 15 de junho de 2005 [Espanha]; g) “a fixação do preço de fábrica do Erbitux em R\$ 625,96 não só se deu conforme a realidade fática à legislação pertinente, como também estabilizou os entendimentos entre Poder Público e a empresa solicitante”; h) “com a entrada em vigor da Resolução Cmed 4/2006 [...] a equação inicialmente estabelecida (depois de um longo e custoso procedimento administrativo) foi completamente modificada, unilateralmente, em patente detrimento da Merck S/A”; i) “a inserção do CAP enquanto redutor de preços de medicamentos visou atacar uma realidade totalmente distinta daquela relativa ao Erbitux, para ajustar, ao menos nas vendas aos entes e órgãos públicos, os preços dos medicamentos que haviam sido estabelecidos livremente”; j) a estimativa de venda do Erbitux para a Administração Pública no ano de 2008 foi de 12.000 ampolas; k) “a incidência de um desconto de 24,92% sobre o preço de fábrica aprovado pela Cmed em R\$ 625,96 forçaria a venda da unidade ao governo pelo valor de R\$ 469,97 antes dos impostos, resultando em valor líquido após ICMS de 18%, de R\$ 385,37 [...], o que [...] torna economicamente inviável a manutenção da comercialização do produto no Brasil, o que é um absurdo para a população”; l) “o redutor não se aplica [...] aos medicamentos vendidos em farmácias e drogarias, cujos preços – com valor máximo estabelecido pelo próprio Estado – são resultados das negociações entre as empresas, distribuidoras e farmácias”; m) “o preço praticado para o produto nos Estados Unidos da América, que, diga-se de passagem, correspondia a mais de € 450,00, não foi sequer considerado para

a avaliação e a aprovação do preço a ser praticado no Brasil, haja vista ter sido este baseado integralmente no preço espanhol”; n) “se somente o preço praticado na Espanha foi tido em conta para a delimitação do preço Brasil, somente o percentual do CAP proveniente da razão entre os PIBs per capita espanhol e brasileiro é que poderia ser aplicado sobre o Erbitux”; o) “se o percentual de desconto a ser aplicado vai levar em conta a desigualdade sócio-econômica existente entre Brasil e Estados Unidos, o preço base para a fixação do preço no Brasil teria que ser o preço praticado nos Estados Unidos”.

Indeferido o pedido de antecipação de tutela (fls. 369-371), a autora interpôs agravo de instrumento junto a esta Corte (AI 2008.01.00.019746-0), ao qual foi atribuído efeito suspensivo ativo para o fim de sustar a aplicabilidade do CAP ao medicamento Erbitux (fls. 373-376), exclusivamente por estar, em princípio, configurado ofensa à regra do devido processo legal.

Posteriormente, o aludido agravo foi convertido em retido (fls. 696-725).

Na contestação, fls. 417-454, a União alega que: a) a decisão proferida no agravo é contrária à tese da autora, que afirma na petição inicial que a instituição do CAP foi precedida do devido procedimento administrativo; b) “o CAP foi amplamente discutido com a indústria farmacêutica, devendo ser aplicado sobre o preço de fábrica, o qual resulta no PMVG¹, conforme reza o § 2º do art. 1º da Resolução 04/2006”; c) “o coeficiente funcionará como um valor teto para as compras governamentais de medicamentos e produzirá impactos positivos relevantes”; d) “segundo estimativa do Ministério da Saúde, a estimativa de economia é de aproximadamente R\$ 300 milhões”; e) “o objetivo é racionalizar os custos destes produtos para o Governo, principalmente com os medicamentos considerados excepcionais (de alto custo ou para uso continuado), os hemoderivados (derivados do sangue) e aqueles indicados para o tratamento de DST/AIDS e câncer”; f) “desde a edição da Resolução 2/2004 até a Resolução 4/2006, foram dois anos de estudos que culminaram no estabelecimento dos preços fábrica de cerca de 17.000 medicamentos de um universo de 24.000 apresentações à venda no mercado interno”; g) “a metodologia adotada na Resolução 4/2006-Cmed apoiou-se no modelo utilizado pelos Estados Unidos da América, país este que também estabeleceu um desconto mínimo obrigatório a ser

concedido pela indústria farmacêutica para as compras governamentais”; h) “os estudos realizados pela Cmed levaram em consideração a complexidade da indústria de fármacos num país de dimensões continentais [...], assim como os fatores de desigualdade entre as regiões e o complexo sistema de saúde do país, o PIB do Brasil e de mais nove países constantes na resolução, bem como o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)”; l) “a Resolução 4/2006-Cmed atende à determinação do item 9.3 do Acórdão TCU 217/2007, 2ª Câmara (Anexo 05)”; m) excluir o medicamento em questão do CAP implica ofensa à isonomia entre os fornecedores; n) “para se chegar ao percentual de 24,69% previsto no art. 4º da Resolução Cmed 4/2006, utilizou-se a média da razão entre o índice do PIB per capita do Brasil e os índices do PIB *per capita* dos países relacionados no inciso VII do § 2º do art. 4º da Resolução Cmed 2, de 5 de março de 2004, ponderada pelo PIB”; o) “o particular, ao optar em contratar com a Administração tem total ciência acerca do conteúdo do contrato administrativo que será celebrado”; p) “ao impor a limitação dos preços dos medicamentos elencados no art. 2º da Resolução 4/2006, a serem adquiridos pelos entes públicos, a Cmed nada mais fez do que valer-se da competência que lhe foi outorgada pelo art. 6º, incisos II, III, V, VII, VIII, XII e XIII da Lei 10.472/2003, com destaque especial para a implementação da política de acesso a medicamentos pela população em geral”.

Às fls. 676-683, a autora interpôs agravo retido contra o indeferimento de perícia.

Na sentença, de fls. 732-735, foi julgado improcedente o pedido, condenando-se a autora ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), ao fundamento de que: a) “em momento algum a autora comprovou o prejuízo alegado”, pois apresentou “parecer técnico no qual aponta significativa redução do prejuízo de R\$ 2 milhões para cerca de R\$ 450.000,00 (fls. 610-611 e 612-617)”; b) “e a razão é simples: a autora não conhece os custos do medicamento que revende”; c) “se o custo da autora é o custo de aquisição do medicamento – valor pago à matriz – a autora deveria ter colacionado aos autos, juntamente com sua petição inicial, documento comprovando os valores pagos à matriz, já que se trata de documentos indispensáveis à propositura da demanda”; d) “como a autora não juntou aos autos documento comprovando o custo do medicamento mencionado, não há como nem por onde acolher o pedido de afastamento do Coeficiente de Adequação de Preços – CAP para as vendas realizadas ao Setor Público por força de ordem judicial, especialmente quando se observa a inconsistência das alegações

¹ Preço Máximo de Venda ao Governo.

acerca do prejuízo”; e) “mesmo que assim não fosse, para o afastamento do referido desconto compulsório (CAP), seria necessário demonstrar sua ilegitimidade no ordenamento jurídico”; f) “ocorre que [...] existem precedentes no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça atestando a legalidade e constitucionalidade dos critérios de fixação de preço e da aplicabilidade do Coeficiente de Adequação de Preço (CAP) pela Cmed”.

Apela a autora, às fls. 743-836, ventilando, em linhas gerais, os argumentos já expendidos na petição inicial.

Contrarrrazões às fls. 803-836.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia: —

Agravos Retidos

Inicialmente, não conheço dos agravos retidos de fls. 373-376 e 676-683, porquanto não foram reiterados em razões ou contrarrrazões de apelação (art. 523, § 1º, CPC).

Apelação

Indeferido o pedido de antecipação de tutela (fls. 369-371), a autora interpôs agravo de instrumento junto a esta Corte (AI 2008.01.00.019746-0), ao qual foi atribuído efeito suspensivo ativo “para o fim de suspender a aplicabilidade do CAP ao medicamento Erbitux” (fls. 373-376).

No mérito, a apelante, na essência postula o seguinte:

[...] abstendo-se completamente de questionar a constitucionalidade e a legalidade acerca do conteúdo dos referidos atos, a autora ajuíza a presente demanda no intuito de conservar seu direito, provando, por meio de demonstrações econômico-financeiras e da cronologia do processo administrativo que fixou o preço do seu medicamento ERBITUX, que é absolutamente inviável a aplicação do CAP àquele produto, em virtude dos prejuízos financeiros que tal procedimento traz à empresa titular do registro do medicamento. (fl. 7)

Sem embargo dos argumentos esposados na apelação, reputo, desde logo, que não é possível afastar a incidência do Coeficiente de Adequação de Preço (CAP), no caso concreto, sem o exame da legalidade do ato normativo que o instituiu (Resolução 2/2004

da Cmed) ou das formalidades imprescindíveis para sua regular aplicabilidade à situação fático-jurídica da apelante. Tal declaração de nulidade, conforme se constata da transcrição acima, não constitui objeto da lide, circunstância que por si só determina o desprovimento do presente apelo.

É que não se revela medida judicial razoável o pedido de afastamento do redutor de 24,92%, relativo ao ano de 2008, sob a mera alegação de que sua incidência acarretará prejuízos para a apelante. Ora, a estipulação deste coeficiente de adequação foi objeto de regular procedimento administrativo e, por via de consequência, não vislumbro qualquer possibilidade de afastar o dito redutor pelo elementar fundamento de que foi fruto de operações econômicas previstas em normas administrativas e legais não impugnadas nos autos.

Com efeito, releva salientar que, a prevalecer a tese da apelante, o Poder Judiciário se transformaria numa espécie de revisor administrativo universal do acerto ou desacerto das políticas públicas de intervenção na economia no que diz respeito à regulação e à estipulação dos coeficientes de adequação dos preços dos milhares e milhares de medicamentos disponíveis no mercado brasileiro, sob a singela afirmação de que a sua aplicação, em cada caso particular, seria passível de prejuízos às empresas comercializadoras de tais produtos. Por óbvio, a pretensão veiculada na apelação não se coaduna com o postulado fundamental da Separação dos Poderes e com a consequente impossibilidade jurídica de o Poder Judiciário, sem a demonstração de ilegalidade manifesta, imiscuir-se no âmago da discricionariedade técnica exercida pela Cmed ao estabelecer o percentual de 24,92% como redutor de preços de medicamentos fornecidos ao Governo. Assiste plena razão à União quando assim deduz em suas contrarrrazões, *verbis*:

Portanto, para se chegar ao percentual de 24,69% [no ano 2006] previsto no artigo 4º da Resolução Cmed nº 04/06, utilizou-se a medida da razão entre o Índice do PIB per capita do Brasil e os Índices do PIB per capita dos países relacionados no inciso VII do § 2º do art. 4º da Resolução Cmed nº 2, de 05 de março de 2004, ponderada pelo PIB.

A despeito disso, não podemos dizer que a Cmed determinou a aplicação de um índice arbitrário ou desarrazoado, uma vez que para se chegar ao índice de 24,69% foram observados critérios técnicos e bastante razoáveis, utilizando-se, para tanto, a média de preços encontrada no mercado internacional.

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado).

Dessa sorte, não há ilegalidade por parte da Cmed ao estipular o redutor questionado na medida em que o Coeficiente de Adequação de Preço de medicamentos é fruto de um procedimento administrativo altamente complexo, incidindo fatores econômicos e sociais, até mesmo de índole geográfica e humanitária, e, a depender da medicação e de suas características, o redutor é fixado a partir dos preços praticados em diversos mercados internacionais como sói ocorrer com o Erbitux, cujo parâmetro para o deságio ao Governo Federal foi a média de preços praticada no mercado internacional.

Assim, a um primeiro exame da questão posta em julgamento, afigura-se-me inviável submeter-se o resultado da lide à lógica do tudo ou nada; vale dizer, se constatado o suposto prejuízo, o redutor seria simplesmente afastado, ou, não demonstrado o prejuízo, aplicar-se-ia o redutor de 24,92%. Em outras palavras, a eficácia dos atos normativos da Cmed estaria condicionada à demonstração de prejuízo aos empreendimentos comercializadores, o que não se afigura, repise-se, medida juridicamente idônea.

Outro aspecto particularmente relevante que também conduz ao desprovemento da apelação diz respeito ao regime de livre comercialização dos medicamentos no mercado nacional. À luz do regime democrático e da livre iniciativa, ninguém é obrigado a contratar com o Estado o fornecimento de medicamentos. Aliás, a expressão contrato obrigatório soa como uma *contradictio in terminis*. Se o preço se revela insatisfatório ou suscetível de causar prejuízos, os laboratórios são livres para aceitar ou não as condições impostas pela política de regulação dos preços inerente ao mercado de medicamentos, com imposição de coeficientes redutores, em prol do Estado, a exemplo do que sucede em outros países.

Nessa ordem de considerações, afasta-se completamente a eventual alegação de cerceamento de defesa por parte do juízo a quo no contexto do indeferimento da prova pericial, na medida em que a política de negociação de preços com o Poder Público é fruto de um processo livre, aberto e submetido aos princípios relativos à atividade econômica insitos no art. 170 da Constituição Federal. A questão da adequação do preço proposto pelo Poder Público, a partir da estipulação de um coeficiente de adequação, está entregue à livre disposição dos empreendimentos privados integrantes do mercado de fármacos. O risco é inerente ao conceito de atividade econômica e a apelante não logrou demonstrar um risco extraordinário, imprevisível e inafastável, tendo em

vista que fez um negócio livre e consciente com a União. O Poder Público, quando comercializa bens e serviços, não difere, em essência, dos entes privados, quanto à livre estipulação dos preços. Por outro lado, o Estado não pode funcionar como instrumento de garantia de lucros da iniciativa privada. Quem contrata com o Estado sabe de antemão das condicionantes constitucionais, legais e regulamentares em prol da conformação do interesse público primário aos interesses econômicos dos particulares.

Na linha dos fundamentos ora esposados, é oportuno transcrever o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, de onde emanou a seguinte orientação:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – QUESTÕES PROCESSUAIS – INTERVENÇÃO ESTATAL NA ATIVIDADE ECONÔMICA – CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS – Cmed – COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇO (CAP) – LEI 10.742/2003.

1. Legitimidade da associação autora, constituída há mais de ano e devidamente autorizada a agir por decisão da assembleia geral.

2. Inexistência de ofensa ao art. 20 do Código de Ética da OAB a justificar o envio, pelo STJ, de cópia dos autos àquela Autarquia, a quem compete a apuração da infração.

3. A Lei 10.472/2003 definiu as normas de regulação do setor farmacêutico, criando o Cmed – CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS, órgão a quem compete estabelecer critérios de aferição dos preços dos produtos novos, antes de entrarem no mercado, havendo precedente desta Corte dando pela constitucionalidade da delegação de competência normativa (MS 11.706/DF).

4. A Resolução Cmed 04/2006 determinou a aplicação do CAP ao preço de diversos produtos (inclusive de alto custo), impondo limitações nos preços quando adquiridos por entes estatais.

5. Ato impugnado que encontra respaldo na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Saúde - LOS (Lei 8.080/90), atendendo às diretrizes estabelecidas pela Lei 10.742/2003 relativamente à implementação da política de acesso a medicamentos pela população em geral.

6. Segurança denegada.

(MS 12730/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ de 03/09/2007).

Para melhor pormenorizar os fundamentos do precedente invocado, calha a transcrição do voto (mérito) da ministra relatora:

A Lei 10.472, de 06/10/2003 (resultante da conversão da MP 123, de 26/06/2003), definiu as

normas de regulação para o setor farmacêutico, “com a finalidade de promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor” (art. 1º), ao tempo em que criou a Câmara de Regulação do mercado de Medicamentos - Cmed, restando estabelecido no art. 6º da mesma lei que a ela compete:

[...]

II - estabelecer critérios para a fixação e ajuste de preços de medicamentos;

III - definir, com clareza, os critérios para a fixação dos preços dos produtos novos e novas apresentações de medicamentos, nos termos do art. 7º;

[...]

V - estabelecer critérios para fixação de margens de comercialização de medicamentos a serem observados pelos representantes, distribuidores, farmácias e drogarias, inclusive das margens de farmácias voltadas especificamente ao atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;

[...]

VII - sugerir a adoção, pelos órgãos competentes, de diretrizes e procedimentos voltados à implementação da política de acesso a medicamentos;

VIII - promover a adoção de legislações e regulamentações referentes à regulação econômica do mercado de medicamentos;

[...]

XII - monitorar, para os fins desta Lei, o mercado de medicamentos [...];

XIII - zelar pela proteção dos interesses do consumidor de medicamentos;

[...]

O art. 7º da Lei 10.742/03, por sua vez, delega expressamente à Cmed poderes para estabelecer critérios para aferição dos preços dos produtos novos que venham a ser incluídos na lista de produtos comercializados pela empresa produtora de medicamentos, verbis:

Art. 7º A partir da publicação desta Lei, os produtos novos e as novas apresentações de medicamentos que venham a ser incluídos na lista de produtos comercializados pela empresa produtora deverão observar, para fins da definição de preços iniciais, os critérios estabelecidos pela Cmed.

§ 1º Para fins do cálculo do preço referido no caput deste artigo, a Cmed utilizará as informações fornecidas à Anvisa por ocasião do pedido de registro ou de sua renovação, sem prejuízo de outras que venham a ser por ela solicitadas.

§ 2º A Cmed regulamentará prazos para análises de preços de produtos novos e novas apresentações.

Em linhas gerais, a fixação de preços dos medicamentos deve observar o que dispõe o art. 4º da lei em comento:

Art. 4º As empresas produtoras de medicamentos deverão observar, para o ajuste e determinação de seus preços, as regras definidas nesta Lei, a partir de sua publicação, ficando vedado qualquer ajuste em desacordo com esta Lei. (Regulamento)

§ 1º O ajuste de preços de medicamentos será baseado em modelo de teto de preços calculado com base em um índice, em um fator de produtividade e em um fator de ajuste de preços relativos intra-setor e entre setores.

§ 2º O índice utilizado, para fins do ajuste previsto no § 1º, é o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

§ 3º O fator de produtividade, expresso em percentual, é o mecanismo que permite repassar aos consumidores, por meio dos preços dos medicamentos, projeções de ganhos de produtividade das empresas produtoras de medicamentos.

§ 4º O fator de ajuste de preços relativos, expresso em percentual, é composto de duas parcelas:

I - a parcela do fator de ajuste de preços relativos intra-setor, que será calculada com base no poder de mercado, que é determinado, entre outros, pelo poder de monopólio ou oligopólio, na assimetria de informação e nas barreiras à entrada;

II - a parcela do fator de ajuste de preços relativos entre setores, que será calculada com base na variação dos custos dos insumos, desde que tais custos não sejam recuperados pelo cômputo do índice previsto no § 2º deste artigo.

§ 5º Compete à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - Cmed, criada pelo art. 5º desta Lei, propor critérios de composição dos fatores a que se refere o § 1º, bem como o grau de desagregação de tais fatores, seja por produto, por mercado relevante ou por grupos de mercados relevantes, a serem reguladas até 31 de dezembro de 2003, na forma do art. 84 da Constituição Federal.

§ 6º A Cmed dará transparência e publicidade aos critérios a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo.

§ 7º Os ajustes de preços ocorrerão anualmente.

§ 8º O primeiro ajuste, com base nos critérios estabelecidos nesta Lei, ocorrerá em março de 2004, considerando-se, para efeito desse ajuste:

I - o preço fabricante do medicamento em 31 de agosto de 2003; e

II - o IPCA acumulado a partir de setembro de 2003, inclusive.

§ 9º Excepcionalmente, o Conselho de Ministros da Cmed poderá autorizar um ajuste positivo de preços ou determinar um ajuste negativo em 31 de agosto de 2003, tendo como referência o preço fabricante em 31 de março de 2003.

O Decreto 4.766, de 26/06/2003, que regulamentou a MP 123/03 (convertida na Lei 10.742/2003), no seu art. 2º, foi absolutamente fiel à lei no que diz respeito à competência da Cmed.

Na hipótese dos autos, insurge-se a impetrante contra a Resolução 04, de 18/12/2006, que determinou a aplicação, pelas distribuidoras e pelas empresas produtoras de medicamentos, do Coeficiente de Adequação de Preço - CAP ao preço dos produtos a que se refere o art. 2º da mesma resolução, sempre que realizarem vendas destinadas a entes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Em primeiro lugar, é necessário destacar que o Estado está constitucionalmente autorizado a atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica, fiscalizando, incentivando e planejando, nos termos da lei, como está expresso no artigo 174 da Constituição Federal.

A intervenção estatal, como medida excepcional, deve obedecer os limites da lei que, por sua vez, precisa estar em sintonia com os ditames da Constituição Federal, em especial os dispositivos que garantem a livre iniciativa, corolário do princípio da livre concorrência (artigo 170 da CF).

Nessa perspectiva, discute-se neste mandamus: a Resolução 04/2006 violou os princípios da livre concorrência, da garantia da propriedade privada, da função social da propriedade, da isonomia, da legalidade, da razoabilidade, do devido processo legal e da segurança jurídica ao impor a aplicação do CAP aos preços dos medicamentos especificados na venda aos órgãos da Administração Pública? Houve desvio de finalidade?

Encontrei na jurisprudência desta Corte interessante precedente da Primeira Seção em questão análoga à presente na qual, julgando mandado de segurança em que se discutia a fixação de preços pelo Cmed, o Ministro CASTRO MEIRA denegou a ordem em acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDICAMENTOS. FIXAÇÃO DE PREÇOS. DELEGAÇÃO. CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS-Cmed. CONSTITUCIONALIDADE. CRITÉRIOS.

1. O artigo 7º da Lei nº 10.724/03 delega expressamente à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos-Cmed o estabelecimento dos critérios para a aferição dos preços dos produtos novos que venham a ser incluídos na lista de produtos comercializados pela empresa produtora de medicamentos.

2. Por seu turno, o artigo 4º desse diploma legal estabelece as linhas gerais para a Cmed fixar os preços dos medicamentos. Não se vislumbra inconstitucionalidade na delegação à essa Câmara para a fixação dos preços, ante a complexidade da matéria.

3. Impetração contra ato administrativo que estabeleceu preço de medicamento em valor inferior àquele autorizado para concorrente.

4. Critérios do preço, sua composição química do produto e seu enquadramento pela ANVISA. Valores determinados com base no mercado internacional, espanhol, para um deles; italiano e francês, para outro.

5. Inexistência de vulneração aos princípios da isonomia, livre concorrência, razoabilidade e proporcionalidade.

6. Segurança denegada.

(MS 11706/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08.11.2006, DJ 27.11.2006 p. 222)

Nesse julgamento foram firmadas as seguintes conclusões extraídas do voto condutor:

1) não há inconstitucionalidade na delegação de competência ao Cmed porque a lei é precisa em estabelecer critérios razoáveis para a fixação e ajuste do preço de medicamento de interesse fundamental para grande contingente da população;

2) a atividade desenvolvida pela Cmed para delimitar critérios de fixação e reajuste de preços de medicamentos é complexa, função que requer alto grau de conhecimento sobre a dinâmica do mercado financeiro;

3) no caso concreto: a) os preços dos medicamentos questionados foram fixados com base no mercado internacional, não havendo que se falar em ofensa aos princípios da isonomia, da livre concorrência, da razoabilidade e da proporcionalidade sob o argumento de que os critérios de aferição de preço são arbitrários e antiisonômicos; b) também não há violação aos princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade porquanto tanto o "Levenir" como o "Lantus" tiveram seus preços fixados comparando-se os preços de seus princípios ativos no mercado internacional, além do que as substâncias ativas que os compõem são diferentes;

4) como no controle judicial dos atos administrativos somente é possível aferir a juridicidade, descabe ao Judiciário comparar os custos de produção dessas substâncias ou os efeitos colaterais e benefícios que tais medicamentos possam trazer aos usuários com a finalidade de alterar os critérios que determinaram a fixação do preço final ao consumidor (PF);

5) não é legítimo invadir o espaço de decisão política reservado ao Poder Público, sobretudo quando assentada em premissas que se revestem

de razoabilidade, sob pena de trasmudar-se o magistrado indevidamente em administrador.

Entendo, como o Ministro CASTRO MEIRA, ser inquestionável a competência da Cmed para, a partir dos critérios absolutamente técnicos, regular o mercado de medicamentos, particularmente no que toca aos preços iniciais de inserção de medicamentos novos, desde que observados os princípios estabelecidos pela Lei 10.472/03 e pelo Decreto 4.766/2003.

De fato, a lei e o respectivo decreto regulamentador estabeleceram critérios bastante razoáveis para a fixação e para o ajuste dos preços de medicamentos de interesse fundamental para o tratamento de diversas doenças.

Já a norma impugnada neste writ, Resolução 4/2006, determinou a aplicação do CAP a diversos produtos, conforme consta do seu art. 2º, dentre os quais estão incluídos: a) medicamentos de dispensação excepcional (são, geralmente, de uso contínuo e de alto custo, usados no tratamento de doenças crônicas e raras; entre os usuários desses medicamentos estão os transplantados, os portadores de insuficiência renal crônica, de esclerose múltipla, de hepatite viral crônica B e C, de epilepsia, de esquizofrenia refratária e de doenças genéticas como fibrose cística e a doença de Gaucher; são dispensados em farmácias específicas para este fim pelo Sistema Único de Saúde - SUS; por representarem custo elevado, sua dispensação obedece a regras e critérios específicos - Nota Técnica CONASS 02/2003); b) produtos incluídos no Programa de Sangue e hemoderivados; c) medicamentos destinados a portadores da AIDS e outras doenças sexualmente transmissíveis; d) medicamentos destinados a portadores de câncer; e) medicamentos novos (categorias I, II e V de que trata a Resolução 02/2004); f) produtos comprados por força de decisão judicial.

Nesse rol encontram-se, em princípio, medicamentos notoriamente de alto custo, como os utilizados no tratamento da AIDS e do câncer, além dos muitos outros que o Poder Judiciário (inclusive o STJ), tem obrigado o Estado a fornecer gratuitamente à população, atendendo ao postulado constitucional do direito à saúde.

Ao impor a limitação dos preços dos medicamentos, elencados no art. 2º da Resolução 04/2006, a serem adquiridos pelos entes públicos, a Cmed nada mais fez do que

valer-se da competência que lhe foi outorgada pelo art. 6º, incisos II, III, V, VII, VIII, XII e XIII da Lei 10.472/2003 (acima transcritos), com destaque especial para a implementação da política de acesso a medicamentos pela população em geral.

Não vejo, por outro lado, nenhuma ilegalidade no fato de o art. 3º, § 2º da resolução impugnada ter reservado ao Comitê Técnico-Executivo da Cmed a prerrogativa de incluir ou excluir produtos da relação de que trata o § 1º do mesmo artigo. Tal

poder insere-se na competência geral do órgão de regular a política de preços do setor.

Assim, afastado, em primeiro lugar, a alegada infringência ao princípio da legalidade, concluindo que a Administração Pública agiu estritamente dentro do poder de intervenção no domínio econômico que lhe foi outorgado pela Constituição Federal de 1988.

Questiona a impetrante, ainda, o desrespeito aos princípios da livre concorrência, da garantia da propriedade privada, da função social da propriedade e da isonomia.

O contrato administrativo, sabidamente, não obedece às regras de Direito Privado, governando-se por princípios específicos porque, nas palavras de Caio Tácito, “a tônica do contrato se desloca da simples harmonia de interesses para a consecução de um fim de interesse público” (in *Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, 1975, p. 292).

Nesse diapasão, o particular que opta por contratar com a Administração, por conseguinte, deve se submeter às regras do Direito Administrativo e isso não significa que o direito de propriedade do contratado esteja sendo violado, ou desvirtuada a sua função social.

Ademais, a lei não obriga (e nem poderia fazê-lo) que o particular firme contrato com a Administração para fornecimento de bens ou prestação de serviços. Por isso, não vejo porque estaria sendo contrariado o princípio da livre concorrência.

O direito de propriedade e o princípio da livre concorrência não são absolutos e cedem ao interesse social e coletivo, tanto que a própria Constituição Federal permite a intervenção do Estado no domínio econômico.

Nesse ponto, alega a impetrante que “diversas indústrias farmacêuticas tornaram-se economicamente dependentes, de forma direta, da Administração Pública, na medida que esta se tornou sua principal, quando não única, cliente”. Contudo, como bem destacou a autoridade coatora, não fez a impetrante prova do alegado, sendo, portanto, carecedora de ação nesse aspecto, ante a não-comprovação do direito líquido e certo.

Também não vislumbro violação ao princípio da isonomia: se ninguém está obrigado a contratar com a Administração Pública, aqueles que se dispõem a fazê-lo, necessariamente, deverão ser regidos igualmente pelas mesmas regras, de forma que não se pode dizer que a legislação atacada veio para tratar desigualmente aqueles que estão em situação semelhante.

Não obstante as especificidades desse tipo de contrato, isso não significa que a supremacia da Administração Pública possa desrespeitar os direitos do particular com quem contrata. Segundo ensinamentos do Prof. Celso Antônio Bandeira de Melo:

51. Enquanto o particular procura o lucro, o Poder Público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. Calha, pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legítimos de seu contratante, pois não lhe assiste minimizá-los em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte.

(in Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 22ª ed., SP, 2006, p. 621)

Nesse aspecto, peço vênua para invocar os fundamentos adotados pelo Ministro Castro Meira no precedente já citado, para dizer que o Poder Judiciário, ao analisar o ato administrativo, deve ter o cuidado de não se subsumir no papel do administrador, ficando restrita sua análise à legalidade do ato.

Também não tem razão a impetrante quando afirma que o ato impugnado configura desvio de finalidade porque, apesar da alegada intenção de “regular o mercado”, o objetivo, na verdade, seria buscar a solução de um problema de ordem fiscal, por meio do contingenciamento de despesas públicas na aquisição de medicamentos (fl. 17).

A Lei 8.080/90 - Lei Orgânica da Saúde (LOS) - ao regular o serviço de saúde, estabelece que:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

(...)

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

Ora, se o Estado está obrigado, tanto pela Constituição Federal como pela legislação ordinária, a promover a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica e se o dever de garantir a saúde não é exclusivo do Estado, sendo co-responsáveis as pessoas, a família, as empresas e a sociedade em geral, não há qualquer inconstitucionalidade, ilegalidade ou desvio de finalidade no fato de o Poder Público estabelecer regras diferenciadas para aqueles que se dispõem a comercializar com os entes públicos para a consecução desses fins, principalmente se tais medidas atendem ao princípio da razoabilidade.

Na verdade, não raro vamos encontrar hipóteses, como a dos autos, em que o Estado estará, dentro do seu papel de “garantidor de políticas sociais e econômicas que assegurem o acesso universal e igualitário à saúde” (art. 196, da CF/88), atuando

concomitantemente como regulador do mercado de medicamentos e como consumidor desses produtos farmacêuticos para serem empregados no tratamento gratuito de doenças que atingem boa parte da população do país.

Nem por isso poder-se-ia dizer que o Estado, nessa hipótese, não estaria atuando com isenção ao regular os preços iniciais de inserção dos medicamentos novos no mercado ou, como alega a impetrante, que estaria buscando solucionar “um problema de ordem fiscal pelo contingenciamento de despesas públicas na aquisição de medicamentos”.

É que o papel do Estado no atendimento desse princípio fundamental (direito à saúde) é mesmo dúplice, porque tem ele o dever de fornecer atendimento universal e igualitário a toda a sociedade (art. 196, da CF/88) e agir como agente regulador, fiscalizador e controlador do sistema único de saúde (art. 197, também da Carta Magna).

O problema da saúde, segundo a Constituição Federal de 1988 é, realmente, um problema social, mas não um problema exclusivo do Estado, pois o próprio texto constitucional atribui, como diretriz do sistema único de saúde, a participação da comunidade (art. 198, III), em cujo bojo também está incluído o segmento das indústrias farmacêuticas, as quais, por outro lado, estão sujeitas ao controle e à fiscalização pelo sistema único de saúde (art. 200, I).

A análise das normas de regulação do setor farmacêutico e da própria Resolução 04/2006, a partir dos critérios de aferição do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, a despeito do que alegado pela impetrante, deixam isentos de críticas quanto aos limites de sua adequação e da sua necessidade para o atendimento do interesse público os critérios adotados pela Cmed para fixação e ajuste de preços dos medicamentos já referidos, como veremos a seguir.

Passemos, pois, a verificar se as premissas adotadas pelo Poder Público revestem-se ou não de razoabilidade, a fim de impedir que as regras traçadas pela Administração venham a prejudicar a atividade comercial do contratante, eis que a impetrante afirma que o desconto imposto é arbitrário:

O art. 1º, § 2º da Resolução 04/2006 dispõe que a aplicação do CAP (Coeficiente de Adequação de Preço) sobre o Preço Fábrica (PF) resultará no Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG), que será calculado através de uma fórmula, mencionada no art. 3º da mesma resolução.

Essa fórmula (cópia em anexo) constitui-se na média aritmética ponderada, pelo Produto Interno Bruto - PIB, da relação entre o índice do PIB per capita do Brasil e dos nove países relacionados no art. 4º, § 2º, VII da Resolução Cmed 02/2004, quais sejam: Austrália, Canadá, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grécia, Itália, Nova Zelândia e Portugal.

O percentual de 24,69% a que se refere o art. 4º da Resolução 04/2006 é o resultado dessa média ponderada, como demonstra o quadro a seguir reproduzido:

Coeficiente de Adequação de Preço – CAP

| País | PIB - Mil milhões de dólar. PPC 2004 | PIB per capita - dólar. PPC 2004 | Índice PIB | Razão Índice Brasil/País | Percentual de Redução | Percentual de Redução pond pelo PIB |
|----------------|--------------------------------------|----------------------------------|------------|--------------------------|-----------------------|-------------------------------------|
| Austrália | 610,0 | 30.331 | 0,954 | 0,771 | 22,90 | 0,76 |
| Canadá | 999,6 | 31.263 | 0,959 | 0,767 | 23,31 | 1,28 |
| Estados Unidos | 11651,1 | 39.676 | 0,999 | 0,736 | 26,36 | 16,81 |
| França | 1769,2 | 29.300 | 0,948 | 0,776 | 22,43 | 2,17 |
| Nova Zelândia | 95,1 | 23.413 | 0,911 | 0,808 | 19,24 | 0,10 |
| Espanha | 1069,3 | 25.047 | 0,922 | 0,798 | 20,23 | 1,18 |
| Itália | 1622,4 | 28.180 | 0,942 | 0,781 | 21,89 | 1,94 |
| Grécia | 245,5 | 22.205 | 0,902 | 0,816 | 18,45 | 0,25 |
| Portugal | 206,1 | 19.629 | 0,881 | 0,835 | 16,54 | 0,19 |
| Total | 18.268,3 | 249.044 | | | | 24,69 |
| Brasil | 1507,1 | 8.195 | 0,735 | 1 | | |

Fonte: Relatório de Desenvolvimento Humano 2006 - PNUD (<http://www.pnud.org.br/rdh>)

CAP = 24,69%

Ressalte-se que o CAP já existia desde a Resolução Cmed 2/2004 e era aplicado sobre o Preço de Fábrica - PF definido com base nos preços internacionais para fins de fixação de preços de produtos novos (art. 5º), com a diferença de que, pela legislação pretérita, o índice era o resultado da razão entre o Índice do Produto Interno Bruto - PIB *per capita* do Brasil e o Índice do Produto Interno Bruto - PIB do país que apresentasse o menor preço, segundo a ONU, ou seja:

$$\text{CAP} = \frac{\text{PIB per capita do Brasil}}{\text{PIB per capita país} < \text{preço}}$$

Não obstante a alteração da fórmula como advento da legislação impugnada (mais favorável à indústria farmacêutica, diga-se de passagem), efetivamente não se pode dizer que a Cmed determinou a aplicação de um índice aleatório ou arbitrário ou, ainda, que esse índice, ora fixado em 24,69%, é excessivo, posto que razoavelmente determinado a partir da média de preços encontrado no mercado internacional.

A partir dessa abordagem, verifica-se que foram adotados critérios absolutamente técnicos, sobre os quais não pode se imiscuir o Poder Judiciário, sendo que, na hipótese, fica cristalina a observância do princípio da razoabilidade. Por isso, não é possível concluir que o particular estaria sendo prejudicado ao contratar com a Administração Pública.

Segundo a autoridade coatora, a aplicação do CAP resulta em valores que se amoldam perfeitamente à realidade do mercado, não podendo ser considerado absurdo o desconto se as indústrias, na prática, aplicam desconto ainda maiores na venda de medicamentos aos particulares (fl. 160).

Sobre essa questão, interessante destacar que o Juiz Federal Substituto da 2ª Vara de Maringá - PR encaminhou a esta Corte cópia de despacho por ele proferido nos autos de ação ordinária em que o autor pleiteou o fornecimento pelo Estado de medicamento de dispensação excepcional (fls. 366 e v.), tendo destacado S. Exª:

2. Com as manifestações do distribuidor (Prohosp) e do laboratório fabricante do medicamento (Wyeth), tomei conhecimento da discussão jurídica sobre o desconto aplicado no fornecimento do medicamento ao Estado do Paraná (Mandado de Segurança 12730/DF - autos 2007/0068561-2, segundo a fl. 221). Segundo o Estado do Paraná, o preço do fornecimento, com o mencionado desconto, seria o mesmo que este Juízo apurou através de cotação realizada junto à Prohosp (fl. 208).

[...]

Assim, pelo que se tem nos mencionados autos, parece que o distribuidor já vende normalmente no mercado pelo mesmo preço que se opõe a fornecer ao Estado do Paraná. Ora, em princípio, não há justificativa para se cobrar do Ente Público mais do que se cobra no mercado normal.

Entendo, outrossim, que o ato atacado encontra-se devidamente motivado, não havendo ofensa ao devido processo legal.

Por outro lado, igualmente não se há de falar em violação ao princípio da segurança jurídica, posto que a Resolução 04/2006 expressamente ressalvou que os contratos firmados anteriormente à sua edição continuariam a ser regidos pelas cláusulas contratuais, não se aplicando as novas regras.

Por fim, demonstrou a autoridade coatora, através da Carta CT144/04/CM, que houve negociação entre a Cmed e o setor farmacêutico, por intermédio da FEBRAFARMA - Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica (entidade da qual é integrante a INTERFARMA), tendo manifestado sua concordância com o CAP (fls. 219/220).

Do resultado dessas negociações, o Governo Federal, em contra-partida, ampliou a relação dos medicamentos incluídos no regime especial de utilização do crédito presumido do PIS/Pasep e da COFINS, beneficiando o setor farmacêutico (Decreto 6.066, de 21/03/2007).

Por todas essas razões, concluo inexistir qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no ato impugnado, razão pela qual denego a segurança, ficando prejudicada a análise do pedido liminar.

É o voto.

Na mesma linha de entendimento do mencionado precedente:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS. Cmed. COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇO (CAP). LEI 10.742/2003. RESOLUÇÃO 4/2006. LEGALIDADE.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do MS 12.730/DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, decidiu que a Resolução Cmed 4/2006, que determinou a aplicação do Coeficiente de Adequação de Preço (CAP) a diversos produtos adquiridos por entes estatais, encontra respaldo na Constituição da República e na Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/1990), atendendo às diretrizes estabelecidas pela Lei 10.742/2003 relativamente à implementação da política de acesso a medicamentos pela população em geral.

2. Mandado de Segurança denegado.

(MS 12.915/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 28/08/2009).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDICAMENTOS. FIXAÇÃO DE PREÇOS. DELEGAÇÃO. CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS-Cmed. CONSTITUCIONALIDADE. CRITÉRIOS.

1. O artigo 7º da Lei n. 10.724/03 delega expressamente à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos-Cmed o estabelecimento dos critérios para a aferição dos preços dos produtos novos que venham a ser incluídos na lista de

produtos comercializados pela empresa produtora de medicamentos.

2. Por seu turno, o artigo 4º desse diploma legal estabelece as linhas gerais para a Cmed fixar os preços dos medicamentos. Não se vislumbra inconstitucionalidade na delegação à essa Câmara para a fixação dos preços, ante a complexidade da matéria.

3. Impetração contra ato administrativo que estabeleceu preço de medicamento em valor inferior àquele autorizado para concorrente.

4. Critérios do preço, sua composição química do produto e seu enquadramento pela ANVISA. Valores determinados com base no mercado internacional, espanhol, para um deles; italiano e francês, para outro.

5. Inexistência de vulneração aos princípios da isonomia, livre concorrência, razoabilidade e proporcionalidade.

6. Segurança denegada.

(MS 11.706/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJ de 27/11/2006).

No MS 12.915/DF, supracitado, o Ministro Herman Benjamin concluiu:

1. O Estado está constitucionalmente autorizado a atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica, fiscalizando, incentivando e planejando, nos termos da lei, como está expresso no artigo 174 da Constituição Federal;

2. Não há inconstitucionalidade na delegação de competência ao Cmed porque a lei é precisa em estabelecer critérios razoáveis para a fixação e ajuste do preço de medicamento de interesse fundamental para grande contingente da população;

3. A atividade desenvolvida pela Cmed para delimitar critérios de fixação e reajuste de preços de medicamentos é complexa, função que requer alto grau de conhecimento sobre a dinâmica do mercado financeiro;

4. Os preços dos medicamentos questionados foram fixados com base no mercado internacional, não havendo que se falar em ofensa aos princípios da isonomia, da livre concorrência, da razoabilidade e da proporcionalidade sob o argumento de que os critérios de aferição de preço são arbitrários e antiisonômicos;

5. Não é legítimo invadir o espaço de decisão política reservado ao Poder Público, sobretudo quando assentada em premissas que se revestem de razoabilidade, sob pena de trasmudar-se o magistrado indevidamente em administrador;

6. Ao impor a limitação dos preços dos medicamentos, elencados no art. 2º da Resolução 4/2006, a serem adquiridos pelos entes públicos, a Cmed nada mais fez do que valer-se da competência que lhe foi outorgada pelo art. 6º, incisos II, III, V, VII, VIII, XII e XIII da Lei 10.472/2003 (acima transcritos), com destaque especial para a implementação da

política de acesso a medicamentos pela população em geral;

7. O particular que opta por contratar com a Administração, por conseguinte, deve se submeter às regras do Direito Administrativo e isso não significa que o direito de propriedade do contratado esteja sendo violado, ou desvirtuada a sua função social. Ademais, a lei não obriga (e nem poderia fazê-lo) que o particular firme contrato com a Administração para fornecimento de bens ou prestação de serviços. Por isso, não vejo porque estaria sendo contrariado o princípio da livre concorrência;

8. O direito de propriedade e o princípio da livre concorrência não são absolutos e cedem ao interesse social e coletivo, tanto que a própria Constituição Federal permite a intervenção do Estado no domínio econômico;

9. Não se vislumbra violação ao princípio da isonomia: se ninguém está obrigado a contratar com a Administração Pública, aqueles que se dispõem a fazê-lo, necessariamente, deverão ser regidos igualmente pelas mesmas regras, de forma que não se pode dizer que a legislação atacada veio para tratar desigualmente aqueles que estão em situação semelhante;

10. Se o Estado está obrigado, tanto pela Constituição Federal como pela legislação ordinária, a promover a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica e se o dever de garantir a saúde não é exclusivo do Estado, sendo co-responsáveis as pessoas, a família, as empresas e a sociedade em geral, não há inconstitucionalidade, ilegalidade ou desvio de finalidade no fato de o Poder Público estabelecer regras diferenciadas para aqueles que se dispõem a comercializar com os entes públicos para a consecução desses fins, principalmente se tais medidas atendem ao princípio da razoabilidade;

11. Na verdade, não raro o Estado, dentro do seu papel de “garantidor de políticas sociais e econômicas que assegurem o acesso universal e igualitário à saúde” (art. 196 da CF/1988), atua concomitantemente como regulador do mercado de medicamentos e como consumidor desses produtos farmacêuticos para serem empregados no

tratamento gratuito de doenças que atingem boa parte da população do país;

12. Nem por isso poder-se-ia dizer que o Estado, nessa hipótese, não estaria atuando com isenção ao regular os preços iniciais de inserção dos medicamentos novos no mercado ou, como alega a impetrante, que estaria buscando solucionar “um problema de ordem fiscal pelo contingenciamento de despesas públicas na aquisição de medicamentos”;

13. O papel do Estado no atendimento desse princípio fundamental (Direito à Saúde) é mesmo duplice, porque tem ele o dever de fornecer atendimento universal e igualitário a toda a sociedade (art. 196, da CF/88) e agir como agente regulador, fiscalizador e controlador do sistema único de saúde (art. 197, também da Carta Magna);

14. O problema da saúde, segundo a Constituição Federal de 1988 é, realmente, um problema social, mas não um problema exclusivo do Estado, pois o próprio texto constitucional atribui, como diretriz do sistema único de saúde, a participação da comunidade (art. 198, III), em cujo bojo também está incluído o segmento das indústrias farmacêuticas, as quais, por outro lado, estão sujeitas ao controle e à fiscalização pelo sistema único de saúde (art. 200, I);

15. Não se pode dizer que a Cmed determinou a aplicação de índice aleatório ou arbitrário ou, ainda, que esse índice, ora fixado em 24,69%, é excessivo, pois foi razoavelmente determinado a partir da média de preços encontrado no mercado internacional;

16. A partir dessa abordagem, verifica-se que foram adotados critérios absolutamente técnicos, sobre os quais não pode se imiscuir o Poder Judiciário, sendo que, na hipótese, fica cristalina a observância do princípio da razoabilidade. Por isso, não é possível concluir que o particular estaria sendo prejudicado ao contratar com a Administração Pública.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Sexta Turma

Numeração única: 0004183-59.2009.4.01.3807

Apelação Cível 2009.38.07.004187-6/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Apelante: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Dra. Márcia Caldeira Goncalves e outros
Apelada: Eveline Nogueira de Castro e Oliveira
Advogado: Dr. Freddy Correa Machado Costa
Publicação: e-DJF1 de 25/01/2013, p. 845

Ementa

Responsabilidade civil in re ipsa. Inscrição indevida em cadastros de restrição ao crédito. Empréstimo consignado cuja prestação foi devidamente descontada dos rendimentos da servidora. Falta de repasse do município. Redução do quantum indenizatório e dos honorários de advogado.

I. Para consubstanciar responsabilidade civil faz-se necessário identificar a conduta do agente e o resultado danoso, bem como o nexa causal, consistente num componente referencial entre a conduta e o resultado.

II. No caso de inscrição indevida em cadastro de restrição ao crédito o dano moral é in re ipsa, isto é, presumido, prescinde de prova. Precedentes do STJ e desta Corte.

III. Fica configurada a responsabilidade da Caixa Econômica Federal pela inscrição indevida do nome da autora nos cadastros de restrição ao crédito em razão de alegada inadimplência decorrente de empréstimo consignado, tendo em vista que a Administração Municipal de Indaiabira – MG não teria repassado ao agente financeiro os valores descontados nos contracheques do servidor.

IV. Ao firmar convênio com o Município de Indaiabira – MG, com a finalidade de promover empréstimos aos servidores municipais mediante desconto em seus vencimentos, a CEF assume os riscos no caso de eventual desídia no repasse das verbas pela Administração Pública, ao tempo em que auferes os benefícios dessa espécie de negociação, cuja segurança no desconto direto em folha de pagamento certamente proporciona vantagens ao agente financeiro que não pode transferir aos servidores a responsabilidade pela inoperância municipal.

V. Assim, cabe à CEF arcar com os danos experimentados pela autora e querendo, exercer o direito de regresso contra quem tenha efetivamente culpa pelo evento danoso. Isso porque a Caixa é uma Empresa Pública Federal que responde objetivamente pelos seus atos, consoante se depreende da teoria do risco e da responsabilidade objetiva de que trata o art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

VI. Não merece amparo judicial a pretensão da CEF de atribuir culpa à autora em face de alegado descumprimento de cláusula contratual que o obrigaria a comunicar os descontos à Caixa, tendo presente que não houve notificação para esse fim, conforme exige a cláusula do contrato em referência. E, ainda, porque a “Cláusula contratual que autoriza desconto em folha de pagamento de prestação de empréstimo contratado não pode ser suprimida por vontade unilateral do devedor, uma vez que é circunstância facilitadora para obtenção de crédito em condições de juros e prazos mais vantajosos para o mutuário [...]” (STJ - AgRg no REsp 959.612/MG).

VII. No cálculo da indenização por danos morais, o julgador deve atuar com razoabilidade, observando o caráter indenizatório e sancionatório de modo a compensar o constrangimento suportado, sem caracterizar enriquecimento ilícito, até porque “A indenização por dano moral não é preço matemático, mas compensação parcial, aproximativa, pela dor injustamente provocada” (REsp 617.131/MG).

VIII. Caso em que o valor da indenização por danos morais decorrentes da inscrição indevida em cadastro de restrição ao crédito fixado em primeira instância no importe de R\$ 10.000,00 deve ser reduzido para R\$ 5.000,00 a fim de ficar em sintonia com a realidade de demandas similares examinadas por este Tribunal. Precedentes desta Corte.

IX. Na condenação em honorários de advogado o julgador deve observar a regra dos §§ 3º e 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, considerando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, bem como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Entretanto, “a legislação não vincula o julgador a nenhum percentual ou valor certo. Além disso, ao arbitrar a verba honorária, ele pode se valer de percentuais tanto sobre o valor da causa quanto sobre o valor da condenação, bem como fixar os honorários em valor determinado.” (AgRg no REsp 698.490/PE). Caso em que a fixação da verba honorária em R\$ 1.000,00 revela-se desproporcional diante da reforma parcial da sentença e da complexidade da matéria. Neste caso, deve ser reduzida para o montante de R\$ 500,00 a fim de ajustar-se à realidade das demandas similares examinadas por este Tribunal.

X. Apelação da CEF parcialmente provida para reduzir o valor da indenização para R\$ 5.000,00 e os honorários advocatícios para R\$ 500,00.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 17/12/2012.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: —
A Caixa Econômica Federal interpõe apelação contra sentença proferida pelo MM. juiz federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Montes Claros – MG que julgou parcialmente procedente o pedido de indenização por danos morais proposto por Eveline Nogueira de Castro e Oliveira – servidora do Município de Indaiabira/MG – tendo em vista a inscrição indevida em cadastros de restrição ao crédito decorrente do inadimplemento de empréstimo consignado em que a Administração Municipal deixou de repassar ao agente financeiro o valor regularmente descontado da remuneração da servidora.

2. Na ocasião, concluiu o julgamento na forma do seguinte dispositivo (fl. 74/75-v):

Em face do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial, para condenar a CEF a pagar à PARTE AUTORA, a título de danos morais, o valor de R\$ 10.000,00. A partir desta data, sobre o valor da condenação, incidirá correção monetária e juros de mora, exclusivamente, pela SELIC.

CONFIRMO a decisão de antecipação de tutela de fls. 23/24, ampliando os seus efeitos, para impedir que a CEF continue a inscrever a PARTE AUTORA no SPC/SERASA, em decorrência do “ardiloso mecanismo de inadimplência mensal e regular” narrado acima, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00.

Custas pela CEF, que pagará à AUTORA honorários no valor de R\$ 1.000,00, com correção monetária a partir desta data, conforme índices constantes do manual de cálculos da Justiça Federal.

Após o trânsito em julgado, incidirá, a título de correção monetária e juros de mora, exclusivamente, a SELIC.

Transitada em julgado e mantida a sentença, RECLASSIFICAR. A PARTE AUTORA passa a ser EXEQUENTE e a PARTE RÉ a EXECUTADA. Em seguida, INTIME-SE a EXECUTADA para pagar o valor da condenação (principal e honorários), nos termos do art. 475-J do CPC, no prazo de 15 dias, sob pena de multa de 10%. Efetuado ou não o pagamento, VISTA à EXEQUENTE, para requerer o que for de seu interesse. Nada requerido, ARQUIVEM-SE.

P.R.I.

3. Em suas razões de recurso (fls. 78–86), a CEF sustenta que só teve conhecimento de que o Município procedia aos descontos nos contracheques da servidora sem promover o repasse referente ao empréstimo consignado com a posse da nova Administração municipal, em 2009. Nesse passo, entende que caberia à servidora comprovar a existência do desconto após o recebimento das correspondências que notificaram a probabilidade de inclusão nos cadastros de restrição ao crédito, consoante cláusula entabulada no contrato avençado entre as partes. Argumenta que à medida que o novo gestor público repassava os valores descontados dos servidores municipais procedia à liquidação das prestações mais antigas a fim de evitar a cobranças de maiores encargos contratuais. Alega que os dissabores experimentados pela autora não podem ser imputados à Caixa, e sim ao Município de Indaiabira ou à própria autora que não informou ao agente financeiro os descontos do empréstimo em sua folha de pagamento.

4. Por fim, requer a absolvição da condenação aplicada em primeira instância ou a redução do valor fixado a título de indenização, bem como a inversão do ônus da sucumbência.

5. Após o recebimento do recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl. 119), os autos subiram a esta Corte sem as contrarrazões da autora (certidão de fl. 117).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — A *quaestio juris* posta para julgamento diz respeito à indenização por danos morais na hipótese de empréstimo consignado em que o agente financeiro procede à inclusão do nome da servidora em cadastro de restrição ao crédito em decorrência do não recebimento das prestações descontadas nos contracheques e não repassadas pelo Município.

2. Para a atribuição de responsabilidade civil faz-se necessário a presença de elementos essenciais. Por um lado, a conduta do agente e o resultado danoso, por outro, o nexo causal, consistente num componente referencial entre a conduta e o resultado. Dessa forma, a indenização só pode ocorrer quando ficar estabelecido que a ação ou omissão do agente tenha provocado dano a certa pessoa. Nesse ponto, destaco o seguinte excerto da jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de potencialidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).

(Grifei). (REsp 858511/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª Turma, DJe 15/09/2008).

3. No caso de inscrição indevida em cadastro de restrição ao crédito o dano moral é *in re ipsa*, isto é, presumido, prescinde de prova. Esse entendimento é uníssono na jurisprudência, como se extrai dos seguintes arestos:

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado).

AGRAVONORECURSOESPECIAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL IN RE IPSA.

1. É inadmissível o reexame de fatos e provas em recurso especial.

2. A inscrição indevida nos cadastros restritivos de crédito é suficiente para a configuração dos danos morais.

3. Agravo no recurso especial não provido.

(Negritei). (AgRg no REsp 1142947/AL, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe 21/10/2010).

RESPONSABILIDADE CIVIL. ENCERRAMENTO DE CONTA-CORRENTE COM QUITAÇÃO DE TODOS OS DÉBITOS PENDENTES. INCLUSÃO INDEVIDA DO NOME DA CLIENTE NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL PRESUMIDO. VALOR DA REPARAÇÃO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO. CONTROLE PELO STJ. POSSIBILIDADE.

I - O banco é responsável pelos danos morais causados por deficiência na prestação do serviço, consistente na inclusão indevida do nome de correntista nos órgãos de proteção ao crédito, causando-lhe situação de desconforto e abalo psíquico.

II - Em casos que tais, o dano é considerado *in re ipsa*, isto é, não se faz necessária a prova do prejuízo, que é presumido e decorre do próprio fato e da experiência comum.

III - Inexistindo critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, atendendo às peculiaridades do caso concreto, o que, na espécie, não ocorreu, distanciando-se o quantum arbitrado da razoabilidade.

Recurso Especial parcialmente provido.

(Negritei). (REsp 786239/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 13/05/2009).

4. Nesta Corte, prevalece o mesmo entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, como se pode notar do seguinte precedente:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. DESISTENCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO EM RAZÃO DA NÃO ENTREGA DA MERCADORIA. FINANCIAMENTO. DESISTÊNCIA. NOTIFICAÇÃO EFETUADA ANTERIORMENTE AO PROTESTO. INSCRIÇÃO EM CADASTRO RESTRITIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO. HONORÁRIOS. BASE DE CÁLCULO.

1. Orientação jurisprudencial assente nesta Corte, na linha do entendimento enunciado na súmula 297 da jurisprudência predominante no colendo Superior Tribunal de Justiça, a de que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às

instituições financeiras”, sendo cabível indenização por danos materiais e morais resultantes da indevida inclusão de nome em cadastros restritivos de crédito, configurados estes in re ipsa.

6. Recurso de apelação a que se nega provimento.

(Negritei). (AC 0003570-35.2006.4.01.4101 / RO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MOREIRA ALVES, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL MARCOS AUGUSTO DE SOUSA (CONV.), SEXTA TURMA, e-DJF1 p.128 de 22/08/2011).

5. O caso dos autos revela que a Caixa Econômica Federal procedeu à inscrição do nome da autora nos cadastros de restrição ao crédito em razão de alegada inadimplência decorrente de empréstimo consignado, tendo em vista que a Administração do Município de Indaiabira – MG não repassou ao agente financeiro os valores descontados nos contracheques do servidor.

6. À fl. 56 dos autos encontra-se folha de consulta comprovando a inscrição do nome da autora em cadastro de inadimplente e às fls. 15–21 foram juntados os comprovantes de rendimento que demonstram o desconto das prestações pela Administração Municipal.

7. *In casu*, fica configurada a responsabilidade da Caixa Econômica Federal pela inscrição indevida do nome da autora nos cadastros de restrição ao crédito em razão de alegada inadimplência decorrente de empréstimo consignado, tendo em vista que a Administração Municipal de Indaiabira – MG não teria repassado ao agente financeiro os valores descontados nos contracheques do servidor.

8. Ao firmar convênio com o Município de Indaiabira – MG, com a finalidade de promover empréstimos aos servidores municipais mediante desconto em seus vencimentos, a CEF assume os riscos no caso de eventual desídia no repasse das verbas pela Administração Pública, ao tempo em que auferir os benefícios dessa espécie de negociação, cuja segurança no desconto direto em folha de pagamento certamente proporciona vantagens ao agente financeiro que não pode transferir aos servidores a responsabilidade pela inoperância municipal.

9. Desse modo, cabe à CEF arcar com os danos experimentados pela autora e querendo, exercer o direito de regresso contra quem tenha efetivamente culpa pelo evento danoso. Isso porque a Caixa é uma Empresa Pública Federal que responde objetivamente pelos seus atos, consoante se depreende da teoria do risco e da responsabilidade objetiva de que trata o art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

10. Nesse sentido, destaco a orientação deste Tribunal, inclusive de minha relatoria, que retrata o entendimento das duas Turmas integrantes da Terceira Seção desta Corte, que tem a competência regimental para examinar a matéria.

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO EM FOLHA. AUSÊNCIA DE REPASSE DE VALORES À INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. CONVÊNIO. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. COMPROVAÇÃO. RESPONSABILIDADE. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR EM CADASTRO DE INADIMPLÊNCIA. DEVER DE INDENIZAR. QUANTO INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE.

1. O autor contratou empréstimo, consignado em folha de pagamento, com a Caixa Econômica Federal - CEF.

2. Apesar da comprovação do desconto em folha, a Caixa Econômica Federal procedeu à inscrição de seu nome na SERASA, causando-lhe constrangimentos.

3. A Caixa sustenta que a folha de pagamento do autor demonstra somente a averbação junto à Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, não provando o repasse da importância.

4. O convênio firmado entre a Caixa Econômica Federal e a Agência Goiana de Administração e Negócios Públicos prevê empréstimos a servidores estaduais mediante desconto em folha de pagamento junto à Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás. A instituição bancária tem lucro e segurança com a assinatura de convênios desta natureza e não pode transferir, aos servidores, a responsabilidade pela ausência de repasse de valores.

5. Considerando o desconto da parcela no contracheque do autor, não se afigura razoável a inscrição de seu nome em cadastros de inadimplentes.

6. Não incide a disposição contratual que exige o pagamento, pelo cliente, quando o repasse não é feito pelo conveniente.

7. O princípio da veracidade rege os cadastros de consumidores (art. 43, § 1º, da Lei nº 8.078/90) e o consumidor tem o direito de exigir do fornecedor das informações reparação (art. 6º, inciso VI, da Lei n. 8.078/90) dos danos decorrentes da inscrição e permanência indevidas de seu nome em tais bancos de dados.

8. O dano moral, no caso, é presumido. Provada inscrição indevida, fica caracterizado o dever de indenizar, sendo desnecessária demonstração de prejuízo financeiro.

9. A estipulação do quanto indenizatório deve levar em conta a finalidade sancionatória e educativa da condenação. Não pode, por isso, resultar o arbitramento em valor inexpressivo.

10. O valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) atende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, prestando-se à justa indenização do autor pelos danos morais sofridos, estando, a propósito, de acordo com o entendimento adotado por esta Turma.

11. Apelação a que se dá provimento.

(Negritei). (AC 2003.35.00.004300-3/GO, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1 p.599 de 22/09/2009).

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDEVIDA INCLUSÃO DO NOME DA AUTORA EM CADASTROS DE RESTRIÇÃO DE CRÉDITO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO EM FOLHA DE PAGAMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO.

I - É devida a condenação no pagamento de indenização por responsabilidade civil, pela reparação do dano moral ante a simples demonstração de inscrição irregular, ou seja, provada que ao tempo da inscrição não se encontrava a autora em situação de inadimplência.

II - A autora comprovou a inclusão de seu nome em cadastro restritivo ao crédito, bem como colacionou aos autos cópias dos contracheques demonstrando que o empréstimo consignado fora regularmente descontado em sua folha de pagamento.

III - A CEF não logrou demonstrar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da autora. Ao contrário, deixou de trazer aos autos os elementos que poderiam escusá-la da responsabilidade pelo evento danoso.

IV - A "reparação de danos morais ou extra patrimoniais, deve ser estipulada 'cum arbitrio boni iuri', estimativamente, de modo a desestimular a ocorrência de repetição de prática lesiva; de legar à coletividade exemplo expressivo da reação da ordem pública para com os infratores e compensar a situação vexatória a que indevidamente foi submetido o lesado, sem reduzi-la a um mínimo inexpressivo, nem elevá-la a cifra enriquecedora" (TRF1 AC 96.01.15105-2/BA).

V - No tocante ao quantum indenizatório, considerando os critérios da justa reparação, efetiva sanção ao dano e não enriquecimento da vítima, tenho que o valor fixado na sentença recorrida no valor de R\$ 10.000,00 se revela desproporcional, de modo que devida sua redução para o equivalente a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), patamar admitido pelas Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte em situações semelhantes.

VI - Apelação a que se dá parcial provimento, apenas para reduzir para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) o quantum devido a título de danos morais.

(Negritei). (AC 0001851-60.2006.4.01.3311 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.263 de 28/05/2012).

11. Anote-se que não merece amparo judicial a pretensão da CEF de atribuir à autora a culpa pela inscrição indevida em razão da omissão em comprovar a existência do desconto da prestação correspondente após a notificação, § 5º da cláusula quarta do contrato, fl. 60, porque não houve notificação da CEF à autora para esse fim, uma vez que os documentos de fl. 14 são comunicados dos órgãos de registro de negativação do nome de que a Caixa está promovendo a inscrição da autora na base de dados centralizada do serviço de proteção ao crédito e não tem nada a ver com notificação prevista no contrato para apresentação de comprovante de descontos. Destarte, caberia ao agente financeiro dar efetividade ao inciso I do parágrafo quinto da cláusula quarta do contrato (fl. 52), assim redigido:

Inciso I - Comprovado pelo devedor, a qualquer tempo, que o valor não repassado foi devidamente descontado de seu salário, a CAIXA não poderá exigir, sob qualquer forma, tal valor do DEVEDOR, devendo cobrá-lo diretamente do CONVENENTE/EMPREGADOR. (Negritei).

12. Não fora isso, merece registro o fato de que nos contratos de empréstimo consignado decorrentes de convênio entre o ente público e o agente financeiro, é ínfima a possibilidade de o servidor deixar de adimplir unilateralmente a obrigação contratada. A esse respeito, é exemplar a ementa de julgado abaixo colacionada:

CIVIL. AÇÃO REVISIONAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LICITUDE DA COBRANÇA. SÚMULA N. 294 DO STJ. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. SUPRESSÃO UNILATERAL. IMPOSSIBILIDADE. LIMITE DE 30% DOS VENCIMENTOS.

.....
2. Cláusula contratual que autoriza desconto em folha de pagamento de prestação de empréstimo contratado não pode ser suprimida por vontade unilateral do devedor, uma vez que é circunstância facilitadora para obtenção de crédito em condições de juros e prazos mais vantajosos para o mutuário; todavia, deve ser limitada a 30% dos vencimentos.

3. Agravo regimental parcialmente provido.

(Negritei). (AgRg no REsp 959.612/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 03/05/2010).

13. Assim, tenho por configurado o dano moral a consubstanciar a responsabilidade objetiva da Caixa Econômica Federal, tendo presente que

[...] a caracterização da responsabilidade objetiva requer, apenas, a ocorrência de três pressupostos: a) fato administrativo: assim

considerado qualquer forma de conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público; b) ocorrência de dano: tendo em vista que a responsabilidade civil reclama a ocorrência de dano decorrente de ato estatal, *latu sensu*; c) nexos causal: também denominado nexos de causalidade entre o fato administrativo e o dano, conseqüentemente, incumbe ao lesado, apenas, demonstrar que o prejuízo sofrido advém da conduta estatal, sendo despidendo tecer considerações sobre o dolo ou a culpa. (REsp 944.884/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 18/10/2007, DJe 17/04/2008).

14. Desse modo, resta examinar o valor da indenização.

15. Ao quantificar a indenização por dano moral o julgador deve atuar com razoabilidade, observando o caráter indenizatório e sancionatório de modo a compensar o abalo suportado, sem caracterizar enriquecimento ilícito. Ou seja,

[...] a indenização a esse título deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. (REsp 245727/SE, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJ 05/06/2000 p. 174).

16. É certo que o choque e a perturbação sofridos pela autora diante da inscrição indevida de seu nome em cadastros de restrição ao crédito, tolhendo-lhe o direito de praticar atos comezinhos da vida civil, arrancam sua dignidade protegida pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal e são capazes de causar abalo emocional a ensejar a reparação pela via de indenização pecuniária.

17. Na espécie, entendo que o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixado na sentença recorrida, encontra-se além do valor normalmente arbitrado por esta Corte para valorar a dor moral nesses casos, tendo presente que “A indenização por dano moral não é preço matemático, mas compensação parcial, aproximativa, pela dor injustamente provocada” (REsp 617.131/MG, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 25/11/2009). Assim, o *quantum* indenizatório deve ser reduzido para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a fim de ficar em sintonia com a realidade de demandas similares

examinadas por este Tribunal, das quais são exemplos os seguintes arestos:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF). INCLUSÃO INDEVIDA DO NOME DE CLIENTE EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DANO MORAL INDENIZÁVEL. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO.

1. Comprovado que o empréstimo realizado foi devidamente quitado, mediante desconto mensal das parcelas pactuadas em folha de pagamento, torna-se indevida a inclusão do nome do cliente no SERASA, sob o argumento de que o empregador, Município de Redenção/PA, não repassava à instituição financeira os valores retidos do empregado, já que este não deu causa à ocorrência desse evento.

2. O dever de indenização se consubstancia, ante o nexos de causalidade entre a conduta abusiva da instituição financeira e a efetivação do referido dano.

3. O valor da indenização por danos morais não pode ser módico, de forma a representar ausência de sanção efetiva ao ofensor; nem excessivo, a fim de evitar o enriquecimento sem causa da vítima. A redução do valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) se mostra mais justa e está em linha com a jurisprudência da Turma em casos análogos.

4. Apelação da CEF parcialmente provida.

(Negritei). (AC 0001689-75.2005.4.01.3901 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO (CONV.), SEXTA TURMA, e-DJF1 p.224 de 17/08/2009).

RESPONSABILIDADE CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. CEF. DEVOLUÇÃO INDEVIDA DE CHEQUE. INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. FALHA OPERACIONAL DO BANCO. DANO MORAL CARACTERIZADO. MONTANTE DA INDENIZAÇÃO.

1. Na esteira da jurisprudência formada no âmbito desta Corte, o valor da indenização, reduzido de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), se mostra mais adequado às circunstâncias da causa, uma vez que não comprovou o Autor ter seu nome negativado por um longo período, nem que tenha sofrido prejuízos de maior repercussão em sua esfera psíquica ou em seu meio social, além daqueles inerentes à própria inscrição de seu nome no respectivo cadastro de restrição ao crédito.

2. Embargos infringentes do Autor desprovidos.

(Negritei). (EAC 0027882-47.2002.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF1 p.17 de 11/05/2009).

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. EMPRÉSTIMO. ADIMPLENTO DA PRESTAÇÃO ANTES DA INSCRIÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL .

I - Havendo prova nos autos de que houve o pagamento da prestação, decorrente de empréstimo contraído junto à CEF, inclusive, em data anterior à inscrição do nome do autor em cadastros de inadimplentes, resta configurada, na espécie, a ilegitimidade da cobrança de débito referente à suposta prestação não quitada e, conseqüentemente, da inscrição do seu nome em cadastros de inadimplentes.

II - Se a irregularidade, na espécie dos autos, deveu-se à desídia da Caixa Econômica Federal em inscrever o nome do autor em cadastro de restrição de crédito , quando já pago o débito, o constrangimento daí decorrente caracteriza o dano moral passível de reparação.

III - O quantum fixado para indenização, não pode configurar valor exorbitante que caracterize o enriquecimento sem causa da vítima, como também, não pode consistir em valor irrisório a descaracterizar a indenização almejada, o que não se verifica nestes autos, posto que a indenização fixada, de acordo com o entendimento majoritário da Turma, é de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). A correção monetária, contudo, deve ser calculada a partir da data deste julgado, conforme entendimento jurisprudencial desta Sexta Turma, no ponto. IV - Apelação provida, em parte.

(Negritei). (AC 0003126-97.2004.4.01.3801 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.97 de 21/07/2008)

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DA AUTORA. AUSÊNCIA DE TITULARIDADE DA CONTA BANCÁRIA REFERENTE AOS CHEQUES, CUJA DEVOLUÇÃO ENSEJOU A RESTRIÇÃO CADASTRAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL .

I - Se a irregularidade, na espécie dos autos, deveu-se à desídia da Caixa Econômica Federal em incluir indevidamente o nome da autora em cadastro de restrição ao crédito , o constrangimento pelo qual esta passou, em decorrência da referida inscrição, caracteriza o dano moral passível de reparação.

II - O quantum fixado para indenização, não pode configurar valor exorbitante que caracterize o enriquecimento sem causa da vítima, como

também, não pode consistir em valor irrisório a descaracterizar a indenização almejada, o que não se verifica nestes autos, posto que a indenização foi fixada, observando-se o princípio da razoabilidade, em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

III- Apelação desprovida.

(Negritei). (AC 0035465-49.2003.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES, Rel.Acor. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, SEXTA TURMA, DJ p.63 de 13/08/2007)

18. No tocante à verba de sucumbência, registro que na condenação em honorários de advogado o julgador deve observar a regra dos §§ 3º e 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, considerando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, bem como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

19. Entretanto, “a legislação não vincula o julgador a nenhum percentual ou valor certo. Além disso, ao arbitrar a verba honorária, ele pode se valer de percentuais tanto sobre o valor da causa quanto sobre o valor da condenação, bem como fixar os honorários em valor determinado.” (Negritei). (Voto condutor do AgRg no REsp 698.490/PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 24/11/2009, DJe 03/12/2009).

20. O arbitramento da verba honorária em R\$ 1.000,00 (um mil reais), como ficou definido na sentença recorrida, revela-se desproporcional diante da reforma parcial da sentença e da complexidade da matéria. Neste caso, deve ser reduzida para o montante de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a fim de ajustar-se à realidade das demandas similares examinadas por este Tribunal.

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação da Caixa Econômica Federal para reduzir o valor da indenização para o montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e os honorários advocatícios para o importe de R\$ 500,00 (quinhentos reais), mantida a sentença recorrida nos demais termos.

É como voto.

Sexta Turma

Numeração única: 0017876-05.2007.4.01.3800

Apelação Cível 2007.38.00.018061-1/MG

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)
 Apelante: Wagner Magalhães Pereira
 Advogados: Dr. Rogério Martins Gonçalves e outros
 Apelante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT
 Advogados: Dra. Maria Aparecida Ferreira Barros e outros
 Apelados: os mesmos
 Publicação: e-DJF1 de 13/02/2013, p. 60

Ementa

Administrativo. Concurso público. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Cargo de carteiro. Exame pré-admissional. Inabilitação. Laudo pericial. Conclusão pela possibilidade atual de exercício das atividades inerentes ao cargo. Indenização decorrente de nomeação tardia do concursando a cargo público em razão de ato administrativo tido por ilegal em decisão judicial transitada em julgado. Alteração da orientação jurisprudencial da Corte Especial do STJ com supedâneo em julgamentos do STF. Impossibilidade de retroação dos efeitos funcionais. Custas processuais. ECT. Isenção.

I. Ilegal a pretensão de impedir a posse de candidato no cargo para o qual logrou aprovação em concurso público com base em mera possibilidade de evolução da doença que possui. O evento futuro e incerto não pode ser invocado como obstáculo ao legítimo exercício do cargo público almejado pela demandante. O que deve ser considerado no exame pré-admissional é a aptidão atual, a qual restou comprovada pela prova pericial médica produzida nos autos.

II. Alteração do entendimento do STJ, via Corte Especial em julgamento de embargos de divergência entre a 1ª e 3ª Seções, com força em precedentes do STF, que o candidato, cuja nomeação tardia decorreu de decisão judicial, não tem direito à indenização pelo tempo que aguardou a solução definitiva do Judiciário. (REsp 1117974/RS, rel. Min. Eliana Calmon, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 21/09/2011, DJe 19/12/2011). No mesmo sentido: AgRg no AREsp 109.277/DF, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19/04/2012, DJe 04/05/2012 e AgRg no AgRg no RMS 34792/SP, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/11/2011, DJe 23/11/2011.

– O Supremo Tribunal Federal decidiu que “é indevida indenização pelo tempo em que se aguardou solução judicial definitiva sobre aprovação em concurso público.” (RE 593373 AgR, 2ª Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa). Esse entendimento vem se consolidando no Excelso Pretório por intermédio de sucessivas decisões monocráticas, como exemplo: ARE 702816, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 1º/08/2012, publicado em processo eletrônico DJe-158 divulg 10/08/2012 public 13/08/2012; AI 704216, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 24/10/2011, publicado em DJe-212 divulg 07/11/2011 public 08/11/2011; e, AI 721595, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 04/06/2012, public em DJe-112 divulg 08/06/2012 public 11/06/2012, entre outras.

III. Prevalência da orientação jurisprudencial da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça e do colendo Supremo Tribunal Federal a fim de não reconhecer ao servidor o direito de indenização decorrente de nomeação tardia no cargo público em razão de ato administrativo tido por ilegal em decisão judicial transitada em julgado, com alteração do entendimento anterior do relator.

IV. Entendimento deste Tribunal de que o titular de cargo público, cuja investidura foi reconhecida por força de decisão judicial transitada em julgado, não tem direito à retroação dos efeitos funcionais relativos à data da nomeação e da posse ocorridas na esfera administrativa, porquanto somente o efetivo exercício rende ensejo às prerrogativas funcionais inerentes ao cargo público. Precedentes desta Corte.

V. Há “isenção das custas processuais à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, em decorrência do art. 12 do Decreto-Lei 509/1969” (STJ, AgRg no REsp 1172572/MA, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 05/03/2012).

VI. Na ausência de dano, não há falar-se em responsabilidade civil do Estado.

VII. Apelação do autor não provida e apelação da ECT parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso do autor e dar parcial provimento ao recurso dos Correios.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 21/01/2013.

Juíza Federal *Hind Ghassan Kayath*, relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath: — Wagner Magalhaes Pereira propôs ação de conhecimento sob o rito ordinário, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, em face da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos objetivando anular o ato administrativo que o excluiu do concurso público para o cargo de Carteiro – I, além de indenização por danos materiais correspondente dos salários devidos desde sua eliminação.

2. Aduz o autor que foi considerado como inapto em seus exames médicos, pois foi constatado fechamento incompleto dos arcos posteriores de C-7 e T-1 e leve retificação do arco plantar do pé esquerdo. Argumenta que obteve um primeiro laudo de avaliação ortopédica sem nenhuma restrição às condições físicas laborais, mas que uma segunda médica solicitou sua reavaliação induzindo equivocadamente à conclusão de que o requerente estaria inapto para o exercício das funções almejadas. Afirma já ter exercido por diversas ocasiões as atividades inerentes ao cargo pretendido na condição de terceirizado e, por fim, requer a anulação do ato que o eliminou do certame.

3. O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi deferido na decisão de fls. 90–91, que determinou a reserva de vaga até o julgamento da lide.

4. Em sua contestação de fls. 103–122 a ECT argui preliminar de inépcia da inicial, pois não foi estipulado o quantum pretendido a título de indenização por danos materiais. Quanto ao mérito, defende a validade dos exames admissionais realizados, os quais constataram a existência de elementos aptos a eliminar o candidato do certame com o intuito de prevenir o agravamento de seu estado de saúde em decorrência das atividades inerentes ao cargo almejado, que envolvem entrega domiciliar de correspondências com caminhadas

frequentes em relevos diversos e atividade interna de descarregamento de cargas. Argumenta que a avaliação física foi feita nos estritos termos do edital e que sua inobservância viola o Princípio da Igualdade entre os candidatos. Esclarece que as atividades foram desenvolvidas apenas esporadicamente pelo autor como terceirizado diferem daquelas do cargo de carteiro, e que se executadas em caráter permanente, agravariam o quadro de saúde do candidato.

5. Réplica às fls. 147–157.

6. A decisão de fl. 163 determinou a realização de perícia.

7. O laudo pericial de fls. 197–205 concluiu que, analisando as alterações apresentadas pelo autor com a sua atual ocupação laboral, este não apresenta incapacidade laborativa, no presente momento.

8. O laudo do assistente técnico indicado pelos Correios, por sua vez, conclui que, apesar de apresentar-se hoje hígido e com força muscular preservada, o autor é portador de lesões congênitas totalmente incompatíveis com a atividade pretendida, a qual seria a principal concausa de agravamento das lesões existentes, provocando com certeza, no futuro, inaptidão para o exercício da função. (fls. 190–195)

9. O MM. juiz federal substituto em exercício na 15ª Vara Federal de Minas Gerais julgou parcialmente procedente o pedido, conforme o seguinte dispositivo (fls. 247):

Em face do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, resolvendo o mérito, nos termos do artigo 269, I, do CPC, para, reconhecendo a invalidade do atestado de saúde ocupacional que o considerou inapto ao exercício da função pleiteada, determinar à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT – que inclua o Autor, Wagner Magalhães Pereira, na lista de aprovados no concurso identificado pelo Edital nº 146/2006 no cargo de Carteiro, I, nomeando-o

e contratando-o para o exercício do referido cargo na vaga cuja reserva foi determinada na decisão de fls. 90/91, para a cidade de Santana de Manhuaçu-MG.

10. Inconformado, o autor ofertou recurso de apelação, onde postula o recebimento de indenização equivalente à soma dos salários que deveria ter recebido, caso empossado no momento adequado e danos morais.

11. Contrarrazões de fls. 295–300.

12. A ECT, por sua vez, interpôs recurso de apelação onde reitera os argumentos aduzidos em sua contestação.

13. Contrarrazões às fls. 302–312.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath: — Analiso, inicialmente, o recurso dos Correios, cujo ponto controvertido reside na verificação da capacidade física do autor para a execução das atividades inerentes ao cargo de Operador de Triagem e Transbordo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT.

2. O autor foi eliminado do certame após a constatação, em exame de imagem, fechamento incompleto dos arcos posteriores de C-7 e T-1 e leve retificação do arco plantar do pé esquerdo (fl. 68).

3. No tocante aos exames médicos, determina os itens 15 a 15.5 do edital em comento:

15. PROCEDIMENTOS PRÉ-ADMISSIONAIS - de caráter eliminatório

15.1. Nesta etapa será realizada avaliação da aptidão física e mental, de caráter eliminatório, que deverá envolver, dentre outros, exames médicos e complementares que terão por objetivo averiguar as condições de saúde apresentadas pelos candidatos, face às exigências das atividades inerentes ao cargo.

15.2. No caso dos portadores de deficiência, estes serão submetidos à perícia médica a ser realizada por equipe multiprofissional da ECT ou credenciados, que ratificará a condição do candidato como deficiente, sendo a declaração de incompatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato realizada durante o período de experiência, de acordo com o art. 43, parágrafo 2º, do Decreto 3.298/99. O candidato deverá comparecer à perícia médica munido de laudo médico atestando a espécie e o grau ou nível de deficiência, com expressa referência ao

código correspondente da Classificação Internacional de Doenças - CID, bem como a provável causa da deficiência.

15.3. Os candidatos aprovados no Concurso Público serão submetidos a exames médicos compostos de entrevista médica, avaliação clínica antropométrica e exames complementares.

15.4. O exame médico terá caráter exclusivamente eliminatório e os candidatos serão considerados aptos ou inaptos.

15.5. O exame médico objetivará aferir se os candidatos gozam de boa saúde física e psíquica.

4. Foi determinada a realização de perícia a qual, no laudo de fls. 197–205, trouxe as seguintes considerações:

O exame físico praticamente sem alterações significativas confirma o alegado pela parte autora, pois que a força muscular está globalmente preservada nos membros superiores e inferiores, sem alterações da sensibilidade, trofismo muscular ou sinais de compressões nervosas, além de apresentar boa mobilidade vertebral e articular.

[...]

Do observado e exposto, conclui-se o reclamante é portador de escoliose toraco-lombar provavelmente sem ser portador de alteração degenerativa articular e pé esquerdo com ligeira retificação do arco plantar.

Analisando as alterações apresentadas pela parte autora com a sua atual ocupação laboral, não apresenta incapacidade laborativa, no presente momento. [...]

[...]

Sim, apresenta escoliose toraco-lombar com convexidade para esquerda. Não tenho como afirmar de quantos graus ele é, mas certamente apresenta angulação leve. Existe possibilidade ligeiramente aumentada de apresentar osteoartrose mais cedo que uma população sem esta alteração. Não podemos afirmar, com certeza, que o Autor será um futuro de dor crônica lombar, a se julgar por essa escoliose.

Admite-se que 80% da população mundial adulta têm ou terão lombalgia, 30 a 40% desta população apresentam de forma assintomática hérnia de disco lombar (Ortiz, 2000) e 2 a 3% já estão acometidos pelo sintoma desta patologia, cuja prevalência acima dos 35 anos é de 4,8% no universo masculino e 2,5% no feminino.

[...]

Não posso afirmar se a escoliose do Autor se enquadra como fator de inaptidão proposto pelo Réu, por não ter apresentado estudo radiológico que pudesse realizar tal medida.

5. Na complementação do laudo pericial de fl. 238 acrescenta:

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado).

Sob a nova ótica dos exames de imagens apresentados em fls. 231/232, podemos afirmar que não apresenta pé plano (CP foi de 21 e MCB de 131) e que sua escoliose é de pequena monta (apenas 5 graus) o que certamente não lhe trará acréscimo no risco de acometimento de patologias de coluna, além do já esperado para qualquer pessoa.

6. Dessa forma, afigura-se indevido o ato de exclusão do autor do certame, visto que a deficiência física encontrada nos exames realizados pela apelada não o impede de realizar as funções de Carteiro I, não se mostrando, portanto, suficiente a considerá-lo inapto para o emprego pretendido.

7. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. ECT. CARGO DE CARTEIRO. CANDIDATO REPROVADO EM EXAME DE APTIDÃO FÍSICA. PROBLEMAS ORTOPÉDICOS. DANO MORAL. CABIMENTO. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL NÃO CONFIGURADO.

1. Sendo claro o entendimento do perito oficial de que o autor é capaz de exercer as funções de carteiro, resta comprometido o que foi atestado no exame médico realizado em instância administrativa.

2. O fato de que esta atividade laboral possa vir a acarretar problemas ortopédicos ao autor, segundo alegações da ECT, não deve impedir seu acesso ao cargo, visto ser mera suposição, previsão futura, o que não se aceita, in casu, como parâmetro de negativa para a aptidão do candidato.

3. Mantida a indenização por danos morais fixada na sentença, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), visto que não excessiva frente ao caso.

4. Incabível a indenização por dano material, pois o autor, ao participar do exame médico, não tinha direito adquirido à nomeação, mas mera expectativa de direito

(TRF4, Apelação Cível n.º 2003.72.01.005811-0/SC; Relator: Juiz Loraci Flores de Lima; DJU de 19/04/2006, grifo posto).

8. Não há razoabilidade na pretensão de impedir a posse do autor no cargo para o qual logrou aprovação em concurso público com base em mera possibilidade de evolução da doença. O evento futuro e incerto não pode ser invocado como obstáculo ao legítimo exercício do cargo público almejado pelo demandante. O que deve ser considerado no exame pré-admissional é a aptidão atual, a qual restou comprovada pela prova pericial médica produzida nos autos.

9. No tocante ao pedido de isenção de custas formulada pelos Correios à fl. 286, por outro lado, entendo que lhe assiste razão, uma vez que “há isenção das custas processuais à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, em decorrência do art. 12 do Decreto-Lei 509/1969” (STJ, AgRg no REsp 1172572/MA, rel.

Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 05/03/2012).

10. Passo à análise do recurso da parte autora.

11. Pleiteia o requerente o pagamento de todos os reflexos financeiros e funcionais retroativos à data em que teria tomado posse caso não houvesse sido eliminado na dos exames pré-admissionais ou, alternativamente, de reparação do dano material suportado em virtude do adiamento de sua nomeação e posse, bem como indenização por danos morais.

12. Entendo que sua irrisignação não merece prosperar.

13. Acerca do tema, esta e. Turma, em sintonia com a jurisprudência deste Tribunal e com força em precedente do Superior Tribunal de Justiça, vinha decidindo que

O candidato aprovado em concurso público e nomeado tardiamente em razão de erro da Administração Pública, reconhecido judicialmente, faz jus à indenização por dano patrimonial, consistente no somatório de todos os vencimentos e vantagens que deixou de receber no período que lhe era legítima a nomeação, à luz da Teoria da Responsabilidade Civil do Estado, com supedâneo no art. 37, § 6º da Constituição Federal. (REsp 1117974/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 02/02/2010).

14. Acontece que o STJ, que tem a missão constitucional de uniformizar a jurisprudência infraconstitucional (art. 105, CF), alterou recentemente essa orientação ao dirimir divergência estabelecida entre o referido paradigma e acórdão da Terceira Seção daquela Corte, e concluiu que o candidato, cuja nomeação tardia decorreu de decisão judicial, não tem direito à indenização pelo tempo que aguardou a solução definitiva do Judiciário.

15. Segue, abaixo, a ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SERVIDOR APROVADO NOMEADO POR DECISÃO JUDICIAL. INDENIZAÇÃO DOS VENCIMENTOS E VANTAGENS NO PERÍODO EM QUE TEVE CURSO O PROCESSO JUDICIAL. PEDIDO IMPROCEDENTE. JURISPRUDÊNCIA DO STF.

1. À luz do disposto no art. 37, § 6º da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que, “nos termos da orientação firmada nesta Corte, é indevida indenização pelo tempo em que se aguardou solução judicial definitiva sobre aprovação em concurso público” (AgRg no RE 593.373, 2ª Turma, Min. Joaquim Barbosa, DJ de 18/04/2011). Considera-se que, se a nomeação foi decorrente de sentença judicial, o retardamento não configura preterição ou ato ilegítimo da Administração

Pública a justificar uma contrapartida indenizatória. Nesse sentido, há precedentes formados em colegiado e por decisões monocráticas de ambas as Turmas do STF (v.g., além do já referido: RE-AgRg 392.888, 1ª Turma, Min. Marco Aurélio, DJ de 24.03.06; RMS 23.153, 2ª T., Min. Marco Aurélio, DJ de 30/04/99; RMS 23.227, 2ª Turma, Min. Maurício Correia, DJ de 29.08.97; RE-AgRg 437.403, 2ª Turma, Min. Gilmar Mendes, DJ de 05.05.06; Al-AgRg 620.992, 1ª Turma, Min. Carmen Lúcia, DJ de 29.06.07; RE-AgRg 594.917, 1ª Turma, Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 25.11.10; RE 514.416, Min. Dias Toffoli, DJ de 04/03/11; RE 630.440, Min. Ellen Gracie, DJ de 10/08/11).

2. No STJ, a Corte Especial, ao julgar os EResp 825.037, Min. Eliana Calmon (DJe de 22.02.2011), também assentou entendimento de que, em casos tais, não assiste ao concursado o direito de receber, pura e simplesmente, o valor dos vencimentos que poderia ter auferido até o advento da nomeação determinada judicialmente; reconheceu-se, todavia, o direito a indenização por perda de chance, que, naquele caso concreto, seria a diferença entre os vencimentos do cargo e o valor que, no período da demora, o concursado havia recebido no desempenho de atividade contratual.

3. Inobstante esse precedente, é de se considerar que a responsabilidade civil do Estado é matéria que tem sede constitucional (CF, art. 37, § 6º), razão pela qual ganha relevância e supremacia a jurisprudência do STF a respeito, cuja adoção se impõe no caso concreto.

4. Embargos de Divergência providos.

(Negritei). (EResp 1117974/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/09/2011, DJe 19/12/2011).

16. Para melhor compreensão e considerando o caráter esclarecedor para o exame da controvérsia vertida nestes autos, transcrevo o voto-vista vencedor lavrado pelo eminente Min. Teori Albino Zavascki:

1. Segundo decorre dos autos, a embargada, tendo participado de concurso público para o cargo de Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul, somente foi aprovada por força de decisão judicial, uma vez que, administrativamente, não foi reconhecido como prática forense o período de estágio prestado em Defensorias Públicas. Assim, ao invés de assumir o cargo em 30.08.01 (como os demais aprovados com classificação semelhante à sua), somente entrou em exercício em 19.12.02, logo após encerrada a demanda judicial. Assim, propôs a ação para haver indenização, em valor equivalente ao dos vencimentos e vantagens que deixou de auferir durante o período de preterição. O pedido foi julgado improcedente pelas instâncias ordinárias, mas restou acolhido pelo acórdão embargado, da 1ª Turma. Daí os presentes embargos de divergência. A Ministra relatora apresentou voto pelo improvidimento.

2. Matéria semelhante à presente foi examinada nesta Corte Especial por ocasião do julgamento dos EResp 825.037, concluído no semestre passado, relatora Ministra Eliana Calmon (DJe de 22.02.2011). Na oportunidade, após o voto da Ministra relatora - voto semelhante ao aqui apresentado - a matéria foi amplamente discutida, oportunidade em que ficou decidido inexistir direito a indenização nos moldes como aqui pretendida, ou seja, em valor correspondente aos vencimentos e vantagens do período de retardamento da nomeação no aguardo da decisão judicial. Reconheceu-se, todavia, o direito a uma indenização, a ser apurada em liquidação de sentença, que, naquele caso específico, seria o correspondente à diferença entre o valor dos vencimentos e vantagens do cargo tardiamente assumido e o dos ganhos obtidos pelo demandante, no mesmo período, por força de vínculo contratual. Em voto vista então apresentado, a Ministra Laurita Vaz demonstrou que o próprio acórdão lá embargado reconhecida apenas e tão somente essa diferença. Reproduzo excertos do voto de S.Exa, no particular:

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

[...]

Foi ajuizada, assim, ação de indenização, ao argumento central de que “A nomeação dos autores, ocorrida tardiamente por culpa da Administração do DF, gerou danos financeiros aos mesmos porque deixaram de perceber a remuneração devida desde a primeira nomeação dos outros candidatos aprovados” (fl. 04).

O Juízo da 5.ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal julgou improcedente o pedido indenizatório.

A Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por maioria, julgou parcialmente procedente a apelação, “para condenar o Distrito Federal a pagar aos autores as diferenças entre os vencimentos por eles recebidos através de contrato de trabalho e aqueles que decorreriam do exercício do cargo de Auditor Tributário do Distrito Federal, no período de 19 de julho de 1995 até a data de suas nomeações, inclusive aqueles recebidos a título de 13º salário e férias, que fariam jus após um ano de exercício, no que será apurado em liquidação de sentença, tudo corrigido monetariamente e acrescidos juros moratórios desde o dia 19/07/1995” (fl. 152).

[...]

O acórdão ora embargado, prolatado pela Eg. Primeira Turma, e relatado pelo eminente Ministro Luiz Fux, deu provimento ao recuso especial para restaurar o acórdão da apelação, reconhecendo o direito à indenização (...).

O DISTRITO FEDERAL opôs, então, os presentes embargos de divergência. Trouxe o Embargante como paradigmas acórdãos oriundos da Eg. Quinta Turma, relatados, respectivamente, pelo eminente Ministro Arnaldo Esteves Lima e por mim, consignando o entendimento de que o ato administrativo que impede a nomeação de candidato aprovado em concurso

público, ainda que considerado ilegal por decisão judicial, não gera direito à indenização por perdas e danos ou ao recebimento de vencimentos retroativos.

[...]

A eminente Ministra Eliana Calmon proferiu voto pelo conhecimento do recurso, mas rejeitando os embargos, a fim de que fosse mantido o entendimento esposado no acórdão embargado.

[...]

A controvérsia, portanto, reside em se reconhecer ou não o direito a indenização a candidato tardiamente nomeado para cargo público, em decorrência de ato da Administração, posteriormente tido por ilegal em decisão judicial transitada em julgado.

Depois de muito refletir sobre a questão, reformulei meu entendimento, a fim de reconhecer o direito à indenização nesses casos, considerando que, de fato, é a solução que melhor se coaduna com a ordem constitucional em matéria de responsabilidade civil do Estado.

[...]

Anotou o voto da eminente Relatora, a propósito, que “não se está outorgando salário, afinal, salário é contraprestação por um serviço prestado. O que se reconhece é um direito de indenização cujo parâmetro quantitativo vem a ser a remuneração que deveriam receber os recorridos, caso tivessem assumido o cargo ao tempo de seus colegas”.

Concessa venia, creio que não seria adequado, tampouco proporcional à extensão do dano, fixar a indenização equivalente aos valores remuneratórios a que faria jus o candidato se em exercício do cargo estivesse. Parece-me ser um patamar exagerado, na medida em que o dano a ser reparado é pela perda da oportunidade do exercício do cargo em determinado período, razão pela qual, ao meu sentir, deveria ser fixada a indenização em valores menores do que aqueles correspondentes à remuneração do servidor em exercício de suas funções.

Não obstante, é importante ressaltar que não há espaço nestes autos para abrir discussão acerca de qual o valor da indenização.

É que, no caso, o acórdão embargado, muito embora tenha também consignado que, “apenas ad argumentandum tantum, não haveria qualquer óbice jurídico para que o valor da indenização correspondesse aos vencimentos e demais vantagens inerentes ao cargo, porquanto quantum que teriam percebido à época justa, caso observada a ordem classificatória do certame”, de fato, acabou por restaurar, na íntegra, o acórdão majoritário proferido no julgamento da apelação, [...].

Ou seja, não ficou estabelecido como patamar de indenização os valores correspondentes aos vencimentos do cargo de Auditor Tributário do Distrito Federal, mas a diferença entre estes e o que fora recebido “através de contrato de trabalho”.

É o que consta, aliás, do dispositivo do acórdão embargado, que deu provimento ao recurso especial “para determinar seja restaurado o acórdão, reformado em sede de embargos infringentes pela instância a quo, fixando-se a indenização consoante seu dispositivo de fls. 162, que mantenho incólume” (fl. 345).

[...]

Ante o exposto, reformulando meu entendimento sobre a matéria, acompanho a conclusão do voto da Relatora para conhecer, mas rejeitar os embargos de divergência, com as considerações acima expostas, ou seja, sem adentrar na discussão acerca do valor da indenização, que permanece fixada nos termos definidos no acórdão embargado.

É como voto.

O voto do Ministro Aldir Passarinho Júnior foi igualmente enfático quanto à questão do valor indenizatório:

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR(Relator):

Presidente, na mesma linha, estou de acordo, porque ficou bastante claro, pelo voto, que, efetivamente, o que se está deferindo é tão somente, a título de indenização e como critério, a diferença; senão estaríamos agasalhando um bis in idem, ou seja, o cidadão receberia tudo aquilo pelo qual teria, em tese, direito a receber no cargo público que não exerceu, e mais, toda a remuneração pelo trabalho que exerceu naquele período em outra atividade.

Então seria, realmente, uma indenização excessiva, e não cabe à União, assim, pagar em moldes tão amplos. É só pela diferença mesmo, como assinalado no voto do Sr. Ministro Luiz Fux.

Acompanho a Sra. Ministra Relatora, nesses termos.

Reproduzo o voto que então proferi, buscando sintetizar o entendimento que na oportunidade foi afirmado pela Corte:

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

Sr. Presidente, penso que essa é a posição adequada. O que está se reconhecendo é a responsabilidade civil por perda de oportunidade; não está se reconhecendo direito à remuneração. É responsabilidade civil por perda de oportunidade, cuja indenização pode ser fixada, não pelo valor total da remuneração do cargo, mas por um outro critério. No caso, o critério adotado foi esse: o valor que o autor poderia ter recebido, deduzido do valor que, efetivamente, recebeu, pelo exercício do outro cargo.

Parece-me uma solução justa. Por isso, acompanho a eminente Relatora.

É o voto.

Consideradas as circunstâncias do caso então julgado, a Corte confirmou o acórdão da Turma, que claramente adotou o valor dessa remuneração do cargo atual apenas como parâmetro, mas que, para efeito de indenização, deveria dele ser abatida

a quantia correspondente à que o candidato havia recebido no exercício de vínculo contratual.

Essa orientação foi consignada nos itens 2 e 3 da ementa do acórdão resultante daquele julgamento, a saber:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - CONCURSO PÚBLICO ERRO DA ADMINISTRAÇÃO - DECISÃO JUDICIAL - CORREÇÃO - DIREITO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO - INDENIZAÇÃO - ESTIMATIVA - PRECEDENTES DO STF.

1. Divergência jurisprudencial entre as Primeira e Terceira Seções do STJ, em torno do cabimento de indenização em favor de candidato que, impedido de continuar as provas do concurso pela administração, continuou com sucesso no certame por decisão do Judiciário, que reconheceu haver ilegalidade no ato da administração.

2. Nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República, a responsabilidade civil do Estado por ato praticado por seus agentes é, em regra geral, objetiva, bastando para a sua configuração a prática de ato e o nexo de causalidade com o dano sofrido.

3. Indenização que, na esteira de entendimento doutrinário e jurisprudencial do STF, pode ser estimado pelo valor da remuneração do respectivo cargo público, com as deduções do que já foi recebido pelos embargados.

4. Embargos de divergência não providos.

Assim, a adotar-se essa orientação, mereceriam provimento parcial os presentes embargos de divergência, para o efeito de negar à recorrida a pretensão de receber, pura e simplesmente, o valor dos vencimentos que poderia ter auferido no período de preterição, reconhecendo-lhe, todavia, o direito de receber indenização por perda de chance, em valor a ser apurado em liquidação, nos termos do art. 475-E do CPC.

3. Ocorre, porém, que, julgando casos análogos à luz do preceito do art. 37, § 6º da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento firme no sentido da improcedência do pedido. Os antigos precedentes daquela Corte, que reconheciam ao candidato o direito a perceber indenização pelo valor dos vencimentos (RE 188.093/RS, 2ª Turma, Min. Maurício Corrêa, DJ de 08.10.1999 e RE 405.815/RS, Min. Carlos Ayres Britto, DJ 26/04/2005) e que orientaram os precedentes no mesmo sentido no STJ, foram substituídos por inúmeros julgados mais recentes em sentido oposto, segundo os quais, “nos termos da orientação firmada nesta Corte, é indevida indenização pelo tempo em que se aguardou solução judicial definitiva sobre aprovação em concurso público” (AgRg no RE 593.373, 2ª Turma, Min. Joaquim Barbosa, DJ de 18/04/2011). Considera-se, que se a nomeação foi decorrente de sentença judicial, o retardamento não configura preterição ou ato ilegítimo da Administração Pública a justificar uma contrapartida indenizatória. Nesse sentido, há precedentes formados em colegiado e por decisões monocráticas de ambas as Turmas do

STF (v.g., além do já referido: RE-AgRg 392.888, 1ª Turma, Min. Marco Aurélio, DJ de 24.03.06; RMS 23.153, 2ª T., Min. Marco Aurélio, DJ de 30/04/99; RMS 23.227, 2ª Turma, Min. Maurício Corrêa, DJ de 29.08.97; RE-AgRg 437.403, 2ª Turma, Min. Gilmar Mendes, DJe de 05.05.06; Al-AgRg 620.992, 1ª Turma, Min. Carmen Lúcia, DJ de 29.06.07; RE-AgRg 594.917, 1ª Turma, Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 25.11.10; RE 514.416, Min. Dias Toffoli, DJe de 04/03/11; RE 630.440, Min. Ellen Gracie, DJe de 10/08/11).

4. Considerando que a responsabilidade civil do Estado é matéria que tem sede constitucional (CF, art. 37, § 6º), razão pela qual ganha relevância e supremacia a jurisprudência do STF a respeito, voto no sentido de, adotando a orientação daquela Corte, dar provimento aos embargos de divergência para julgar improcedente o pedido. (Sublinhei).

17. O STJ vem solidificando esse entendimento em inúmeros julgamentos que tratam da matéria, entre eles: AgRg no AREsp 109.277/DF, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19/04/2012, DJe 04/05/2012 e AgRg no AgRg no RMS 34792/SP, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/11/2011, DJe 23/11/2011.

18. A alteração jurisprudencial sufragada no STJ apoiou-se em precedentes do Supremo Tribunal Federal, especialmente no AgRg no RE 593.373, da relatoria do eminente Min. Joaquim Barbosa, cuja ementa tem a seguinte redação:

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. PROVIMENTO JUDICIAL. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Nos termos da orientação firmada nesta Corte, é indevida indenização pelo tempo em que se aguardou solução judicial definitiva sobre aprovação em concurso público.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(Negritei). (RE 593373 AgR, Segunda Turma, julgado em 05/04/2011, DJe-073 DIVULG 15-04-2011 PUBLIC 18-04-2011 EMENT VOL-02505-01 PP-00121).

19. No Excelso Pretório, esse entendimento vem se consolidando por intermédio de sucessivas decisões que examinam questão essencialmente idêntica a que ora se aprecia nesses autos, como exemplo: ARE 702816, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 1º/08/2012, publicado em processo eletrônico DJe-158 divulg., 10/08/2012, public. 13/08/2012; Al 704216, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 24/10/2011, public. em DJe-212, divulg. 07/11/2011, public 08/11/2011; e, Al 721595, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 04/06/2012, public. em DJe-112, divulg., 08/06/2012, public. 11/06/2012, entre outras.

20. Desse modo, passo a acompanhar a orientação jurisprudencial da Corte Especial do egrégio Superior Tribunal de Justiça e do colendo Supremo Tribunal Federal a fim de não reconhecer ao servidor o direito de indenização decorrente de nomeação tardia a cargo público em razão de ato administrativo tido por ilegal em decisão judicial transitada em julgado.

21. Ultrapassada esta questão, cumpre examinar o tema referente à extensão dos efeitos retroativos, amplamente conferidos na sentença recorrida, inclusive para fixação de vantagens funcionais e cômputo da pontuação destinada ao concurso de remoção.

22. Sobre o assunto, tenho que o titular de cargo público, cuja investidura foi reconhecida por força de decisão judicial transitada em julgado, não tem direito à retroação dos efeitos funcionais relativos à data da nomeação e da posse. Com efeito, somente o efetivo exercício rende ensejo às prerrogativas funcionais inerentes ao cargo público, tendo presente a necessidade de comprovar o cumprimento de exigências legais e constitucionais como requisito essencial para o reconhecimento das prerrogativas funcionais.

23. Esse é o posicionamento já expressado pela jurisprudência deste Tribunal, inclusive em acórdão de minha relatoria, e torna-se ainda mais evidente diante da nova orientação jurisprudência das Cortes Superiores:

O titular de cargo público, cuja investidura foi reconhecida por força de decisão judicial transitada em julgado, não tem o direito à retroação dos efeitos funcionais relativos à data da nomeação e da posse ocorridas na esfera administrativa, porquanto somente o efetivo exercício rende ensejo às prerrogativas funcionais inerentes ao cargo público.

(Negritei). (AC 0023656-35.2002.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, 6ª Turma, e-DJF1 p.231 de 06/07/2012)

Impertinente a pretendida retroação dos efeitos funcionais do ato de nomeação e posse, por serem estes inerentes ao efetivo exercício do cargo, que se deu somente em 2007, isto é, após o trânsito em julgado da sentença que reconheceu o direito à investidura no cargo.

(Negritei). (AC 0002176-88.2008.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, 5ª Turma, e-DJF1 p.71 de 30/05/2011) (grifei)

24. Quanto à determinação de reserva de vaga para a cidade de Santana de Manhuaçu/MG entendo que a mesma deve ser mantida, uma vez que a ECT demonstrou interesse em seu provimento quando a ofereceu ao autor, consoante documento de fls. 65–66.

25. No que tange ao pedido de indenização por danos morais, entendo que não assiste razão ao autor.

26. Na hipótese dos autos, não houve comprovação de qualquer dano experimentado pelo autor, que sequer demonstrou que teve de deixar o emprego que tinha por ocasião da convocação para a realização dos exames médicos.

27. Na ausência de dano, não há falar em responsabilidade civil do Estado, cf. acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 6ª Turma, relatora Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, na Apelação Cível 1999.39.01.000629-9/PA:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. FALHA NO SERVIÇO DO CARTÓRIO DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE MARABÁ. DANOS NÃO COMPROVADOS.

1. A responsabilidade civil do Estado é objetiva, cumprindo à vítima comprovar o nexo direto de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o dano sofrido (CF, art. 37, § 6º).

2. Não estando devidamente comprovada a ocorrência do dano causado ao Autor, falta elemento necessário à caracterização da responsabilidade civil do Estado, não havendo que se falar, portanto, em dever de indenizar.

3. Dá-se parcial provimento à apelação.

(Diário de Justiça de 9 de dezembro de 2003, p. 47).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso do autor e dou parcial provimento ao recurso dos Correios tão somente para reconhecer a isenção de custas da ECT. Mantenho o restante da r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Sétima Turma

Numeração única: 0003636-18.2006.4.01.3809

Apelação em Mandado de Segurança 2006.38.09.003637-4 / MG

Relator: Desembargador Federal Catão Alves
 Apelante: Maket Representações Comerciais Ltda.
 Advogados: Dr. Maurício Prado Ferreira e outro
 Apelada: União Federal (Fazenda Nacional)
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
 Publicação: e-DJF1 de 18/01/2013, p. 1.467

Ementa

Tributário. Mandado de segurança. Parcela recebida a título de rescisão de contrato de representação comercial. Natureza jurídica indenizatória. Prova inequívoca. Código de Processo Civil, art. 333, I. Incidência de imposto de renda. Inadmissibilidade.

- a) Recurso – apelação em mandado de segurança.
- b) Decisão de origem – segurança denegada.

I. “As verbas recebidas por pessoa jurídica em razão de rescisão contratual antecipada têm natureza indenizatória por se revestirem da natureza de dano emergente, em face da assunção pela pessoa jurídica contratada de custos assumidos em razão da prestação a que se obrigara.” (REsp 1.118.782/DF. Rel. Min. Eliana Calmon. STJ. Segunda Turma. Unânime. DJe 25/9/2009.)

II. Desincumbindo-se a autora do ônus que lhe cabia (Código de Processo Civil, art. 333, I), trazer aos autos prova inequívoca da natureza indenizatória da quantia obtida em Rescisão de Contrato de Representação Comercial, merece reparo a sentença discutida.

- III. Apelação provida.
- IV. Sentença reformada.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento ao recurso de apelação.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 18/12/2012.

Desembargador Federal *Catão Alves*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Catão Alves*: — Vistos, etc.

1 – Maket Representações Comerciais Ltda., empresa qualificada nos autos, impetrou mandado de segurança para impugnação de ato praticado pelo Delegado da Receita Federal em Varginha/MG, pretendendo afastar incidência de Imposto de Renda sobre Rescisão de Contrato de representação

Comercial ao argumento de que a aludida parcela é verba de natureza indenizatória.

2 – Indeferida liminar, prestadas informações e, após manifestação do Ministério Público Federal, denegada a segurança, a impetrante, mediante recurso de apelação regularmente respondido, pleiteia modificação da sentença que dirimiu a controvérsia por destoar dos dispositivos legais pertinentes à espécie.

3 – Ouvida, a Procuradoria-Regional da República absteve-se de opinar sobre o mérito da controvérsia.

4 – É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: — 1 – Insurge-se a impetrante contra sentença que julgara improcedente sua pretensão de reconhecimento da natureza indenizatória de verba identificada como *Rescisão de Contrato de Representação Comercial*, indeferindo, conseqüentemente, a restituição de parcela sobre ela retida a título de Imposto de Renda.

2 – Alega que a decisão fora proferida em desacordo com dispositivos legais pertinentes ao caso.

3 – Na espécie, é *fato incontroverso* que a rescisão contratual fora formalizada com espeque no art. 27, j, da Lei 4.886/1965, que dispõe:

Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente:

.....

j) INDENIZAÇÃO DEVIDA AO REPRESENTANTE pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação.” (Grifei e destaquei.)

4 – E mais, consoante *Termo de Transação* firmado entre a Impetrante e a empresa representada, “*as partes acordam no sentido de que, a título de indenização a contratante tem direito à seguinte importância: R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais)*”. (Fls. 36-37) (Grifei e destaquei.)

5 – No julgamento de controvérsias com pedido semelhante têm decidido este Tribunal e o Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - PARCELA RECEBIDA A TÍTULO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL - NATUREZA JURÍDICA INDENIZATÓRIA - PROVA INEQUÍVOCA - CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 333, I - IMPOSTO DE RENDA - INADMISSIBILIDADE.

a) Recurso - Apelação em Ação Ordinária.

b) Decisão de origem - Procedente o pedido.

1 – ‘As verbas recebidas por pessoa jurídica em razão de rescisão contratual antecipada têm natureza indenizatória por se revestirem da natureza de dano emergente, em face da assunção pela pessoa jurídica contratada de custos assumidos

em razão da prestação a que se obrigara’. (REsp nº 1.118.782/DF - Relatora: Ministra Eliana Calmon - STJ - Segunda Turma - Unânime - DJe 25/9/2009.)

2 – Desincumbindo-se a Autora do ônus que lhe cabia (Código de Processo Civil, art. 333, I), trazer aos autos prova inequívoca da natureza indenizatória da quantia obtida em RESCISÃO DE CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL, não merece reparo a sentença discutida.

3 – Apelação denegada.

4 – Remessa Oficial provida em parte.

5 – Sentença reformada parcialmente.

6 – Correção monetária a ser calculada conforme instruções do Manual de Cálculos da Justiça Federal.” (Ap nº 2006.38.00.027326-9/MG – Relator: Desembargador Federal Catão Alves – TRF/1ª Região – Sétima Turma – Unânime – e-DJF1 24/8/2012 – pág. 1.152.)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA SOBRE VERBAS PERCEBIDAS EM DECORRÊNCIA DE RESCISÃO DE CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. NÃO INCIDÊNCIA. NATUREZA INDENIZATÓRIA.

I – Não incide imposto sobre a renda recebida com fundamento no art. 70, § 5º, da Lei nº 9.430/96, na medida em que são excluídas da base de cálculo do imposto as quantias devidas a título de reparação patrimonial.

II – No caso, uma vez demonstrado que verbas recebidas pela impetrante, em razão de rescisão contratual antecipada, têm natureza indenizatória, conforme hipótese prevista no art. 27, ‘j’, da Lei 4.886/65, há de ser afastada a incidência do tributo.

III – Apelação e remessa oficial desprovidas.” (AMS nº 0017399-18.2007.4.01.3400/DF – Relator: Desembargador Federal Souza Prudente - TRF/1ª Região – Oitava Turma – Unânime – e-DJF1 30/7/2010 – pág. 397.) (Grifei.)

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - IMPOSTO SOBRE A RENDA - VERBAS PERCEBIDAS EM DECORRÊNCIA DE RESCISÃO DE CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO DE VENDAS - NATUREZA INDENIZATÓRIA RECONHECIDA NA ORIGEM - DANO EMERGENTE - ARTS. 70, § 5º, DA LEI 9.430/96 C/C O ART. 27, J, DA LEI 4.886/65 - NÃO INCIDÊNCIA - ART. 535 DO CPC - OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE - NÃO OCORRÊNCIA.

1. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide, de forma clara e coerente com a conclusão final.

2. AS VERBAS RECEBIDAS POR PESSOA JURÍDICA EM RAZÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL ANTECIPADA TÊM NATUREZA INDENIZATÓRIA POR SE REVESTIREM DA NATUREZA DE DANO EMERGENTE, EM FACE DA ASSUNÇÃO PELA PESSOA JURÍDICA CONTRATADA DE CUSTOS ASSUMIDOS EM RAZÃO DA PRESTAÇÃO A QUE SE OBRIGARA.

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado).

3. À luz do quadro fático abstraído do acórdão recorrido - insuscetível de revisão nesta sede -, não incide o imposto sobre a renda na espécie, com fundamento no art. 70, § 5º, da Lei nº 9.430/96, na medida em que são excluídas da base de cálculo do imposto as quantias devidas a título de reparação patrimonial, como na hipótese prevista no art. 27, j, da Lei nº 4.886/65.

4. Recurso especial não provido." (REsp nº 1.118.782/DF – Relatora: Ministra Eliana Calmon – STJ – Segunda Turma – Unânime – DJe 25/9/2009.) (Grifei e destaquei.)

6 – Nessa ordem de ideias, desincumbindo-se a Impetrante do ônus que lhe cabia (Código de Processo

Civil, art. 333, I), trazer aos autos prova inequívoca da natureza indenizatória da quantia obtida em *Rescisão de Contrato de Representação Comercial*, merece reparo a sentença discutida.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso de apelação para, reformando a sentença discutida, conceder a Segurança.

Sem honorários de advogado. (Lei 12.016/2009, art. 25.)

Custas *ex lege*.

É o meu voto.

Oitava Turma

Numeração única: 0003042-45.2003.4.01.3700

Apelação/Reexame Necessário 2003.37.00.003063-5/MA

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
 Apelante: Benedito Ferreira Pires
 Advogados: Dr. Maurício Araújo Noronha e outros
 Apelante: Fazenda Nacional
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
 Apelados: os mesmos
 Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara/MA
 Publicação: e-DJF1 de 25/01/2013, p. 945

Ementa

Processual Civil. Tributário. Atividade parlamentar. Verbas recebidas a título de ajuda de custo e convocação extraordinária. Prova da destinação. Natureza indenizatória não demonstrada. Multa. Efeito confiscatório.

I. A Fazenda Nacional detém legitimidade ativa para constituir crédito tributário decorrente da omissão do contribuinte na respectiva declaração de rendimentos, de imposto de competência da União.

II. A ausência de retenção do imposto pela fonte pagadora não exclui a responsabilidade do contribuinte pelo seu pagamento, uma vez que é ele o real beneficiário dos rendimentos auferidos.

III. À vista de expressa previsão constitucional quanto ao seu caráter indenizatório (CF, art. 57, § 7º), não incide imposto de renda sobre as parcelas recebidas a título de convocação extraordinária de parlamentares.

IV. As parcelas recebidas a título de ajuda de custo, conforme previsão contida no art. 6º, XX, da Lei 7.713/1988, apenas são isentas da incidência do imposto de renda quando destinadas ao pagamento de despesas com transporte, frete e locomoção do beneficiado e seus familiares, em caso de remoção de um município para outro, e sujeita-se a posterior comprovação pelo contribuinte.

V. Eventual revisão do lançamento, por força de decisão do Poder Judiciário, enseja tão somente a redução da quantia considerada indevida, com a conseqüente retificação do título.

VI. O percentual da multa fixado em 75% é desproporcional e tem feição de confisco.

VII. Apelação da União e remessa oficial a que se nega provimento.

VIII. Apelação do autor a que se dá parcial provimento, apenas para reduzir a multa moratória ao patamar de 20%.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação da União e à remessa oficial e dar parcial provimento à apelação do autor.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 26/10/2012.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal *Maria do Carmo Cardoso*: — As presentes apelações foram interpostas por *Benedito Ferreira Pires I* e pela *Fazenda Nacional* à sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado nos autos de ação de procedimento ordinário, por meio da qual se pretendia fossem afastadas da base de cálculo do imposto de renda as verbas decorrentes da atividade parlamentar do autor, recebidas a título de ajuda de custo, no período de 1996 a 1999.

Na análise do mérito, o magistrado de origem apenas excluiu da incidência do imposto de renda as verbas referentes à convocação extraordinária de dezembro de 1998, em razão de seu caráter indenizatório, nos termos do art. 57, § 7º, da Constituição Federal. Quanto ao mais, o pedido foi indeferido.

O primeiro apelante sustenta: a) a ilegitimidade da Fazenda Nacional para exigir crédito que, se existente, pertenceria ao município; b) não ser o responsável pelo pagamento do tributo questionado, e que compete exclusivamente à fonte pagadora proceder à respectiva retenção; c) que o caráter indenizatório das verbas recebidas impossibilita a incidência do imposto de renda; d) que o acréscimo de multa de 75% tem caráter confiscatório; e) não ser possível ao Judiciário proceder à retificação parcial do lançamento tributário.

A Fazenda Nacional, por sua vez, defende o caráter remuneratório de todas as verbas percebidas a título de ajuda de custo e requer, em consequência, a total improcedência do apelo.

Foram apresentadas as contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal *Maria do Carmo Cardoso*:

—

Ilegitimidade ativa da União

Afasto a alegada ilegitimidade da União para a constituição do crédito que deu ensejo ao auto de infração, ora questionado. O fato de o produto da arrecadação pertencer ao município, como bem ressaltado pelo magistrado *a quo*, não retira a competência da União para homologar ou não a declaração anual de rendimentos, cuja responsabilidade de entrega é da parte autora. Assim, em caso de omissão na declaração de rendimentos entregue pelo contribuinte, concernente a imposto de competência da União, e sendo certo que a ela compete a aplicação de eventual auto de infração, é de se reconhecer, via de consequência, sua legitimidade para exigência do tributo.

Ilegitimidade do contribuinte

Não procede, igualmente, a tese de que a responsabilidade exclusiva pelo pagamento dos débitos em questão seria da fonte pagadora, uma vez que o contribuinte é o real beneficiário dos rendimentos auferidos. Para eles os rendimentos são disponibilizados e é ele quem recebe os respectivos acréscimos patrimoniais. Em outras palavras, o devedor é o contribuinte, não a Câmara Legislativa. A fonte pagadora é, pois, responsável apenas pela retenção ou não recolhimento do imposto.

A não retenção pela fonte pagadora não exclui a responsabilidade do contribuinte, que continua obrigado a informar os rendimentos recebidos em sua declaração.

Nesse sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. VERBA REMUNERATÓRIA. INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA. AUSÊNCIA DE RETENÇÃO NA FONTE. RESPONSABILIDADE DO CONTRIBUINTE. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83 DO STJ.

1. A natureza jurídica da complementação de aposentadoria é remuneratória, passível, portanto, da incidência do imposto de renda.

¹ Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova e o Exmo. Sr. Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado).

2. Cabe à fonte pagadora reter o imposto de renda incidente sobre as verbas pagas, ainda que decorrentes de decisão judicial. No entanto, a falta de retenção do imposto pela fonte pagadora não exclui a responsabilidade do contribuinte, que fica obrigado a informar, na sua declaração de ajuste anual, os valores recebidos. Constatada a não-retenção do imposto após a data fixada para a entrega da referida declaração, a exação pode ser exigida do contribuinte, caso ele não tenha submetido os rendimentos à tributação. Incidência da Súmula n. 83 desta Corte.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1392900/RS, rel. ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11/05/2011).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL – INSTRUMENTALIDADE – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE – CONHECIMENTO – ÔBICES – INEXISTÊNCIA – MÉRITO APRECIADO – IMPOSTO DE RENDA – AUSÊNCIA DE RETENÇÃO NA FONTE – RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO: CONTRIBUINTE.

1. O embargante pretende, na verdade, a modificação da decisão.

Portanto, em atenção aos princípios da fungibilidade e da economia processual, recebo os embargos declaratórios como agravo regimental.

2. Se apreciado o mérito do recurso especial é porque entendeu-se estarem preenchidos seus pressupostos de admissibilidade, não havendo necessidade de afastar, um a um e de maneira explícita, os óbices alegados pela recorrida em suas contrarrazões.

3. A Primeira Seção do STJ pacificou o entendimento de que a falta de retenção do imposto de renda pela fonte pagadora não isenta o contribuinte do pagamento do tributo, pois é ele que tem relação direta e pessoal com a situação, que configura o fato gerador da exação.

Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental, porém improvidos.

(EDcl no REsp 1117739/ES, rel. ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 3/9/2010).

Mérito

Discute-se nos autos a incidência do imposto de renda sobre as parcelas recebidas por parlamentares a título de ajuda de custo e de convocação extraordinária, sem comprovação dos gastos correspondentes.

A parte autora sustenta a não incidência e a consequente nulidade do débito fiscal, ao o argumento de que se trata de verba de natureza indenizatória, que, portanto, não se enquadra no conceito de renda descrito no art. 43 do CTN.

O art. 57, § 7º, da Constituição Federal, na redação dada pelas EC 19/1998 e 32/2001, atribuía

expressamente caráter indenizatório à verba paga em razão de convocação extraordinária do Congresso Nacional. Limitava apenas que tal pagamento se desse em valor superior ao do subsídio mensal. Em sua redação atual, conferida pela EC 50/2006, sequer se admite que haja pagamento de parcela indenizatória em razão da convocação.

Nessas circunstâncias, diante de expressa previsão constitucional aplicável ao caso, em face do princípio da simetria, e na linha do que decidido pelo juízo de 1º Grau, mantenho excluídas da incidência do imposto de renda as parcelas recebidas a título de convocação extraordinária.

Quanto ao mais — não obstante a longa argumentação deduzida pela parte autora —, entendo que deve ser mantida a sentença de improcedência, uma vez que inexistente previsão legal que autorize a isenção como pretendida.

O art. 43 do CTN assim define o fato gerador do imposto de renda:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

O Decreto-Lei 5.844/1943, ao tratar sobre a cobrança e a fiscalização do imposto de renda, por sua vez, classificava os rendimentos em cédulas correspondentes às primeiras letras do alfabeto, e assim dispunha em no art. 2º:

Art. 2º Na cédula C serão classificados os rendimentos do trabalho, provenientes do exercício de empregos, cargos e funções, tais como vencimentos, soldos, subsídios, ordenados salários, percentagens, comissões, gratificações, diárias, cotas-partes de multas, ajudas de custo, representações e quaisquer outros proventos ou vantagens pagos, sob qualquer título e forma contratual, pelos cofres públicos federais, estaduais ou municipais, pelas entidades autárquicas, para estatais e de economia mista, pelas firmas e sociedades ou por particulares.

O art. 14 do mesmo DL permitia a dedução, naqueles rendimentos, entre outros, das despesas de viagem e estada, assim considerados os gastos pessoais de passagem, transporte, alimentação e alojamento e as diárias e ajudas de custo pagas pelos cofres públicos ou por entidades privadas a critério da repartição.

Após, as deduções passaram a ser disciplinadas pelas Leis 3.470/1958 e 4.506/1964, as quais permitiam a dedução das ajudas de custo pagas pelos cofres públicos ou entidades privadas quando destinadas a indenizar gastos de viagem/transferência e de instalação do contribuinte e da sua família em localidade diferente daquela em residia.

A Lei 4.621/1965, posteriormente, incluiu entre as deduções admitidas pela legislação anterior a parte variável dos subsídios, as ajudas de custo e a representação percebidas em decorrência do mandato de representação popular, federal ou estadual.

Sobreveio a Constituição Federal de 1967 e a EC 1/1969. Esta última, no art. 21, estabeleceu a competência da União Federal para instituir imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, salvo ajuda de custo e diárias pagas pelos cofres públicos na forma da lei.

O art. 4º do DL 1.089/1970, disciplinando a Constituição, assim dispôs:

Nos termos do art. 21, inciso IV da Constituição, não serão incluídas entre os rendimentos tributáveis pelo imposto de renda, quando pagas pelos cofres públicos, as diárias destinadas à indenização das despesas de alimentação e pousada por trabalho realizado fora da sede, e as ajudas de custo destinadas à compensação das despesas de viagem e de nova instalação do contribuinte e de sua família em localidade diferente daquela em que residia.

A atual Constituição Federal, diversamente da legislação anterior, não fez nenhuma ressalva quanto à incidência do imposto de renda nas ajudas de custo e diárias pagas pelos cofres públicos.

O art. 153 da Carta Magna prevê que compete à União instituir impostos sobre rendas e proventos de qualquer natureza. A partir da atual Constituição, portanto, inexistiu comando que autorize ou justifique, de forma ampla e geral, a não incidência do imposto de renda nas ajudas de custo e diárias pagas pelos cofres públicos.

A Lei 7.717/1988, editada já na vigência da CF/1988, ao tratar da questão, afastou, de um lado, a possibilidade de dedução das despesas a título de ajuda de custo e diárias da base de cálculo do imposto de renda, mas, de outro, isentou do pagamento de imposto de renda, entre outros, os rendimentos percebidos por pessoas físicas decorrentes de: a) diárias destinadas, exclusivamente, ao pagamento de despesas de alimentação e pousada, por serviço eventual realizado em município diferente do da sede de trabalho; b) ajuda de custo destinada a atender

às despesas com transporte, frete e locomoção do beneficiado e seus familiares, em caso de remoção de um município para outro, sujeita à comprovação posterior pelo contribuinte.

Nessas circunstâncias, à míngua de previsão legal que embase a tese defendida na petição inicial, e sendo certo que as ajudas de custo classificam-se como rendimento decorrente de trabalho assalariado, em obediência ao comando da Lei 7.713/1998, somente se admite o afastamento da incidência do imposto de renda nas ajudas de custo quando estas forem destinadas a atender às despesas com transporte, frete e locomoção do beneficiado e seus familiares, em caso de remoção de um município para outro, e desde que comprovadas.

No caso concreto, todavia, não há nenhuma comprovação de que os valores omitidos da declaração de rendimentos do autor tenham sido utilizados para as finalidades previstas na lei, razão por que não há como se afastar a incidência, sobre eles, do imposto de renda.

Acerca do tema, os seguintes precedentes desta Corte e do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTROVÉRSIA SOBRE A TRIBUTAÇÃO DE AJUDAS DE CUSTO DEVIDAS A PARLAMENTAR. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS CORRESPONDENTES GASTOS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 3º DO CPC. SÚMULA 211/STJ. SUPPOSTA CONTRARIEDADE AO ART. 156, I, DO CTN. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 43 DO CTN E 103 DO DECRETO-LEI 5.844/43. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. No ponto em que os recorrentes defendem que teria havido ofensa ao art. 3º do CPC por não ter o Tribunal de origem reconhecido a ilegitimidade da União para a cobrança do imposto de renda incidente na fonte sobre os rendimentos por eles recebidos da Assembleia Legislativa, é manifestamente inadmissível o recurso especial, seja porque o acórdão recorrido está assentado exclusivamente em fundamento constitucional (quanto a este aspecto da causa), seja porque, nas instâncias ordinárias, os recorrentes sempre invocaram outra norma – o art. 157 da Constituição Federal – para sustentar a tese da ilegitimidade ativa da União para a cobrança do imposto incidente sobre os rendimentos pagos pela Assembleia Legislativa.

2. Em relação à suposta violação do art. 156, I, do CTN, consubstanciada no alegado recolhimento do imposto, pela Assembleia Legislativa, ao Tesouro do Estado da Bahia, o recurso especial é inadmissível ante a incidência da Súmula 7/STJ, porquanto o Tribunal de origem decidiu esta questão com base em matéria fático-probatória.

3. A Lei 7.713/88, em seu art. 6º, inciso XX, sem fazer distinção entre ajudas de custo pagas pelos cofres

públicos ou por entidades privadas, classifica tais rendimentos como isentos do imposto de renda, desde que sejam destinados, exclusivamente, ao pagamento das despesas com transporte, frete e locomoção do beneficiado e seus familiares, em caso de remoção de um município para outro, sujeita à comprovação posterior pelo contribuinte. No caso concreto, as verbas recebidas a título de ajuda de custo não preenchem os requisitos legais para que seja afastada a tributação, conforme ficou consignado no seguinte trecho do acórdão recorrido: "(...) não há qualquer comprovação documental de que os pagamentos têm natureza de reembolso (verba indenizatória), sendo, portanto, renda tributável."

4. Cabe à fonte pagadora reter o imposto de renda incidente sobre as verbas salariais pagas ao trabalhador; no entanto, a falta de retenção do imposto pela fonte pagadora não exclui a responsabilidade do contribuinte, que fica obrigado a informar, na sua declaração de ajuste anual, os valores recebidos. Constatada a não-retenção do imposto após a data fixada para a entrega da referida declaração, a exação pode ser exigida do contribuinte, caso ele não tenha submetido os rendimentos à tributação.

5. Recurso especial parcialmente conhecido, porém, nessa extensão, não provido.

(STJ, REsp 1210571/BA, rel. ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2/12/2010).

EMBARGOS INFRINGENTES - TRIBUTÁRIO - PARLAMENTARES ESTADUAIS - VERBAS RECEBIDAS SOB RUBRICAS DE AJUDA DE CUSTO - INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA FINALIDADE INDENIZATÓRIA - NATUREZA SALARIAL - ACRÉSCIMO PATRIMONIAL CARACTERIZADO - IMPOSTO DE RENDA - INCIDÊNCIA - PRECEDENTES: RESP Nº 795.131/AL - REL. MINISTRO LUIZ FUX - 1ª TURMA - UNÂNIME - D.J. 18/5/2006 - PÁG. 198; AC Nº 2001.31.00.000443-4/AP - RELATOR DES. FEDERAL LUCIANO TOLENTINO DO AMARAL - SÉTIMA TURMA - POR UNANIMIDADE - D.J. 10/10/2008 - PÁG. 290; AC Nº 2002.37.00.002815-9/MA - RELATOR DES. FEDERAL LUCIANO TOLENTINO DO AMARAL - REL. CONVOCADO JUIZ FEDERAL RAFAEL PAULO SOARES PINTO - SÉTIMA TURMA - POR UNANIMIDADE - D.J. 14/3/2008 - PÁG. 440.

a) Recurso-Embargos Infringentes interpostos pelos Autores. b) Decisão de origem - Deu parcial provimento, por maioria, ao recurso de Apelação da Fazenda Nacional.

1 - Valores recebidos por parlamentares estaduais no exercício do mandato a título de "Ajuda de Custo" por falta de comprovação de terem finalidade indenizatória, enquadram-se nos conceitos de renda e acréscimo patrimonial porque caracterizam salários, riquezas adicionadas aos patrimônios dos beneficiários.

2 - Embargos Infringentes denegados. 3 - Acórdão embargado confirmado.

(TRF1ª, EIAC 0023360-22.2002.4.01.3300/BA, rel. desembargador federal Catão Alves, Quarta Seção, e-DJF1 p.6 de 7/2/2011).

Retificação do lançamento tributário

Rejeito, ainda, a tese defendida na apelação no sentido da impossibilidade de retificação parcial dos créditos objeto do auto de infração, mas apenas o reconhecimento de sua total nulidade. Isso porque a eventual revisão do lançamento, por força de decisão do Poder Judiciário, enseja tão somente a redução da quantia considerada indevida, com a consequente retificação do título.

Nesse sentido, entre outros, o REsp 1247811/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma do STJ, julgado em 14/6/2011, DJe 21/6/2011.

Efeito confiscatório da multa

Reputo excessiva e desproporcional, por fim, a multa de 75% imposta no demonstrativo de apuração de débitos devidos pela parte autora.

O princípio constitucional da vedação ao confisco se aplica às multas moratórias e impede as investidas excessivas contra o patrimônio privado por parte da Administração Pública, ainda que a definição dos valores se encontre submetida aos critérios de conveniência e oportunidade e não desborde dos limites traçados pela legislação.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. MULTA PUNITIVA. VEDAÇÃO DE TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA. ART. 3º DA LEI 8.846/94. ADI 1.075-MC/DF. EFICÁCIA ERGA OMNES DA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

I - É aplicável a proibição constitucional do confisco em matéria tributária, ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento pelo contribuinte de suas obrigações tributárias. Precedentes. II - Eficácia erga omnes da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, conforme disposto no art. 11, § 1º, da Lei 9.868/99. III - Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada, que deve ser mantida. IV - Agravo regimental improvido.

(AI-AgR 482281, rel. ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 21/8/2009 - sem grifo no original).

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MULTA. VEDAÇÃO DO EFEITO DE CONFISCO. APLICABILIDADE. RAZÕES RECURSAIS PELA MANUTENÇÃO DA MULTA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO PRECISA DE PECULIARIDADE

DA INFRAÇÃO A JUSTIFICAR A GRAVIDADE DA PUNIÇÃO. DECISÃO MANTIDA.

1) Conforme orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da vedação ao efeito de confisco aplica-se às multas.

2) Esta Corte já teve a oportunidade de considerar multas de 20% a 30% do valor do débito como adequadas à luz do princípio da vedação do confisco. Caso em que o Tribunal de origem reduziu a multa de 60% para 30%.

3) A mera alusão à mora, pontual e isoladamente considerada, é insuficiente para estabelecer a relação de calibração e ponderação necessárias entre a gravidade da conduta e o peso da punição. É ônus da parte interessada apontar peculiaridades e idiosincrasias do quadro que permitiriam sustentar a proporcionalidade da pena almejada.

4) Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(RE-AgR 523471, rel. ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe de 23/4/2010 – sem grifo no original).

Cumpra lembrar que as multas moratórias incidentes sobre contribuições devidas ao erário foram reduzidas para o patamar máximo de 20% pelo § 2º do art. 61 da Lei 9.430/1996. Natural, dessa forma,

a aplicação retroativa desse coeficiente ao caso em exame, o que afasta o efeito confiscatório, prestigia o tratamento igualitário que deve ser conferido a contribuintes na mesma situação de inadimplência e, enfim, atende ao art. 106, II, c, do CTN, que sufraga expressamente a retroatividade da lei mais benéfica ao contribuinte.

Dessarte, a multa não pode ter caráter confiscatório, inclusive por preceito constitucional, de sorte que é perfeitamente cabível a sua redução em face de valor excessivo, em nome, também, dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento à apelação da União e à remessa oficial e mantenho, em consequência, a sentença na parte concernente às verbas relativas à convocação extraordinária.

Dou parcial provimento à apelação do autor, apenas para reduzir a multa ao patamar de 20% (vinte por cento).

É como voto.

Primeira Turma Suplementar

Numeração única: 0005529-44.2005.4.01.3400

Apelação Cível 2005.34.00.005526-7/DF

Relator: Juiz Federal Márcio Luiz Coêlho de Freitas (convocado)
Apelante: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade
Procurador: Dr. George Macedo Pereira
Apelado: SVM Participações e Empreendimentos Ltda.
Advogados: Dra. Lígia Regini da Silveira e outros
Publicação: e-DJF1 de 11/01/2013, p. 1.196

Ementa

Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Taxa processual do Cade. Empresa de telefonia sujeita à fiscalização pela Anatel. Parcelas destinadas à SAE e à SDE. Efetiva atuação destes órgãos no processo de análise do ato de concentração. Desnecessidade. Art. 7º da Lei 9.472/1997.

I. A taxa processual do Cade, instituída pela Lei 9.781/1999, com as alterações da Lei 10.149/2000, decorre do exercício, pelo Cade, do poder de polícia relativo ao exame do eventual potencial lesivo de ato de concentração.

II. “O valor da exigência, em quantia fixa e razoável, não caracteriza empecilho incontornável à obtenção do serviço, tanto mais diante do art. 4º, III, da Lei 9.781/1999 que assegura isenção em prol daqueles que comprovarem estar destituídos de recursos financeiros. Precedentes desta Corte: AC 2002.34.00.007351-4/DF, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, e-DJF1 de 30/04/2009; AC 2002.34.00.000472-9/DF, rel. Des. Federal Catão Alves, Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho

(convocado), e-DJF1 de 15/08/2008” (AC 2004.34.00.003286-2/DF; rel. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado); 7ª Turma Suplementar, publicação: 28/09/2012, e-DJF1, p. 836).

III. À luz da jurisprudência do STF, a cobrança de taxa em razão do poder de polícia pressupõe o efetivo exercício do poder de polícia por parte do órgão ou do aparato estatal, sendo certo que, uma vez existente a estrutura estatal destinada à fiscalização, presume-se sua utilização pelo Poder Público.

IV. Do fato do art. 97 da Lei 9472/1997 prever que “dependerão de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário” não decorre que tal atribuição seja exercida pela Anatel com exclusividade, de tal sorte que não pudesse ser também exercida pelo SDE e pela SAE, até porque, a teor do disposto no parágrafo único do referido artigo, “a aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta lei.”

V. A teor do § 1º do art. 7º da Lei 9.472/1997, “Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.”

VI. Ademais, o aumento da taxa processual de R\$ 15.000,00 para R\$ 45.000,00 não pode ser entendido como criação de três taxas autônomas, mas configurou reajuste da taxa tendo em vista a análise do valor do custo dos serviços de fiscalização. A divisão do produto arrecadado, apesar de ter sido prevista pelo mesmo dispositivo legal, não altera o fato gerador da taxa, que continua sendo a apreciação, pelo Cade, do ato de concentração.

VII. Apelação e remessa providas.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, *dar provimento* à apelação e à remessa.

1ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 18/12/2012.

Juiz Federal *Márcio Luiz Coêlho de Freitas*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Luiz Coêlho de Freitas: — Cuidam os autos de remessa necessária e apelação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade contra sentença proferida pelo juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do DF que concedeu a segurança pleiteada por SVM Participações e Empreendimentos Ltda. para “desobrigar a impetrante do recolhimento da taxa processual em favor da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (15 mil) e da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (15 mil), sendo devida somente a cota do Cade de R\$ 15 mil”.

Na inicial, alegou a impetrante que a taxa pelo exercício do poder de polícia para análise de atos de concentração, criada pela Lei 9.781/1999, foi triplicada pela Lei 10.149/2001, em virtude da necessidade de análise também pela SDE e SAE, sendo que nenhum desses dois órgãos exerce efetivamente poder de polícia nas fusões e incorporações na área de telefonia, dado que tais aspectos do ato são analisados pela Anatel.

Aduz eu as taxas não comportam cobrança pelo potencial exercício do poder de polícia, mas apenas pelo exercício efetivo.

A sentença atacada fundou-se no entendimento de que a exigência da taxa processual em favor da Secretaria de Direito Econômico – MJ e da Secretaria de Assuntos Econômicos – MF é ilegal na apreciação do ato de concentração apresentado pela impetrante, dado que tal ato somente é apreciado pelo Cade e pela Anatel.

Em suas razões, o Cade sustenta, em síntese, que a impetrante pretende efetuar o pagamento da taxa processual na quantia parcial de R\$ 15 (quinze mil reais), em desacordo com o art. 5º, I, da Lei 9.781/1999, com as alterações da Lei 10.149/2000. Sustenta, ainda, a constitucionalidade da taxa, nos termos do art. 145, II, da CF, vez que cobrada pelo efetivo exercício do poder de polícia pelo Cade, ressaltando que a SDE e a SAE não são designadas legalmente como sujeitos ativos da relação tributária, sendo somente destinatários da repartição das receitas tributárias auferidas pela atividade de polícia administrativa desenvolvida pelo

Cade. Aduz que o fato gerador da taxa processual é a apresentação de atos de concentração ao Cade, de modo que a possibilidade de outros órgão atuarem durante a análise do ato de concentração não influi na consumação do fato gerador, sendo certo que a repartição das receitas auferidas não é matéria de direito tributário, mas financeiro. Por fim, requer a reforma da sentença.

Com as contrarrazões (fls. 200–216), subiram os autos a este e. Tribunal.

Nesta instância, a Procuradoria Regional da República manifestou-se pela ausência de interesse público a justificar sua intervenção no feito (fls. 220–231).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Luiz Coêlho de Freitas: — Discute-se a legalidade da taxa processual Cade, instituída pela Lei 9.781/1999, com as alterações da Lei 10.149/2000. Sobre o tema, esta Corte já pacificou o entendimento de que é legítima a cobrança da taxa pelo exercício do poder de polícia:

ECONÔMICO, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - CADE - TAXA PROCESSUAL PARA EXAME PRÉVIO DE "ATO E CONTRATO" (LEI 9.781/1999 C/C LEI 8.884/1994) - PRESSUPOSTOS DE LEGITIMIDADE (CTN E CF/1988) ATENDIDOS: PODER DE POLÍCIA. 1 - *A taxa processual (Lei 9.781/1999) para prestação do serviço público efetivo, específico e divisível (art. 79 do CTN) de exame do eventual potencial lesivo econômico de "ato ou contrato" (art. 54 da Lei 8.884/1994), decorrente do exercício do poder de polícia (art. 78 do CTN C/C Lei 8.884/1994) pelo CADE é legítima.* 2 - O valor da exigência, em quantia fixa e razoável, não caracteriza empecilho incontornável à obtenção do serviço, tanto mais quando a mesma lei assegura (art. 4º, III, da Lei 9.781/1999) isenção em prol daqueles - comprovadamente - destituídos de recursos financeiros. O vetor "modicidade", ademais, atina com serviços públicos "essenciais" (remunerados por tarifa ou preço público). 3 - Salvo o mero exercício de retórica (vazia), não há qualquer correlação lógica nem jurídica entre a pretensão e o instituto do "direito de petição", instrumento democrático de proteção a direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXXIV, da CF/88). 4 - Precedente do TRF1/T7. 5 - Precedentes de reforço pelo princípio subjacente (STF): Súmula 665 e ADI 453/DF. 6 - Apelação não provida. 7 - Peças liberadas pelo

Relator, em 14/04/2009, para publicação do acórdão. (AC 200234000073514, Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, TRF1 - Sétima Turma, e-DJF1 Data: 30/04/2009 p. 688.)

A Constituição Federal, em seu art. 145, II, dispôs que os entes estatais poderão instituir taxas *em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.*

O CTN, por sua vez, conceitua poder de polícia e taxa:

Art. 77. As taxas [...] têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de 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.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei [...].

A taxa processual do Cade está prevista no art. 2º, I, da Lei 9.781/1999, que prevê constituir *fato gerador da taxa o serviço decorrente da necessidade legal de apresentação de atos e contratos prevista no art. 54 da Lei 8.884/1994 para exame preventivo de possíveis prejuízos à livre concorrência ou à dominação de mercados.*

A Lei 8.884/1994, vigente à época dos fatos, objetivava a

[...] *prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (art. 1º).*

Por seu turno, o art. 7º da referida norma dispunha competir ao Cade, dentre outras atribuições, zelar pela observância da lei; decidir sobre a existência de infração e aplicar as penalidades; ordenar providências que conduzam à cessação de infração; aprovar os termos do compromisso de cessação de prática; apreciar os atos

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado).

ou condutas citados no art. 54; responder a consultas; e instruir o público.

Verifica-se, pois, que exercia a referida autarquia poder de polícia no que se refere à proteção da concorrência de modo que podia o Cade, no exercício deste *múnus*, exercer controle prévio sobre “atos e contratos”, nos exatos termos do art. 54 do mesmo diploma legal:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 3º Incluem-se [...] aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica [...], ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual [...] equivalente a R\$ 400.000.000,00 [...].

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização [...].

Assim, a taxa processual do Cade, instituída pela Lei 9.781/1999, configurava taxa cujo fato gerador era o exercício do poder de polícia pelo Cade, sendo tal cobrança legítima.

Entretanto, cumpre notar que na hipótese dos autos não há propriamente controvérsia quanto à legitimidade da instituição da referida taxa, de vez que o impetrante insurge-se unicamente contra as modificações determinadas pela Lei 10.149/2000, que em seu art. 3º dispôs:

Art. 3º A partir de 1º de janeiro de 2001, a Taxa Processual de que trata o inciso I do , será devida no valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), repartindo-se o produto de sua arrecadação na base de um terço para cada um dos seguintes órgãos:

- I – Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE;
- II – Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça;
- III – Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda

Trata-se, portanto, de verificar se tal modificação, triplicando o valor da taxa e determinando sua repartição entre Cade, SDE e SAE é legítima.

A tese da impetrante, acolhida pela sentença guerreada, é de que o aumento somente poderia ser exigido caso efetivamente a SDE e a SAE atuassem exercendo poder de polícia na análise do ato de

concentração, o que, *in casu*, não ocorre, dada à circunstância de que a análise de tais aspectos do ato, em se cuidando de empresas de telefonia, seria incumbência da Anatel, donde decorre que, nestes casos, o aumento seria ilegítimo.

Neste ponto, vale notar que o regime das taxas instituídas em razão do poder de polícia difere daquele relativo à prestação de serviço público, não sendo nova, na doutrina e na jurisprudência, a controvérsia acerca da possibilidade de ser cobrada taxa de polícia sem que tenha sequer sido instalado o respectivo órgão de fiscalização ou ainda que a atividade não fosse realizada no mundo dos fatos. Entretanto, tendo em vista que é exatamente a referibilidade a um serviço público ou ao exercício do poder de polícia que caracteriza a taxa, tenho que somente quando efetivamente for exercida a fiscalização é que poderá ser cobrada a taxa respectiva.

Neste sentido é a lição de Leandro Paulsen, para quem, mesmo a despeito da existência de uma certa controvérsia jurisprudencial, a cobrança de taxa em razão do exercício do poder de polícia apenas se justifica quando este ocorre concretamente em relação ao contribuinte, não sendo legítima a instituição de taxa para financiar a instalação de um órgão de fiscalização ou mesmo quando essa atividade apenas esteja em funcionamento, sem que se tenha verificado o seu exercício em relação ao sujeito passivo. Afirma ele que:

Exigência de exercício efetivo e diretamente relacionado ao contribuinte. Só o exercício efetivo do poder de polícia diretamente voltado ao contribuinte é que justifica a cobrança da taxa. A competência se dá para instituir o tributo que custeie a atividade provocada ou demanda pelo contribuinte diretamente.

Essa linha de pensamento parece ser a mais coerente com a vontade da Constituição Federal de 1988 e do Código Tributário Nacional, uma vez que, ao regulamentar a cobrança de taxas de serviços, esses foram expressos no sentido de que a utilização de serviços públicos, tanto a efetiva, como a potencial, autoriza a cobrança dessa exação tributária.

Contudo, ao se referir às taxas de polícia, afirma-se que apenas o “exercício” desse poder permitiria a sua instituição.

Assim, somente o exercício efetivo e diretamente relacionado ao contribuinte autorizaria a cobrança das taxas.

Vale ressaltar, entretanto, que esse entendimento, apesar de ter sido adotado pelo STF, vem sofrendo alguma relativização, na medida em que a Corte tem

presumido o exercício do poder de polícia quando o ente instituidor possuir uma estrutura de fiscalização devidamente instalada. Neste sentido, o pleno do STF, quando do julgamento do RE 588322/RO, rel. Min. Gilmar Mendes, decidiu que

O texto constitucional diferencia as taxas decorrentes do exercício do poder de polícia daquelas de utilização de serviços específicos e divisíveis, facultando apenas a estas a prestação potencial do serviço público. 5. A regularidade do exercício do poder de polícia é imprescindível para a cobrança da taxa de localização e fiscalização. 6. À luz da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a existência do órgão administrativo não é condição para o reconhecimento da constitucionalidade da cobrança da taxa de localização e fiscalização, mas constitui um dos elementos admitidos para se inferir o efetivo exercício do poder de polícia, exigido constitucionalmente. Precedentes. 7. O Tribunal de Justiça de Rondônia assentou que o Município de Porto Velho, que criou a taxa objeto do litígio, é dotado de aparato fiscal necessário ao exercício do poder de polícia. 8. Configurada a existência de instrumentos necessários e do efetivo exercício do poder de polícia. 9. É constitucional taxa de renovação de funcionamento e localização municipal, desde que efetivo o exercício do poder de polícia, demonstrado pela existência de órgão e estrutura competentes para o respectivo exercício, tal como verificado na espécie quanto ao Município de Porto Velho/RO 10. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento

No mesmo sentido:

TRIBUTÁRIO. TAXA DE LICENÇA E FISCALIZAÇÃO PARA LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. CONSTITUCIONALIDADE. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

I – Constitucionalidade de taxas cobradas em razão do serviço de fiscalização exercido pelos municípios quanto ao atendimento às regras de postura municipais.

II – Presunção a favor da administração pública do efetivo exercício do poder de polícia, que independe da existência ou não de órgão de controle. Precedentes.

III – Agravo regimental improvido.

(AI 699068 AgR /SP rel. Min. Ricardo Lewandowski Julgamento: 17/03/2009)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. EFETIVO EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA. AUSÊNCIA EVENTUAL DE FISCALIZAÇÃO PRESENCIAL. IRRELEVÂNCIA. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL.

1. A incidência de taxa pelo exercício de poder de polícia pressupõe ao menos (1) competência para

fiscalizar a atividade e (2) a existência de órgão ou aparato aptos a exercer a fiscalização.

2. O exercício do poder de polícia não é necessariamente presencial, pois pode ocorrer a partir de local remoto, com o auxílio de instrumentos e técnicas que permitam à administração examinar a conduta do agente fiscalizado (cf., por semelhança, o RE 416.601, rel. min. Carlos Velloso, Pleno, DJ de 30.09.2005). Matéria debatida no RE 588.332-RG (rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, julgado em 16.06.2010. Cf. Informativo STF 591/STF).

3. Dizer que a incidência do tributo prescinde de “fiscalização porta a porta” (in loco) não implica reconhecer que o Estado pode permanecer inerte no seu dever de adequar a atividade pública e a privada às balizas estabelecidas pelo sistema jurídico. Pelo contrário, apenas reforça sua responsabilidade e a de seus agentes.

4. [...]

(RE 361009 AgR/RJ rel. Min. Joaquim Barbosa - Julgamento: 31/08/2010)

Tem-se, portanto, que à luz da jurisprudência do STF, a cobrança de taxa em razão do poder de polícia pressupõe o efetivo exercício do poder de polícia por parte do órgão ou do aparato estatal, sendo certo que uma vez existente a estrutura estatal destinada à fiscalização, presume-se sua utilização pelo Poder Público.

Na hipótese dos autos, verifica-se que a tese central da impetrante é de que a SDE e a SAE não atuam na análise dos atos de concentração pelo Cade, já que suas atribuições seriam exercidas pela Anatel. Ocorre, entretanto, que tal afirmação não restou demonstrada. Com efeito, do fato da Lei 9.472 prever que a Anatel dispor que “dependerão de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário.”(Art. 97) não decorre que tal atribuição seja exercida pela Anatel com exclusividade, de tal sorte que não pudesse ser também exercida pelo SDE e pela SAE, até porque, a teor do disposto no parágrafo único do referido artigo, “a aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta lei.”

Por seu turno, o art. 7º dispõe:

Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de

concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Decorre daí que não houve reserva de atribuição para análise das fusões no mercador de telefonia à Anatel. Ao contrário, a atribuição concorrente desta

agência com o aparato regulador da concorrência foi expressamente previsto na lei geral das telecomunicações, não havendo que se falar em ilegalidade ou em inexistência de intervenção do SAE e da SDE na análise, pelo Cade, de atos de concentração de empresas de telefonia

Ademais, o aumento da taxa processual não de R\$ 15.000,00 para R\$ 45.000,00 não pode ser entendido como criação de três taxas autônomas, mas configurou reajuste da taxa tendo em vista a análise do valor do custo dos serviços de fiscalização. A divisão do produto arrecadado, apesar de ter sido previsto pelo mesmo dispositivo legal, não altera o fato gerador da taxa, que continua sendo a apreciação, pelo Cade, do ato de concentração.

Posto isto, *dou provimento* ao recurso de apelação e à remessa necessária.

Segunda Turma Suplementar

Numeração única: 0002404-20.2004.4.01.0000

Apelação Cível 2004.01.00.003498-6/BA

Relator: Juiz Federal José Alexandre Franco (convocado)
 Apelante: Edna Tude Nascimento
 Advogado: Dr. José Carlos Monteiro Duarte Filho
 Apelada: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT
 Advogada: Dra. Luciana Carvalho Santos
 Apelado: Município de Salvador/BA
 Procuradora: Dra. Sílvia Cecília Azevedo
 Publicação: e-DFJ1 de 17/01/2013, p. 104

Ementa

Constitucional e Civil. Usucapião. Área pública, non edificandi, pertencente ao Município de Salvador. Art. 22 da Lei 6.766/1979. Imprescritibilidade. Art. 183, § 3º, e art. 191, parágrafo único, da CF/1988. Súmula 340 do STF. Recurso não provido.

I. A Constituição Federal estabelece a imprescritibilidade sobre bens integrantes do domínio público (art. 183, § 3º, e art. 191, parágrafo único). Mesmo antes da atual ordem constitucional, o entendimento dos tribunais era pela imprescritibilidade dos bens públicos, consoante a Súmula 340 do STF: “Desde a vigência do Código Civil de 1916, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

II. Tratando-se de área livre, *non edificandi*, que foi incorporada ao domínio municipal em virtude de Termo de Acordo e Compromisso – TAC, conforme o art. 22 da Lei 6.766/1979, não há possibilidade de o imóvel permanecer nas mãos do particular, mesmo que exerça a posse há vários anos e o Poder Público tenha sido desidioso em sua retomada.

III. Precedentes do STJ (AgRg no Ag 648.180/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 15/02/2007, DJ 14/05/2007, p. 280; e REsp 489.732/DF, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado

em 05/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 310) e do TRF 1ª Região (AC 0015727-10.2000.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Selene Almeida, Quinta Turma, e-DJF1, p. 509, de 15/06/2012).

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

2ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 17/12/2012.

Juiz Federal *José Alexandre Franco*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Alexandre Franco: —

1. *Edna Tude Nascimento* apela da sentença da 13ª Vara Federal da Bahia, que julgou improcedente a ação de usucapião que propôs contra *Joventino Pereira da Silva* e sua esposa *Alcina Guimarães da Silva*, indicados como proprietários do imóvel, a *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos*, os confrontantes *Dílson Marques Patrício* e *Jefre Farias de Albuquerque* e o *Município de Salvador*, com base no entendimento de que a área usucapienda integra o domínio público do Município de Salvador, sendo, portanto, insuscetível de prescrição aquisitiva.

Informa que a área usucapienda mede 238,77 m² e é remanescente da antiga Fazenda Pituba, pertencente ao Sr. *Joventino Pereira da Silva* e registrada no cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas de Salvador, e que, posteriormente, deu origem ao loteamento *Cidade da Luz*.

Argumenta que, de acordo com os arts. 20 e 22 da Lei 6.766/1979, somente as áreas especificamente definidas em registro de loteamento como destinadas à abertura de ruas e praças e espaços livres ou a equipamentos urbanos transfere-se ao patrimônio público, o que não é o caso.

Embora a área usucapienda tenha sido objeto de Termo de Acordo e Compromisso – TAC firmado com o Município de Salvador, destaca que referido instrumento é omissivo quanto à sua destinação, situação que afasta a alegação de que aquela integra o patrimônio público municipal.

Como a área continua registrada em nome do Sr. *Joventino Pereira da Silva* e não houve oposição quanto ao fato de estar há mais de 20 anos na respectiva posse, sustenta a necessidade de reforma da sentença por afronta ao disposto nos arts. 20 e 22 da Lei 6.766/1979, bem como no art. 530, I, do Código Civil de 1916.

Intimados os recorridos, apenas a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e o Município de

Salvador apresentaram contrarrazões (fls. 484–488 e 490–499).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Alexandre Franco: —

1. A Constituição Federal estabelece a imprescritibilidade sobre bens integrantes do domínio público (art. 183, § 3º, e art. 191, parágrafo único), o que sempre foi repetido pela jurisprudência inclusive do Supremo Tribunal Federal – STF:

Desde a vigência do Código Civil de 1916, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião. (Súmula 340 do STF).

E do Superior Tribunal de Justiça – STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO. MANUTENÇÃO DE POSSE. TERRA PÚBLICA. IMÓVEL PERTENCENTE À TERRACAP. 1. O posicionamento do Tribunal está em perfeita harmonia com a jurisprudência da Corte, consolidada no sentido de que “a ocupação de bem público, ainda que dominical, não passa de mera detenção, caso em que se afigura inadmissível o pleito de proteção possessória contra o órgão público. Não induzem posse os atos de mera tolerância (art. 497 do CC/1916)” (REsp 146.367/DF, Quarta Turma, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 14/03/2005). 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 648.180/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 15/02/2007, DJ 14/05/2007 p. 280).

MANUTENÇÃO DE POSSE. OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA, ADMINISTRADA PELA “TERRACAP – COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA”. INADMISSIBILIDADE DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA. – A ocupação de bem público não passa de simples detenção, caso em que se afigura inadmissível o pleito de proteção possessória contra o órgão público.

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado).

– Não induzem posse os atos de mera tolerância (art. 497 do Código Civil/1916). Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 489.732/DF, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 05/05/2005, DJ 13/06/2005 p. 310).

Do TRF 1ª Região:

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL E CIVIL. USUCAPIÃO. REQUISITOS. POSSE COM ANIMUS DOMINI. TERRA PÚBLICA. IMPRESCRITIBILIDADE. CF/1988. SÚMULA 340 DO STF. RECONHECIMENTO DA MELHOR POSSE EM FAVOR DA UNIÃO. LEGÍTIMA PROPRIETÁRIA DO BEM IMÓVEL. 1. Na questão relativa à aquisição de bem de domínio público, a Constituição Federal é clara ao estabelecer a imprescritibilidade sobre tais bens. Não há que se falar em direito adquirido frente à nova ordem constitucional. 2. Antes da CF/1988, já havia o entendimento dos tribunais pela imprescritibilidade dos bens públicos, como se verifica pela súmula 340 do STF: “Desde a vigência do Código Civil de 1916, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”. 3. Afastada a posse da ré sobre o bem, não há como deixar de se validar a posse da União sobre o referido imóvel, julgando procedente o pedido em seu favor. 4. Apelo da União e à remessa necessária, tida por interposta, providas. (AC 0015727-10.2000.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 p. 509 de 15/06/2012)

2. Conforme o laudo pericial (fls. 278–295 e 333), a área usucapienda integra o loteamento *Cidade da Luz* e foi incorporada ao domínio municipal em virtude

de Termo de Acordo e Compromisso – TAC celebrado em 20/08/1958 e registrado no Cartório do 3º Ofício do Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Salvador (fls. 169–178).

Nos termos do item III da cláusula primeira do referido TAC (fl. 174), foi doado à municipalidade, a título gracioso, para uso e gozo comum do povo, todas as áreas destinadas à abertura de ruas e logradouros públicos, bem assim à criação das faixas verdes previstas no plano do loteamento em questão.

Embora o TAC não descreva a destinação a ser dada especificamente à área ocupada pela autora, o exame técnico, lastreado na documentação, não deixa dúvidas de que se trata de área destinada a passeio público/área verde e, portanto, pertencente à municipalidade, sendo de se aplicar à hipótese o disposto no art. 22 da Lei 6.766/1979:

Art. 22. Desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.

Tratando-se de área livre, *non edificandi*, não há possibilidade de o imóvel permanecer nas mãos do particular, mesmo que exerça a posse há vários anos e o Poder Público tenha sido desidioso na sua retomada.

Nego provimento ao recurso.

É o voto.

Terceira Turma Suplementar

Numeração única: 0001126-44.2001.4.01.3700

Apelação Cível 2001.37.00.001132-0/MA

Relator: Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes
 Apelante: Fundação Nacional de Saúde – Funasa
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Apelada: Júlia Iticava de Oliveira
 Advogada: Dra. Alessandra Salgueiro
 Publicação: e-DJF1 de 30/01/2013, p. 139

Ementa

Civil. Ação de despejo. Contrato de locação celebrado entre a autora e a funasa. Relação jurídica de direito privado. Equiparação da administração pública ao particular. Responsabilidade do locatário pelos alugueis e despesas de água e luz enquanto vigente o contrato.

I. Salvo nas hipóteses específicas previstas na Lei 8.245/1991, a Administração Pública, no contrato de locação, equipara-se em direitos e obrigações ao particular, não sendo possível afastar-se dos princípios de Direito Civil para privilegiar-se em detrimento do locador.

II. Demonstrado nos autos que a rescisão contratual operou-se, de fato, em fevereiro de 2001, é dever do locatário, no caso a Funasa, arcar com o pagamento dos aluguéis e demais encargos da locação, tais como despesas de consumo de água e luz, relativos aos meses de novembro/2000, dezembro/2000 e janeiro/2001 (art. 23, I e VIII, da Lei 8.245/1991).

III. Apelação não provida. Sentença confirmada.

Acórdão

Decide Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

3ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 17/12/2012.

Juiz Federal *Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes: — Trata-se de apelação interposta pela Fundação Nacional de Saúde – Funasa – contra sentença que julgou procedente o pedido para condenar a apelante ao pagamento de aluguéis, contas de água e energia, totalizando o valor de R\$ 1.177,91, acrescido de juros de mora de 6% ao ano a contar da citação e correção monetária a partir de quando se tornou exigível a obrigação.

Inconformada, a Funasa pugna pela reforma da sentença, alegando que todas as providências foram tomadas administrativamente no sentido de regularizar a situação contratual estabelecida entre as partes: a) notificação da autora, em obediência à Ordem de Serviço 4/2000, informando-lhe que o contrato de locação celebrado entre as partes seria rescindido; b) realização de reparos no imóvel; e c) rescisão do contrato e solicitação à Gerência de Desenvolvimento Regional de Pedreiras quanto à liquidação das despesas do aluguel.

Sustenta que a autora, de maneira inescusável, não compareceu para rescindir o contrato de locação, o qual não poderia permanecer válido, tendo em vista os comandos da Ordem de Serviço 4, reveladores da falta de recursos para o adimplemento das obrigações contratuais.

Ressaltando a prevalência do interesse público sobre o interesse privado, pede a improcedência do pedido inicial.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes: — Cuida-se de apelação interposta contra sentença que julgou procedente o pedido para condenar a Funasa ao pagamento de aluguéis, contas de água e energia, totalizando o valor de R\$ 1.177,91, acrescido de juros de mora de 6% ao ano a contar da citação e correção monetária a partir de quando se tornou exigível a obrigação.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Trata-se de contrato celebrado entre a autora (locadora) e a Funasa (locatária), em 16/03/2000, com vigência de um ano, tendo por objeto a locação de imóvel de propriedade da autora destinado ao funcionamento de repartição da Funasa – Distrito Sanitário de Pedreiras/Sede do Distrito Técnico-63.

Verifica-se pelos documentos constantes dos autos que o Ministério da Saúde, através da Portaria 1.399/1999, determinou a descentralização das ações de combate e controle de endemias para os Estados e Municípios.

Com vistas a regulamentar a cessão de bens móveis e imóveis utilizados nas atividades de epidemiologia e controle de doenças, em decorrência da descentralização, foi publicada, pela Presidência da Funasa, a Ordem de Serviço 4, de 17/07/2000, a qual determinava, em seu art. 6ª, que

Todos os contratos de prestação de serviços relativos aos bens móveis e imóveis cedidos, deverão ser rescindidos ou, se no interesse do comodatário, sub-rogados.

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida e o Exmo. Sr. Juiz Federal José Alexandre Franco (convocado).

O Ofício 1.488/2000, da Funasa (fls. 40–41), dá conta de que não houve interesse do Estado do Maranhão quanto ao imóvel objeto desta ação e, como tal, o contrato deveria ser rescindido, conforme Memorando 643/Coefi/CGOFI/DA/Funasa e nos termos do art. 6º da OS 4/2000.

Nesse sentido, a Funasa alega que notificou a autora, comunicando-lhe a rescisão do contrato a partir de 1º/11/2000 (fl. 15).

Vê-se, contudo, que a própria Funasa informa que a autora recusou-se a assinar a notificação, alegando que o imóvel estava em estado de depreciação; e que os reparos só foram providenciados em fevereiro de 2001; e, ainda, que somente em “16/01/2001 foi realizado o termo de rescisão de contrato, publicado no *DOU* 02/02/2001.”

A propósito, é bom lembrar que o locatário é obrigado “a restituir o imóvel, finda a locação, no estado em que o recebeu, salvo as deteriorações decorrentes do seu uso normal” (art. 23, III, da Lei 8.245/1991).

Assim, entendo que a autora tem razão ao pretender o pagamento dos aluguéis e demais encargos da locação, tais como despesas de consumo de água e luz, relativos aos meses de novembro/2000, dezembro/2000 e janeiro/2001 (art. 23, I e VIII, da Lei 8.245/1991), visto que a rescisão contratual operou-se, de fato, em fevereiro/2001.

Cumprе ressaltar que, salvo nas hipóteses específicas previstas na lei do inquilinato, a Administração Pública, no contrato de locação, equipara-se em direitos e obrigações ao particular, não sendo possível afastar-se dos princípios de Direito Civil para privilegiar-se em detrimento do locador.

Por oportuno, vale ressaltar as consagradas lições doutrinárias de Helly Lopes Meirelles e de Celso Antônio Bandeira de Mello, *litteris* :

A Administração Pública pode praticar atos ou celebrar contratos em regime de Direito Privado (Civil ou Comercial), no desempenho normal de suas atividades. Em tais casos ela se nivela ao particular, abrindo mão de sua supremacia de poder, desnecessária para aquele negócio jurídico. É o que ocorre, p. ex., quando emite um cheque ou assina uma escritura de compra e venda ou de doação, sujeitando-se em tudo às normas de Direito Privado.”

(In *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 34. ed., São Paulo, 2007.)

“A) A Administração pratica inúmeros atos que não interessa considerar como atos administrativos, tais:

a) Atos regidos pelo Direito Privado, como, por exemplo, a simples locação de uma casa para nela instalar-se uma repartição pública. O Direito Administrativo só lhe regula as condições de emanção, mas não lhes disciplina o conteúdo e correspondentes efeitos.”

(In *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 25. ed., São Paulo, 2008.)

Conforme bem colocado pelo MM. juiz sentenciante,

Como não houve qualquer sub-rogação contratual ao Estado do Maranhão, a Funasa continua responsável por todas as obrigações assumidas no contrato de locação até a efetiva devolução do imóvel, com a prévia notificação, de forma que todos os aluguéis e despesas de água e energia devem ser liquidados pela própria locatária, haja vista que não há qualquer vínculo jurídico entre a locadora requerente e o Estado do Maranhão a quem a ré pretende atribuir a responsabilidade pela liquidação.

Nesses termos, *nego provimento à apelação*, mantendo-se integralmente a sentença recorrida, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

Quarta Turma Suplementar

Numeração única: 0005113-81.2003.4.01.4100

Apelação Cível 2003.41.00.005113-7/RO

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)
Apelante: Ariosvaldo Araújo Mota
Curador: Alberto Veríssimo Camurca
Apelado: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Procurador: Dr. Valdez Adriani Farias
Publicação: e-DJF1 de 05/02/2013, p. 514

Ementa

Administrativo. Processual Civil. Título definitivo de propriedade. Cancelamento de registro imobiliário. Descumprimento de condição resolutive expressa. Legitimidade ativa. Prescrição. Não ocorrência.

I. Trata-se de ação de cancelamento de registro de terra originalmente de domínio público, conforme se vê na certidão imobiliária de fl. 12, para a qual a legitimidade do Incra está expressa na Lei 6.739, de 05/12/1979. Ademais, compete ao Incra a administração das terras públicas federais rurais e execução da reforma agrária, nos termos do Decreto-Lei 1.110/1970 e Estatuto da Terra.

II. Não há que se falar em ocorrência de prescrição do direito de ação, considerando que o imóvel em questão é bem público, portanto, insusceptível de usucapião (art. 191 da CF/1988).

III. É resolutive a cláusula quinta do título de propriedade concedido ao réu, de modo que havendo descumprimento de qualquer das obrigações ali assumidas, resolve-se a alienação, extinguindo-se automaticamente o direito à propriedade do imóvel, independentemente de qualquer notificação ou interpelação judicial ou extrajudicial.

IV. Diante da falta de pagamento, bem como do abandono da terra e, conseqüentemente, da destinação da área (exploração agropecuária), constatados pela vistoria, que verificou a ocupação da terra por diversos posseiros sem oposição do apelante (fl. 32), operou-se a condição resolutive, dando ensejo a aplicação da cláusula quinta, tornando-se nula a alienação, de modo que o cancelamento do registro imobiliário é ato consequente que se impõe.

V. Nega-se provimento ao recurso de apelação.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação.

4ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 29/01/2013.

Juiz Federal *Rodrigo Navarro de Oliveira*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira:
— Ariosvaldo Araújo Mota interpõe recurso de apelação às fls. 105–110 contra sentença do Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Rondônia, que em ação sob o rito ordinário ajuizada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, julgou procedente o pedido “para declarar a resolução

do título de propriedade 232.2.01/3.261, firmado com o réu, relativo ao imóvel rural denominado lote 6, gleba 6, Gleba Cachoeira de Samuel, projeto fundiário Alto Madeira, com área de 186,4821 hectares, bem como determinar o cancelamento do registro imobiliário correspondente e de todos os atos de serventia subsequentes àqueles, que impeçam o exercício pleno do domínio sobre o imóvel pela União.”

O apelante alega, preliminarmente, ocorrência de prescrição, argumentando que o título definitivo expedido pelo Incra a seu favor é datado de 08/04/1985 e foi registrado em 15/10/1985, e que transcorreu mais de 17 anos até a data do ajuizamento da presente ação (29/08/2003), sem que o apelado tomasse qualquer medida no sentido de exigir o cumprimento das condições impostas no título definitivo. Argui, ainda, preliminar de carência do direito de ação por ilegitimidade ativa, sob o argumento de que o Incra é mero alienante do título definitivo, sendo a área rural objeto da demanda de propriedade da União. No mérito, afirma que era real e fiel proprietário da área rural, pois seu título definitivo foi devidamente registrado no cartório de registro de imóveis sem nenhuma ressalva. Alega que o autor não comprovou a inadimplência e que o título definitivo não estabelece como cláusula resolutiva a destinação da área para este ou aquele fim específico, não tendo o Incra oferecido condições de exploração da terra, abandonando o apelante à própria sorte. Por fim sustenta que a cláusula nona do Título de Propriedade prevê o prazo de cinco anos para a extinção da condição resolutiva do referido título.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 112–116).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira:
— Na presente ação o Incra objetiva a resolução do título definitivo concedido ao réu, ora apelante, em razão da inadimplência e descumprimento da cláusula resolutiva para a garantia da adequada destinação a área rural.

Preliminarmente destaco que não se trata de ação reivindicatória, mas, sim, de cancelamento de registro de terra originalmente de domínio público, conforme se vê na certidão imobiliária de fl.12, para a qual a legitimidade do Incra está expressa na Lei 6.739, de 05/12/1979, que dispõe sobre a matrícula e o registro de imóveis rurais:

Art. 8ºB Verificado que terras públicas foram objeto de apropriação indevida por quaisquer meios, inclusive decisões judiciais, a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município prejudicado, bem como seus respectivos órgãos ou entidades competentes, poderão, à vista de prova da nulidade identificada, requerer o cancelamento da matrícula

e do registro na forma prevista nesta Lei, caso não aplicável o procedimento estabelecido no art. 8º A.

Ademais, compete ao Incra a administração das terras públicas federais rurais e execução da reforma agrária, nos termos do Decreto-Lei 1.110/1970 e Estatuto da Terra, razão pela qual rejeito a preliminar de carência do direito de ação por ilegitimidade ativa.

Não há que se falar em ocorrência de prescrição do direito de ação, considerando que o imóvel em questão é bem público, portanto, insusceptível de usucapião (art. 191, da CF/1988).

No mérito, observa-se que o título de propriedade concedido ao réu foi outorgado em decorrência de licitação pública promovida pelo edital Incra 1/84 e mediante cláusula que parcelou o valor da venda do imóvel em cinco prestações anuais e sucessivas, vedando-se a alienação do imóvel a terceiros enquanto não for integralizado o pagamento (cláusulas primeira e segunda – fl. 10 v). Além disso, restaram previstas as seguintes cláusulas:

CLÁUSULA QUARTA – Fica preservada a destinação da área com obrigatoriedade do adquirente cumprir as exigências estipuladas neste Título, sob pena de nulidade absoluta.

CLÁUSULA QUINTA – Pelo não cumprimento de qualquer disposição legal aplicável à espécie, bem como das condições estipuladas neste Título, fica o INCRA, desde já, autorizado pelo adquirente, independentemente de interpelação judicial ou extra-judicial, a reverter o imóvel ao patrimônio da União Federal, indenizadas as benfeitorias úteis e necessárias existentes, com resilição de pleno direito do domínio e posse, ressalvados os créditos hipotecários.

Não há dúvida de que a cláusula quinta é resolutiva, de modo que havendo descumprimento de qualquer das obrigações assumidas no Título de Propriedade, resolve-se a alienação, extinguindo-se automaticamente o direito do apelado à propriedade do imóvel, independentemente de qualquer notificação ou interpelação judicial ou extrajudicial.

Assim, diante da falta de pagamento, conforme provam os documentos de fls. 65–66, bem como do abandono da terra e, conseqüentemente, da destinação da área (exploração agropecuária), constatados pela vistoria, que verificou a ocupação da terra por diversos posseiros sem oposição do apelante (fl. 32), operou-se a condição resolutiva, dando ensejo a aplicação da cláusula quinta, tornando-se nula a alienação, de modo que o cancelamento do registro imobiliário é ato conseqüente que se impõe, devendo, portanto, ser mantida a sentença, que assim fundamentou:

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado).

[...] Constitui o registro, na verdade, mera presunção de domínio que só se robustece com a comprovação da filiação e da origem do direito. Na verdade, o registro imobiliário exige a apresentação de título que o autoriza, donde a resultante de que a nulidade ou anulação desse ato causal invalida o registro.

O domínio público não resulta de outro título senão da lei, a presunção da dominialidade privada, que deflui do registro, há de ceder diante da presunção de domínio público. A par disso, conquanto não conste do registro público a condição resolutive expressa no contrato acostado aos autos, tal fato não elide a prefalada presunção de domínio público.

Na espécie, cabia ao réu demonstrar que realizou as condições previstas no contrato com a conseqüente aquisição do pleno domínio. Assim não agindo, é fato que não dispõe de título legítimo de propriedade, sendo que a transferência operada não tem o condão de tornar lícita a aquisição do bem, sendo nulo o registro ora impugnado.

Nesse sentido foi o entendimento desta Corte no julgamento de casos semelhantes ao dos autos:

ADMINISTRATIVO. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO DE PROPRIEDADE. CANCELAMENTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO. DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO RESOLUTIVA EXPRESSA. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÕES PROVIDAS.

1. Diante da peculiar característica do imóvel em comento - bem público -, merecem provimento as apelações interpostas pelo INCRA e pelo Ministério Público Federal, pois se cuida de área insusceptível de usucapião (art. 183, § 3º e 191, parágrafo único, da Constituição Federal) ou transferência ao patrimônio privado sem observância dos requisitos contratuais.

2. É de se ter, na hipótese, como condição resolutive, dentre outras, a falta de pagamento do preço estipulado, o que ocorreu no caso presente, a teor do que se depreende do documento de fl. 24, no qual consta que o Título Definitivo 232.2.04/1.883 “[...] não encontra-se quitado” (fl. 24).

3. Em razão de expressa previsão de cláusula resolutive, opera-se a extinção do direito, para todos os efeitos, circunstância essa que faz com que resulte resolvida e nula de pleno direito, independentemente de ato especial ou de qualquer notificação ou interpelação, judicial ou extrajudicial, a alienação originária e, conseqüentemente, o direito de propriedade.

4. Não se pode falar, no caso em comento, em prescrição, porquanto, na hipótese, se apresenta como contraditório admitir que independe de ação e, ao mesmo tempo, declarar extinto o direito à ação, com repercussão no próprio direito de fundo, pois a prevalecer o decidido na sentença recorrida, estar-se-ia admitindo a aquisição da propriedade

imobiliária de bem público pela via transversa da prescrição.

5. Sentença reformada. Apelações providas. (AC 0004034-33.2004.4.01.4100 / RO, rel. Desembargador Federal l'talo Fioravanti Sabo Mendes, Quarta Turma, e-DJF1 p.529 de 06/03/2012).

REGISTROS PÚBLICOS. AÇÃO DE CANCELAMENTO DE MATRÍCULA E REGISTRO. TERRAS PÚBLICAS. INCRA. LEGITIMIDADE. BENS PÚBLICOS. IMPRESCRITIBILIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE ALIENAÇÃO E TÍTULO DE PROPRIEDADE. INEXISTÊNCIA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Se as terras - originariamente de domínio do Poder Público - foram arrecadadas pela União (GETAT) na forma e vigência do Decreto-lei n. 1.164/71; se a constitucionalidade do Decreto-lei n. 1.164/71 fora expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal; se a Lei n. 6.739/79 legitima a União ou os órgãos competentes a ajuizarem ação de cancelamento de registro de terras públicas cuja aquisição pelo particular fora irregular; se ao INCRA, sucessor do GETAT, compete “a promoção e a execução de reforma agrária e da colonização”; não há se falar em ilegitimidade da autarquia para a presente ação de cancelamento de registro.

[...]

4. Se a pretensão anulatória do Poder Público, antes de perquirir sobre nulidade do título, tem baldrame na ocorrência de “apropriação indevida” de “terras públicas”, não há se falar em prescrição, porquanto a imprescritibilidade dos imóveis públicos é dada pela Constituição (art. 191, parágrafo único).

5. Revela-se despropositado agitar-se suposta violação do princípio da segurança jurídica, haja vista a opção do constituinte pela não incidência da usucapião aos bens públicos.

6. Focando-se o prazo prescricional na nulidade (de pleno direito) do título, o Superior Tribunal de Justiça excepciona a regra da prescritebilidade, v.g.: “Segundo boa parte da doutrina, a nulidade, além de insanável, é imprescritível. Conforme precedente da 3ª Turma do STJ, “Resultando provado que a escritura de compra e venda for forjada, o ato é tido como nulo e não convalesce pela prescrição” (REsp-12.511, DJ de 4.11.91)” (3ª Turma, REsp 89.768/RS, Rel. Ministro Nilson Naves).

7. Fosse admitida a hipótese de prescritebilidade, considerando-se que a outorga do título de propriedade pelo GETAT tem natureza contratual, na verificação de eventual prescrição da pretensão de questionamento da validade do negócio deveria ser observado o art. 177 do Código Civil de 1916, que prevê o prazo de 20 (vinte) anos para as ações pessoais. O lapso temporal não estaria exaurido, haja vista que a outorga deu-se em maio de 1986 e a ação de cancelamento foi ajuizada em 2002.

8. A pretensão deduzida em juízo tem substrato no cometimento de “apropriação indevida” de “terras públicas” pelo particular, terras cuja matrícula e registro, assim, devem ser cancelados, nos termos da Lei n. 6.739/79, art. 8º B.

9. A irregularidade da apropriação de terras ficou calcada na inexistência de processo administrativo de alienação e, de conseqüência, na inexistência de título definitivo outorgado pelo GETAT.

10. Não refutadas as provas da irregularidade da “apropriação” das “terras públicas”, não merece reforma a sentença, em que se houve pela procedência do pedido de cancelamento da matrícula e do registro correspondentes.

11. Do conjunto probatório a conclusão não é outra senão a de que a matrícula e o registro do imóvel foram levados a efeito a partir de título inexistente ou inválido, impossibilitando acolher-se alegação de boa-fé do réu que requereu o primeiro registro.

12. À luz do princípio da continuidade (Lei n. 6.015/73, arts. 195 e 237), que informa sistemática de

registros públicos, e a teor do art. 1.247 do Código Civil, a alegação de boa-fé de terceiros não obsta a exclusão da matrícula e registro subseqüentes àqueles cancelados.

13. Na aquisição de área de significativa dimensão, sem prejuízo da exigência de certidões negativas de tributos, o dever geral de cautela impunha, no mínimo, que os terceiros, alegadamente de boa-fé, efetuassem consulta ao INCRA sobre a regularidade do processo de alienação das terras.

14. A negligência, sem desconsiderar o que demais consta do conjunto probatório, afasta a alentada boa-fé.

15. Apelação não provida. (AC 0000769-09.2002.4.01.3901 / PA, Rel. *Desembargador Federal João Batista Moreira*, Rel.Conv. *Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes*, filho (conv.), *Quinta Turma*, e-DJF1 p.192 de 22/10/2010).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto pelo réu.

É como voto.

Quinta Turma Suplementar

Numeração única: 0060366-91.1997.4.01.3800

Apelação Cível 1997.38.00.061064-1/MG

Relator: Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado)
 Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Apelados: Silvério Nepomuceno de Paiva – espólio e outro
 Advogados: Dr. Alúcio Nogueira de Almeida e outros
 Publicação: e-DJF1 de 25/01/2013, p. 1.013

Ementa

Tributário. Contribuições previdenciárias descontadas a maior dos empregados pelo empregador. Repetição em face do INSS. Necessidade de prova de recolhimento aos cofres da autarquia. Ausência parcial dessa prova. Remessa oficial e apelação parcialmente providas.

I. São os seguintes os fundamentos da sentença, no que mais interessa: “Rejeito a preliminar edificada na resposta uma vez que mostra-se inaplicável ao caso dos autos. / Por outro lado, a alegação de prescrição. Prospera em parte. / Em se tratando de pretensão de repetição de indébito tributário aplica-se o art. 168 do CTN, segundo o qual o direito de pleitear a restituição se extingue com o decurso de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito. / A contribuição previdenciária do empregado é descontada de seu salário pelo empregador, para posterior recolhimento ao INSS. / Do ponto de vista do empregado, a extinção do crédito ocorre com o desconto do seu salário do valor referente à contribuição, pouco importando se e quando ocorreu o efetivo recolhimento, que diz respeito à relação entre o empregador e o INSS. A partir de então começa a correr o prazo prescricional, pois desde aquele momento ocorreu eventual violação do direito. / Portanto, contados cinco anos a partir do desconto da contribuição do salário do empregado, consuma-se a prescrição. / Como a ação foi ajuizada em 04/12/1997 está prescrito o direito à restituição das contribuições descontadas do salário dos autores antes de 04/12/1992. / No exame do mérito observa-se que, nos termos do art. 20 da Lei 8.212/1991, a contribuição previdenciária do segurado empregado é

calculada mediante a aplicação da correspondente alíquota, sobre o seu salário de contribuição mensal, de forma não cumulativa. / Por sua vez, o art. 28 da mesma lei definiu o salário de contribuição para o empregado como, em linhas gerais, a remuneração percebida durante o mês, em uma ou mais empresas, respeitado o limite máximo do salário de contribuição. / A essência desses dispositivos foi mantida nas alterações que se sucederam na legislação previdenciária. / Portanto, para obter-se a contribuição devida devem ser somadas as remunerações percebidas mensalmente por cada um dos autores, respeitando-se o limite máximo do salário de contribuição, aplicando-se a alíquota correspondente. / Considerando as remunerações recebidas pelos autores, e os limites do salário de contribuição, ao longo do tempo, a perícia constatou que foram descontados dos autores valores maiores que o devido, o que dá ensejo à restituição pretendida. / Não procede a alegação do réu, deduzida em alegações finais, de que a restituição depende da prova dos recolhimentos. / Nos termos do art. 30, I, *a*, da Lei 8.212/1991, incumbe à empresa arrecadar a contribuição dos segurados empregados, descontando-a da respectiva remuneração e efetuar o recolhimento dos valores arrecadados (alínea *b* do mesmo inciso). / Caso o desconto seja indevido, surge para o empregado o direito à repetição frente ao INSS. / O recolhimento faz parte de relação entre a empresa e o INSS, da qual não participa o empregado, que não pode ser penalizado por eventual inadimplemento do empregador e pela omissão do próprio INSS a quem incumbe fiscalizar, promover a cobrança das contribuições que não foram efetuadas pelo empregador e aplicar as sanções legais, conforme previsto no art. 33 da Lei 8.212/1991. / Os valores a serem restituídos serão os apurados consoante comprovantes de descontos da contribuição que constam deste processo. / No que pertine aos índices de juros e correção monetária a serem utilizados, deve-se observar o seguinte. / Os valores pagos indevidamente devem ser atualizados porque a correção monetária é mera recomposição do poder aquisitivo da moeda, corroído pela inflação. / [...]. Condeno o réu ao reembolso das custas e ao pagamento de honorários periciais e advocatícios, fixados estes em 5% do valor a ser restituídos.”

II. O INSS, em sua apelação, pretende que seja reformada a sentença, para o que firma que “só pode haver restituição quando houver o recolhimento” e que a sentença deve ser reformada “na parte que lhe foi desfavorável (restituição de valores não recolhidos à Previdência Social – apropriação indébita)”.

III. Verifica-se que, com efeito, merece reparo, porém parcial, a sentença, vez que não há falar em devolução, pelo INSS, daquilo que não houve prova de recolhimento, como é o caso das contribuições devidas pela TV Manchete Ltda. e parte daquelas devidas pela TV Aterosa, já que o próprio INSS confirma ter havido recolhimentos por esta, exceto quanto aos 13^{os} salários de 12/1993 (fl. 419), 12/1992 (fl. 420).

IV. Registre-se que, conquanto não se possa dizer em prejuízo ao empregado quanto à concessão de benefício pelo não recolhimento das contribuições descontadas pelo empregador, o mesmo entendimento não se aplica no que diz respeito à repetição, pelo empregado, uma vez que a responsabilidade tributária do empregador não enseja o ônus do INSS na repetição de valores a respeito dos quais não houve prova de que foram recolhidos ao seu cofre.

V. Assim, dá-se provimento parcial à remessa oficial e à apelação, para que o INSS devolva aos autores os valores que deles foram descontados a maior em relação aos quais houve comprovação de recolhimento, conforme fundamentado.

VI. Sucumbência recíproca, de forma que uma parte não pagará à outra honorários advocatícios. Honorários periciais e custas, em ressarcimento, pelo INSS, em 50% (cinquenta por cento).

VII. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial.

Juiz Federal *Grigório Carlos dos Santos*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos:
— Trata-se remessa oficial e de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em face da sentença de fls. 454-456 e 510, mediante a qual foi acolhida a prescrição dos valores descontados antes de 04/11/1992 e se condenou o réu, parcialmente, a restituir os autores os pagamentos indevidos da contribuição previdenciária que excederam o limite máximo, devendo ser aplicados correção monetária e juros moratórios.

Apelação a fls. 503-508, via da qual o recorrente pugna pelo reconhecimento (1) da prescrição, aduzindo que é autarquia federal, de forma que a prescrição de seus débitos obedece o previsto no art. 1º do Decreto 20.910, de 6 de janeiro de 1932.

Consta da apelação:

[...]

[...] o fato ou ato que fundamenta a presente demanda é o pagamento indevido. Portanto, a prescrição, que é quinquenal, deve ser contada a partir do pagamento indevido. Assim, concluímos que efetivamente já se encontram as parcelas pagas há mais de 5 anos.

Nesse sentido o emérito Juiz “a quo” acolheu a tese da autarquia, lançando no decisum, fls. 453 o seguinte :

“Do ponto de vista do empregado, a extinção do crédito ocorre com o desconto de seu salário do valor referente à contribuição, pouco importando se e quando ocorreu o efetivo recolhimento, que diz respeito à relação entre o empregador e o INSS. A partir de então começa a correr o prazo prescricional, pois desde aquele momento ocorreu eventual violação do direito.

Portanto, contados cinco anos a partir do desconto da contribuição do salário do empregado, consuma-se a prescrição”.

A título meramente ilustrativo, transcreve-se aqui os termos do art. 88 da Lei nº 8212/91 :

“Os prazos de prescrição de que goza a União aplicam-se à seguridade Social, ressalvado o disposto no art. 46”.

Apropriação indébita – Crime – Impossibilidade de restituição – Hoje, emérito Desembargador Federal, buscando os inúmeros julgados sobre o crime de “apropriação indébita previdenciária”, pode-se certamente afirmar que a simples conduta do empregador ou agente arrecadar a contribuição do empregado e não recolhê-la aos cofres da Previdência Social, independentemente da destinação dada a esses recursos (“pagamentos de benefícios”), configura o crime.

Com têm decidido os ilustres Desembargadores das Cortes Federais, o argumento de insuficiência de recursos e situação financeira grave da empresa, muitas vezes, alegado pelos contribuintes empresários, para não tipificar o dolo, não sensibiliza os magistrados, como se depreende da leitura do acórdão.

A propósito, o então Desembargador Fernando Gonçalves, na apelação nº 94.01.21134-5, lembra que “quem deixa de recolher contribuições previdenciárias descontadas dos salários de seus empregados está aproveitando recursos públicos para finalidades particulares; não lhe servem de escusa dificuldades financeiras, que são remediadas por empréstimos sempre onerosos, nunca pelo expediente fácil de transformar recursos públicos em recursos privados” (Revista Brasileira de Ciência Criminais 11/309).

Lembre-se, doutor Desembargador Federal, que se houve o desconto do salário do empregado, por parte do empregador, mas este não repassou o valor aos cofres da previdência social, não pode a Autarquia Federal que não recebeu a importância prevista em lei (“dinheiro da contribuição”), não pode e não tem como restituir um valor ao empregado. O que houve foi a conduta criminosa. Não pode a Autarquia que foi prejudicada com o crime (“não recebeu o valor da contribuição descontada do empregado”), torna-se ainda mais agravante a situação, restituindo uma importância ao empregado.

Oportuno ressaltar, digno Desembargador, que só poderá haver restituição quando houver o recolhimento, o que não ocorreu no presente caso. Ademais, a Previdência Social, a maior distribuidora de renda do país, não pode conceder um benefício ao segurado que não está consagrado na lei. E neste sentido a Suprema Corte, há muito, já se pronunciou, através do julgamento RE nº 101.044 – MG, cuja ementa está vazada nos seguintes termos:

(...)PREVIDÊNCIA SOCIAL – PENSÃO A DEPENDENTE DE TRABALHADOR RURAL FALECIDO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 11/71.

BENEFÍCIO CONCEDIDO SEM ARRECADADAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO DESTINADA À NECESSÁRIA FONTE DE CUSTEIO (PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 165, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA).

DECISÃO QUE EMPRESTOU A PRECEITO LEGAL EFEITO RETRO-OPERANTE, SEM QUE HOUVESE DISPOSIÇÃO EXPRESSA, EM TAL SENTIDO (CF, ART. 153, §§ 2º E 3º).

Através da lição dos Ministros da Suprema Corte, pode afirmar que É IMPRESCINDÍVEL PARA QUE HAJA O EQUILÍBRIO FINANCEIRO PARA GARANTIR OS DIREITOS AOS SEGURADOS, a efetiva FONTE DE CUSTEIO (“ Recolhimento de fundo; receita destinada ao pagamento dos benefícios ”), do contrário NENHUM SISTEMA PREVIDENCIÁRIO DO MUNDO SOBREVIVE.

Por estas razões e pelos mais sólidos fundamentos que, por certo, acorrerão ao emérito Desembargador Federal Relator e aos ilustres pares dessa egrégia Turma, espera a Autarquia que a r. sentença de primeiro grau, fls. 454/456, na parte que lhe foi desfavorável (“restituição de valores não recolhidos à Previdência Social – apropriação indébita”), seja reformada, julgando improcedente o pedido do Autor, condenando-o nas cominações de lei, inclusive na verba honorária.

Contrarrazões apresentadas (fls. 516–519), nos seguintes termos (excerto):

[...] 4 – Os apelados, alicerçados na Lei nº 8.212/91, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e instituiu o plano de custeio, pretendem com a presente demanda, a condenação do apelante a restituí-los os valores que foram descontados em excesso a título da contribuição previdenciária.

5 – Após a instrução processual e apresentação do laudo pericial de fls. 168/197 e seu complemento de fls. 231/234 dos autos, o digno Juiz a quo, prolatou a sentença decidindo, verbis:

“Nessas razões, pronuncio a prescrição dos valores descontados antes de 04/11/92, e acolho parcialmente o pedido para condenar o réu a restituir aos autores os pagamentos indevidos da contribuição previdenciária que excederam o limite máximo, devendo ser aplicadas correção monetária e juros moratórios conforme especificado nos fundamentos desta sentença.

“Condeno o réu ao reembolso das custas e ao pagamento de honorários periciais e advocatícios, fixados estes em 5% do valor a ser restituído.”

6 – Contra a r. sentença de primeiro grau insurgiu o apelante.

7 – Porém, não apontou nenhum fato que demonstre a necessidade de se reformar a sentença atacada.

8 – Aduz que a prescrição dos débitos do INSS, por ser uma autarquia federal, tem prescrição quinquenal, conforme previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32 e que “nesse sentido o emérito Juiz ‘a quo’ acolheu a tese da autarquia”.

9 – Aponta como razão para reforma da r. sentença o fato de que por não terem sido recolhidas aos cofres da previdência social as contribuições descontadas dos apelados, o apelante “não pode e não tem como restituir” os valores pleiteados.

10 – Com esses fundamentos requereu a reforma da sentença na parte que lhe foi desfavorável, julgando improcedente os pedidos dos apelados.

11 – Data vênua, razão alguma assiste ao apelante como ficará demonstrado, para reformar a r. sentença nos termos requeridos em suas razões de recurso, como restará demonstrado.

Contra Razões de Recurso –

12 – Restou bem definido pelo MM. Juiz sentenciante que a restituição dos valores pagos em excesso pelos apelados não depende da prova de seu recolhimento aos cofres da previdência social.

13 – Pede-se vênua para reproduzir parte da brilhante fundamentação do Juiz sentenciante que nesse sentido, assim se pronunciou, verbis:

“O recolhimento faz parte da relação entre a empresa e o INSS, da qual não participa o empregado, que não pode ser penalizado por eventual inadimplemento do empregador e pela omissão do próprio INSS a quem incumbe fiscalizar, promover a cobrança das contribuições que não foram efetuadas pelo empregador e aplicar as sanções legais, conforme previsto no artigo 33 da Lei 8212/91.”

14 – Ad argumentandum, fosse responsabilidade do empregado saber se a empresa para a qual trabalha recolhia corretamente aos cofres públicos os valores que eram descontados de seu salário, teria ele que ter livre acesso aos documentos contábeis da empresa para, mensalmente, fazer uma “auditoria”.

15 – Absurda a razão arguida pela apelante.

16 – Mesmo porque, e principalmente, não se discute na presente demanda se houve ou não o recolhimento dos valores que foram efetivamente descontados dos apelados e, se esse fato fosse relevante, também, não restou provado nos autos que os valores descontados na folha de pagamento deixaram de ser recolhidos aos cofres da autarquia.

Conclusão –

Diante de todo o exposto, inaceitáveis, data vênua, os argumentos expendidos pelo apelante, vez que insubsistentes, deve ser negado provimento ao recurso aviado, por ser de direito e inteira JUSTIÇA!

O MPF opinou pelo provimento do recurso e da remessa oficial, ao argumento da ocorrência da prescrição do direito à restituição de tributo pago indevidamente (fls. 99–101).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos: — São os seguintes os fundamentos da sentença:

Rejeito a preliminar edificada na resposta uma vez que mostra-se inaplicável ao caso dos autos.

Por outro lado, a alegação de prescrição. Prospera em parte.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Wilson Alves de Souza (convocado).

Em se tratando de pretensão de repetição de indébito tributário aplica-se o art. 168 do CTN, segundo o qual o direito de pleitear a restituição se extingue com o decurso de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito.

A contribuição previdenciária do empregado é descontada de seu salário pelo empregador, para posterior recolhimento ao INSS.

Do ponto de vista do empregado, a extinção do crédito ocorre com o desconto do seu salário do valor referente à contribuição, pouco importando se e quando ocorreu o efetivo recolhimento, que diz respeito à relação entre o empregador e o INSS. A partir de então começa a correr o prazo prescricional, pois desde aquele momento ocorreu eventual violação do direito.

Portanto, contados cinco anos a partir do desconto da contribuição do salário do empregado, consuma-se a prescrição.

Como a ação foi ajuizada em 04/12/1997 está prescrito o direito à restituição das contribuições descontadas do salário dos autores antes de 04/12/92.

No exame do mérito observa-se que, nos termos do art. 20 da Lei nº 8.212/91, a contribuição previdenciária do segurado empregado é calculada mediante a aplicação da correspondente alíquota, sobre o seu salário de contribuição mensal, de forma não cumulativa.

Por sua vez, o art. 28 da mesma lei definiu o salário-de-contribuição para o empregado como, em linhas gerais, a remuneração percebida durante o mês, em uma ou mais empresas, respeitado o limite máximo do salário-de-contribuição.

A essência desses dispositivos foi mantida nas alterações que se sucederam na legislação previdenciária.

Portanto, para obter-se a contribuição devida devem ser somadas as remunerações percebidas mensalmente por cada um dos autores, respeitando-se o limite máximo do salário de contribuição, aplicando-se a alíquota correspondente.

Considerando as remunerações recebidas pelos autores, e os limites do salário de contribuição, ao longo do tempo, a perícia constatou que foram descontados dos autores valores maiores que o devido, o que dá ensejo à restituição pretendida.

Não procede a alegação do réu, deduzida em alegações finais, de que a restituição depende da prova dos recolhimentos.

Nos termos do art. 30, I, "a", da Lei 8.212/91, incumbe à empresa arrecadar a contribuição dos segurados empregados, descontando-a da respectiva remuneração e efetuar o recolhimento dos valores arrecadados (alínea "b" do mesmo inciso).

Caso o desconto seja indevido, surge para o empregado o direito à repetição frente ao INSS.

O recolhimento faz parte de relação entre a empresa e o INSS, da qual não participa o empregado, que não pode ser penalizado por eventual inadimplemento do empregador e pela omissão do próprio INSS a quem incumbe fiscalizar, promover a cobrança das contribuições que não foram efetuadas pelo empregador e aplicar as sanções legais, conforme previsto no art. 33 da Lei 8.212/91.

Os valores a serem restituídos serão os apurados consoante comprovantes de descontos da contribuição que constam deste processo.

No que pertine aos índices de juros e correção monetária a serem utilizados, deve-se observar o seguinte.

Os valores pagos indevidamente devem ser atualizados porque a correção monetária é mera recomposição do poder aquisitivo da moeda, corroído pela inflação.

A correção será a partir dos descontos pagamentos (súmula 162 do STJ) e findará em 31.12.95 em razão da adoção da taxa SELIC, mecanismo que inclui juros e correção.

Para os recolhimentos ocorridos até 31/12/95 os juros, não capitalizáveis, são de 1% e incidem a partir do trânsito em julgado desta decisão, aplicando-se, por equidade, o art. 161, § 1º/CTN, a Súmula STJ 188 e o art. 167, parágrafo único do CTN, a Súmula STJ 188 e o art. 167, parágrafo único do CTN.

A partir de 01/01/96 aplicar-se-á a Taxa SELIC, conforme previsto na Lei 9.250/95.

III-DISPOSITIVO

Nessas razões, pronuncio a prescrição dos valores descontados antes de 04/12/92, e acolho parcialmente o pedido para condenar o réu a restituir aos autores os pagamentos indevidos da contribuição previdenciária que excederam o limite máximo, devendo ser aplicada correção monetária e juros moratórios conforme especificado nos fundamentos desta sentença.

Condene o réu ao reembolso das custas e ao pagamento de honorários periciais e advocatícios, fixados estes em 5% do valor a ser restituídos.

O INSS, em sua apelação, pretende que seja reformada a sentença, para o que firma que "só pode haver restituição quando houver o recolhimento" e que a sentença deve ser reformada "na parte que lhe foi desfavorável (restituição de valores não recolhidos à Previdência Social – apropriação indébita)".

Verifica-se que merece reparo, porém parcial, a sentença, vez que não há falar em devolução, pelo INSS, daquilo que não houve prova de recolhimento, como é o caso das contribuições devidas pela TV Manchete Ltda. e parte daquelas devidas pela TV Aterosa, já que o próprio INSS confirma ter havido recolhimentos por

esta, exceto quanto aos 13º salários de 12/1993 (fl. 419), 12/1992 (fl. 420).

Registre-se que, conquanto não se possa dizer em prejuízo ao empregado quanto à concessão de benefício pelo não recolhimento das contribuições descontadas pelo empregador, o mesmo entendimento não se aplica no que diz respeito à repetição, pelo empregado, uma vez que a responsabilidade tributária do empregador não enseja o ônus do INSS na repetição de valores a respeito dos quais não houve prova de que foram recolhidos ao seu cofre.

Assim, dá-se provimento parcial à remessa oficial e à apelação, para que o INSS devolva aos autores os valores que deles foram descontados a maior em relação aos quais houve comprovação de recolhimento, conforme fundamentado.

Diante desse quadro, tem-se sucumbência recíproca, de forma que uma parte não pagará à outra honorários advocatícios. Honorários periciais e custas, em ressarcimento, pelo INSS, em 50% (cinquenta por cento).

É o voto.

Sexta Turma Suplementar

Numeração única: 0000114-51.2003.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2003.34.00.000094-8/DF

Relator: Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga (convocado)
Apelante: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Apelado: Maurício das Chagas Teixeira
Advogado: Dr. Warley da Silva Martins
Remetente: Juízo Federal da 21ª Vara/DF
Publicação: e-DJF1 de 23/01/2013, p. 219

Ementa

Mandado de segurança. Transporte rodoviário de passageiros. Provimento impeditivo de fiscalização. Decreto 2.521/1998. Pedido genérico. Impossibilidade.

I. “A concessão de mandado de segurança preventivo pressupõe a ocorrência de [justo receio] do impetrante de ser alvo de ato ilegal ou abusivo de autoridade, tendente a violar de forma objetiva, atual e iminente, seu direito líquido e certo” (AgRg no MS 16.342/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, julgado em 24/08/2011, DJe 02/09/2011).

II. A impetrante busca assegurar a exploração de serviços de transporte rodoviário interestadual, de maneira que seus veículos possam trafegar livremente em todas as vias brasileiras, sem que sejam submetidos à fiscalização e eventual aplicação das sanções previstas no Decreto 2.521/1998 – providência que se mostra atentatória contra a independência entre os Poderes, não cabendo ao Poder Judiciário substituir-se à Administração Pública subjetiva, praticando atos administrativos que se inserem na órbita de competência privativa do Executivo (art. 21, XII, e c/c art. 22, XI, ambos da CF/1988).

III. Remessa oficial e apelação da União providas.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à remessa oficial e à apelação.

5ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 10/12/2012.

Juiz Federal *Fausto Mendanha Gonzaga*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga: — Trata-se ação em que se discute suposto direito ao exercício de transporte de passageiros, sem a submissão a eventual autuação/apreensão, nos termos do Decreto 2.521/1998.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga: — Após análise detida dos autos, tenho que a sentença deve ser reformada, com fundamento nas razões a seguir delineadas:

I – *Questão processual: do litisconsórcio ativo com a ANTT*

1. De forma diferente do alegado pela embargante, não se mostra necessária a integração da lide para que conste no pólo passivo da lide a ANTT. O pedido é claro, deixando evidenciado que o provimento mandamental buscado é única e exclusivamente voltado aos agentes rodoviários federais para que estes se abstenham de autuar/multar a impetrante, obrigando que os passageiros que porventura estiverem no veículo prossigam a viagem em veículos de outras empresas de transporte/transbordo. Como se pode observar, não há providências a serem tomadas pela ANTT, que justifique a sua presença no writ.

II – *Demais questões relevantes para o deslinde do feito:*

1. Conforme se pode observar da peça vestibular, a presente ação mandamental foi ajuizada com o propósito de impedir eventuais e futuras apreensões dos veículos (micro-ônibus) pertencentes à entidade impetrante, com fundamento no Decreto 2.521/1998. Nesse sentido, é a dicção literal do pedido formulado nos autos (fl. 35):

[...] a concessão da segurança, em caráter definitivo, determinando à indigitada autoridade impetrada que instrua seus agentes para que se abstenham de multar e apreender os veículos do IMPETRANTE, (1) MICRO-ÔNIBUS MERCEDES BENZ 312D SPRINTER M, ano/modelo 2000/2000, placa GWI-1818; e, (2) MICRO-ÔNIBUS MERCEDES BENZ 312D SPRINTER C, ano/modelo 1999/1999, placa GWI-1588; (1) MICRO-ÔNIBUS MERCEDES BENZ 310D SPRINTER C, ano/modelo 1998/1998, placa GXA-8702; com base no decreto 2.521/98, principalmente com base em seus artigos 83, 85, e 87. Requer, ainda, que o IMPETRADO determine a seus agentes

que se abstenham de obrigar aos passageiros que porventura estiverem no veículo do IMPETRANTE de descerem para prosseguir a viagem em veículos de outras empresas de transporte (transbordo)..."

2. Como se pode observar da simples leitura do pedido deduzido nos autos, a medida vindicada encontra obstáculo intransponível no entendimento já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, em torno da impossibilidade de interposição de mandado de segurança contra lei em tese (Súmula 266/STF).

3. Com a devida vênia das razões apresentadas pelo polo impetrante, o ajuizamento de mandado de segurança preventivo não pode prescindir da existência, devidamente comprovada, de ameaça ou de justo receio de lesão a direito líquido e certo. Não serve para tanto o mero receio de que ato futuro possa ocorrer, em detrimento de suposto direito que a parte impetrante alega possuir.

4. É esse, a propósito, o entendimento da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. [...] SÚMULA 266/STF. APLICAÇÃO.

1. A concessão de mandado de segurança preventivo pressupõe a ocorrência de "justo receio" do impetrante de ser alvo de ato ilegal ou abusivo de autoridade, tendente a violar de forma objetiva, atual e iminente, seu direito líquido e certo. [...]

6. "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese" (Súmula 266/STF). (AgRg no MS 16.342/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/08/2011, DJe 02/09/2011)

5. Acresça-se, por fim, que a pretensão deduzida nos autos é genérica e de caráter permissivo incompatível com o provimento jurisdicional buscado. A impetrante busca assegurar o trânsito interestadual livre e ilimitado, dos veículos de sua propriedade, sem que haja fiscalização rodoviária e aplicação de eventual sanção administrativa – providência atentatória contra a independência entre os Poderes, eis que não cabe ao Judiciário substituir-se à Administração, praticando atos administrativos (autorização e/ou liberação de fiscalização) que se inserem na órbita de competência privativa do Poder Executivo (art. 21, XII, e c/c art. 22, XI, ambos da CF/1988).

II – *Conclusão:*

Diante do exposto, dou provimento à remessa oficial e à apelação, reformando a sentença recorrida.

Custas na forma da lei. Sem honorários (Súmula STF/512).

É como voto.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Sílvio Coimbra Mouthé (convocado).

Sétima Turma Suplementar

Numeração única: 0000315-41.2001.4.01.3100

Reexame Necessário 2001.31.00.000315-3/AP

Relator: Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado)
Autor: Jorge Evaldo Edinho Duarte Pinheiro
Advogado: Dr. Luiz Augusto dos Santos Pinheiro
Ré: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara/AP
Publicação: e-DJF1 de 08/02/2013, p. 1.874

Ementa

Tributário. Reexame necessário. Auto de infração. Imposto de Renda. Atividade parlamentar. Vereador. Ajuda de custo. Caráter indenizatório. Não demonstração. Imposto de Renda. Incidência.

I. “A não incidência do IRRF sobre a *ajuda de custo* para manutenção de gabinete parlamentar (expressão que engloba verbas várias e que as diversas Casas Legislativas brasileiras por vezes de outro modo nominam) depende do exame de dois pressupostos (REsp 842.931/MG): [a] aferir se as verbas correspondem a despesas ordinárias para consecução da atividade parlamentar; e [b] verificar se está sujeita a prestação de contas que ateste sua higidez (perfeita correspondência entre valores *pagos e repostos* [sem acréscimo de renda]).” (AC 2002.37.00.002815-9/MA; rel. Des. Federal Tolentino Amaral; data da decisão: 18/12/2007; publicação/ fonte: e-DJF1 p. 440 de 14/03/2008).

II. “Não havendo qualquer comprovação de que as verbas recebidas a título de Ajuda de Custo de Gabinete e Ajuda de Custo de Início e Fim de Legislatura têm natureza indenizatória, ou de reembolso, conclui-se que constituem renda tributável, sujeita, portanto, à incidência do imposto de renda.” (AC 0008492-95.2005.4.01.3700/MA, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1, p. 598, de 15/06/2012.)

III. A ajuda de custo isenta de tributação pelo Imposto de Renda é a prevista no inciso XX do art. 6º da Lei 7.713/1988, qual seja, aquela destinada a atender às despesas com transporte, frete e locomoção do beneficiado e seus familiares, em caso de remoção de um município para outro, sujeita à comprovação posterior pelo contribuinte. (AC 0006083-36.2001.4.01.3200/AM, rel. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins, 7ª Turma Suplementar, e-DJF1 p. 558, de 26/08/2011)

IV. Verba sem corresponder à hipótese do art. 6º da Lei 7.713/1988, ou mesmo ter destinação ligada propriamente a indenizar despesas ordinárias do mandato, exigindo-se a prestação de contas respectivas, razão pela qual não pode ser considerada indenizatória para fins de não incidência de imposto de renda, nos termos do entendimento desta corte.

V. Remessa oficial provida.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento à remessa oficial.

7ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 30/10/2012.

Juiz Federal *Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo: — Trata-se de reexame necessário em face de sentença (fls. 76-86) que julgou parcialmente o pedido para excluir o Auto de Infração 177/1999, processo 10235.000825/99-92, apenas a verba de ajuda de custo referente aos anos de 1995 a 1998, porém permanecendo a autuação pela parcela devida a título de jetons.

Ante a sucumbência recíproca, o juízo de origem condenou as partes ao pagamento de honorários advocatícios no valor de 10% sobre o valor da causa.

O *decisum* revogou a tutela cautelar concedida na decisão de fls. 60-64.

Sem recurso voluntário, subiram os autos a este Tribunal por força do reexame necessário.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo: — A fim de pautar o presente exame vale transcrição de escólio firmado por este Tribunal na AC 2005.37.00.008820-0/MA:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA . VERBAS RECEBIDAS POR PARLAMENTARES. AJUDA DE CUSTO DE GABINETE E AJUDA DE CUSTO DE INÍCIO E FIM DE LEGISLATURA. INCIDÊNCIA. AJUDA DE CUSTO POR CONVOCAÇÃO EXTRAORDINÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA: REMUNERATÓRIA OU INDENIZATÓRIA. NECESSIDADE DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. MULTA POR INFRAÇÃO: AFASTAMENTO. ERRO IMPUTADO À FONTE PAGADORA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Questão que se circunscreve à incidência ou não de imposto de renda sobre parcelas recebidas a título de ajuda de custo de gabinete, ajuda de custo de início e fim de legislatura e ajuda de custo por convocações extraordinárias, em razão do exercício do mandato de vereador . 2. “A não-incidência do IRRF sobre a “Ajuda de Custo “ para manutenção de gabinete parlamentar (expressão que engloba verbas várias e que as diversas Casas Legislativas brasileiras por vezes de outro modo nominam) depende do exame de dois pressupostos (REsp nº 842.931/MG): [a] aferir se as verbas correspondem a despesas ordinárias para consecução da atividade parlamentar; e [b] verificar se está sujeita a prestação de contas que ateste sua higidez (perfeita correspondência entre valores “pagos” e “repostos” [sem acréscimo de renda]).” (AC 2002.37.00.002815-9/MA; Rel. Desembargador Federal LUCIANO TOLENTINO AMARAL; data da

decisão: 18/12/2007; publicação/ fonte: e-DJF1 p. 440 de 14/03/2008). 3. Os termos de verificação fiscal juntados com a inicial atestam que: “A Resolução 383/91, a despeito de indicar que a remuneração é destinada a ‘fazer face a indenização de despesas de Gabinete’, não determina a indispensável prestação de contas. (...) Os valores pagos são fixos para todos os edis e em todos os períodos, estabelecidos por resolução da casa, sem a determinação de nenhuma espécie de prestação de contas. (...) o já referido art. 1º da Resolução 124/91, que cria a Ajuda de Custo por Convocação Extraordinária, define que o seu valor ‘corresponde à remuneração de um mês’. No mesmo sentido, o art. 3º da mesma Resolução , que institui a Ajuda de Custo de Início e Término de Legislatura, determina que a mesma ‘será paga em duas parcelas, correspondente cada uma delas ao valor de uma remuneração mensal.’” 4. Não havendo qualquer comprovação de que as verbas recebidas a título de Ajuda de Custo de Gabinete e Ajuda de Custo de Início e Fim de Legislatura têm natureza indenizatória, ou de reembolso, conclui-se que constituem renda tributável, sujeita, portanto, à incidência do imposto de renda . 5. No que diz respeito da incidência do Imposto de Renda sobre as verbas recebidas por parlamentares a título de comparecimento às convocações extraordinárias, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da não tributação de tal verba, uma vez que “(...) o valor pago a título de “Convocação Extraordinária” tem, consoante preceito constitucional (assim entende o STJ), natureza indenizatória: “A Constituição Federal, no § 7º do art. 57, incluiu o pagamento referente à sessão extraordinária no conceito de verba indenizatória, revelando a “vontade constitucional”, na expressão de Konrad Hesse, sobre o regime jurídico aplicável à referida parcela. (EDcl no REsp nº 689.893/PE, Rel. Min. LUIZ FUX).” (AC 2002.33.00.025506-3/BA; Relator DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL; Relator Convocado: JUIZ FEDERAL RAFAEL PAULO SOARES PINTO; data da decisão: 18/12/2007; publicação/ fonte: e-DJF1 p.439 de 14/03/2008). 6. Correto o afastamento da multa por infração, uma vez que “Tendo, o contribuinte, sido induzido a erro pela declaração da fonte pagadora, que classificou como não tributável o que, em verdade, o era, resta afastada a má-fé, o que implica a exclusão da multa.” (AC 2001.83.00.0004111-3; AC 322542; TRF 5ª Região; Rel. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti; data da decisão: 18/11/2003; publicação/ fonte: DJ 16/07/2004; p. 251, n. 136). 7. “A ausência de retenção do tributo pela fonte pagadora não exclui a responsabilidade do contribuinte, que está obrigado a informar, na sua declaração de ajuste anual, os valores recebidos.” (REsp 720897; Rel. Ministro CASTRO MEIRA; SEGUNDA TURMA; data do julgamento: 07/08/2008; publicação/ fonte: DJE 04/09/2008). 8. Sucumbência recíproca mantida. 9. Apelações dos autores e da Fazenda Nacional improvidas. Remessa oficial não provida. (AC 0008492-95.2005.4.01.3700 / MA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.598 de 15/06/2012)

*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado).

E, ainda:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ATIVIDADE PARLAMENTAR. DEPUTADO ESTADUAL. ESTADO DA BAHIA. VERBA RECEBIDA POR CONVOCAÇÃO EXTRAORDINÁRIA: NATUREZA INDENIZATÓRIA. RECEBIMENTO ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL 50/2006. VERBA RECEBIDA A TÍTULO DE AJUDA DE CUSTO : NATUREZA INDENIZATÓRIA NÃO DEMONSTRADA. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO . RECOLHIMENTO DO TRIBUTO FEITO, NO ENTANTO, PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. INSUBSISTÊNCIA DOS AUTOS DE INFRAÇÃO. 1. O pagamento a deputados estaduais de verba pela convocação extraordinária não deve sofrer a incidência de imposto de renda , em razão de sua natureza indenizatória, prevista na própria Constituição, art. 57, § 7º, na redação anterior à Emenda 50/06. 2. Os parlamentos dos três entes federativos resolveram, em determinado momento, extinguir as cotas de todos os serviços e materiais que disponibilizavam aos órgãos de apoio ao parlamentar e instituíram ajudas de custo que estariam vinculadas ao custeio de despesas inerentes ao mandato. Ditas receitas são auferidas para o trabalho e não pelo trabalho, de forma que se trata de ressarcimento de despesas que seriam dos parlamentos, tratando-se de parcela isenta ou não-tributável, dado o seu caráter indenizatório. 3. A ausência de demonstração, no entanto, de finalidade de verba recebida a título de ajuda de custo , em valor fixo, permite considerá-la parte do salário, fazendo incidir imposto de renda . 4. Autuações insubistentes, seja por não incidir o imposto de renda sobre a parcela auferida a título de convocação extraordinária, seja pelo pagamento efetivado a maior do imposto restante, a cargo da Assembléia Legislativa da Bahia. 5. O Estado da Bahia não é parte passiva legítima na demanda, tendo em vista que não se trata de repetição de indébito de imposto de renda de servidores (lato sensu) estaduais, mas de pretensão anulatória de autos de infração, lavrados pela fiscalização federal. 6. Apelação do Estado da Bahia e sua remessa oficial providas. Apelação da Fazenda Nacional e sua remessa oficial desprovidas. (AC 0027641-21.2002.4.01.3300 / BA, Rel. JUIZ FEDERAL GLÁUCIO MACIEL, 7ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.1334 de 11/11/2011)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL. IMPOSTO DE RENDA . ATIVIDADE PARLAMENTAR. DEPUTADO ESTADUAL. AJUDA DE CUSTO . NATUREZA INDENIZATÓRIA NÃO DEMONSTRADA. RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. FONTE PAGADORA. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL DO CONTRIBUINTE. 1.A ajuda de custo isenta de tributação pelo imposto de renda é a prevista no inciso XX do art. 6º da Lei n. 7.713/88, qual seja, aquela destinada a atender às despesas com transporte, frete e locomoção do beneficiado e seus familiares, em caso de remoção de um município para outro, sujeita à comprovação posterior pelo contribuinte. 2.Ticket combustível, quotas de telefone e quotas de correio, quando recebidas em pecúnia, somente possuem caráter indenizatório se comprovadas as despesas que tais benefícios visam cobrir. 3.O apelante é o contribuinte

e a fonte pagadora o responsável tributário, sendo ambos sujeitos passivos da obrigação. Entretanto, apenas o contribuinte deve o imposto de renda . 4.Apelação a que se nega provimento. (AC 0006083-36.2001.4.01.3200 / AM, Rel. JUIZ FEDERAL CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS, 7ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.558 de 26/08/2011)

Lê-se no termo de verificação fiscal de fls. 26–27:

A ajuda de custo, foi tributada nos respectivos meses dos pagamentos ocorridos no ano-calendário de 1995, conforme pode-se verificar pelas Folhas de Pagamentos apesar de não estar incluída nos rendimentos tributáveis na Declaração de Ajuste anual. A Câmara Municipal nos anos-calendário de 1996, 1997 e 1998 não efetuou a dedução a título de Imposto Retido na Fonte, mas o contribuinte, somente no ano-calendário de 1996, incluiu 01 (uma) Ajuda de Custo de Caráter Compensatório nos rendimentos tributáveis na Declaração de Ajuste Anual.

O contribuinte no ano-calendário de 1996 recebeu a ajuda de custo em fevereiro, referente a primeira das duas que percebe por ano, sendo a segunda recebida em dezembro (fl. 136). No ano-calendário de 1997 recebeu ajuda de custo em 20 de fevereiro (fl. 87), referente a primeira das duas que percebe por ano, sendo a segunda recebida em janeiro de 1998 (fl. 135). As parcelas de 1998 foram pagas em 13 e 27 de março e 30 de dezembro (fls. 103/105).

A Ajuda de Custo é considerada isenta/não tributável somente quando for parcela indenizatória de despesas de transporte e instalação de contribuinte e de sua família em caráter permanente, em localidade diferente daquela em que residia, por transferência do seu centro de atividades. É característica principal da Ajuda de Custo a indenização – e não de complementação salarial – ante a mudança de domicílio, em virtude de sua remoção de um município para outro.

Na ausência desses requisitos, as importâncias pagas sob essa denominação serão consideradas salários e devem receber o tratamento tributário dispensado para o caso, devendo integrar os rendimentos sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual.

No caso específico do contribuinte, Vereador Municipal, não houve mudança do seu centro de atividades, isto é, continua no mesmo município, tendo havido no máximo mudança de atividade, se era seu primeiro ano de legislatura e se não era, não mudou nem de atividade.

Conforme artigo 111, inciso II do Código Tributário Nacional (CTN), os casos de isenção devem ser interpretados literalmente:

“Art. 111 – Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I-...

II- Outorga de isenção;”

Portanto, os valores pagos e considerados Isentos/Não Tributáveis pela Câmara Municipal

de Macapá, somente poderiam ser considerados como tais se previstos nos incisos do Art. 39 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo decreto 3000, de 26/03/99 (RIR/99). A verba de Ajuda de Custo, paga ao Vereador, não se enquadra do art. 6º, incisos II e XX da Lei 7.713/88, Matriz Legal do art. 39, incisos I e Xiii do Regulamento de Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto 3.000/99 de 26/03/99 (RIR/99):

“Art.39 – Não entrarão no cômputo do rendimento bruto:

I - a ajuda de custo destinada a atender às despesas com transporte, frete e locomoção de beneficiado e seus familiares, em caso de remoção de um município para outro, sujeita à comprovação posterior pelo contribuinte (Lei nº 7.713/88, art. 6º, XX).

XIII – as diárias destinadas, exclusivamente, ao pagamento de despesas de alimentação e pousada, por serviço eventual realizado em município diferente do da sede de trabalho, inclusive exterior (Lei nº 7.713/88, art. 6º,II).”

Resulta que, como a isenção deve ser interpretada literalmente, consoante a norma constante no artigo 111, inciso II, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), vantagens outras em benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título, de maneira continuada ou eventualmente, não estão abrangidas pelas isenções focalizadas acima, devendo integrar os rendimentos sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual.

Assim, na ausência de dispositivo legal que permita a sua isenção/não tributação, os valores pagos aos vereadores sob a denominação de Verba de Gabinete de Caráter Compensatório/ Despesas de Caráter Reservado, Jetons e de Ajuda de Custo se enquadram no dispositivo no art. 3º da Lei 7.713/88 e no art. 43 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo decreto 3.000 de 26/03/99 (RIR/99).”

Analisando o teor dos diplomas normativos que prevêm o pagamento, ainda pela análise do referido termo de verificação fiscal (fls. 23), vê-se:

Esses pagamentos obedecem o dispositivo nos Atos de Mesa nºs 008/95-MD-CMM, 001/96, 003/96, 004/97, (Verba de Gabinete de Caráter Compensatório/ Despesas de Caráter Reservado), atos de Mesa nºs 002/95, 003/95, 012/95, 05/96, 08/96 (Jetons e Vencimentos) e Resolução nº 005/95-CMM (Ajuda de Custo), todos da Câmara Municipal de Macapá (fls. 107 a 122):

Ato de Mesa Diretora nº003/95:

“Art.1º - A remuneração dos vereadores, a verba de Representação do Presidente da Câmara, o valor do “JETON” ..., passam a vigorar a contar de 1º de fevereiro de 1995, nos seguintes valores:

I-REMUNERAÇÃO MENSAL DOS VEREADORES:
R\$4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais);

II – VERBA DE REPRESENTAÇÃO DO PRESIDENTE DA CÂMARA: R\$1.350,00 (um mil trezentos e cinquenta reais);

III – VALOR DO “JETON”: R\$ 281,00 (duzentos e oitenta e um reais)

IV –...

Art. 2º - É devida ao Vereador, no início e no final previsto para Sessão Legislativa anual, ajuda de custo equivalente ao valor da remuneração mensal.”

Ato de Mesa Diretora nº08/96 – MD – CMM:

“Art. 2º - A remuneração mensal dos Vereadores à Câmara Municipal de Macapá para a VII Legislatura, a iniciar-se em 1º de janeiro de 1997, será a seguintes:

Remuneração mensal.....R\$4.500,00

IRRF.....R\$ 810,00

Remuneração Líquida.....R\$ 3.690,00

Parágrafo Único. O presidente da Câmara Municipal de Macapá, fará jus, mensalmente a uma Verba de Representação, de caráter compensatório, para fazer face as despesas inerentes ao exercício do Cargo, no valor de R\$ 1.350,00 (um mil, trezentos e cinquenta reais), isenta de quaisquer descontos ou contribuições.

A Resolução nº 005/95 – CMM, de 17/05/95 dispõe o seguinte sobre a ajuda de custo:

“Art. 1º - É devida ao Vereador, no início e no final previsto para a sessão Legislativa anual, ajuda de custo equivalente ao valor da remuneração mensal”

Ato de Mesa Diretora nº 12/95 – MD – CMM:

“Art. 1º O inciso III do Ato de Mesa nº 003/95 – MD – CMM passa a ter a seguinte redação:

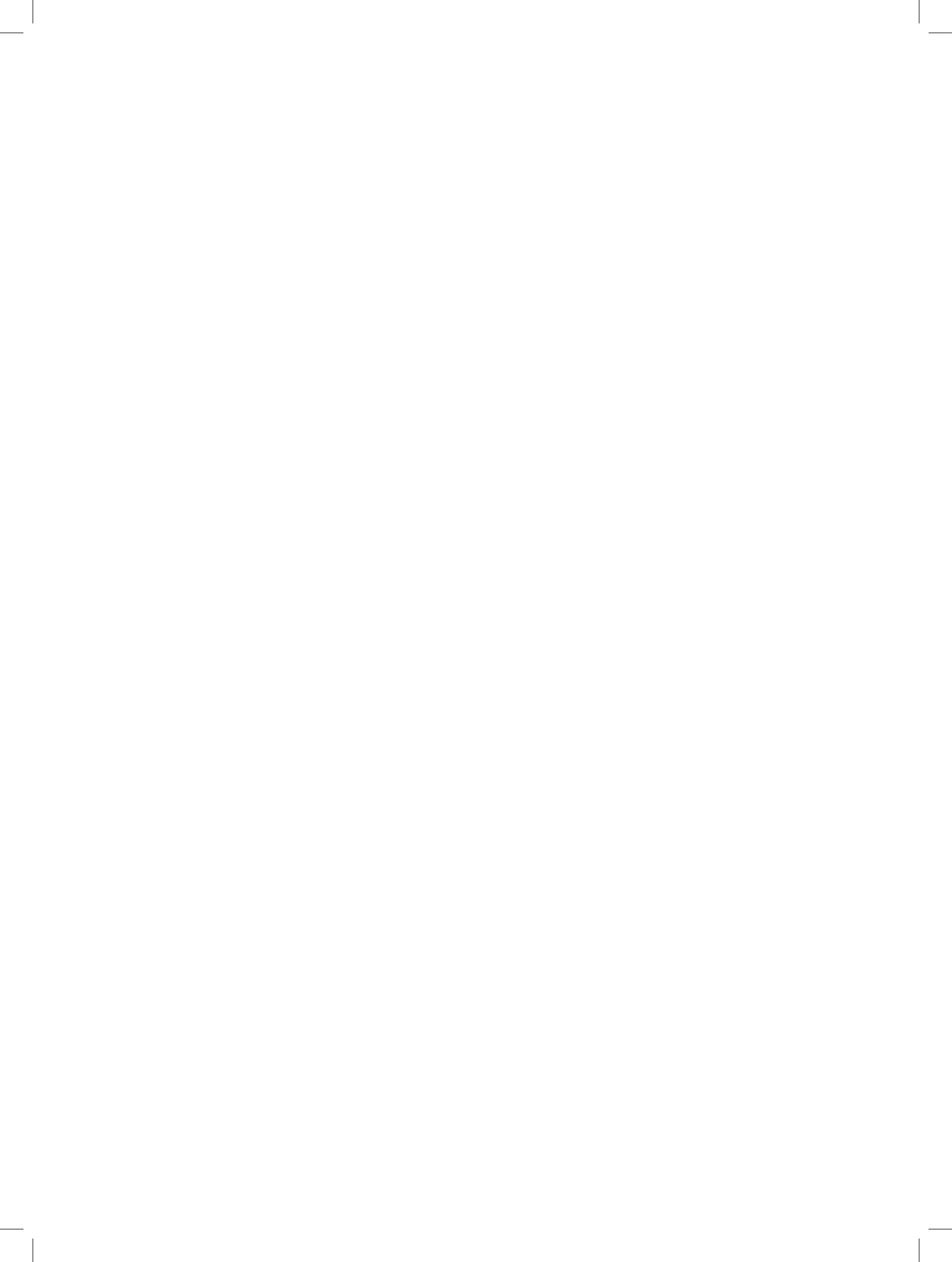
III – VALOR DO JETON: correspondente a 75% do valor do Jetons pago ao Deputado Estadual da assembléia Legislativa do Estado do Amapá, pelo comparecimento efetivo a reunião extraordinária.

Note-se, portanto, que a verba referida é paga sem corresponder à hipótese do art. 6º da Lei 7.713/1988, ou mesmo ter destinação ligada propriamente a indenizar despesas ordinárias do mandato, exigindo-se a prestação de contas respectivas, razão pela qual não pode ser considerada indenizatória para fins de não incidência de imposto de renda, nos termos do entendimento desta Corte.

Posto isso, dou provimento à remessa oficial, para reconhecer a legitimidade do auto de infração, no que se refere à verba chamada de ajuda de custo.

Custas pela autora. Mantenho a condenação em honorários somente contra a autora, no valor de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) nos termos do art. 20, §4º, do CPC.

É o voto.



Agravo de Instrumento 0071539-75.2011.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes
Agravante: Marcos Rodrigues Gonçalves Faria
Advogada: Dra. Jacqueline Amarílio de Sousa
Agravada: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Publicação: e-DJF1 de 23/01/2013, p. 50

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Sibelle Silva Ferreira contra decisão que indeferiu o pedido de liminar, com o qual pretendia a agravante, ex-empregada do Conselho Federal de Psicologia, suspender o ato de despedida, que, segundo alega, foi ilegal e inconstitucional, por ter sido exarado sem motivação e sem a observância do contraditório e da ampla defesa.

A decisão agravada assim entendeu ao fundamento de que os empregados dos conselhos de fiscalização, ainda que considerados Autarquias, regem-se pela legislação trabalhista, nos termos do § 3º do art 58 da Lei 9.649/1998 e, em consequência, declinou da competência, determinando a remessa dos autos a uma das Varas do Trabalho de Brasília.

Alega a agravante, em síntese, que não pode prosperar a afirmação do juiz *a quo* de que “ainda que o Conselho Federal de Psicologia seja uma autarquia, a competência para o processamento e julgamento do feito é da doura Justiça do Trabalho, por aplicação do art. 114, I, da Constituição, incidindo a ressalva da parte final do art. 109, I, da Constituição [...]”, pois tal afirmação só faria sentido se o pedido autoral fosse apenas o de reconhecimento de direitos trabalhistas.

Assinala que, tratando-se a ação de reconhecimento de existência de vínculo estatutário, cumulada com declaração de nulidade de ato de demissão e indenização por danos morais, a competência para processar e julgar a presente ação é da Justiça Federal, conforme jurisprudência do STJ.

Aduz que o *fumus boni iuris* é evidente, tendo em vista decisão proferida na ADI-MC 2135/STF, bem como no recente precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp 507536/DF), que restabeleceu o regime jurídico único.

Sustenta a existência do *periculum in mora* em razão da iminência da remessa dos presentes autos à Justiça do Trabalho, o que ocasionaria um maior retardamento na solução da lide.

Assim postos os fatos, razão assiste à agravante quando afirma a competência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito.

Com efeito, busca a autora, ora agravante, na ação principal – ação declaratória de existência de vínculo estatutário, cumulada com anulação de ato demissório e indenização por danos morais – comprovar a sua situação de servidora pública, após aprovação em concurso realizado pelo Conselho Federal de Psicologia, onde obteve primeiro lugar nas vagas reservadas aos deficientes físicos, para o cargo de assistente administrativo.

Toda a fundamentação da autora baseia-se em negar o vínculo celetista estabelecido entre ela e a referida autarquia, requerendo, em consequência, o reconhecimento do vínculo estatutário, sob a alegação de que a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao serviço público de fiscalização das atividades profissionais caráter tipicamente estatal, e, como tal, entende que referida fiscalização deve ser exercida apenas pela Administração Pública direta ou por entidades da Administração indireta que são sujeitas ao regime jurídico de Direito Público, como as autarquias.

Afirma, ainda, em sua inicial, que “não se pode atribuir a uma entidade submetida ao regime jurídico de direito privado atividades tipicamente estatais, como a atividade de polícia, jurisdicional, ou de fiscalização das atividades profissionais” (fls. 5–24).

Assinala, por fim, que “as autarquias, no atual cenário jurídico, não podem contratar servidores sob o regime celetista, em razão do que restou decidido na ADI/MC 2.135/DF”, que, segundo entende, restabeleceu o regime jurídico único (fls. 8–24).

Os pedidos deduzidos na petição do presente agravo estão assim delimitados:

1-) que seja atribuído efeito suspensivo ativo ao presente recurso, para que o magistrado de primeiro grau aprecie os requisitos para a concessão da antecipação de tutela, partindo do pressuposto de que é competente para a análise do pedido, em decorrência do vínculo estatutário entre a autora e a autarquia ré; subsidiariamente, que seja determinada a suspensão do processo, até o julgamento do presente recurso, para que os autos não sejam remetidos à Justiça do Trabalho.

2-) que o presente recurso seja conhecido e provido, para que se reconheça o vínculo estatutário entre a autora e a ré, fixando-se a competência da justiça federal para julgar a lide.

Com se vê, em nenhum momento busca a agravante direitos relativos a verbas trabalhistas eventualmente a ela devidas e não reconhecidas pelo Conselho de Fiscalização de Psicologia, mas sim o retorno ao cargo em que exercia na referida autarquia, sob a alegação de que é servidora pública e sua dispensa não observou os requisitos próprios da legislação pertinente.

Assim, em exame preliminar, antes de adentrar ao mérito da questão, imperioso se faz estabelecer qual regime jurídico é aplicável à autora, ora agravante, considerando todas as mudanças ocorridas na legislação de regência da matéria, e, para tanto, a competência para processamento e julgamento da causa é da Justiça Federal, conforme se extrai dos seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PRELIMINARES: ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL E PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO REJEITADAS. SÚMULA 85/STJ CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO CELETISTA. FUNCIONADO DE CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO. POSSE EM CARGO PÚBLICO ANTERIOR À EC-19/1998.

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. O regime jurídico aplicável aos funcionários dos conselhos de fiscalização profissional, no âmbito federal, por força do art. 1.º do Decreto-lei n.º 968, de 13 de outubro de 1969, era, como regra, o celetista, até o advento da Lei n.º 8.112, de 11 de novembro de 1990 que, pelo seu art. 243, regulamentando o art. 39 da Constituição Federal (redação originária), instituiu o Regime Jurídico Único, no caso, sendo escolhido o estatutário. Essa situação perdurou até o advento da Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de junho de 1998, que deu nova redação ao art. 39 da Carta Magna, extinguindo a obrigatoriedade de um regime único, passando a prevalecer a regra especial insculpida no § 3.º do art. 58 da Lei n.º 9.649/98 - mantido incólume pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADIn 1.717/DF -, que prevê o regime celetista. (REsp 400.553/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 14/05/2007).

5. Os servidores federais regidos pelo antigo sistema celetista têm assegurado o direito de contagem do tempo de serviço público para todos os efeitos, quando da conversão ao regime estatutário, inclusive para fins de anuênios, licença-prêmio e quintos, segundo dispõe o art. 100 da Lei n.º 8.112/1990 (RE 209.899/RN).

6. Os incisos I a III do art. 7.º da Lei n.º 8.162/1991, que excepcionavam o cômputo do tempo de serviço prestado sob o regime anterior à conversão, foram declarados inconstitucionais pela Corte Suprema, porque ofensivos à garantia constitucional do direito adquirido.

7. No caso, não obstante a situação atual dos empregados do Conselho, o impetrante tem direito à incorporação do período de 13/11/1972 a 20/08/1990, já que antes mesmo da EC 19, de 04/06/1998 - em que os funcionários dos Conselhos voltaram a ser regidos pela CLT -, o impetrante já era, desde 03/12/1996, servidor público da Delegacia Regional do Trabalho de Tocantins, no cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho.

8. É assente na doutrina e na jurisprudência que o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança (Súmula 269 do STF). Assim, os efeitos financeiros do direito pretendido ficam restritos à data em que o writ foi impetrado.

9. Apelação desprovida. Remessa oficial parcialmente provida.

(AC 0002373-69.2002.4.01.4300/TO, rel. Desembargador Federal Carlos Olavo, Primeira Turma, e-DJF1 p. 40 de 13/04/2010)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA JURÍDICA DE AUTARQUIA. COMPETÊNCIA JURISDICCIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL. I - “O Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 58, §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 7º e 8º, da Lei 9.649/98, no julgamento da ADI 1.717/DF (Pleno, rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 28/03/2003), entendeu que os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas constituem atividade típica de Estado, preservando, assim, a natureza de autarquias federais dos conselhos de fiscalização profissional. Destarte, “mantida a condição de autarquias federais dos Conselhos de Fiscalização Profissional, permanece inalterada a

competência da Justiça Federal para os casos a eles referentes” (CC 72.703, rel. Min. Castro Meira, *DJ* de 04/12/2006). (AgRg no CC 80.665/MG, rel. Min. Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 27/08/2008, *DJe* 22/09/2008).

AG 2008.01.00.007314-6/RO; Relator: Desembargador Federal Souza Prudente, *DJ* 06/05/2011.

Extrai-se, do STJ, o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA FEDERAL. COMPETÊNCIA. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. REGIME JURÍDICO.

1. Após o julgamento da ADIn 1.717/DF, ficou reafirmada pela Suprema Corte a natureza jurídica de direito público dos serviços de fiscalização de profissões regulamentadas, restando imaculada, ainda, sua inserção dentre as autarquias. Por essa razão, compete à Justiça Federal apreciar o presente feito, ex vi do art. 109, inciso I, da Constituição Federal.

2. O regime jurídico aplicável aos funcionários dos conselhos de fiscalização profissional, no âmbito federal, por força do art. 1.º do Decreto-lei 968, de 13 de outubro de 1969, era, como regra, o celetista, até o advento da Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990 que, pelo seu art. 243, regulamentando o art. 39 da Constituição Federal (redação originária), instituiu o Regime Jurídico Único, no caso, sendo escolhido o estatutário. Essa situação perdurou até o advento da Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de junho de 1998, que deu nova redação ao art. 39 da Carta Magna, extinguindo a obrigatoriedade de um regime único, passando a prevalecer a regra especial insculpida no § 3.º do art. 58 da Lei n.º 9.649/1998 – mantido incólume pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADIn 1.717/DF –, que prevê o regime celetista.

3. Na hipótese em apreço, o Recorrido foi admitido pelo Conselho Federal de Contabilidade em 03/01/1978, contratado sob o regime celetista, tendo sido demitido em 31/05/1994, sem observância das regras estatutárias então vigentes. Desse modo, há de ser reconhecido o seu direito à almejada reintegração.

4. As alegações referentes à suposta prescrição do direito do Autor e sobre a existência de decisão judicial transitada em julgado, declarando que o contrato mantido com o ora Recorrido seria regido pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho, não restaram apreciadas pelo Tribunal a quo, tampouco foram objeto de embargos declaratórios. Por essa razão, não merece ser conhecido o apelo nobre no tocante aos referidos tema, ante a falta do indispensável prequestionamento, nos termos dos enunciados n.os 282 e 356 da Súmula do Excelso Pretório.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

(REsp 658240/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, *DJ* 06/11/2006)

A competência da Justiça do Trabalho somente se firmaria, caso o pedido deduzido na ação principal houvesse sido formulado com base na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, o que não é o caso. Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. TRABALHISTA. AUTARQUIA FEDERAL. RELAÇÃO DE TRABALHO CELESTISTA. VÍNCULO ESTATUTÁRIO NÃO COMPROVADO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONEXÃO. REMESSA DOS AUTOS. ATOS DECISÓRIOS ANULADOS. APELAÇÃO PREJUDICADA.

1. Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 58 da Lei nº 9.649/1998 pelo Supremo Tribunal Federal consolidou-se o entendimento que os conselhos de fiscalização profissional são autarquias especiais federais. No entanto, esta regra não prevalece quando a autarquia federal se vê envolvida em lide decorrente de relação de trabalho (art. 114, I, da Constituição Federal) que não seja jurídico-estatutária. Assim, se o vínculo que une o trabalhador ao Poder Público não é estatutário, mas apenas celetista, a competência é da Justiça do Trabalho. Nos termos do art. 113 do CPC, a incompetência absoluta deve ser declarada de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição.

2. No caso em tela, a autora não comprova que possui atualmente vínculo estatutário com a autarquia-ré, nos moldes da Lei nº 8.112/1990, mas, de modo contrário, formula pedidos com base na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e junta recibos de pagamento de salário onde constam depósitos para o FGTS, o que, em princípio, constitui fortes indícios da natureza celetista de sua presente relação de trabalho com a ré.

3. Não é objeto da presente ação a discussão acerca da natureza do atual liame jurídico que une a autora à ré, se celetista ou estatutário, mas sim de outra ação, ajuizada anteriormente por aquela contra a autarquia-ré, que tramitou perante a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, sendo posteriormente remetida para a Justiça do Trabalho, onde atualmente tramita perante a 1ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG. Afigura-se evidente a conexão entre a presente ação e aquela enviada para a Justiça do Trabalho, e havendo possibilidade de decisões contraditórias nos referidos processos, pode o juiz, de ofício, ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente, nos termos do art. 105 do CPC. 4. Em sede de conflito positivo de competência tendo por suscitante o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e suscitado o Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais nos autos de ação de consignação em pagamento ajuizada pelo Conselho Regional de Administração de Minas Gerais contra a autora, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça ser competente a Justiça do Trabalho para o julgamento daquela causa (CC 49102/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Segunda Seção, julgado em 12/09/2007, *DJ* 24/09/2007 p. 241).

5. Incompetência absoluta da Justiça Federal para o julgamento desta causa declarada de ofício. Atos decisórios anulados, determinando-se a remessa dos autos à 1ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG. Apelação da autora prejudicada.

AC 2001.38.00.037967-9/MG; rel. Juíza Federal Sônia Diniz Viana (convocada) *DJ* 10/06/2008

Verifica-se, por fim, que não se cuidando de apelação, não tendo sido extinto o processo, sem julgamento do mérito, não é o caso de aplicação do art. 515, § 3º, do CPC, razão pela qual o pedido deduzido no presente agravo, de reconhecimento do vínculo estatutário entre a agravante e o Conselho de Fiscalização de Psicologia, somente poderá ser apreciado pelo juízo *a quo*, sob pena de supressão de instância.

Por tais fundamentos, dou provimento ao agravo para cassar os efeitos da decisão agravada para manter os autos principais na Justiça Federal, devendo o magistrado de primeiro grau processar e julgar a presente demanda, devendo, ainda, apreciar os requisitos para a concessão da antecipação de tutela, nos termos dos arts. 557, § 1º-A, do CPC e 29, XXV, do RITRF 1ª Região.

Comunique-se, com urgência, a presente decisão ao juízo de origem.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 31 de julho de 2012.

Desembargador Federal *Néviton Guedes*, relator.

Agravo de Instrumento 0006198-34.2013.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes
Agravante: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Agravado: Varley Gonçalves Ferreira
Publicação: *e-DJF1* de 21/02/2013, p. 145

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento de decisão da 2ª Vara Federal/RO, que indeferiu a indisponibilidade de bens do demandado, ao fundamento de que não haveria elementos que demonstrassem indícios da sua intenção de se esquivar de eventual responsabilidade patrimonial, na hipótese de condenação, considerando-se o tempo transcorrido entre a data dos fatos (2005 e 2006) e a data do ajuizamento da ação (2011).

O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, agravante, sustenta, no essencial, a demonstração da existência de indícios dos atos imputados ímprobos, em face dos quais fundamenta a necessidade da constrição dos bens, e que a ação de improbidade se submete a regime jurídico próprio, estando autorizada na Constituição, como medida para assegurar, em futura execução, o ressarcimento do prejuízo advindo da conduta ímproba, a decretação da indisponibilidade do demandado.

Em face da letra expressa da lei, e mesmo do § 4º do art. 37 da Constituição (“Os atos de improbidade administrativa importarão [...] a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao Erário”), afigura-se correto o entendimento de que, se o ato de improbidade “causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito”, caberá a indisponibilidade, na medida do dano, como uma cautela para a eficácia de uma futura ordem de ressarcimento, sem necessidade de demonstração de atos concretos da parte, tendentes à frustração daquele comando, ou à redução à insolvência.

A prova até então produzida demonstra, ainda que indiciariamente, a materialidade e a autoria dos atos de improbidade que são imputados ao réu, apontando para a sua eventual ocorrência, tanto assim que integra o pedido inicial a condenação ao seu ressarcimento. Deve ser ressaltado que se trata de indisponibilidade, modalidade de constrição da qual não decorre a perda do bem, senão por decisão transitada em julgado.

Nisso não vai maltrato ao princípio constitucional de que “ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV), pois a indisponibilidade não retira o ativo da propriedade e da administração do seu titular (como não tira a velha penhora, feita todos os dias nas varas da Justiça); apenas impede interinamente atos de disposição, salvo com autorização judicial.

Esta é a exegese firmada na Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça:¹

[...]

3. O entendimento conjugado de ambas as Turmas de Direito Público desta Corte é de que, a indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa: a) é possível antes do recebimento da petição inicial; b) suficiente a demonstração, em tese, do dano ao Erário e/ou do enriquecimento ilícito do agente, caracterizador do *fumus boni iuris*; c) independe da comprovação de início de dilapidação patrimonial, tendo em vista que o *periculum in mora* está implícito no comando legal; d) pode recair sobre bens adquiridos anteriormente à conduta reputada ímproba; e e) deve recair sobre tantos bens quantos forem suficientes a assegurar as conseqüências financeiras da suposta improbidade, inclusive a multa civil. Precedentes: REsp 1115452/MA; REsp 1194045/SE e REsp 1135548/PR.

4. Ademais, a indisponibilidade dos bens não é indicada somente para os casos de existirem sinais de dilapidação dos bens que seriam usados para pagamento de futura indenização, mas também nas hipóteses em que o julgador, a seu critério, avaliando as circunstâncias e os elementos constantes dos autos, afere receio a que os bens sejam desviados dificultando eventual ressarcimento. (AgRg na MC 11.139/SP).

A decisão recorrida ponderou que os fatos descritos na inicial ocorreram em 2005 e 2006, e que a ação somente foi proposta em 2011, circunstância que afastaria, pelo decurso do tempo, o suposto perigo na demora natural da ação, ponto de vista que tem sido acolhido na 4ª Turma, em alguns precedentes.

Verdade é que Segunda Seção tem decidido ser Irrelevante o tempo transcorrido entre o requerimento da indisponibilidade e o ato de improbidade, uma vez que

[...] a tutela cautelar em questão visa resguardar a recomposição do patrimônio público ou a sanção de perda patrimonial. Logo, o risco de dano tem relação com a eficácia da futura execução (cumprimento de sentença), não com o tempo eventualmente transcorrido para que o ilícito fosse identificado, apurado e levado a juízo. Assim, o risco, que é presumido, não é afastado ou minimizado pela demora no requerimento da medida de indisponibilidade – ao contrário, muitas vezes pode ser até reforçado.²

Mas essa parece não ser a ordem natural das coisas. Havendo urgência, não há como explicar tamanha demora no ajuizamento da ação de improbidade e, menos ainda, o pedido urgente de indisponibilidade! O tempo decorrido, em clima de normalidade processual, não justifica a indisponibilidade, que, sendo o caso, pode ser determinada depois, a tempo e modo. Essa é a linha de julgamento da 4ª Turma, conforme aresto abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. QUESTÕES RELATIVAS AO MÉRITO QUE NÃO PODEM SER ESGOTADAS. AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS DA MEDIDA CAUTELAR. PERICULUM IN MORA. SUPOSTAS IRREGULARIDADES OCORRIDAS EM 2002. AÇÃO PROPOSTA EM 2012. MEDIDA QUE RECAIU SOBRE SALÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indisponibilidade de bens pode ser deferida quando verificada a existência do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. O perigo na demora da prestação jurisdicional, apto a permitir a indisponibilidade dos bens do réu, não pode ser encontrado apenas na existência de atos demonstrativos do interesse de desfazimento de bens por parte do requerido.

2. A indisponibilidade de bens não pode ser consequência automática da propositura da Ação de Improbidade Administrativa, devendo a parte autora provar, de plano, a proporcionalidade e a adequação da medida.

3. Na hipótese em exame, o Ministério Público Federal aponta irregularidades ocorridas em 2002. Contudo, a ação originária foi ajuizada somente em 2012. Não há o perigo de demora.

4. Ademais, a indisponibilidade de bens não pode recair sobre salários.

5. Agravo provido. (AG 0022326-66.2012.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, e-DJF1 p. 1.241 de 14/12/2012)

Se a parte demandada sucumbir, poderá, no seu devido tempo, responsabilizar-se pela condenação patrimonial. Assim posta a questão, *indefiro a antecipação da tutela recursal*. Responda a parte agravada, querendo, no prazo do art. 527 do CPC. Intimem-se.

Brasília, 7 de fevereiro de 2013.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, relator.

¹ AgRg no AREsp 20853/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, in DJe 29/06/2012; e AgRg no AREsp 133243/MT, rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, in DJe 24/05/2012.

² DOBROWLSKI, Samantha Chantal (Coord.). Questões práticas sobre improbidade administrativa. Brasília: ESPMU, 2011. p.238.

Agravo de Instrumento 0037208-67.2011.4.01.0000/PI

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão
Agravante: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Agravadas: Edenilde de Freitas Marques e outro
Defensora: Defensoria Pública da União – DPU
Publicação: e-DJF1 de 23/01/2013, p. 19

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, interposto pela União contra a decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Piauí que, nos autos de ação sob o rito ordinário ajuizada por Edenilde de Freitas Marques e Edenilza de Freitas Marques, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para determinar à agravante que conceda às agravadas a cota parte de pensão militar, na condição de filhas do militar falecido Antônio Marques Ferreira, observado o direito de outros beneficiários regularmente reconhecidos.

A agravante alega, basicamente, que as agravadas não tem direito à pensão por morte em razão de sua genitora e viúva do militar falecido ainda estar viva, permanecendo as cotas partes das filhas sob condição suspensiva até o óbito da viúva, nos termos do art. 9º da Lei 3.765/1960.

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 dispunha a Lei 3.765/1960, em sua redação original, quanto ao direito das filhas de militares ao recebimento de pensão:

Art 7º A pensão militar defere-se na seguinte ordem:

I - à viúva;

II - aos filhos de qualquer condição, exclusive os maiores do sexo masculino, que não sejam interditos ou inválidos;

III - aos netos, órfãos de pai e mãe, nas condições estipuladas para os filhos;

IV - à mãe viúva, solteira ou desquitada, e ao pai inválido ou interdito;

V - às irmãs germanas e consanguíneas, solteiras, viúvas ou desquitadas, bem como aos irmãos menores mantidos pelo contribuinte, ou maiores interditos ou inválidos;

Posteriormente, referido dispositivo legal foi alterado pela Medida Provisória 2.215-10/2001, redação esta vigente à época do óbito do instituidor da pensão (01/04/2008), *verbis*:

Art. 7º A pensão militar é deferida em processo de habilitação, tomando-se por base a declaração de beneficiários preenchida em vida pelo contribuinte, na ordem de prioridade e condições a seguir: *(Redação dada pela Medida provisória nº 2215-10, de 31.8.2001)*

I - primeira ordem de prioridade: *(Redação dada pela Medida provisória nº 2215-10, de 31.8.2001)*

a) cônjuge; *(Incluída pela Medida provisória nº 2215-10, de 31.8.2001)*

b) companheiro ou companheira designada ou que comprove união estável como entidade familiar; *(Incluída pela Medida provisória nº 2215-10, de 31.8.2001)*

c) pessoa desquitada, separada judicialmente, divorciada do instituidor ou a ex-convivente, desde que percebam pensão alimentícia; *(Incluída pela Medida provisória nº 2215-10, de 31.8.2001)*

d) filhos ou enteados até vinte e um anos de idade ou até vinte e quatro anos de idade, se estudantes universitários ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez; e *(Incluída pela Medida provisória nº 2215-10, de 31.8.2001)*

e) menor sob guarda ou tutela até vinte e um anos de idade ou, se estudante universitário, até vinte e quatro anos de idade ou, se inválido, enquanto durar a invalidez.)

[...]

§ 2º A pensão será concedida integralmente aos beneficiários do inciso I, alíneas "a" e "b", ou distribuída em partes iguais entre os beneficiários daquele inciso, alíneas "a" e "c" ou "b" e "c", legalmente habilitados, exceto se existirem beneficiários previstos nas suas alíneas "d" e "e". *(Incluído pela Medida provisória nº 2215-10, de 31.8.2001)*

Ou seja, a nova legislação excluiu as filhas maiores do direito à percepção de pensão por morte de seu genitor.

Entretanto, o art. 31 da Medida Provisória 2.215-10/2001, resguardou tal direito, estabelecendo:

Art. 31. Fica assegurada aos atuais militares, mediante contribuição específica de um vírgula cinco por cento das parcelas constantes do art. 10 desta Medida Provisória, a manutenção dos benefícios previstos na *Lei nº 3.765, de 1960*, até 29 de dezembro de 2000.

§ 1º Poderá ocorrer a renúncia, em caráter irrevogável, ao disposto no caput, que deverá ser expressa até 31 de agosto de 2001.

§ 2º Os beneficiários diretos ou por futura reversão das pensionistas são também destinatários da manutenção dos benefícios previstos na *Lei nº 3.765, de 1960*, até 29 de dezembro de 2000.

Desse modo, caso recolhida a contribuição específica do dispositivo legal acima transcrito, como na hipótese dos autos, as filhas maiores tem direito à pensão por morte de seu genitor.

Porém, a efetiva fruição do benefício somente ocorre com o falecimento da viúva, a quem deve ser integralmente paga a pensão enquanto esteja viva.

Com efeito, o art. 9º da Lei 3.765/1960, cuja redação original nunca sofreu alteração legislativa, dispõe:

Art 9º A habilitação dos beneficiários obedecerá, à ordem de preferência estabelecida no art. 7º desta lei.

§ 1º O beneficiário será habilitado com a pensão integral; no caso de mais de um com a mesma precedência, a pensão será repartida igualmente entre eles, ressalvadas as hipóteses dos §§ 2º e 3º seguintes.

§ 2º Quando o contribuinte, além da viúva, deixar filhos do matrimônio anterior ou de outro leito, metade da pensão respectiva pertencerá à viúva, sendo a outra metade distribuída igualmente entre os filhos habilitados na conformidade desta lei.

§ 3º Se houver, também, filhos do contribuinte com a viúva ou fora do matrimônio reconhecidos êstes na forma da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949 metade da pensão será dividida entre todos os filhos, adicionando-se à metade da viúva as cotas-partes dos seus filhos.

Nesse sentido, confirmam-se as ementas de acórdãos dos Tribunais Regionais Federais da 2ª, 3ª e 5ª Regiões:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – FILHA EM CONCORRÊNCIA COM A MÃE, VIÚVA DO EX-MILITAR. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGOS 7º E 9º DA LEI Nº 3.765, DE 04-05-1960, COM A REDAÇÃO DADA PELA MP 2215, DE 31/08/2001. - Ação objetivando a concessão de pensão militar sob alegação de indeferimento na esfera administrativa. - De acordo com os artigos 7º e 9º da Lei nº 3.765, de 04 de maio de 1960, se o militar, ao falecer, deixar viúva e filhos, a pensão por morte defere-se à viúva, que vem em primeiro lugar na ordem de preferência, estabelecida no art. 7º da Lei nº 3.765, de 04 de maio de 1960. No caso dos autos, o militar, ao falecer deixou viúva e uma filha maior – a autora – cabendo, pois àquela a pensão integral, na forma do art. 7º, inciso I da Lei nº 3.765/60. - Enquanto for viva a mãe da autora, esta não terá ainda preenchido todos os requisitos para a aquisição do alegado direito à habilitação à pensão por morte deixada por seu pai.

(AC 200251100006535, Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO, TRF2 - QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data::15/09/2006 - Página::260.)

.....

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MILITAR APOSENTADO. PENSÃO POR MORTE. FILHAS MAIORES. VIÚVA. BENEFÍCIO INTEGRAL. INCLUSÃO DAS COTAS-PARTES DA FILHAS. JUSTIÇA GRATUITA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS EXCLUÍDA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. 1. A Lei nº 3.765, de 04 de maio de 1960, que dispõe sobre as pensões militares, em vigor na data do óbito (25/11/1992 - fls. 16), estabelece, em seu artigo 7º, a ordem dos beneficiários, incluindo, no inciso I, a viúva, e no inciso II os filhos de qualquer condição, exclusive os maiores do sexo masculino, que não sejam interditos ou inválidos. 2. O STF, ao julgar a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 574-0, em 03 de junho de 1993, declarou a inconstitucionalidade da redação dada pelo artigo 29 da Lei nº 8.216, de 13.08.1991, ao artigo 7º da Lei nº 3.765, de 04.5.1960, pelo que restou mantida a sua redação original. 3. A possibilidade de divisão da pensão se apresenta apenas no caso da existência de filhos do falecido de outro casamento ou relação, que não com a viúva beneficiária (artigo 9º, § 2º). Em se tratando da viúva e seus próprios filhos, as cotas-partes desses filhos devem ser adicionadas à metade da pensão, reconhecida por lei, em favor da viúva (artigo 9º, § 3º), recebendo ela, portanto, o benefício integral. 4. Conquanto tenha nascido para as autoras o direito à pensão com o óbito de seu pai, a possibilidade de se exigir esse direito foi diferida, pois a viúva faz jus à integralidade da pensão, incluindo as cotas-parte de suas filhas. O direito à efetiva percepção do benefício somente vai surgir com a morte de sua genitora, mediante reversão da pensão (artigo 24 da Lei nº 3.765/60). [...] 9. Apelação da parte autora provida em parte. Sentença parcialmente reformada. (AC 06088515119954036105, JUIZ CONVOCADO ALEXANDRE SORMANI, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/10/2009 PÁGINA: 247 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

.....

ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. FILHAS MAIORES EM CONCORRÊNCIA COM A MÃE E, TAMBÉM VIUVA DO EX-MILITAR. VIÚVA DO EX-MILITAR. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGOS 7º E 9º DA LEI Nº 3.765, DE 04-05-1960, COM A REDAÇÃO DADA PELA MP 2215, DE 31/08/2001. 1. Discute-se nos presentes autos se as autoras, filhas maiores de militar tem direito à percepção da cota-parte da pensão deixada por seu genitor, desincorporada do montante recebido pela viúva e também, genitora das mesmas. 2. É assente na jurisprudência do STF e dos demais Tribunais pátrios que a lei vigente à data do óbito do instituidor da pensão é que regula a mesma. 3. O falecido militar, genitor das autoras, faleceu em 28 de junho de 2007, conforme informa a certidão de óbito acostada aos autos, quando já se encontrava vigente a Medida Provisória nº. 2.215-10/2001 que alterou o art. 7º, da Lei nº. 3.765/60. 4. Por sua vez, o art. 31, da Medida Provisória nº. 2.215-10/2001 reconheceu aos atuais militares, que contribuírem especificamente com o percentual de 1,5% das parcelas constantes no art. 10 deste diploma legal, a manutenção dos benefícios previstos na Lei nº. 3.765/60. 5. No caso em tela, conquanto tenha o falecido militar contribuído com o adicional de 1,5% de sua remuneração para fazer jus aos benefícios da Lei nº. 3.765/60, não tem direito aos autoras, ao benefício pleiteado em face da existência de outro beneficiário antecedente na ordem legal de preferência, no caso, a viúva e genitora das mesmas, o que exclui, assim, o direito das autoras, nos termos do supra transcrito art. 7º, do referido diploma legal. 6. Ademais, deve-se observar que de acordo com o art. 9º, parágrafo 3º, da mesma Lei, na hipótese de inexistir filhos fora do casamento, a pensão somente é devida a viúva, porquanto as cotas partes dos seu filhos são adicionadas a sua cota-parte. 7. Precedentes:TRF3, Quinta Turma Especializada, AC 332521. Relator Des. Federal PAULO ESPIRITO SANTO, Publ. DJU de 15/09/2006, pag 260; TRF5 SEGUNDA TURMA, APELREEX 6359, RELATOR: DES. FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS, JULG. 18/08/2009, PUBL. DJ: 0Ç8/09/2009, PÁG. 241, DECISÃO UNÂNIME. [...]

(AC 00032114820104058300, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data::17/02/2011 - Página::427.)

Isso posto, *dou provimento* ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, para cassar a decisão agravada.

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, 18 de dezembro de 2012.

Desembargadora Federal *Ângela Catão*, relatora.

Agravo de Instrumento 0004696-60.2013.4.01.0000/AC

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes
Agravante: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Agravados: Maria Alaíde Montenegro Mappes e outros
Advogado: Dr. Carlos Brasília Amorim de Freitas
Publicação: e-DJF1 de 21/02/2013, p. 145

Decisão

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama agrava de decisão da 1ª Vara Federal/AC que, em face do não cumprimento, pelo agravante, de determinação para que efetuasse o depósito dos honorários do perito, em desapropriação indireta, fixou multa processual de 10% do valor da causa, a ser revertida em favor da União.

Sustenta que o não cumprimento da determinação se deu, como justificado ao magistrado, em razão de não ter orçamento para o custeio da despesa, e que aquele comando foi submetido ao reexame do Tribunal, no AG 79345-30.2012.4.01.0000, embora não tenha sido suspensa pela Corte; e que o fato não traduz indisciplina processual ou recalcitrância para o cumprimento da medida, não sendo o caso, portanto, de aplicação da multa de que trata o parágrafo único do art. 14 do CPC.

A despeito de o agravo não discutir a multa diária de R\$5.000,00, senão a de 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 14, parágrafo único, do CPC — e de o Ibama não ter pedido efeito suspensivo no AG 79345-30.2012.4.01.0000! —, a decisão agravada, a despeito de bem intencionada, quiçá não esteja na linha da melhor administração do processo, que recomenda cautelas, à vista dos seus fins, e decisões não traumáticas, preservando o bom diálogo processual.

Além disso, e tendo o agravante alegado questões orçamentárias, que não são de fácil transposição, configurando justa causa, o fato é que faz pouco (ou nenhum) sentido impor uma multa a uma autarquia da União, para ser revertida em proveito da própria União. Ou seja, uma punição, no rigor dos termos, de natureza formal e sem fomento prático imediato para o efetivo andamento do processo, tendo-se em mente que, não cumprida a determinação, a consequência será a inscrição em dívida ativa, como diz a lei.

Tal o contexto, *recebo o agravo no efeito suspensivo*, para, até segunda ordem, interditar os efeitos da decisão recorrida, no que se relaciona à imposição da multa processual. Dê-se conhecimento desta decisão ao juízo recorrido, para os devidos fins. Responda a parte agravada, querendo, nos termos do art. 527 do CPC. Intimem-se.

Brasília, 7 de fevereiro de 2013.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, relator.

Agravo de Instrumento 0043375-66.2012.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado)
Agravante: VDL Participações Ltda.
Advogados: Dra. Renata Molisani Monteiro
Dr. Renato Cursage Pereira
Dr. Edson Luiz Pimenta
Dr. Rafael Vieira Fernandes
Dr. Rafael Fabiano Santos Silva
Dra. Juliana de Souza Ferreira
Agravado: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Publicação: e-DJF1 de 22/01/2013, p. 246

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, *com pedido de tutela antecipada*, interposto por VDL Participações Ltda., de decisão que, nos autos do Mandado de Segurança 19878-69.2012.4.01.38000 (19ª Vara/MG), indeferiu o pedido liminar para declarar o direito à certidão para regularização de obra, de forma a atestar a regularidade no recolhimento das obrigações previdenciárias, relativamente a imóvel de propriedade da agravante.

Em suas razões recursais, o agravante relata ter adquirido um galpão industrial, através da Carta de Arrematação do imóvel passada a seu favor, oriunda do leilão judicial realizado nos autos da Ação de Falência da Cia Industrial Belo Horizonte.

Para instruir o “processo de aprovação de crédito” consistente em “mútuo com garantia hipotecária”, formalizado junto ao Banco Industrial e Comercial S/A, a agravante necessita de apresentar a “certidão para regularização de obra”, atestando o cumprimento das obrigações previdenciárias relativas à construção do imóvel.

Informa que requereu junto à Delegacia da Receita Federal requerimento de referida certidão por decadência, apresentando documentação hábil a comprovar que “nos últimos cinco anos, a construção do imóvel não sofreu acréscimo ou reforma capaz de atrair a incidência das contribuições previdenciárias”.

Aduz que, até esse momento, não havia procedido a Administração à formalização de qualquer lançamento de débitos previdenciários relacionados ao imóvel em questão.

Contudo, aduz que a emissão da certidão foi condicionada a recolhimento de contribuição previdenciária apurada por aferição indireta, nos termos contidos no Aviso de Regularização de Obra – ARO.

Esclarece que “este suposto débito, que sequer foi objeto de lançamento por parte da autoridade competente, encontrando-se ainda pendente de constituição, está sendo apontado como óbice à emissão de certidão de regularidade fiscal da obra em referência, em nítida afronta aos arts. 142 e 201 do CTN”.

Argúi que embora tenha apresentado os documentos exigidos no art. 390 da IN 971/2009-RFB, a Administração se valeu de um único documento para indeferir seu pedido, embora referido documento divirja de todo o conjunto probatório apresentado pela agravante no qual se verificava que a área construída no imóvel arrematado continua a mesma até a atualidade.

Sustenta, em resumo, que não há crédito tributário regularmente constituído por lançamento, inexistindo, em consequência, óbice à emissão da pretendida certidão, não podendo o Aviso de Regularização de Obra – ARO se legitimar em lançamento de crédito fiscal, vez que emitido unilateralmente pela administração e desprovido da observância aos princípios do devido processo legal e do contraditório.

Ressalta, também, que a “cobrança de contribuições previdenciárias através de ARO mitiga o direito de defesa do contribuinte porque, neste procedimento, não há previsão para interposição de impugnação ou recurso administrativo, cujo efeito é a suspensão de sua exigibilidade até validação da exigência fiscal”.

Decido.

Vislumbro, em juízo de mera delibação, relevância nos fundamentos apresentados pela agravante a justificar a atribuição de imediato efeito suspensivo ao recurso.

O entendimento pacífico na jurisprudência é o de que, enquanto não estiver regularmente constituído o crédito tributário, não pode a Administração se negar a expedir CND.

No caso, se há prova de que a agravante efetivou alguma alteração na área construída, deve a agravada proceder ao regular lançamento do crédito tributário e, com isso, obstar a expedição de CND, dado que Aviso de Regularização de Obra – ARO não pode ser usado como procedimento adequado para configurar a existência de débito pela agravante.

Nesse sentido

PROCESSUAL CIVIL. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 126/STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. 1. O Tribunal a quo rechaçou a equiparação do Aviso de Regularização de Obra-ARO a um regular lançamento de crédito fiscal, sob o argumento de que ficaria configurada infringência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, de maneira que a falta de interposição de recurso extraordinário atrai a aplicação direta do óbice contido na Súmula 126/STJ. 2. A tese articulada nas razões do especial pressupõe a análise do procedimento veiculado na Instrução Normativa do INSS nº 69/2002 - mormente o exame da natureza da Declaração e Informações sobre Obra-DISO e das hipóteses de emissão do Aviso de Regularização de Obra-ARO -, argumentos que não foram objeto de discussão na instância ordinária, o que configura ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula 211/STJ. 3. As alegações desenvolvidas no apelo nobre passam, necessariamente, pela apreciação dos aspectos probatórios do Aviso de Regularização de Obra-ARO, pois seria indispensável o revolvimento de seus elementos fáticos para que fosse possível enquadrá-lo nas características defendidas pelo Fisco. Aplicação da Súmula 07/STJ. 4. Agravo regimental não provido.

(AGRESP 200600141033, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:29/04/2009.)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONSTRUÇÃO CIVIL. MOROSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PARA FISCALIZAR OBRA. DIREITO À OBTENÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. ART. 205 DO CTN. I - Prevê o parágrafo único do art. 205 do CTN que a Certidão Negativa de Débitos, para prova de quitação de tributo, será expedida no prazo de 10 dias, a contar da data do requerimento. II - Em sendo assim, uma vez apresentada pelo construtor a Declaração de Informação sobre Obra - DISO, para fim de obtenção da CND, deverá a Administração, dentro do prazo legal, proceder a fiscalização da obra declarada, quanto à regularidade dos recolhimentos das contribuições previdenciárias, não sendo plausível que, diante da demora injustificada do Poder Público, seja o contribuinte impedido de exercer as suas atividades. III - Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada.

(AMS 200735000041467, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - OITAVA TURMA, e-DJF1 DATA:29/04/2011 PAGINA:590.)

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS. IN MPS/SRP Nº 03/2005 DO INSS. FISCALIZAÇÃO DE OBRA. DECURSO DE PRAZO. NA ESPÉCIE, MOROSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO NÃO IMPUTADA AO IMPETRANTE. AVISO PARA REGULARIZAÇÃO DE OBRA EMITIDA PELO INSS. NÃO-EQUIVALÊNCIA A LANÇAMENTO APTO A CONSTITUIR CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXPEDIÇÃO DA CERTIDÃO DEVIDA. I - Apresentada pela recorrida a Declaração de Informação Sobre Obra - DISO, prevista na IN 03/2005 do INSS, para fim de obtenção de CND, a morosidade da administração em fiscalizar a obra declarada, quanto à regularidade fiscal das contribuições previdenciárias, impede a regular realização dos negócios do contribuinte. II - Ademais, não pode haver equiparação do Aviso de Regularização de Obra - ARO, mero ato administrativo, emitido unilateralmente pelo INSS, ao regular lançamento de crédito fiscal, tendo em vista a infringência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. III - Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada.

(AMS 200735000092655, Desembargador Federal Souza Prudente, TRF1 - Oitava Turma, e-DJF1 de 26/11/2010, p. 289.)

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AVISO PARA REGULARIZAÇÃO DE OBRA EMITIDA PELO INSS. NÃO-EQUIVALÊNCIA A LANÇAMENTO APTO A CONSTITUIR CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CRÉDITO AINDA NÃO CONSTITUÍDO. DECADÊNCIA RECONHECIDA. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS. EXPEDIÇÃO DEVIDA. I - Não pode haver equiparação do Aviso de Regularização de Obra - ARO, mero ato administrativo, emitido unilateralmente pelo INSS, ao regular lançamento de crédito fiscal, tendo em vista a infringência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. II - Na espécie, não tendo sido constituído regularmente o crédito exigido, com observância do procedimento legal, impõe-se o reconhecimento da decadência, fazendo jus os autores à expedição da CND pretendida. III - Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada.

(AC 200638050004111, Desembargador Federal Souza Prudente, TRF1 - Oitava Turma, e-DJF1 de 15/10/2010, p.507.)

TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. CONTRIBUIÇÕES AO INSS (OBRA). AUSÊNCIA DE CRÉDITO DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO. DECADÊNCIA. DIREITO À OBTENÇÃO. 1. “A mera alegação (genérica) de existência de irregularidades no preenchimento de Declaração e Informação sobre Obra - DISO - não justifica a omissão do INSS em analisar requerimento de CND. Ausente a indicação específica de existência de débito em nome da impetrante, não há fundamento para impedir que lhe seja expedida a CND intentada inicialmente”. (AMS 2001.38.00.006163-3/MG, Rel. Juiz Federal Rafael

Paulo Soares Pinto (conv), Sétima Turma, DJ p.65 de 13/07/2007) 2. Ademais, trata-se de crédito relativo a contribuições de seguridade social, decorrente de obra de construção civil, já alcançada pela decadência, porquanto, decorrido prazo muito superior a dez anos da data da construção do imóvel. 3. Reconhecimento da decadência do direito da Fazenda Nacional exigir qualquer tributo referente ao período da construção do imóvel em tela. 4. De qualquer forma, incide a teoria do fato consolidado, uma vez que “[...] a situação fática exauriente consolidada pelo tempo desde a liminar confirmada pela sentença e a temporal validade da certidão recomendam a confirmação do julgado” (AMS 2001.38.00.035976-8/MG, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p.196 de 27/08/2010). No mesmo diapasão: AMS 0023654-24.2005.4.01.3800/MG, Rel. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1 p.351 de 15/10/2010. 5. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, não providas.

(AC 200438000242877, Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, TRF1 - Sétima Turma, e-DJF1 de 26/11/2010, p. 113.)

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATRASO NA EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL. MOTIVO DE “FORÇA MAIOR”. PREJUÍZO PARA O USUÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 5º, XXXIV, DA CF. 1. Não pode a Administração obstaculizar a expedição de CND, em razão de problemas internos (acúmulo de serviço e deficiência de servidores). 2. Na verdade, os interesses jurídicos e econômicos dos particulares devem ser protegidos, o que significa dizer que não pode o particular ser prejudicado por problemas internos dos órgãos públicos, conforme bem esclareceu a sentença monocrática. 3. Legitimidade da determinação judicial de expedição de certidão de regularidade fiscal e/ou o respectivo ARO-Aviso de Regularização de Obra, vez que se configura abusiva e injustificada a demora na sua realização, em face de problemas internos da Administração. 4. A sentença que conceder ou denegar a segurança está sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição, conforme art. 14 da Lei nº 12.016/2009. 5. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas. (AC 200938000002157, Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, Trf1 - Sétima Turma, e-DJF1 de 09/04/2010, p.445.)

TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. CONTRIBUIÇÕES AO INSS (OBRA). AUSÊNCIA DE CRÉDITO DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO. DIREITO À OBTENÇÃO. 1. Ante a mera alegação de existência de irregularidades no preenchimento de Declaração e Informação sobre Obra - DISO, e ausente a indicação específica de existência de débito em nome da apelada, não há que se falar em negativa de expedição de CND. 2. Neste diapasão, “...Ainda que legítima a exigência de fiscalização prévia para expedir CND atinente a obras de construção civil (art. 38, caput, c/c art. 39 da IN INSS/DC n.º 18/2000), a autarquia deve obedecer ao prazo legal de 10 dias a contar do requerimento (art. 205, parágrafo único, do CTN) ou ao menos comprovar, se o caso, o início do procedimento de fiscalização (e eventual justa causa para sua demora)” (AMS 2001.38.00.002432-8/MG, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, DJ p.85 de 22/06/2007). 3. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(AMS 200138000024460, Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, TRF1 - Sétima Turma, e-DJF1 de 15/10/2010, p. 335.)

TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO NEGATIVA. ART. 205 DO CTN. COFINS. CONSTRUÇÃO CIVIL. INSTRUÇÃO NORMATIVA 18/2000 DO INSS. 1. A garantia à obtenção de certidão para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal está prevista no art. 5º, XXXIV, b, da Constituição Federal/1988. O art. 205 do CTN prevê a expedição de Certidão Negativa de Débitos para prova de quitação de tributo, a qual será fornecida no prazo de 10 dias. 2. Apresentada pelo construtor a Declaração de Informação Sobre Obra - DISO, prevista na IN 18/2000 do INSS, para fim de obtenção de CND, a morosidade da administração em fiscalizar a obra declarada, quanto à regularidade fiscal das contribuições previdenciária, impede a regular realização dos negócios do contribuinte. 3. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

(AMS 200138000051811, Desembargadora Federal Maria Do Carmo Cardoso, TRF1 - Oitava Turma, e-DJF1 de 18/12/2009, p. 1005.)

TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. CONTRIBUIÇÕES AO INSS (OBRA) AUSÊNCIA DE CRÉDITO DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO. DIREITO À OBTENÇÃO. 1. “A mera alegação (genérica) de existência de irregularidades no preenchimento de Declaração e Informação sobre Obra - DISO - não justifica a omissão do INSS em analisar requerimento de CND. Ausente a indicação específica de existência de débito em nome da impetrante, não há fundamento para impedir que lhe seja expedida a CND intentada inicialmente”. (AMS 2001.38.00.006163-3/MG, Rel. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (conv), Sétima Turma, DJ p.65 de 13/07/2007) 2. Ademais, trata-se de crédito relativo à contribuições de seguridade social, decorrente de obra de construção civil, já alcançada pela decadência, porquanto, decorrido o prazo superior a dez anos da data em que nascida a respectiva obrigação. 3. Apelação e remessa oficial improvidas.

(AMS 200238030011149, Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (Conv.), TRF1 - Sétima Turma, e-DJF1 de 30/04/2009, p. 695.)

PREVIDENCIÁRIO - CND: OMISSÃO DO INSS EM ANALISAR REQUERIMENTO - ALEGAÇÃO GENÉRICA DE IRREGULARIDADE NO PREENCHIMENTO DE DISO'S - APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS. 1. A mera alegação (genérica) de existência de irregularidades no preenchimento de Declaração e Informação sobre Obra - DISO - não justifica a omissão do INSS em analisar requerimento de CND. 2. Ausente a indicação específica de existência de débito em nome da impetrante, não há fundamento para impedir que lhe seja expedida a CND intentada inicialmente. 3. Apelação e remessa oficial não providas. 4. Peças liberadas pelo Relator, em 05/06/2007, para publicação do acórdão.

(AMS 200138000061633, Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (Conv.), TRF1 - Sétima Turma, DJ de 13/07/2007, p. 65.)

MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS. ART. 205 DO CTN. AVISO PARA REGULARIZAÇÃO DE OBRA - ARO. 1. Somente o lançamento torna certo o dever jurídico tributário, bem como o liquida para que possa ser cobrado administrativamente ou através do Poder Judiciário pelo Executivo Fiscal. Antes do regular lançamento fiscal não há que se falar em recusa na expedição da CND. 2. Não havendo prova do lançamento da contribuição previdenciária referente à obra realizada pela impetrante, porquanto o Aviso para Regularização de Obra não equivale ao lançamento, deve ser expedida a Certidão Negativa de Débitos. 3. Matéria preliminar rejeitada e, no mérito, apelação e remessa oficial improvidas.

(AMS 00062367920014036121, Desembargador Federal Luiz Stefanini, TRF3 - Primeira Turma, DJF3 de 10/11/2008)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL. AVISO DE REGULARIZAÇÃO DE OBRA. LANÇAMENTO. FATO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CPC. 1. A certidão negativa de débito - CND e a certidão positiva com efeitos de negativa - CPD-EN têm por objeto atestar a regularidade contributiva do sujeito passivo tributário perante o Fisco. 2. O Aviso de Regularização de Obra - ARO não se configura documento bastante para a constituição do crédito tributário autorizando o lançamento. Precedentes desta Corte. 3. Havendo a regular constituição do crédito tributário, ainda que durante o curso do feito, não faz jus o contribuinte ao certificado de regularidade fiscal. 4. Consoante o disposto no artigo 462 do CPC, o julgador não só pode, mas deve conhecer de fato superveniente ao ajuizamento da ação. 5. Apelação desprovida.

(AC 200570000162759, Álvaro Eduardo Junqueira, TRF4 - Primeira Turma, D.E. de 27/04/2010.)

TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - AVISO DE REGULARIZAÇÃO DE OBRA (ARO) - CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. 1 - O Aviso para Regularização de Obra - ARO consiste em mero aviso de pagamento, não substituindo o lançamento de ofício. 2 - Inexistindo qualquer crédito do INSS, devidamente lançado, pendente de pagamento, a negativa da CND constitui violação a direito líquido e certo do contribuinte.

(AMS 200672150036562, Maria Helena Rau de Souza, TRF4 - Segunda Turma, DJ 23/08/2006, p. 1040.)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. ARO - AVISO DE REGULARIZAÇÃO DE OBRA. INEXISTÊNCIA DE CRÉDITO CONSTITUÍDO. - O contribuinte faz jus à certidão negativa de débito se inexistente crédito tributário regularmente constituído, sendo que a expedição do ARO (Aviso de Regularização de Obra) pela autarquia não substitui o lançamento.

(AMS 200570000319648, Marga Inge Barth Tessler, TRF4 - Segunda Turma, DJ de 09/08/2006, p. 648.)

CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. INEXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO. 1. Inexistindo crédito tributário constituído, a autoridade fiscal não pode negar o fornecimento de certidão negativa de débito. 2. *A DISO - Declaração e Informação sobre a Obra apenas indica as características da construção e os recolhimentos efetuados pelo contribuinte, sem declinar os valores que, ao final da obra, são devidos ao INSS.* Não serve, pois, como lançamento, tanto que a autarquia efetua aferição indireta desses valores, por meio do Aviso para Regularização de Obra - ARO.

(AMS 200470020049415, Dirceu de Almeida Soares, TRF4 - Segunda Turma, DJ de 17/08/2005, p. 573.)

INTERESSE DE AGIR. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OBRA. CONSTRUÇÃO. LANÇAMENTO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. CND. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. 1. A resistência do INSS, manifestada nas informações constantes do ARO juntado aos autos, no próprio agravo de instrumento e no agravo regimental interposto, por si só, já configura o interesse de agir do autor, decorrente da necessidade de obter por meio de processo judicial a proteção do alegado direito subjetivo, ainda que inexistente pedido e negativa na via administrativa. 2. A recusa fiscal em fornecer Certidão Negativa de Débito em favor do contribuinte somente é tutelada juridicamente quando há crédito definitivamente constituído, cuja exigibilidade não está suspensa, na forma do disposto no art. 151 do CTN. 3. O Aviso para Regularização de Obra é ato administrativo, emitido unilateralmente, que indica o valor a ser recolhido a título de contribuições previdenciárias para fins de regularização da obra, apurada pelo fisco sem que tenha sido oportunizada ao contribuinte qualquer defesa ou impugnação, não podendo ser considerado como lançamento. 4. Equipará-lo ao lançamento, atribuindo-lhe eficácia constitutiva de crédito tributário, representaria afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa, assegurados constitucionalmente no processo administrativo fiscal. 5. As contribuições previdenciárias estão sujeitas ao lançamento por homologação, previsto no art. 150 do CTN. Se o contribuinte não fizer a declaração, nem proceder a qualquer recolhimento, ou se o fizer com insuficiência, cabe à autoridade administrativa promover o lançamento de ofício do que julgar devido (art. 149, V, do CTN). 6. Não pode ser considerada a data de emissão do habite-se como termo inicial do prazo decadencial, por mais que tenha sido esse o momento em que a municipalidade e o fisco tenham tomado conhecimento da obra. Tal entendimento conduziria à insegurança, o que os institutos de prescrição e decadência pretendem evitar. 7. O INSS tem poder de fiscalização, sendo responsável por atuar o contribuinte que se omite, na forma do artigo 149 do CTN. Deve ser considerado como termo inicial do prazo decadencial a data da conclusão da obra, ocasião em que as contribuições são todas devidas. 8. A mera afirmação do autor, desacompanhada de qualquer prova, de que a obra foi concluída em 1996, não tem o condão de provar a decadência do débito.

(AG 200504010173363, Dirceu de Almeida Soares, TRF4 - Segunda Turma, DJ 13/07/2005, p. 361.)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CND. AVISO PARA A REGULARIZAÇÃO DE OBRA (ARO). INEXISTÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXPEDIÇÃO DA CND. DIREITO DO CONTRIBUINTE. ILEGALIDADE DA RECUSA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1 - Versa a presente demanda sobre a possibilidade de expedição de Certidão Negativa de

Débito, tendo em vista a inexistência de crédito tributário devidamente constituído. 2 - A certidão negativa de débito, em Direito Tributário, é o meio pelo qual se prova a quitação de determinado tributo, é o documento que busca informar a real situação fiscal do contribuinte e deve espelhar a realidade do fato certificado. Por outro lado, a expedição deste documento, a quem efetivamente não esteja quite com a Fazenda Nacional, caracteriza falsa declaração sobre fato juridicamente relevante. 3 - A impetrante requer a expedição de CND ou CPD-EN em relação à obra de recuperação CEI nº 38.660.01289/72, sob pena de multa diária, argumentando que o aviso para a regularização de obras não tem o condão de constituir o crédito tributário. 4 - O Aviso de Regularização de Obra (ARO) constitui mera comunicação para pagamento e não substitui o lançamento tributário, conforme vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça. 5 - Resta consolidado, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que somente a existência de crédito tributário devidamente constituído justifica a negativa do fornecimento de certidão negativa de débito. 6 - É direito do contribuinte a expedição da certidão negativa de débito enquanto não constituído definitivamente o crédito tributário. 7 - Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial improvidas.

(AC 200885010000565, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, TRF5 - Primeira Turma, DJE de 06/11/2009 – p. 220.)

PARCELAMENTO DA LEI 10.684/2003 (PAES) A ABRANGER CRÉDITOS ORIUNDOS DE OBRA ENCERRADA MUITO TEMPO ANTES DO PRAZO MÁXIMO DE VENCIMENTO AOS TRIBUTOS BENEFICIADOS - EXIGÊNCIAS INSTRUMENTAIS SOBRE O CONTRIBUINTE (ARO E DISO) NÃO POSITIVADAS PELO LEGISLADOR, COMO DE RIGOR SE A TANTO O DESEJASSE CONDICIONAR - ESTRITA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA QUE OBEDECIDA NA POSTULAÇÃO PARCELADORA - PROCEDÊNCIA AO PEDIDO CONTRIBUINTE - PROVIMENTO AO APELO PARTICULAR 1 - Naufraga a tese fazendária em pauta, de conseguinte sem sucesso o r. convencimento sentenciador, vênias todas, ao condicionarem - como se possível fosse - o surgimento do crédito, artigo 150, CTN, a condutas humanas contribuintes de fazer neste ou naquele sentido : ora, referido instituto, como consagrado, aflui ao mundo jurídico já com a data do fato em concreto, ocorrido no mundo fenomênico, como na espécie a execução da obra de construção civil em questão, encerrada aliás em abril/2002. 2 - Em outro dizer, vencidos, porque existentes, até então e para trás os créditos tributários em foco, logo se amoldam ao figurino parcelador do artigo 5º, da Lei 10.684/2003, ao encontro aliás da própria normação do Executivo, especificamente o § 3º do artigo 2º IN/INSS 93/2003, in verbis, a qual, por coerência, explicita abranger referida moratória evidentemente débitos constituídos ou não, até porque de índole manifestamente declaratória sua formalização. 3 - Desejasse o legislador vincular o desfrute ao benefício em questão a condutas outras, por parte do devedor, por imperativo de observância à estrita legalidade tributária, artigo 97, VI, CTN, e § 6º do artigo 150, Lei Maior, assim o teria expressamente positivado no Diploma em questão, o que não o fez, por cristalino, de conseguinte albergando de inteira razão a irrisignação do particular em pauta. 4 - Prospera o fundamento da insurgência contribuinte em questão, pois vencidos os créditos em cume dentro do lapso temporal em lei estatuído, para a fruição parceladora em tela : de rigor, por decorrência, a procedência ao pedido, para o fim de se garantir ao autor o direito de usufruir do PAES, nos termos do cenário aqui em desfile. Precedente. 5 - Provimento à apelação, reformada a r. sentença, para julgamento de procedência ao pedido, a fim de garantir ao autor o direito de efetuar o pagamento do seu débito junto ao PAES, consoante o cenário apresentado, invertida a verba sucumbencial antes arbitrada (valor dado à causa R\$ 11.958,35).

(AC 00058258520044036103, Juiz Convocado Silva Neto, TRF3 - Segunda Turma, e-DJF3 Judicial 1 de 19/08/2010, p. 328)

TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. AVISO DE REGULARIZAÇÃO DE OBRA. LANÇAMENTO FISCAL. 1. Se o INSS não concorda com os recolhimentos informados pelo contribuinte na Declaração e Informação sobre Obra (DISO), deve constituir o crédito tributário mediante lançamento formal, não se prestando para esse fim o Aviso para Regularização de Obra (ARO), visto que não resulta de ação fiscal. 2. A jurisprudência é uníssona no sentido de que o ARO não se equipara ao lançamento, não justificando a negativa do certificado de regularidade fiscal. 3. No caso, quando prolatada a sentença, o crédito tributário já estava constituído regularmente, não havendo direito à expedição de certificado de regularidade fiscal.

(AMS 200470090034279, Joel Ilan Paciornik, TRF4 - Primeira Turma, DJ 30/08/2006, p. 360.)

CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. INEXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO. 1. Inexistindo crédito tributário constituído, a autoridade fiscal não pode negar o fornecimento de certidão negativa de débito. 2. A DISO - Declaração e Informação sobre a Obra apenas indica as características da construção e os recolhimentos efetuados pelo contribuinte, sem declinar os valores que, ao final da obra, são devidos ao INSS. Não serve, pois, como lançamento, tanto que a autarquia efetua aferição indireta desses valores, por meio do Aviso para Regularização de Obra - ARO.

(AMS 200470020049415, Dirceu de Almeida Soares, TRF4 - Segunda Turma, DJ de 17/08/2005, p. 573.)

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ARBITRAMENTO. AFERIÇÃO INDIRETA. CUB. ARO AVISO DE REGULARIZAÇÃO DE OBRA. LDC LANÇAMENTO DE DÉBITO CONFESSADO. 1. O ARO - Aviso de Regularização de Obra não se constitui em lançamento de que trata o art. 142 do CTN face sua unilateralidade. 2. Simples alegações desacompanhadas de elementos convincentes de provas não elidem a presunção de certeza e liquidez detidas por lançamento de débito confessado (LDC) pelo próprio contribuinte. 3. Não merecendo fé as informações prestadas pelo contribuinte através da DISO - Declaração de Informações sobre Obra, cabível a utilização do método de aferição indireta da base de cálculo da contribuição previdenciária devida. 4. O arbitramento faz-se também possível quando a escrita contábil da obra não apresente regularidade que permita a apuração do débito fiscal com base em dados seguros. A jurisprudência pátria é uníssona quanto à possibilidade de aplicação do CUB como base para o arbitramento da mão-de-obra utilizada na construção civil. Caso em que a contabilidade não foi apresentada e, instado a produzir prova, quedou-se o contribuinte silente.

(AC 200170000118856, Alcides Vettorazzi, TRF4 - Segunda Turma, DJ de 02/07/2003, p. 537.)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. LANÇAMENTO. INEXISTÊNCIA. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS. EMISSÃO. - A DISO (Declaração e Informações sobre Obra) não substitue o lançamento de ofício a ser realizado pela autoridade competente. "Estando as contribuições previdenciárias sujeitas ao lançamento por homologação, se o contribuinte não fizer qualquer recolhimento, ou se o fizer com insuficiência, caberá à autoridade administrativa promover o lançamento de ofício do que julgar devido. Só assim haverá crédito tributário autorizador da negativa de certidão, pois o crédito tributário só nasce com o lançamento. 3. Não existindo crédito tributário regularmente constituído pelo lançamento, e, desta forma sendo inexigível seu adimplemento por parte do contribuinte, este tem direito à certidão negativa de débito prevista pelo art. 205 do CTN". (APELREEX 200870090010207, JOEL ILAN PACIORNIK, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, 28/04/2009). - No caso dos autos, não há crédito tributário regularmente constituído, pois, na DISO (Declaração e Informações sobre Obra), constante às fls. 62/69, não foi declarado, sequer, qualquer valor a ser recolhido. - Apelação e Remessa Oficial não providas.

(APELREEX 200782010007100, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, DJE de 27/05/2010, p. 409.)

Assim sendo, *defiro o pedido de efeito suspensivo* para que seja determinada a expedição de CND, caso ainda não tenha sido efetivado o lançamento do crédito tributário e se outros óbices não existirem que os discutidos no presente recurso.

Comunique-se, com urgência, ao juízo de origem.

Intime-se o(a) agravado(a) para resposta (CPC, art. 527, V).

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 9 de janeiro de 2013.

Juiz Federal *Clodomir Sebastião Reis*, relator convocado.

Agravo de Instrumento 0005987-95.2013.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado)
 Agravante: Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE
 Advogados: Dr. Halisson Adriano Costa e outros
 Agravado: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras
 Advogados: Dr. Rafael de Matos Gomes da Silva
 Dr. Leonan Calderaro Filho e outros
 Publicação: e-DJF1 de 21/02/2013, p. 209

Decisão

A agravante se insurge contra decisão do juízo de origem que concedeu parcialmente medida liminar para determinar "a retenção nos créditos da Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, em razão dos prejuízos causados pelas empresas Companhia Técnica de Comercialização de Energia – CTCE e Nova Geração Energia Ltda. – NGER" e, em seguida, a reserva de tal parcela e abstenção de efetuar ao lançamento contábil no processo de sua liquidação financeira mensal.

A decisão impugnada viu plausibilidade em pedido cautelar inominado formulado pela agravada representado no resguardo da possibilidade de aquela "vir a sofrer prejuízo irreversível caso haja retenção imediata de seus créditos antes da solução definitiva da lide, a ser proferida na ação principal".

O valor do crédito reclamado é de R\$33 milhões.

Examino o cabimento e pertinência deste agravo.

O juízo de origem assim escreveu no preâmbulo da fundamentação:

[...]

De início, destaco que a Autora não especifica a causa de pedir e o pedido da ação principal que pretende assegurar com esta ação cautelar, tendo se limitado, nesse ponto, à genérica afirmação de que providenciará a sua propositura 'para

que a Autora não tenha seus créditos indevidamente retidos por débitos oriundos das situações de inadimplência irregulares apontadas acima' (fls. 24)

Resta desatendido, portanto, o disposto no art. 801, III, parágrafo único, do CPC, que determina, como um dos requisitos da petição inicial da ação cautelar preparatória, a indicação da lide principal e seu fundamento.

Entretanto, considerando que o fundamento do possível perigo da demora consiste na possibilidade de retenção do crédito em 16/1/2013, passo a examinar o pleito liminar e reservo-me para adotar as providências necessárias à regularização do procedimento em momento posterior.

Pelo trecho se vê às escâncaras, como percebeu o juízo de origem, a inépcia da petição inicial. Ainda assim, em vez de determinar a respectiva emenda, sequer alvitrou o exercício desse poder-dever na condução do processo, e logo avançou no exame do requisito de demora. Esta Corte, contudo, registra precedentes que insistem na aplicação escorreita dos requisitos expostos no art. 801, III, do CPC:

PROCESSUAL. AÇÃO CAUTELAR. ART. 801, III, DO CPC. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA LIDE PRINCIPAL E DO SEU FUNDAMENTO. REQUISITO ESSENCIAL DA PEÇA VESTIBULAR. EMENDA À INICIAL APRESENTADA FORA DO PRAZO. EXTINÇÃO SEM APRECIÇÃO DE MÉRITO. ARTIGO 267, I E IV, DO CPC.

1. É firme a jurisprudência desta Corte Regional, no sentido de que, em sede de ação cautelar, a indicação da lide principal, com seus respectivos fundamentos, constitui requisito essencial da peça vestibular, nos termos do art. 801, III, do CPC. A sua ausência, não suprida pela parte autora, enseja a inépcia da petição inicial, com a consequente extinção do processo, sem resolução de mérito, conforme o art. 267, I e IV, do CPC.

2. Precedentes desta Corte.

3. Apelação não provida.

(AC 2004.34.00.020032-6 / DF; APELAÇÃO CIVEL, Fausto Mendanha, 6ª TS., e-DJF 26/6/2012, p. 211)

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CAUTELAR – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO ART. 801, III, DO CPC – PRAZO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO PRINCIPAL – ART. 806 DO CPC.

I- Concedida a medida liminar, ou, se for negada, julgada procedente a ação cautelar, o requerente tem 30 (trinta) dias para efetivar ou executar a medida, sob pena de caducidade, nos termos do art. 808, do CPC. Efetivada ou executada, terá o requerente mais 30 (trinta) dias para intentar a ação principal, de conformidade com o art. 806 do CPC, também sob pena de caducidade, nos termos do art. 808, I, do CPC.

II- Não ajuizada a ação principal, no prazo previsto na lei processual, aplicam-se, in casu, os arts. 806 e 808, I, do CPC, cessando a eficácia da medida cautelar.

III- Constitui requisito essencial da peça vestibular, em ação cautelar preparatória, a indicação da lide principal a ser proposta e seu fundamento, nos termos do art. 801, III, do CPC, sem o que resulta inepta a inicial, impondo-se a extinção do feito cautelar (RT 476/140; 506/143; 608/70).

IV- Remessa oficial provida.

V- Apelação prejudicada.

(AC 1998.01.00.086546-7/MG, Assusete Magalhães, 2ª T., DJ-16/12/1999, p. 28)

Ao contrário do que sustenta o juízo de origem, não vejo o alegado perigo de demora à agravada. É incontroverso pela própria agravada que o processo de liquidação financeira promovido pela agravante segue determinações legislativas e normativas emanadas do órgão regulador setorial nos termos do Decreto 5.177/2004 e resoluções específicas da Aneel. Portanto, trata-se de prática e procedimento que vêm ocorrendo há quase uma década, e não há notícia de que a agravante contra ela se tenha voltado quando eventualmente se viu na situação de inadimplência.

No caso concreto, a agravada investe contra tal sistema de liquidação ao fundamento fático de que se refere a crédito inadimplido em decorrência de gestão temerária de dois agentes que comercializam energia. A agravada, à vista de que tem crédito milionário decorrente da venda de energia àqueles agentes, pretende imunizar-se do sistema de liquidação a pretexto de que teria ocorrido negligência da parte da agravante e da agência regulatória.

Ora, o comportamento da agravante e da agência reguladora em relação à exclusão dos dois agentes nominados no primeiro parágrafo é tema já objeto de ação no mesmo juízo de origem na qual as agentes excluídas reclamam de excessos no papel institucional da primeira agravante e da Aneel. O mesmo juízo de origem, no caso, nenhuma provisão cautelar concedeu a um dos agentes excluídos (Nova Geração Energia Ltda.), o que, em princípio, aponta verossimilhança para o comportamento punitivo que a agravante teve com o agente inadimplente.

Outra coisa, entretanto, é a forma de liquidação do crédito em aberto por esse agente excluído.

Em razão de que o sistema de liquidação obedece a períodos de apuração e repasse de créditos e lançamentos contábeis para o exercício seguinte, não se pode ter, segundo a argumentação da agravante, como disponível o valor do crédito reclamado, muito menos satisfazer a agravada sem que haja prejuízo dos outros agentes participantes, pois estes também seriam afetados pela priorização do pagamento à agravante.

O perigo de demora, portanto, está muito mais em favor da higidez e confiabilidade do sistema de compensação do que à agravada, cujo capital é majoritariamente público e tem liquidez para suportar que a liquidação de seu crédito siga nos moldes a que se tem submetido por mais de dez anos. Sem dúvida que os efeitos da decisão agravada repercutem na cadeia de agentes do sistema elétrico e assim trazem desequilíbrio e instabilidade às regras de liquidação, o que, em última razão, contribui para a credibilidade do próprio mercado do setor produtivo e consumidor de energia elétrica.

Por fim, a própria complexidade do mecanismo de compensação já reclamaria que o juízo de origem oferecesse a oportunidade do contraditório, dada a periodicidade mensal das liquidações. No caso concreto, a ordem dirigida à agravante não pôde ser executada em face do anacronismo entre sua ciência e a data da liquidação no exercício de janeiro.

Assim, concedo antecipação de tutela recursal à agravante para suspender os efeitos da decisão do juízo de origem (art. 527, III, do CPC).

Comunicarei por meio eletrônico esta decisão ao juízo de origem para imediato cumprimento.

Dispensar as informações do juízo de origem.

Intimar o agravado para contrarrazões.

Publicar.

Brasília, 7 de fevereiro de 2013.

Juiz Federal *Marcelo Dolzany da Costa*, relator convocado.

Agravo de Instrumento 0072428-92.2012.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
 Agravante: Intercement Brasil S/A
 Advogado: Dr. João Dácio de Souza Pereira Rolim
 Agravado: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Onésio Soares Amaral
 Publicação: e-DJF1 de 10/01/2013, p. 495

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Intercement Brasil Ltda. contra decisão proferida pela MM. juíza federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Paracatu/SJMG, que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado nos autos da Ação Civil Pública 1064-55.2012.4.01.3817 movida pelo Ministério Público Federal, e determinou que se abstenha de trafegar com excesso de carga, sob pena da aplicação de multa pelo descumprimento da ordem judicial no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por ocorrência registrada.

2. Consignou a MM. magistrada de primeira instância que a conduta dos requeridos viola o Código de Trânsito brasileiro e avilta o direito dos usuários das vias, bem como avilta o patrimônio público, pois representa uma série de danos à segurança e à economia públicas, trazendo risco concreto à vida e à integridade dos usuários da rodovia.

3. Irresignado, o agravante alega incorreção na medida concedida, visto que o pedido referente-se à antecipação dos efeitos da tutela, e foi deferida medida liminar, cujos requisitos são diversos.

4. Sustenta que o auto de infração foi lavrado por autoridade que não tinha competência para tal, afirmando ser da Agência Nacional de Transporte Terrestre a competência para fiscalizar autuar e aplicar penalidades administrativas por excesso de peso, bem como alega que não foi informado no auto de infração como se chegou à conclusão de excesso de peso, alegando não haver prova da materialidade da suposta infração. Alega não poder

se admitir o dever de indenizar pelo suposto excesso de peso antes que seja assegurado ao infrator o direito de defesa.

5. Argumenta que a multa imposta pela decisão liminar incorre em *bis in idem*, pois o tráfego com excesso de peso já é regulamentado por lei, que tipifica a conduta e prescreve a respectiva sanção. Requer, ao final, atribuição de efeito suspensivo ao agravo.

Autos conclusos, *decido*.

7. Primeiramente, afastado a alegada incompetência da autoridade policial para fiscalizar e autuar em caso de descumprimento das determinações do Código de Trânsito Brasileiro como quer fazer a agravante, pois de acordo com Resolução 404/2012 – Contran, art. 2º, dispõe a infração poderá ser constatada pela autoridade de trânsito ou seu agente, sendo, ao que parece, competente a autoridade policial da Polícia Rodoviária Federal.

8. Prosseguindo, ressalto que o trânsito de veículos com excesso de peso caracteriza infração de trânsito, de acordo com a definição prevista no art. 161 da Lei 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro, e especificamente no art. 99, inclusive dispondo no §1º que a verificação poderá ser realizada por meio de documentos fiscais, e no inciso V do art. 231 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

[...]

Art. 161. Constitui infração de trânsito a inobservância de qualquer preceito deste Código, da legislação complementar ou das resoluções do CONTRAN, sendo o infrator sujeito às penalidades e medidas administrativas indicadas em cada artigo, além das punições previstas no Capítulo XIX.

Parágrafo único. As infrações cometidas em relação às resoluções do CONTRAN terão suas penalidades e medidas administrativas definidas nas próprias resoluções.

[...]

[...]

Art. 99. Somente poderá transitar pelas vias terrestres o veículo cujo peso e dimensões atenderem aos limites estabelecidos pelo CONTRAN.

§ 1º O excesso de peso será aferido por equipamento de pesagem ou pela verificação de documento fiscal, na forma estabelecida pelo CONTRAN.

§ 2º Será tolerado um percentual sobre os limites de peso bruto total e peso bruto transmitido por eixo de veículos à superfície das vias, quando aferido por equipamento, na forma estabelecida pelo CONTRAN.

§ 3º Os equipamentos fixos ou móveis utilizados na pesagem de veículos serão aferidos de acordo com a metodologia e na periodicidade estabelecidas pelo CONTRAN, ouvido o órgão ou entidade de metrologia legal.

[...]

Art. 231. Transitar com o veículo:

I - danificando a via, suas instalações e equipamentos;

II - derramando, lançando ou arrastando sobre a via:

a) carga que esteja transportando;

[...]

[...]

V - com excesso de peso, admitido percentual de tolerância quando aferido por equipamento, na forma a ser estabelecida pelo CONTRAN:

9. E a metodologia de aferição de peso de veículos foi regulamentado pela Resolução Contran 258, de 30/11/2007, que também possibilita sua aferição por meio de documento fiscal na ausência de balança rodoviária. Confira-se:

[...]

Art. 3º Nenhum veículo ou combinação de veículos poderá transitar com peso bruto total (PBT) ou com peso bruto total combinado (PBTC) com peso por eixo, superior ao fixado pelo fabricante, nem ultrapassar a capacidade máxima de tração (CMT) da unidade tratora.

Art. 4º A fiscalização de peso dos veículos deve ser feita por equipamento de pesagem (balança rodoviária) ou, na impossibilidade, pela verificação de documento fiscal.

Art. 5º Na fiscalização de peso dos veículos por balança rodoviária será admitida à tolerância máxima de 5% (cinco por cento) sobre os limites de pesos regulamentares, para suprir a incerteza de medição do equipamento, conforme legislação metrológica.

[...]

10. No presente caso, de acordo com o Boletim de Ocorrências Policiais, fls. 98–100, verifica-se de fato a ocorrência do transporte com carga com excesso de peso, em nítida desobediência ao que estabelece a lei de trânsito.

11. É relevante ressaltar que essas medidas determinadas na legislação objetivam preservar a pavimentação das vias, a fim de resguardar, ao máximo, a segurança às pessoas que necessitam por ali transitar, assegurando-lhes a integridade física e a vida, valores que se sobrepõem a quaisquer outros.

12. Por oportuno, saliento os relevantes fundamentos da decisão monocrática proferida pelo e. Des. Federal Fagundes de Deus, no julgamento do Agravo de Instrumento 2009.01.00.045345-6/MG, que versava sobre matéria idêntica, ressaltando os efeitos do excesso de peso nas vias rodoviárias e a possibilidade de, além da aplicação de multa pela infração de trânsito, a cominação de multa por descumprimento de decisão judicial. Confira-se:

É público e notório que o excesso de peso em veículos de carga causam sérios danos às estruturas asfálticas das rodovias e também aos veículos que nelas trafegam, aumentando os riscos de acidentes.

Por se tratar de questão de relevante interesse coletivo, cuja medida visa resguardar o patrimônio público da deterioração precoce de rodovias federais, bem como garantir a segurança e a integridade física da população que trafega no local, torna-se imperioso que se tomem as cautelas necessárias.

Cumpra observar, ademais, que as constatações de infração de trânsito por excesso de peso, imputadas à Agravante, não decorreram apenas em função da aferição com base na metragem especificada em notas fiscais. É o que se pode constatar nos boletins de ocorrências policiais emitidos pela Polícia Rodoviária Federal (fls. 37-41).

No tocante à aplicação da pena pecuniária fixada pelo Juiz de 1º grau, em caso de descumprimento da decisão, importa ressaltar que o citado ato decisório apenas será aplicável se a Agravante inadimplir à obrigação de não fazer.

No ponto, não há, ainda, plausibilidade jurídica na tese de que a Agravante ficaria sujeita a duas penalidades pelo mesmo fato, uma vez que seus fatos geradores são distintos, pois uma decorreria da infração de trânsito por excesso de peso e outra, seria oriunda de desobediência de ordem judicial.

Importa ressaltar que, para não incorrer em nenhum tipo de penalidade, basta que a Agravante, no exercício de suas atividades comerciais, observe atentamente os limites legais que lhe são impostos, guardando fiel observância às leis de trânsito, sendo certo que preservar o patrimônio público e prezar pela segurança nas rodovias, é, sobretudo, uma obrigação a todos imposta.

Por outro lado, não vislumbro, na espécie dos autos, a possibilidade de resultar da decisão agravada lesão grave e de difícil reparação, pois a Agravante não está impedida de transitar pelas rodovias federais, mas apenas de trafegar com excesso de peso.

Ante o exposto, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal.

13. Saliento que embora a medida deferida em primeira instância tenha sido denominada liminar, presente em seus fundamentos os requisitos da antecipação dos efeitos da tutela, visto amparada em *“elementos informativos e documentos constantes dos autos”* (fl. 61) – ou seja, prova inequívoca, bem como no risco de dano em razão de demora no provimento jurisdicional.

14. Contudo, ressalto que, embora tenha mantido a multa imposta em primeira instância em situação idêntica em julgados anteriores, revi meu posicionamento quando do julgamento do AI 0056520-92.2012.4.01.0000, relator para acórdão (pendente de publicação), Des. Federal Moreira Alves, de fato parece incorrer em *bis in idem* a imposição de multa na hipótese, pois a possibilidade de cominação da multa prevista na decisão ora recorrida dar-se-á caso seja descumprido seu comando judicial, que é idêntico ao já previsto em lei. Será multado judicialmente o agravante por descumprir a lei, além de ser multado administrativamente pelo mesmo descumprimento.

15. Dessa forma, não vislumbro presentes os requisitos à medida requerida, considerando ausente prova inequívoca convincente da verossimilhança das alegações, bem como o risco de dano grave e irreversível, visto que a determinação judicial de não fazer coincide com a determinação legal.

Pelo exposto, defiro, em parte, o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo, tão somente para afastar a cominação da multa judicial.

Oficie-se à MM. magistrada prolatora do *decisum* recorrido, encaminhando-lhe cópia desta decisão.

Publique-se.

Intime-se o Ministério Público Federal, facultando-lhe apresentar contraminuta no prazo legal (inciso V do art. 527 do CPC).

Brasília, 19 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Agravo de Instrumento 0001517-21.2013.4.01.0000/DF

Relator : Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (convocado)
Agravantes: Associação Nacional dos Servidores da Justiça do Trabalho – Anajustra e outros
Advogados: Dr. Pedro Anísio Sabo Mendes
Dr. Ibaneis Rocha Barros Júnior
Dr. Marlúcio Lustosa Bonfim
Dr. Arenaldo Franca Guedes Filho
Agravado: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Publicação: e-DJF1 de 19/02/2013, p. 81

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto pela Associação Nacional dos Servidores da Justiça do Trabalho – Anajustra contra decisão proferida pelo Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da Ação de Execução objetivando incorporação de quintos referentes ao exercício de funções comissionadas, deferiu pedido da União para cancelar as requisições de pagamento expedidas, ao argumento de inexistência de valor incontroverso, determinando, ainda, a suspensão da execução até o trânsito em julgado dos embargos de devedor (fl. 25).

Sustenta a agravante que: 1) a União reconheceu no mérito a inexistência de controvérsia em relação aos valores devidos, conforme constou do Parecer Técnico 10.848C/2011-DCP/PGU/AGU”, nos seguintes termos: “Diante do exposto, damos conformidade ao valor da conta apresentada pelos exequentes de fls. 69–75, no montante de R\$ 577.321,10, atualizada até abril de 2011, por expressar a realidade dos fatos, em observância aos contornos e limites da coisa transitada em julgado” (fl. 4); 2) apesar de devidamente intimada da decisão que determinou a expedição das requisições de pagamento, a União ficou-se inerte vindo a manifestar-se somente após a referida expedição para requerer a suspensão com os mesmos argumentos colacionados nos embargos opostos (fl. 5); 3) houve preclusão do “direito da União de se irredimir contra a ordem de expedição do precatório” (fl. 6); 4) “admitir a permanência da aludida decisão agravada, seria deixar ao alvedrio exclusivo do devedor a suspensão da cobrança do crédito, em contrariedade ao que dispõe o art. 739-A, § 3º, do CPC: basta, para tanto, reiterar preliminares, mesmo que já tenham sido afastadas pelo próprio magistrado, como no presente caso” (fl. 8); 5) “os valores cobrados pelos credores tornaram-se incontrovertidos após oposição dos embargos do devedor, consoante expressamente declarado pela própria União no parecer técnico integrante daquela peça inaugural” (fl. 8); 5) “as alegações da agravada, repisadas em seus embargos, não constituem novidade para esse eg. Tribunal, que já as rechaçou em diversos outros casos em que filiados da Anajustra executaram a parte que lhes cabia em virtude da mesma decisão proferida naquele processo nº 2004.34.00.048565-0” (fl.11); 6) “as preliminares de ilegitimidade ativa; de afronta ao princípio do juiz natural; e de cerceamento de defesa, arguidas pela agravada nos embargos opostos, foram afastadas por este Regional em casos idênticos” (fl. 11); 7) “em recente decisão datada do dia 25/07/2012 e publicada em 31/07/2012, em caso idêntico, o Tribunal negou seguimento a agravo de instrumento da União, onde visava suspender as requisições de pagamento derivados da mesma execução, sob os mesmos argumentos processuais deduzidos no presente caso” - AI 0054617-90.2010.4.01.0000/DF e AI 0057397-37.2009.4.01.0000/DF (fl. 12).

Ao final requer a concessão da “tutela antecipada recursal pleiteada, determinando, *in continenti*, a manutenção dos requisitórios de pagamento já expedidos, suspendendo os efeitos da decisão hostilizada, oficiando a Corej da presente decisão” (fl. 21).

É o relatório.

Decido

A jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, é no sentido da possibilidade de expedição de precatório referente a valor incontroverso, ainda que pendentes de julgamento os embargos do devedor (art. 739 - A, § 3º, do CPC).

No caso, o Juízo *a quo* determinou o cancelamento das requisições de pagamento expedidas, acolhendo preliminares de ordem processual, deduzidas pela União nos embargos à execução, bem como ante a alegação de que os valores não são incontroversos (fls. 25 e 188).

A agravante alega que a decisão agravada afronta o art. 739-A, § 3º do CPC, pois a oposição de embargos de devedor não pode comprometer o regular andamento da execução, mormente porque as questões processuais argüidas foram afastadas tanto na primeira quanto na segunda instância.

Com efeito, a jurisprudência deste Tribunal Regional Federal já enfrentou as preliminares de ilegitimidade ativa, de afronta ao princípio do juiz natural e de cerceamento de defesa, consoante se verifica dos seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSOCIAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL DA CATER. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO INDIVIDUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES DA CATEGORIA. JULGAMENTO POR JUÍZES FEDERAIS CONVOCADOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. A jurisprudência pacífica do Colendo STJ e do Excelso STF já se posicionou no sentido de que os sindicatos/entidades de classe possuem ampla legitimidade ativa na defesa dos interesses individuais e coletivos da categoria, e não apenas de seus filiados, seja na fase de conhecimento ou na de execução, sendo desnecessária a relação nominal dos filiados e de autorização dos servidores substituídos.

2. A participação de Juízes Convocados nas sessões de julgamento não implica ofensa ao princípio constitucional do juiz natural. Precedentes do STF.

3. Inexistência de cerceamento de defesa se houve intimação da União para se manifestar sobre a documentação acostada aos autos, oportunidade em que teve vista dos autos.

4. Agravo de instrumento não provido.

(TRF/1ª Região. AG 0044398-52.2009.4.01.0000/DF, Rel. Desembargadora Federal Mônica Sifuentes, 2ª Turma, E-DJF1 de 16/01/2012, p.72)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ASSOCIAÇÃO. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência pacífica do Colendo STJ e do Excelso STF já se posicionou no sentido de que os sindicatos/entidades de classe possuem ampla legitimidade ativa na defesa dos interesses individuais e coletivos da categoria, seja na fase de conhecimento ou na de execução, sendo desnecessária a autorização dos servidores substituídos.

2. Decisão monocrática em consonância com a jurisprudência dos Tribunais Superiores e desta Corte.

3. Agravo regimental não provido.

(TRF/1ª Região. AGA 0048574-74.2009.4.01.0000/DF, Rel. Desembargadora Federal Monica Sifuentes, 2ª Turma, E-DJF1 de 20/03/2012, p.98)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ASSOCIAÇÃO. LEGITIMIDADE PARA A EXECUÇÃO. PRECEDENTES. LIMITAÇÃO TERRITORIAL DOS EFEITOS DA SENTENÇA. ART. 2º-A DA LEI 9.494/97. AÇÃO AJUIZADA NO DISTRITO FEDERAL. INAPLICABILIDADE. JUÍZES CONVOCADOS. PARTICIPAÇÃO MAJORITÁRIA EM JULGAMENTO COLEGIADO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. LIQUIDAÇÃO POR ARTIGO. DESNECESSIDADE DE ALEGAR E PROVAR FATO NOVO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do colendo STJ tem se posicionado no sentido de que as associações de classe possuem legitimidade ativa na defesa dos interesses individuais homogêneos de seus associados, seja na fase de conhecimento ou na de execução.

2. É pacífico o entendimento deste Tribunal no sentido de que a limitação territorial dos efeitos da sentença, prevista no art. 2º-A da Lei 9.494/97, não se aplica às ações ajuizadas no Distrito Federal.

3. A jurisprudência atual do STF e do STJ é no sentido de que a participação de juízes convocados nas sessões de julgamento, ainda que majoritariamente, não implica ofensa ao princípio do juiz natural.

4. Revela-se indevida a adoção do procedimento de liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, não houver necessidade de alegar e provar fato novo.

5. Agravo de instrumento não provido.

(TRF/1ª Região. Ag 0038920-63.2009.4.01.0000/DF, Rel. Desembargadora Federal Monica Sifuentes, 2ª Turma, E-DJF1 de 09/02/2012, p.150)

Admite-se antecipação dos efeitos da tutela quando houver prova inequívoca e verossimilhança na alegação, bem como, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e, quanto à tutela recursal, com fundamento nos arts. 527, II e 558, do CPC, a sua concessão condiciona-se à possibilidade de lesão grave e de difícil reparação decorrente da execução da decisão agravada.

Logo, neste juízo primeiro e precário de cognição sumária, vislumbro relevância no fundamento do agravo, pois uma vez preenchidos os requisitos do art. 739-A, §3º, do CPC e determinada a expedição do precatório, não se afigura juridicamente plausível o cancelamento das requisições de pagamento, considerando tão somente a argumentação deduzida em sede de embargos de devedor.

Ante o exposto, presentes os requisitos exigidos em lei, *Defiro* o pedido de *antecipação da tutela recursal* para suspendendo os efeitos da decisão impugnada, determinar a manutenção dos requisitos de pagamento já expedidos.

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta.

Dê-se ciência da decisão ao Juízo agravado, bem com à Corej.

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

Brasília, 6 de fevereiro de 2013.

Juiz Federal *Murilo Fernandes de Almeida*, relator convocado.

Agravo de Instrumento 0061444-20.2010.4.01.0000/RO

Relator : Desembargador Federal Reynaldo Fonseca
Agravante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Agravado: Indústria e Comércio de Madeiras Colorado
Publicação: e-DJF1 de 11/01/2013, p. 986

Decisão

1) Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda Nacional impugnando decisão que

[...] invocando equivocadamente o art. 28 da LEF, determinou o arquivamento, com baixa na distribuição, dos demais feitos em trâmite naquele juízo que detenham identidade de partes (ativa e passiva), mantendo ativo apenas o mais antigo deles, para execução unificada.

Sustenta a parte agravante que

Correta interpretação ao artigo 28 da Lei de Execuções Fiscais: apensamento de processos contra mesmo devedor subordinado ao requerimento das partes e por conveniência da unidade da garantia A questão posta versa sobre a possibilidade conferida pelo artigo 28 da Lei de Execuções Fiscais, de o Juiz, atendendo a pedido da parte, determinar a reunião de feitos executivos em que figure como parte passiva o mesmo devedor. In verbis: Art. 28. O Juiz, a requerimento das partes, poderá por conveniência da unidade da garantia da execução, ordenar a reunião de processos contra o mesmo devedor.

Alega que

[...] o mencionado dispositivo autoriza a reunião de vários processos que tramitem numa única marcha para possibilitar o atendimento à busca da celeridade na entrega da prestação jurisdicional. De modo que a execução se processe de modo menos gravoso para o devedor e maior efetividade na satisfação do crédito do credor. Porém, o douto magistrado a quo incorreu no insustentável erro de dar interpretação diversa ao artigo mencionado, promovendo o arquivamento dos feitos supostamente correlatos. É evidente que "reunião" de feitos, corresponde a "apensamento" deles, não se cogitando em hipótese alguma em arquivamento de qualquer um dos processos, conforme muito bem versado nos julgamentos de nossos Tribunais.

Outrossim, diz que "sequer foi dada vista à exequente nos autos arquivados para o manejo dos recursos processuais que o caso reclama, sendo que o feito executivo fora de pronto remetido ao arquivo judicial, com baixa definitiva na distribuição. [...]".

Por fim, argumenta que

[...] conclui-se ter ocorrido equívoco por parte do douto juízo a quo na interpretação dada ao art. 28 da LEF. Ademais, o art. 794 do CPC que trata das hipóteses de arquivamento do processo de execução, não possui nenhuma hipótese que se assemelhe ao presente caso, evidente por tanto o desacerto da decisão guerreada. Desprovida de qualquer amparo jurídico/processual a medida adota pelo Juízo a quo, devendo ser de pronto cassada, de modo a restaurar os autos à situação anterior, com o desarquivamento daqueles que foram indevidamente arquivados. [...].

2) Prescreve o art. 28 da LEF, verbis:

Art. 28 - O juiz, a requerimento da s partes, poderá por conveniência da unidade da garantia da execução, ordenar a reunião de processos contra o mesmo devedor.

Parágrafo Único – Na hipótese deste artigo, os processos serão redistribuídos ao juízo da primeira distribuição

Vê-se, pois, que a lei permite o *apensamento* de processos movidos em face de um mesmo devedor, mediante requerimento. Sendo certo, pois, que há casos em que, embora a determinação tenha ocorrido de ofício, há anuência da parte exequente.

Indubitável que a reunião de processos executivos (conhecida na linguagem forense como apensamento) objetiva agilizar e racionalizar a prática de atos processuais a fim de que a prestação jurisdicional seja entregue com maior rapidez.

Sobre a questão, confira-se o seguinte aresto:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO PARA BLOQUEIO DE VEÍCULO. POSSIBILIDADE. APENSAMENTO DE EXECUÇÕES FISCAIS. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E CONVENIÊNCIA DA MEDIDA. ART. 28 DA LEI N.º 6.830/80.

1. Em se tratando de execução fiscal e das dificuldades para a satisfação do crédito tributário, demonstra-se possível a expedição de ofício ao DETRAN, com ordem de bloqueio de veículo automotor, medida que encontra amparo no art. 11, VI da Lei das Execuções Fiscais.

2. O *apensamento* é medida processual que tem como objetivo precípuo atender a conveniência da unidade da garantia da execução (art. 28 da Lei n.º 6.830/1980).

3. Para que seja possível a reunião de processos contra o mesmo devedor, devem ser atendidos determinados pressupostos, tais como: a) *identidade de partes em todos os processos reunidos*; b) *cumulação de penhoras sobre o mesmo bem*; c) *processos em curso na mesma comarca, perante juízes com a mesma competência territorial*; d) *que as ações se encontrem em estágio procedimental compatível com a providência*.

4. Embora a reunião dos autos dos executivos fiscais ajuizados em face do mesmo devedor seja uma faculdade outorgada ao juiz, não possuindo caráter cogente, o apensamento, desde que atendidos os referidos pressupostos, é medida que atende a vários princípios processuais, como o da economia processual, da celeridade, da execução pelo modo menos gravoso (art. 620 do CPC), entre outros.

5. Verificada a conveniência do apensamento pleiteado e a presença dos pressupostos para a reunião dos processos, deve o processamento dos feitos ocorrer perante a 1ª Vara da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste.

6. Precedente: TRF3, 6ª Turma, AG n.º 90030022313, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, j. 19.03.2003, DJU 11.04.2003, p. 445.

7. Agravo de instrumento provido.

(AI 00717945720034030000 AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 193523 Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador SEXTA TURMA Fonte DJU DATA:14/05/2004 ..FONTE_ REPUBLICACAO)

Com efeito, a jurisprudência é uníssona no sentido de que *“A reunião de autos de execução fiscal, em se tratando de mesmo credor e mesmo devedor, se mostra de todo conveniente e atende a princípios processuais, como o da economia, da celeridade, da execução pelo meio menos gravoso, entre outros”* (in AI1998.04.01.077553-8/RS, TRF da 4ª Região).

E mais: *“[...] levando ao entendimento de que ‘a unidade de garantia da execução’ não traduz propriamente a necessidade da existência de uma única penhora para todos os processos, mas a unificação de todas as garantias sob o controle de um mesmo juízo”* (in STJ, REsp 422395/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, RSTJ 167/192).

Ademais, ressalto que tal determinação não acarreta nenhum prejuízo ao direito de defesa.

Neste ponto, afigura-se própria a lição dos ilustres juristas Ricardo Cunha Chimenti *et al.*:

A reunião de vários processos para que tramitem numa única marcha permite dar atendimento à busca da celeridade na entrega da prestação jurisdicional, ideal que deveria atender tanto aos interesses da exequente como do executado, [...] (Lei de Execução Fiscal, comentada e anotada: Lei 6.830, de 22/09/1980, 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008).

No mesmo diapasão:

PROCESSUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU A REUNIÃO DE TODAS AS EXECUÇÕES FISCAIS, REFERENTES À COBRANÇA DE ICMS, AJUIZADAS CONTRA A AGRAVANTE. OFENSA AO ART. 28 DA LEI N.º 6.830/80-LEF. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

- Embargos que versam fatos semelhantes e se montam em fundamentos idênticos, por serem conexos, devem ser reunidos, levando com eles as respectivas execuções. Tal reunião em nada ofende o Art. 28 da Lei 6.830/80.

- Aplicação teleológica do contido no dispositivo legal, levando ao entendimento de que “a unidade de garantia da execução”, não traduz propriamente a necessidade da existência de uma única penhora para todos os processos, mas a unificação de todas as garantias sob o controle de um mesmo Juízo.

- Recurso especial improvido.

(STJ, RESP 422395/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, RSTJ 167/192).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL EM VARA ESTADUAL - EF APENSADA - EXECUTADA CITADA - EXTINÇÃO DO FEITO PORQUE OS ATOS PROCESSUAIS SERÃO REALIZADOS NA EF MAIS ANTIGA - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DA MEDIDA - ERRO PROCEDIMENTAL - APELAÇÃO PROVIDA.

1. A reunião de EFs numa mesma vara e/ou o apensamento de várias EFs - contra uma mesma parte - é admitida pela lei como forma de otimizar a cobrança, evitando-se a duplicidade de atos processuais, assim mesmo se na mesma fase processual e implementados os atos necessários pertinentes (p. ex. citação, penhora etc), tudo nos termos do art. 28 da LEF.

2. Em EFs apensadas, a realização dos atos processuais na EF mais antiga não se traduz em “remissão” do crédito cobrado nas EFs mais recentes, até porque somente a lei pode instituir o perdão de créditos tributários.

3. Apelação provida.

4. Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 6 de março de 2012., para publicação do acórdão.

(AC 0057188-48.2011.4.01.9199/GO, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p.759 de 16/03/2012).

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REUNIÃO DE PROCESSOS. FACULDADE DO JUIZ.

1. A reunião dos processos executivos fiscais contra o mesmo devedor, disposta no art. 28 da Lei 6.830/80, não é um dever, mas uma faculdade conferida ao juiz, em juízo de conveniência, a fim de preservar a unidade da garantia da execução. Precedentes.

[...].

(STJ, REsp 1125670/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, T2, ac. un., DJe 17/08/2010).

3) Pois bem.

O MM. Juiz de 1º Grau assim determinou:

[...] determino que todos os atos processuais, relevantes, praticados nos demais autos, tais como cópias da petição inicial, CDA, despacho inicial, atos citatórios (pessoa jurídica (CNPJ) e seu responsável (CPF), penhoras e avaliações, sejam transladados para estes autos, onde se encontra a determinação de reunião do processo.

Transladadas as principais peças aos autos pertinentes, arquivem-se os demais feitos, com baixa na distribuição, facilitando às partes o seu desarquivamento futuro para outros requerimentos. Cientifique-se a exequente.

[...]

Ora, cf. restou amplamente discutido acima, a lei possibilita a reunião de feitos, por apensamento. A propósito:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL EM VARA ESTADUAL - EF APENSADA - EXECUTADA CITADA - EXTINÇÃO DO FEITO PORQUE OS ATOS PROCESSUAIS SERÃO REALIZADOS NA EF MAIS ANTIGA - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DA MEDIDA - ERRO PROCEDIMENTAL - APELAÇÃO PROVIDA. 1. A reunião de EFs numa mesma vara e/ou o apensamento de várias EFs - contra uma mesma parte - é admitida pela lei como forma de otimizar a cobrança, evitando-se a duplicidade de atos processuais, assim mesmo se na mesma fase processual e implementados os atos necessários pertinentes (p. ex. citação, penhora etc), tudo nos termos do art. 28 da LEF. 2. Em EFs apensadas, a realização dos atos processuais na EF mais antiga não se traduz em “remissão” do crédito cobrado nas EFs mais recentes, até porque somente a lei pode instituir o perdão de créditos tributários. 3. Apelação provida. 4. Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 6 de março de 2012., para publicação do acórdão.

(AC 0057188-48.2011.4.01.9199 / GO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.759 de 16/03/2012).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL EM VARA ESTADUAL -- EXECUTADAS CITADAS - EXTINÇÃO DO FEITO PARA INCLUSÃO DE SUA CDA EM ÚNICO PROCESSO EXECUTIVO - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DA MEDIDA - ERRO PROCEDIMENTAL - APELAÇÃO PROVIDA. 1. A reunião de EFs numa mesma vara e/ou o apensamento de várias EFs - contra uma mesma parte - é admitida pela lei como forma de otimizar a cobrança, evitando-se a duplicidade de atos processuais, assim mesmo se na mesma fase processual e implementados os atos necessários pertinentes (p. ex. citação, penhora etc), tudo nos termos do art. 28 da LEF . 2. *A extinção da EF para que a CDA cobrada seja reunida a outras contra o mesmo devedor é coisa outra e não prevista em lei, extrapolando o comando normativo, tanto mais que impacta em fatos e prazos relevantes e pode comprometer a defesa do devedor.* 3. Apelação provida. 4. Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 6 de março de 2012., para publicação do acórdão.

(AC 0016808-80.2011.4.01.9199 / RO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.755 de 16/03/2012)

4) Assim sendo, *dou provimento* ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, CPC c/c o art. 29, RI/TRF 1ª Região.

Int. Dil. Legais.

Brasília, 3 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*, relator.

Agravo de Instrumento 0005520-19.2013.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)
 Agravante: Aner – Associação Nacional dos Especialistas em Regulação
 Advogados: Dr. Guilherme Pereira Dolabella Bicalho
 Dr. Gabriel Abbad Silveira
 Dr. Edvaldo Costa Barreto Júnior
 Dr. Adamir de Amorim Fiel
 Dr. Ivan Pereira Prado
 Dr. Sandro Moraes da Silva
 Agravado: Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel
 Publicação: e-DJF1 de 19/02/2013, p. 90

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Associação Nacional dos Servidores Efetivos das Agências Reguladoras Federais – Aner, contra decisão proferida pelo MM. juiz federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, em sede ação de rito ordinário, indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela, para fins de restabelecimento do auxílio-transporte dos substituídos nos moldes do art. 6º da Medida Provisória 2.165-36/2001, afastando as restrições contidas na Orientação Normativa 4 do MPOG.

Relata que os associados da parte autora são servidores públicos federais lotados na Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, e até o ano de 2011 eles vinham recebendo regularmente o Auxílio Transporte previsto no art. 1º da Medida Provisória 2.165-36/2001, com objetivo de suprir parte dos seus custos com o deslocamento das suas respectivas residências para o trabalho. Que a agravada, embasada na Orientação Normativa 4/2011 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), determinou a suspensão do pagamento da aludida parcela aos servidores que se utilizassem de veículo próprio, ônibus *fretado* ou outros meios de locomoção não previstos no citado ato normativo para chegar ao local onde laboram.

Sustenta a agravante, em síntese, que está equivocada decisão agravada, visto que o magistrado *a quo* entendeu que o pedido de antecipação dos efeitos da tutela encontra óbice no art. 7º, §§2º e 5º, da Lei 12.016/2009, que veda a concessão de liminar contra a Fazenda Pública nos casos de “concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”.

Assevera que, no caso em apreço, não há que se falar em incidência das normas encartadas no art. 100, §§1º, 3º e 5º, da CF/1988, na Lei 8.437/1992, na Lei 9.494/1997 e na Lei 12.016/2009, porque o que se pretende é apenas restabelecer uma situação pretérita, e não ensejar o surgimento de uma nova, de forma que não há nenhum óbice legal no ordenamento jurídico pátrio para o deferimento da tutela de urgência contra a Fazenda Pública.

Por fim, aduz que se faz presente a plausibilidade do direito invocado, para fins de concessão da tutela antecipatória, porquanto “não é razoável que os servidores substituídos tenham de aguardar o desfecho da demanda para que usufruam de vantagem que lhes é assegurada pelo nosso ordenamento jurídico (art. 5º, incisos XXXV, LIV e LXXVIII, da CF/1988), mormente considerando-se o caráter alimentar da verba em questão.”

É o relatório. Decido.

De plano, cumpre observar que, consoante o disposto no art. 273 do Código de Processo Civil, a antecipação de tutela será concedida, a requerimento da parte, desde que exista prova inequívoca e o juiz se convença da verossimilhança da alegação.

Ressalto que

[...] tratando-se de questão de natureza alimentar, há sempre um dano irreparável para aquele que vive de salários. O entendimento de que não pode haver antecipação de tutela contra a Fazenda Pública está ultrapassado, pois fere os comezinhos princípios de direito, o direito que todos têm de um tratamento igualitário. Inclusive o Supremo Tribunal Federal entende que, em questões previdenciárias, não se aplica o que foi decidido na ADC 4 (cf. Reclamações 1.157, 1.022 e 1.104, ajuizadas pelo INSS). (AG 2003.01.00.009456-0/MG, rel. Des. Federal Tourinho Neto, Segunda Turma, DJ p. 12 de 13/11/2003).

A jurisprudência admite a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, em casos excepcionais, desde que, não trate o objeto de concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores, adição de vencimentos ou reclassificação funcional, situações essas, veja-se, inócenas na espécie, porquanto se busca, no caso em apreço, o restabelecimento de um benefício denominado auxílio-transporte fixado em lei, cujo pagamento foi suspenso em razão de restrições impostas por norma regulamentadora (Orientação Normativa 4/MPOG).

Superada a questão atinente à fundamentação da decisão agravada, passo a análise dos requisitos ensejadores da concessão da tutela antecipatória, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil.

De início, verifico que o auxílio transporte instituído pela MP 2.165-36/2001 é um direito que assiste aos servidores substituídos da agravante. Contudo, em vista das exigências instituídas pela Orientação Normativa 4 do MPOG, de 8 de abril de 2011, a concessão do benefício passou a ser aplicada exclusivamente aos casos em que a localidade de residência do servidor não seja atendida por meios convencionais de transporte ou quando o transporte seletivo for comprovadamente menos oneroso para a Administração e mediante a apresentação dos bilhetes de transporte utilizado pelos servidores.

Oportuno registrar que a controvérsia relativa às restrições impostas para fins de concessão de auxílio-transporte a servidores é matéria já conhecida no STJ e também nesta Corte, tendo sido pacificado o seguinte entendimento jurisprudencial:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AGENTE PÚBLICO. INDENIZAÇÃO DE AUXÍLIO-TRANSPORTE. USO DE VEÍCULO PRÓPRIO NO DESLOCAMENTO AFETO AO SERVIÇO. CABIMENTO.

1. A recorrente pretende afastar a indenização de auxílio-transporte por uso de veículo próprio.
2. Segundo a doutrina e precedentes desta Corte o auxílio-transporte é uma vantagem pecuniária destinada, exclusivamente, à necessidade dos servidores em atividade de se locomoverem, enquanto estiverem prestando serviços afetos ao seu trabalho.
3. No presente caso, o Tribunal de origem e a decisão atacada entenderam que o uso do veículo particular para deslocamento afeto ao serviço deve ser indenizado gerou direito à indenização de auxílio-transporte, afastando a alegação de que a indenização necessita comprovar o uso de transporte coletivo.
4. Decisão mantida pelos seus próprios fundamentos.
5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGRESP 200301515100, CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:22/02/2010.)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. AUXÍLIO TRANSPORTE. MEDIDA PROVISÓRIA 2.165-36/2001. PAGAMENTO DO BENEFÍCIO MEDIANTE DECLARAÇÃO DO BENEFICIÁRIO. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO BILHETE DE PASSAGEM. ILEGALIDADE.

1. A concessão do benefício de Auxílio-Transporte, instituído pela Medida Provisória 2.165-36/2001 está condicionada apenas à declaração subscrita pelo servidor, atestando a realização das despesas. Indevida a exigência de apresentação do bilhete de passagem para comprovação das despesas.

2. Apelação e remessa oficial não providas.

(AMS 200538000337062, JUIZ FEDERAL MARK YSHIDA BRANDÃO, TRF1 - 1ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA:17/08/2011 PAGINA:136.)

Grifos deste relator

Nesse contexto, em sede de cognição sumária, verifico que as restrições impostas pela agravada, por meio da mencionada orientação normativa, são de duvidosa legalidade, porquanto impõe desarrazoada exigência tornando praticamente inexecutável o direito dos servidores de receberem o benefício do auxílio-transporte assegurado por lei.

Cumpra ressaltar, finalmente, que o deferimento da tutela antecipada, no caso em apreço, se reveste do caráter cautelar, e visa somente à preservação do alegado direito. Deste modo, caso o pedido seja julgado improcedente ao final do processo, sopesados argumentos e acervo probatório, a Administração estará habilitada à promoção dos postulados abatimentos.

Ressalto que a previsão da MP 2.165 é expressa em que o valor a ser indenizado corresponde é aquele correspondente entre a diferença das despesas realizadas com transporte coletivo e o percentual de 6% do vencimento (art. 2º), mediante declaração. Diz ainda que o valor da despesa seria, em regra, aquele constante da tabela usada para concessão do vale-transporte.

Feita essa nota, extrai-se como regra a indenização do valor ordinário, este entre o valor da tabela usada para concessão do então vale-transporte, e o percentual de 6% do vencimento do servidor, devendo efetivar comprovação para demonstrar valor maior, possível em face de peculiaridades de local e/ou horário de prestação do serviço, que possa demandar uso de transporte em condições diferenciadas (caso de uso de mais de uma linha, em razão do local ou do horário). O que não se pode é deferimento de valor superior ao critério legal em razão uso de transporte particular, seletivo ou especial. Tal se extrai das regras da medida:

Art. 2º O valor mensal do Auxílio-Transporte será apurado a partir da diferença entre as despesas realizadas com transporte coletivo, nos termos do art. 1º, e o desconto de seis por cento do:

I - soldo do militar;

II - vencimento do cargo efetivo ou emprego ocupado pelo servidor ou empregado, ainda que ocupante de cargo em comissão ou de natureza especial;

III - vencimento do cargo em comissão ou de natureza especial, quando se tratar de servidor ou empregado que não ocupe cargo efetivo ou emprego.

§ 1º Para fins do desconto, considerar-se-á como base de cálculo o valor do soldo ou vencimento proporcional a vinte e dois dias.

§ 2º O valor do Auxílio-Transporte não poderá ser inferior ao valor mensal da despesa efetivamente realizada com o transporte, nem superior àquele resultante do seu enquadramento em tabela definida na forma do disposto no art. 8º.

§ 3º Não fará jus ao Auxílio-Transporte o militar, o servidor ou empregado que realizar despesas com transporte coletivo igual ou inferior ao percentual previsto neste artigo.

Art. 6º A concessão do Auxílio-Transporte far-se-á mediante declaração firmada pelo militar, servidor ou empregado na qual ateste a realização das despesas com transporte nos termos do art. 1º.

Art. 8º A concessão do Auxílio-Transporte dar-se-á conforme o disposto em regulamento, que estabelecerá, ainda, o prazo máximo para a substituição do Vale-Transporte pelo Auxílio-Transporte em pecúnia, condicionado seu pagamento inicial à apresentação da declaração de que trata o art. 6º.

Pelo exposto, reconheço a plausibilidade do direito invocado e por entender presentes na espécie os requisitos que autorizam o deferimento da medida, nos moldes do art. 527, inciso III, segunda parte, do CPC c/c art. 29, inciso XXIII, do RITRF 1ª Região, defiro o pedido dos efeitos da tutela antecipada, para determinar a agravada que restabeleça o pagamento do auxílio-transporte aos servidores substituídos da agravante, nos moldes da Medida Provisória 2.165-36/2001, ou seja, mediante declaração para indenização ordinária e mediante comprovação para casos especiais, devidamente justificados.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 4 de fevereiro de 2013.

Juiz Federal Cleberson José Rocha, relator convocado.

Agravo de Instrumento 0007831-80.2013.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado)
Agravante: Agência Nacional de Transporte Aquaviários – Antaq
Procuradora: Dra. Ronisie Pereira Franco
Agravado: Super Terminais Comércio e Indústria Ltda.
Advogados: Dr. Benjamin Gallotti Beserra
Dr. Benjamin Caldas Gallotti Beserra
Dr. Fábio Viana Fernandes da Silveira
Dr. Bruno Guerra Neves da Cunha Frota
Dr. Rafael Freitas Machado
Publicação: e-DJF1 de 19/02/2013, p. 173

Decisão

A agravante reitera os argumentos que apresentou em suas informações ao juízo de origem no processamento do mandado de segurança em que o contribuinte impugna a demora na deliberação de seu pedido de ampliação de terminal portuário. A decisão agravada lhe assinou o prazo de quinze dias para uma deliberação sobre o pedido. A agravante, contudo, opõe que

[...] não há como ser obedecido o prazo fixado na decisão recorrida [...], haja vista a recente exoneração do Diretor relator bem como a imprescindibilidade de nova análise técnica da Superintendência de Portos para avaliar o impacto da alteração legislativa sobre o pleito da Impetrante/Agravada e manifestação do Ministro Chefe da Secretaria de Portos da Presidência da República. Sem tais respostas sobre a política pública setorial a ser seguida daqui por diante em face das disposições da Medida Provisória n. 595/2012, não há como a ANTAQ dar seguimento e manifestar-se definitivamente nos processos, sob pena de agir além e fora de suas competências legais, o que redundaria em atos administrativos nulos, o que, certamente, não atende ao direito líquido e certo da Impetrante. Além disso, as autoridades impetradas são parte ilegítima para figurar o pólo passivo da ação originária.

(cf. p. 4 e 5 deste agravo)

A agravada pediu, com sucesso, medida liminar para que fosse apreciado seu pedido protocolado em 09/09/2010 para ampliação de seu terminal privativo de uso misto, com alteração do respectivo espaço aquático, na cidade de Manaus (AM). A configuração de seu cais flutuante passaria de 300 metros para 360 metros lineares com três guindastes tipo torre. A agravada providenciou a respectiva declaração de “nada a opor” da parte da delegacia local do Serviço de Patrimônio da União (p. 72, 73 e 105).

A agravante se vale de nota técnica para explicitar a demora na tramitação do pedido:

[...] Em 25 de janeiro de 2012, foi encaminhado também Ofício n. 34/2012-SPO, solicitando documentos a empresa (fls. 1 596) A documentação foi complementada somente em 28 de agosto de 2012 (fls. 1 714 a 1 719). Cabe informar que os documentos foram entregues durante o processo de greve na ANTAQ que ocorreu no período de 16/07/2012 a 31/08/2012 Dando prosseguimento a análise da documentação, após esse período de greve, em que houve acúmulo de processos nesta GTP, foi exarada a NOTA TÉCNICA N°51/2012/GTP/MAD/PC (fls. 1 726), de 09 de outubro de 2012, dando como atendida as exigências da Resolução n° 1 660/2010 Em prosseguimento, o Gerente da GTP mediante Despacho, de 11 de outubro de 2012, encaminhou para o Superintendente de Portos (fls. 1 741 e 1 742) e o Superintendente à Diretoria em 16 de outubro de 2012 (fls. 1 743)

(cf. p. 164)

Pela cronologia ali relatada, mesmo atendidas as diligências ao encargo da agravada em agosto de 2012, a superveniência de greve agravou o acúmulo de processos para sua deliberação.

O superintendente de portos Mário Povia manifestou em 16/10/2012 que “o processo encontra-se devidamente instruído e apto à deliberação da Diretoria Colegiada” (p. 106). Após tal manifestação, a Procuradoria Federal ali instalada concluiu pela “regular instrução do feito, o que torna possível a ampliação do terminal mediante a celebração de contrato de adesão” (p. 110). Tal parecer foi aprovado na mesma data, em 18/10/2012 (p. 111). Em

22/11/2012, voto assinado pelo Diretor-Relator Tiago Pereira Lima concluiu pela aprovação do pedido (p. 129). A data é anterior à edição da Medida Provisória 595, de 06/12/2012 (*dou-07/12/2012*).

Três dias depois, um despacho ordinatório subscrito e aprovado por um servidor titular do cargo de especialista em regulação resolveu encaminhar os autos ao superintendente de portos para que este considerasse e analisasse “acerca da melhor solução devida diante dos impactos advindos da publicação da Medida Provisória 595, de 6 de dezembro de 2012, que dispõe sobre a exploração direta e indireta, pela União, de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, e dá outras providências” (p. 131).

Na circunstância de fato aqui apresentada – a de ampliação mínima de terminal portuário já em operação há mais de uma década – não há qualquer lesão grave e de difícil reparação à agravante. Ressalte-se que nenhuma parecer ou nota técnica que a agravante apresenta se opôs ao mérito do pedido.

A decisão agravada definitivamente não orientou tampouco determinou que a deliberação da autoridade impetrada fosse neste ou naquele sentido; assinou prazo suficientemente previsto na legislação geral sobre o processo administrativo para que a Administração se pronunciasse acerca de um pedido que estava em trâmite havia pelo menos trinta meses ao tempo da impetração. Os percalços internos da administração (greve, substituição de relator em decorrência de suspeita por envolvimento em atos de corrupção recentemente noticiados quanto à venda de pareceres jurídicos para subsidiar autorizações de instalações portuárias) não representam óbices à verossimilhança do direito do contribuinte em ver apreciado, em tempo e modo razoável, um pedido de simples ampliação de 20% da área de suas instalações portuárias. A dúvida que a burocracia interna opôs à continuidade do processamento do pedido frente ao advento da MP-595 até pode ser considerada como razão de indeferimento, mas não é justificativa para a recusa ao cumprimento de ordem judicial. O inadmissível é o retardamento em razão de um alegado vácuo de gestão e de atribuições administrativas diante da provisoriedade da vigência de legislação como desafio aos fundamentos em que a decisão agravada se pautou, no caso, a razoável duração do processo administrativo e o perigo de demora em favor do impetrante, cuja urgência na execução das obras de ampliação e atualidade dos estudos apresentados está em razão direta com o calendário de cheias e vazantes dos rios amazônicos.

Porque manifestamente infundado, Nego seguimento a este agravo (art. 557, *caput*, do CPC).

Comunicarei por *e-mail* ao juízo de origem ainda nesta data.

Publicar.

Brasília, 14 de fevereiro de 2013.

Juiz Federal *Marcelo Dolzany da Costa*, relator convocado.

Agravo de Instrumento 0007206-46.2013.4.01.0000/BA

Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado)
 Agravante: Worktime Assessoria Empresarial Ltda.
 Advogados: Dr. Elias Mubarak Júnior
 Dra. Lívia de Senne Badaro Mubarak
 Dra. Camila Nucci de Oliveira
 Dr. Marcus de Sousa Oliveira
 Dra. Jacqueline Petronilha Sabino Pereira
 Agravado: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras
 Publicação: *e-DJF1* de 15/02/2013, p. 332

Decisão

A agravante se insurge contra decisão do juízo de origem que lhe denegou ordem liminar de segurança para contratar com a sociedade de economia mista Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, mesmo tendo sido revogada a licitação de que saíra vencedora.

A agravante, empresa sob regime de recuperação judicial e já contratada da parte agravada durante três anos para os mesmos serviços, narra que, após longa batalha judicial durante o procedimento licitatório, saiu-se vencedora tanto na fase de habilitação – com o afastamento da oponibilidade de sua situação de recuperação judicial como requisito de idoneidade financeira e fiscal – quanto na classificação de proposta, esta adjudicada por apresentar o menor preço exequível. Entretanto, após a adjudicação, o pregoeiro lhe exigiu certidões de regularidade fiscal e trabalhista. Contra essa exigência, a agravante voltou às barras do Judiciário para obter, na Vara de Recuperação Judicial de Salvador (BA), a provisão cautelar que a dispensou da apresentação de tais certidões. Mesmo após o acolhimento judicial dessa dispensa, a agravada, em vez de finalizar a nova contratação, optou por prorrogar a vigência do contrato em vias de extinção, inicialmente por 60 e mais tarde por 30 dias. Com data de expiração de prorrogação fixada para o último dia 30 de janeiro, a agravante, na expectativa de assinatura do contrato, se diz surpreendida com mensagem eletrônica em que a Comissão de Licitação lhe comunica o cancelamento do procedimento licitatório em decorrência de “modificações na estratégia da execução dos serviços, que serão divididos em dois lotes, a saber: Lote 1, para atendimento ao Centro de Operações Financeiras – Cofip, em Salvador – BA, e Lote 2, para atendimento às demais unidades da Petrobras nos Estados do Norte e Nordeste, exceto Amazonas, objetivando melhor fiscalização e acompanhamento dos citados serviços”. Ainda assim, alega a agravante, “tem notícia de que a Petrobras contratou de forma emergencial outra empresa para prestação do mesmo serviço objeto da licitação revogada, o que se mostra contraditório com a revogação”.

Em pedido de antecipação de tutela recursal, a agravante invoca doutrina e precedente do Tribunal de Contas da União quanto à necessidade de comprovação do “fato superveniente” e a obediência ao prévio contraditório a que alude o art. 49 da Lei 8.666/1993 em caso de revogação da licitação. Sobre a urgência, sublinha que “a maior parte de seu faturamento decorre dos contratos firmados com a Petrobras, sendo imprescindível para a sua recuperação e reestruturação, não só a manutenção dos contratos já firmados, mas também a formalização de novos contratos, a fim de que mantenha as atividades e possa superar a situação de crise que atravessa”. Assim sendo, uma decisão judicial tardia lhe seria inócua, pois a Petrobras já poderá ter até realizado novo procedimento licitatório.

Examino o pedido de tutela recursal.

As razões que a agravada teve como cabíveis à revogação do procedimento licitatório foram assim deduzidas na Circular 17, que se encontra à fl. 161 de 389:

Prezados senhores:

Por razões de conveniência administrativa, nos termos do item 6.28 do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, aprovado pelo Decreto 2.745/98, e do item 5.3. do Convite RNNE n. 1108235.12.8, estamos cancelando o Processo Licitatório. Essa decisão decorre de modificações na estratégia de execução dos serviços, que serão divididos em dois lotes, a saber: Lote 1, para atendimento ao Centro de Operações Financeiras – COFIP, em Salvador-BA, e Lote 2, para atendimento às demais Unidades da Petrobras nos Estados do Norte e Nordeste, exceto Amazonas, objetivando melhor fiscalização e acompanhamento dos citados serviços.

Solicitamos a confirmação do recebimento desta Circular na Sala de Colaboração da Oportunidade 700862915.

Atenciosamente,

Comissão de Licitação

As razões ali apontadas para a revogação foram as “modificações na estratégia de execução dos serviços”. Segundo os termos da Carta Convite RNNE 1108235.12.8 que deu início àquele procedimento licitatório, o objeto era a “prestação de serviços suplementares de apoio a gestão empresarial para as Unidades da Petrobras nos Estados do Norte e Nordeste, exceto Amazonas, pelo prazo de 1.095 (mil e noventa e cinco) dias corridos”. O certame foi deflagrado no primeiro trimestre de 2012, estando em curso contrato celebrado com a agravante e que findaria naquele exercício. Ocorre que a agravante veio a questionar judicialmente sua exclusão ainda na fase de habilitação de documentação ante a recusa do pregoeiro em reconhecer-lhe idoneidade financeira em razão de ter-se submetido a processo de recuperação judicial. Vencida, por determinação judicial, tal recusa, sobreveio a proclamação da agravante como vencedora. Diante de nova recusa por falta de exibição de certidão de regularidade fiscal e trabalhista, nova decisão judicial lhe supriu a exibição daquela documentação.

A autoridade impetrada, como transcrito, justificou o cancelamento – que equivale a autêntica revogação, independente da nomenclatura jurídica que se lhe empreste – por motivos de “conveniência”, que não se confunde

com o “fato superveniente” de que se ocupou o legislador na restritíssima hipótese do art. 49 da Lei 8.666/1993, como abaixo se lê:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Esta Corte já vislumbrou como fato superveniente aquele decorrente do chamado “interesse público” (AC 2000.01.00.061414-8/PA, Moacir F. Ramos, 6ª T, *e-DJF1-27/08/2007*, p. 94) e também na hipótese de revogação do edital na inexistência de licitantes com propostas classificadas (AC 2002.34.00.018762-8/DF, Alexandre Laranjeira, 5ª T, *e-DJF1-09/07/2010*, p. 134). Também recentemente já censurou, por outro lado, a impropriedade da alegação de “fato superveniente” quando a autoridade licitante em verdade tem o nítido “objetivo de fugir ao devido processo legal e ao controle judicial” (MCI 0070586-77.2012.4.01.0000/DF, João Batista Moreira, 5ª T, *e-DJF1 12/12/2012*, p. 45).

Tem-se aqui interpretado o “fato superveniente” como sendo aquele de “interesse público superveniente”, na linha do que se colhe da ementa deste precedente do Superior Tribunal de Justiça:

A licitação, como qualquer outro procedimento administrativo, é suscetível de anulação, em caso de ilegalidade, e revogação, por conveniência e oportunidade, nos termos do art. 49 da Lei 8.666/93 e das Súmulas 346 e 473/STF. Mesmo após a homologação ou a adjudicação da licitação, a Administração Pública está autorizada a anular o procedimento licitatório, verificada a ocorrência de alguma ilegalidade, e a revogá-lo, no âmbito de seu poder discricionário, por razões de interesse público superveniente. Nesse sentido: MS 12.047/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 16.4.2007; RMS 1.717/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 14.12.1992.

(STJ: RMS-28927/RS, 1ª T., Denise Arruda, 17/12/2009, *DJE-02/02/2010*)

Em outra oportunidade, na contratação de projeto ambiental com custeio de captação obtido junto pelo Governo Brasileiro junto ao Banco Mundial, o mesmo Superior Tribunal de Justiça assim viu caracterizado o tal “fato superveniente” da Administração:

[...]

In casu, diante da ocorrência dos fatos supervenientes apontados pela autoridade impetrada, que tenham modificado a necessidade de contratação da empresa gestora, a revogação mostra-se devidamente motivada.

A ausência de recursos orçamentários suficientes e a necessidade de melhor aproveitamento dos escassos recursos disponíveis, porque reduzidos, são fatos supervenientes inviabilizadores da contratação da empresa de gerenciamento. Com efeito, “a inexistência de reserva orçamentária é mais que um motivo justo para revogar-se a licitação (Lei 8.666/1993). Nela se traduz um impedimento ao avanço do procedimento” (MS n. 4482/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 21/10/1996).

Os custos previstos na Fase I do Programa Pantanal para distribuição à empresa de gestão eram de US\$ 5.700.000,00 (cinco milhões e setecentos mil dólares) (fl. 82), razão pela qual não estava o Governo Brasileiro obrigado a contratar a impetrante, em conformidade com o que dispõe a Cláusula 4.13 das Disposições Especiais do Contrato de Empréstimo n. 1.290/OC-BR firmado com o BID.

A revogação da licitação em exame fundamenta-se, também, na demonstração, após o início do Programa Pantanal, de que a própria Administração estava apta a realizar parte do projeto, possibilitando uma melhor gestão dos recursos, em atendimento aos princípios da eficiência e economicidade. (MS 8844/DF, 1ª S., Franciulli Neto, 23/4/2003, *DJ-04/08/2003*, p. 211)

No caso concreto, a autoridade impetrada admite em sua circular que “esta[va] cancelando o procedimento licitatório”. Como não mais se fundava em critério de legalidade, apontou razões de “conveniência administrativa”, portanto amoldável que houve revogação, e não anulação. Sobre esta, ensina Marçal Justen Filho, trata-se de

“juízo que apura a conveniência do ato relativamente ao interesse público”, pois, “no exercício de competência discricionária, a Administração desfaz seu ato anterior para reputá-lo incompatível com o interesse público. [...] Após praticado o ato, a Administração verifica que o interesse público poderia ser melhor satisfeito por outra via. Promoverá, então, o desfazimento do ato anterior” (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 9. ed., Dialética, São Paulo, 2002, p. 438).

Portanto, em análise perfunctória, a autoridade coatora sequer invoca a existência de alteração na política de custos da empresa, mas “modificações na estratégia da execução dos serviços”, os quais passariam a destacar as operações da Cofip em Salvador (BA) em relação aos serviços a prestar nas regiões Nordeste e Norte, exceto o Estado do Amazonas.

Ora, a agravante apresentou o menor preço para a execução do serviço em todas aquelas regiões, como era o objeto do procedimento licitatório. Também já vinha prestando os mesmos serviços desde 2009 e celebrou prorrogação por 90 dias para continuar a executar o mesmo objeto. Aparentemente, a lacônica fundamentação de “modificações na estratégia de execução dos serviços” não se presta, portanto, à motivação exigida como motivo à apuração do chamado “interesse público” ou “conveniência administrativa” próprios do que o legislador chamou de “fato superveniente”. O objetivo ali citado era a “melhor fiscalização e acompanhamento dos citados serviços”, e não necessariamente a racionalização e diminuição de custos e melhoria do desempenho da prestação de seus serviços.

A ser verdadeira a assertiva de que a agravada já estaria contratando outra empresa em caráter emergencial para o mesmo serviço licitado – o que é crível, dada a necessidade da continuidade dos serviços de terceirização de mão-de-obra essencial ao funcionamento da empresa em área estratégica do desenvolvimento e segurança nacional –, o propósito, portanto, parece ser mesmo o de fugir ao controle jurisdicional de seus atos.

À verossimilhança que desponta em favor da agravante representado na aparente burla ao controle judicial de seu procedimento licitatório se assoma o risco de solução de continuidade na prestação de seus serviços e no sucesso (ou malogro) do plano de recuperação judicial, dada a sua situação de contratada quase exclusiva da agravante.

Tais as considerações, concedo antecipação parcial de tutela à agravante para, conferindo efeito suspensivo ativo à decisão do juízo de origem, determinar à agravada a manutenção do contrato 0300.0054213.09.2, até a decisão final do mandado de segurança no juízo de origem, restando assim prorrogada a contratação.

Decisão proferida com fundamento no art. 527, III, do CPC.

Encaminharei email ao juízo de origem para imediato cumprimento perante a autoridade coatora e representantes legais.

Dispensar as razões do juízo de origem.

Intimar a parte agravada para contrarrazões.

Publicar.

Brasília, 8 de fevereiro de 2013.

Juiz Federal *Marcelo Dolzany da Costa*, relator convocado.

Numeração única: 0034701-69.2007.4.01.3300

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2007.33.00.707863-3/PA

Relatora p/acórdão: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Recorrido: Gilson José da Silva

Publicação: e-DJF1 de 21/01/2013, p. 297

Ementa

Seguridade Social. Benefício assistencial de amparo ao deficiente. Hipossuficiência econômica reconhecida pela turma recursal de origem. Aplicação do art. 34, § 1º, do estatuto do idoso. Impossibilidade, matéria não cogitada nas instâncias ordinárias. Composição da renda familiar. Exclusão dos irmãos maiores de idade. Recurso conhecido em parte. Na parte conhecida provido parcialmente. Acórdão anulado. Devolução à turma recursal para exame do caso concreto.

I. A questão da aplicação do art. 34, § 1º do Estatuto do idoso com intuito de exclusão de membro idoso do grupo familiar para aferição da renda *per capita* não foi ventilada no recurso inominado interposto pelo INSS, vindo a inovar com a interposição do incidente de uniformização. Aplicação da Questão de Ordem 10 da TNU que assim dispõe “*não cabe o incidente de uniformização quando a parte que o deduz apresenta tese jurídica inovadora, não ventilada nas fases anteriores do processo e sobre a qual não se pronunciou expressamente a Turma Recursal no acórdão recorrido*”.

II. Aplicação do art. 20, § 1º, da Lei 8.742/1993 antes da alteração dada pela Lei 12.435/2011, utilizando para tanto o art. 16 da Lei 8.213/1991 para conceituar o grupo familiar. Assim sendo, os irmãos maiores de 21 anos não se enquadram no grupo familiar para o cômputo da renda *per capita*. Necessário que se exclua do cômputo da renda familiar os dois irmãos do recorrido.

III. Pedido de uniformização parcialmente conhecido e, na parte conhecida, parcialmente provido.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, *conhecer* parcialmente do incidente e, na parte conhecida, *dar parcial* provimento ao pedido de uniformização interposto pelo Inss para, anulando o acórdão, devolver os autos ao juízo de origem para reexame do caso concreto excluindo os dois irmãos do autor da composição da renda familiar.

Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência de Belém/PA – 21/10/2011.

Juíza Federal Hind Ghassan Kayath, relatora p/acórdão.

Voto Vencedor*

A Exma. Sra. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath: —
Primeiramente, entendo que o presente incidente de uniformização deve ser conhecido em parte, uma vez que a questão da aplicação do art. 34, § 1º, do Estatuto

do idoso com intuito de exclusão de membro idoso do grupo familiar para aferição da renda *per capita* não foi ventilada no recurso inominado interposto pelo Inss, vindo este a inovar com a interposição do incidente de uniformização. Outrossim, o acórdão impugnado não se manifestou expressamente quanto a este tema o que atrai a aplicação da Questão de Ordem 10 da TNU, *in verbis*:

Não cabe o incidente de uniformização quando a parte que o deduz apresenta tese jurídica inovadora, não ventilada nas fases anteriores do processo e sobre a qual não se pronunciou expressamente a Turma Recursal no acórdão recorrido.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Hind Ghassan Kayath, Simone dos Santos Lemos Fernandes, Clodomir Sebastião Reis, Paulo César Alves Sodré, Leandro Saon da Conceição Bianco, Waldemar Cláudio de Carvalho, Válter Leonel Coelho Seixas, Alcioni Escobar da Costa Alvim, Guilherme Michelazzo, Renato Martins Prates e Rui Costa Gonçalves.

Assim, resta apreciar a questão da interpretação extensiva do art. 20, § 1º, da Lei 8.742/1993 (Loas) e do art. 16 da Lei 8.213/1991, a fim de computar-se a renda de componentes do núcleo familiar neles não elencados. No caso em questão, os dois irmãos do autor, maiores de 21 anos.

Cumpra ressaltar que as modificações da Loas promovidas pela Lei 12.435/2011 – em especial a nova redação do art. 20, § 1º, que alterou o conceito de grupo familiar para fins de aferição da miserabilidade – são inaplicáveis ao caso *sub examine*, pois não possuem efeito retroativo e não podem retirar do patrimônio jurídico da autora direito que detinha segundo a legislação em vigor na época do requerimento administrativo.

Perfilhando entendimento da Turma Nacional de Uniformização, considero que, na composição da renda, a noção de grupo familiar deve ser aferida conforme interpretação restrita do disposto no art. 16 da Lei 8.213/1991 e no art. 20 da Lei 8.742/1993, o que, no caso concreto, exclui do grupo familiar os irmãos maiores de 21 anos não inválidos, conforme a redação desses dispositivos em vigor da data do requerimento do benefício.

Por tudo que foi exposto, *conheço parcialmente* do incidente e, na parte conhecida, *dou parcial* provimento ao pedido de uniformização interposto pelo INSS para, anulando o acórdão, devolver os autos ao juízo de origem para reexame do caso concreto excluindo os dois irmãos do autor da composição da renda familiar.

É como voto.

Voto Vencido Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Lúcia Gomes de Souza: — Trata-se de pedido de incidente de uniformização de jurisprudência interposto pelo INSS apresentando em face de acórdão da *Turma Recursal da Bahia* que concedeu ao autor o benefício de amparo assistencial ao deficiente, por ser portador de seqüela incapacitante, de modo total e permanente, para a vida laborativa e não possuir meios de prover a sua subsistência e nem sua família, também, poder supri-la.

Sustenta o requerente que o acórdão recorrido diverge do entendimento adotado pela Turma Recursal do Distrito Federal no que diz respeito aos membros a serem considerados como pertencentes ao núcleo familiar, para fins de cômputo da renda *per capita*.

Também alega o requerente que, de modo diverso ao julgado guerreado, outro benefício assistencial ou previdenciário deve entrar no cálculo para o fim de recebimento de amparo assistencial, nos termos do art. 34 do Estatuto do Idoso. Ainda, afirma que o mencionado dispositivo legal apenas impõe que eventual benefício de amparo definido ao idoso é que não será levado em conta para cálculo da renda *per capita* no que permite a outro benefício de prestação continuada. Para fundamentar sua posição, cita como acórdãos paradigmas os julgados proferidos pela *Turma Recursal de Tocantins e pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça*.

Não foram apresentadas contrarrazões ao presente incidente de uniformização.

É o breve relatório.

Voto

A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Lúcia Gomes de Souza: —

Recurso tempestivo.

Inicialmente, admito o presente incidente de uniformização, à luz do disposto no § 1º do art. 14 da Lei 10.259/2001, no que tange às divergências demonstradas entre os julgados da Turma Recursal da Bahia e do Distrito Federal.

A respeito da divergência apontada acerca do conceito de núcleo familiar, ressalto que conforme a melhor interpretação constitucional o conceito de família, para os fins do § 1º do art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social, deve abranger os irmãos maiores que vivam sob o mesmo teto, tendo em vista ser muito comum, sobretudo nas famílias da baixa renda, o esforço conjunto de todos para a manutenção do grupo familiar.

Corroborando o raciocínio jurídico suso explicitado, a Lei 12.435/2011, com vigência a partir de 07/07/2011, alterou o conceito de núcleo familiar na forma da atual redação do § 1º do art. 20 da Lei 8.742/1993 – Lei Orgânica de Assistência Social, *in verbis*:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (*Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011*)

§ 1º Para os efeitos do disposto no *caput*, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a

madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

Registro, no entanto que a Turma Nacional de Uniformização firmou entendimento em sentido contrário, antes do advento da mencionada alteração legislativa.

Ocorre que deve ser excluída do cômputo da renda familiar a renda auferida pela genitora do Recorrido, por aplicação analógica do art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso – Lei 10.741/2003, consoante posicionamento da Turma Nacional de Uniformização:

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. CRITÉRIO DE MISERABILIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ESTATUTO DO IDOSO. 1. O critério para aferição da miserabilidade, para concessão de benefício assistencial, é aquele segundo o qual, a renda per capita não poderá superar o valor de ¼ do salário mínimo. 2. A aplicação do Estatuto do Idoso deve ser feita antes de qualquer outro critério para que seja excluído, na aferição da renda familiar da família do postulante de benefício assistencial, o valor auferido pelo idoso (aquele que contar com 65 anos ou mais) proveniente de benefício, compreendido dentro de um salário mínimo, seja assistencial ou previdenciário. 3. Hipótese comprovada nos autos. 4. Incidente conhecido e desprovido (PEDILEF n. 200870510046916, Rel Juiz Federal Claudio Roberto Canata, DJ 09/08/2010).

Com efeito, adotando a orientação da Turma Nacional de Uniformização, inclusive corroborada pelo eg. STJ, no bojo da PET 7203/PE¹, no caso em questão a renda *per capita* familiar é inferior ao critério econômico de aferição de miserabilidade, uma vez que a única renda da família consiste no benefício previdenciário no valor de 1 (um) salário-mínimo de pessoa idosa.

Oportuno se faz observar que a matéria atinente ao julgado supramencionado se encontra com repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário 580.963/PR.

Desta feita, ainda que excluídos os irmãos maiores do recorrido, plenamente atendido estaria o requisito da miserabilidade por parte do mesmo.

A título ilustrativo, convém mencionar que, em relação ao critério de ½ salário-mínimo, o mesmo vem sendo adotado por esta Turma Regional e pelo egrégio Tribunal Regional da 1ª Região para fim de aferição do renda *per capita* com vistas à percepção do benefício assistencial, com o entendimento de que, com o advento das Leis 9.533/1997 e 10.689/2003, o critério

da miserabilidade previsto na Lei 8.742/93 deve ser alterado, já que aquelas leis prevêem um patamar mais vantajoso para a análise objetiva da miserabilidade, qual seja, a de que os beneficiários devem demonstrar uma renda *per capita* familiar inferior a ½ salário mínimo.

A fundamentação para aplicação das Leis 9.533/1997 e 10.689/2003 ao benefício assistencial se encontra na própria Constituição Federal, pontualmente, no princípio da

1 INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RENDA MENSAL PER CAPITA FAMILIAR. EXCLUSÃO DE BENEFÍCIO DE VALOR MÍNIMO PERCEBIDO POR MAIOR DE 65 ANOS. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI Nº 10.741/2003. APLICAÇÃO ANALÓGICA. 1. A finalidade da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), ao excluir da renda do núcleo familiar o valor do benefício assistencial percebido pelo idoso, foi protegê-lo, destinando essa verba exclusivamente à sua subsistência. 2. Nessa linha de raciocínio, também o benefício previdenciário no valor de um salário mínimo recebido por maior de 65 anos deve ser afastado para fins de apuração da renda mensal per capita objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. 3. O entendimento de que somente o benefício assistencial não é considerado no cômputo da renda mensal per capita desprestigia o segurado que contribuiu para a Previdência Social e, por isso, faz jus a uma aposentadoria de valor mínimo, na medida em que este tem de compartilhar esse valor com seu grupo familiar. 4. Em respeito aos princípios da igualdade e da razoabilidade, deve ser excluído do cálculo da renda familiar per capita qualquer benefício de valor mínimo recebido por maior de 65 anos, independentemente se assistencial ou previdenciário, aplicando-se, analogicamente, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso. 5. Incidente de uniformização a que se nega provimento. (Rel. Ministra Theresa de Assis Moura, DJ 11/10/2011).

isonomia, haja vista que o benefício assistencial por também ser destinado a suprir a falta dos meios básicos de subsistência deveria receber o mesmo tratamento dado aqueles que recebem os benefícios provenientes dos programas assistenciais criados pelas mencionadas leis.

Cumpra salientar que a controvérsia suscitada está sob apreciação do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, sob 567.985-3/MT.

Pelo exposto, *conheço e nego provimento* ao pedido de incidente de uniformização.

Numeração única: 0046075-73.2007.4.01.3400

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2007.34.00.900160-5/DF

Relator: Juiz Federal Herculano Martins Nacif
Recorrente: Leise de Souza Fernandes
Recorrida: União Federal
Publicação: e-DJF1 de 19/02/2013, p. 207

Voto-Ementa*

Administrativo. Ausência de revisão geral da remuneração dos servidores públicos. Danos materiais. Inexistência. Súmula 1º grau da TRU. Pedido de uniformização não provido.

I. Cuida-se de pedido de uniformização de jurisprudência apresentado pela parte autora, manifestado contra v. acórdão da Turma Recursal do Distrito Federal que, por unanimidade, negou provimento ao recurso interposto pela recorrente, ao entendimento de que a União não responde civilmente pela falta de concessão de reajuste salarial.

II. Ainda segundo o acórdão, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a omissão do presidente da República, ante o comando inserto no art. 37, X, da CF, na redação dada pela EC 19/1998 – que trata da revisão anual da remuneração dos servidores públicos federais – não determinou prazo para que o chefe do Poder Executivo enviasse projeto de lei ao Congresso Nacional versando sobre o tema.

III. Aduz a recorrente que a decisão proferida pela Turma Recursal do Distrito Federal diverge do entendimento firmado da Turma Recursal do Estado do Mato Grosso. Pede, por fim, o conhecimento e provimento do pedido de uniformização para que seja a União condenada a indenizá-la pelos danos materiais sofridos pela falta de reajuste salarial durante o período de junho de 1999 a dezembro de 2001.

IV. A responsabilidade civil surge do inadimplemento de uma obrigação. E tal inadimplência resulta do descumprimento culposo, por ação ou abstenção, de certa prestação a que se comprometera a pessoa por força de lei ou de contrato. Em princípio, o Poder Judiciário não pode criar direitos não contemplados em lei, ainda que a pretexto de corrigir desigualdades.

V. Acerca dessa matéria, pertinente citar julgado da Suprema Corte brasileira: “[...] não há falar-se, no caso, em violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, já que não tem ele por escopo assegurar o valor real dos estipêndios, não havendo espaço, portanto, para se falar em vencimentos reduzidos, mas simplesmente em expectativa de correção não verificada, coisa diversa.” (STF, 1ª T., RE 201.026-DF, v. unân., rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 04/06/1996, publ. no DJU de 06/09/1996, p. 31.869).

VI. O Supremo Tribunal Federal possui entendimento de que é incabível indenização para recompor perdas salariais em face da inflação. Isso porque somente o presidente da República teria atribuição para avaliar a conveniência de se mandar ou não ao Congresso Nacional o projeto de lei de revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos, não podendo o Poder Judiciário substituí-lo. Precedentes do STF (AgR/RE 485.087/RS, 1ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia e AgR/RE 453.349/ES, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello). No mesmo sentido, a Súmula 1 desta Turma Regional de Uniformização: “A ausência de revisão anual, que trata o art. 37, inciso X, da Constituição Federal, não dá ensejo à reparação por danos materiais e morais”.

VII. Não há, no presente caso, redução nominal nos vencimentos da servidora capaz de dar ensejo à indenização pleiteada.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Waldemar Cláudio de Carvalho, Leandro Saon da Conceição Bianco, Régis de Souza Araújo, Ivo Anselmo Hohn Júnior, Luciana Laurenti Gheller, Válder Leonel Coelho Seixas, Karin Almeida Weh, Carina Cátia Bastos de Senna, Alexandre Vidigal de Oliveira, Maria Lúcia Gomes de Souza, José Henrique Guaracy Rebêlo, Derivaldo de Figueiredo Bezerra Filho, Vânia Cardoso André de Moraes, Jefferson Schneider e Gláucio Maciel.

VIII. Posto isso, conheço do pedido de uniformização de jurisprudência e nego-lhe provimento para manter o acórdão recorrido, prevalecendo o entendimento expandido no enunciado da Súmula 1 da Turma Regional de Uniformização.

IX. Julgamento de acordo com o art. 46 da Lei 9.099/1995.

Acórdão

Decide a Turma *conhecer* do pedido de uniformização e negar-lhe provimento.

Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência de Brasília – 17/08/2012.

Juiz Federal *Herculano Martins Nacif*, relator.

Numeração única: 0022372-88.2008.4.01.3300

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2008.33.00.702451-5/DF

Relator: Juiz Federal Régis de Souza Araújo (designado)
 Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Recorridos: Júnio de Brito Dias e Juliano Albes de Brito Dias
 Advogados: Dr. Juliano Gual Tanus e outros
 Publicação: e-DJF1 de 19/02/2013, p. 208

Ementa

Incidente de uniformização de jurisprudência. Benefício previdenciário. Pensão por morte. Necessidade de prévio requerimento administrativo. Matéria de repercussão geral. Reconhecimento pelo Supremo Tribunal federal. Sobrestamento do incidente. Previsão regimental.

I. A Lei Processual Civil (art. 543-B, §1º, do CPC) não mencionou, de forma expressa, a possibilidade de sobrestamento de outros recursos de competência dos tribunais inferiores. Entretanto, referido sobrestamento em incidente de uniformização foi implicitamente autorizado nos casos dos recursos interpostos no âmbito dos julgados especiais tendo em vista os princípios que norteiam os processos a estes afetos, a exemplo da economia e celeridade processuais.

II. “Está caracterizada a repercussão geral da controvérsia acerca da existência de prévia postulação perante a administração para defesa de direito ligado à concessão ou revisão de benefício previdenciário como condição para busca de tutela jurisdicional de idêntico direito.” Recurso Extraordinário 631.240 RG/MG.

III. Incidente de uniformização de jurisprudência sobrestado até julgamento definitivo do RE 631.240 RG/MG.

Acórdão

Turma por maioria, em determinar o sobrestamento do incidente de uniformização até julgamento definitivo da matéria pelo Supremo Tribunal Federal.

Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência – 17/08/2012.

Juiz Federal *Régis de Souza Araújo*, relator designado.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Régis de Souza Araújo: — Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência manejado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, no qual busca a prevalência de acórdão da Turma Recursal de Goiás que, segundo alega, mostra-se divergente de julgado da Turma Recursal da Bahia no que tange à exigência ou não de prévio requerimento administrativo para fins de reconhecimento do direito da parte autora ao benefício previdenciário de pensão por morte.

2. Como motivação do incidente, alega a autarquia recorrente que a Turma Recursal da Bahia entendeu, quanto à matéria, *não ser necessário o prévio requerimento administrativo*, nos seguintes termos:

Consoante vários precedente desta Primeira Turma, a exigência de prévio requerimento administrativo violaria os princípios do livre acesso à jurisdição e legalidade, uma vez que inexistente qualquer mandamento constitucional ou legal que estabeleça tal condição de procedibilidade.

3. De outra parte, assegura o INSS, a primeira Turma Recursal de Goiás possui posicionamento diametralmente oposto quanto à matéria, assegurando, com amparo em julgado da própria Turma Nacional, que “[...] nas ações previdenciárias no âmbito dos JEFs é necessária a prévia caracterização de lide para atender à condição da ação relativa ao interesse de agir, na sua modalidade de utilidade/necessidade do provimento jurisdicional, o que se dá com o prévio requerimento administrativo, em que haja indeferimento expresso do pedido ou demora injustificável para sua apreciação...” (Processo 2007.35.00.908047-6).

4. Induvidoso que resta demonstrada a divergência alegada pela autarquia previdenciária, indispensável ao conhecimento do incidente. Não obstante, entendendo que incide, na espécie, as disposições do art. 8º, inciso XVI, do Regimento Interno das Turmas Recursais e dos Juizados Especiais Federais da Primeira Região, segundo o qual compete ao relator

determinar o sobrestamento dos recursos que tratem de matéria sob apreciação das Turmas Regional ou Nacional de Uniformização, bem como

daqueles que versarem matéria cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

5. Tal dispositivo tem aplicação no caso em exame porque nos autos do Recurso Extraordinário 631.240 RG/MG o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência da repercussão geral da questão constitucional suscitada, nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. PRÉVIA POSTULAÇÃO ADMINISTRATIVA COMO CONDIÇÃO DE POSTULAÇÃO JUDICIAL RELATIVA A BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EXISTÊNCIA. Está caracterizada a repercussão geral da controvérsia acerca da existência de prévia postulação perante a administração para defesa de direito ligado à concessão ou revisão de benefício previdenciário como condição para busca de tutela jurisdicional de idêntico direito.

6. Decerto que a lei processual civil (art. 543-B, §1º, do CPC) não mencionou, de forma expressa, a possibilidade de sobrestamento de outros recursos de competência dos tribunais inferiores, a exemplo do recurso extraordinário. Entretanto, referido sobrestamento foi implicitamente autorizado nos casos dos recursos interpostos no âmbito dos Juizados Especiais tendo em vista os princípios que norteiam os processos a estes afetos, a exemplo da economia e celeridade processuais.

7. De registrar, neste aspecto, que o próprio Regimento Interno das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da 1ª Região prevê tal possibilidade ao descrever no art. 7º, inciso XVIII, que compete ao Relator da Turma Recursal determinar o sobrestamento dos incidentes de uniformização que tratem de matéria cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, visando aguardar a decisão a ser proferida.

8. Por todo o exposto, ousou divergir do voto do eminente relator para *votar no sentido de determinar o sobrestamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência* manejado pela autarquia previdenciária até julgamento definitivo, pela Corte Suprema, do RE 631.240 RG/MG, após o que será aferida a conformidade do acórdão recorrido com a decisão a ser proferida (art. 8º, inciso XVIII, da Resolução Presi/Cojef 16, de 10.06.2010).

É o voto.

Declaração de Voto

Administrativo. Ausência de requerimento de benefício previdenciário perante o INSS. Falta de interesse

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Waldemar Cláudio de Carvalho, Leandro Saon da Conceição Bianco, Régis de Souza Araújo, Ivo Anselmo Hohn Júnior, Luciana Laurenti Gheller, Válder Leonel Coelho Seixas, Karin Almeida Weh, Carina Cátia Bastos de Senna, Maria Lúcia Gomes de Souza, José Henrique Guaracy Rebêlo, Derivaldo de Figueiredo Bezerra Filho, Vânia Cardoso André de Moraes, Jefferson Schneider e Gláucio Maciel.

de agir. Inocorrência. Pedido de uniformização não provido.

1. Cuida-se de pedido de uniformização de jurisprudência apresentado pela parte ré, manifestado contra v. Acórdão da 1ª Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado da Bahia, que entendeu ser prescindível o esgotamento da via administrativa perante o INSS para se requerer, judicialmente, o benefício previdenciário de pensão por morte, fundamentando-se, para tanto, no Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

2. Aduz o recorrente que o acórdão impugnado diverge frontalmente do entendimento firmado pela 1ª Turma Recursal do Estado de Goiás, que no julgamento do processo 2007.35.00.908047-6, realizado em dezembro de 2008, asseverou ser indispensável o prévio requerimento administrativo perante o INSS para que o jurisdicionado passe a adquirir o interesse de agir em eventual demanda judicial contra esta autarquia.

3. Pede o conhecimento e o provimento do pedido de uniformização para que o acórdão em tela seja reformado com vistas à extinção do processo de origem sem resolução do mérito, vez que carecem aos autores uma das condições da ação, qual seja o interesse de agir.

4. Com efeito, reza o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, reconhecendo, assim, expressamente, o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional. Vê-se, portanto, a pretensão do legislador constituinte em outorgar o monopólio da jurisdição aos juízes. Segundo a doutrina de Ada Pellegrini Grinover, tal princípio indica “o monopólio estatal da distribuição da justiça e, concomitantemente, o amplo acesso de todos à referida justiça”.

5. Ora, é consabida a grave dificuldade que inúmeros segurados especiais e seus dependentes enfrentam quando requerem benefícios previdenciários perante o INSS. Em regra, irrisignados com a má apreciação do acervo probatório pelos agentes desta autarquia, aqueles se veem compelidos a invocarem a proteção do Poder Judiciário a fim de que seus lícitos direitos sejam devidamente realizados.

6. Assim, diante dos usuais indeferimentos administrativos de pedidos de pensão por morte, envolvendo trabalhadores rurais, estes, por vezes,

preferem socorrer-se diretamente à Justiça a ter que se dedicar à desgastante, e costumeiramente infrutífera, tarefa de pleitear o benefício em tela à autarquia previdenciária. E nada há de errado nesta iniciativa dada a amplitude – para não dizer plenitude – que a Constituição da República conferiu ao acesso de todos ao Poder Judiciário.

7. Somente em situações muito peculiares, excepcionalíssimas, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem exigido o esgotamento da instância administrativa para que a ação judicial seja admitida, como é a hipótese da impetração do *habeas data*. Em verdade, por mais que o sistema processual brasileiro tenha acolhido a teoria eclética da ação, proposta pelo ilustre jurista italiano Enrico Liebman, as condições que devem ser preenchidas pelo autor quando do oferecimento da demanda não podem sobrepujar a garantia constitucional do pleno acesso à Justiça. A interpretação da norma processual se faz à luz da norma constitucional, e não o contrário.

8. Não se está a falar aqui em manifesta ausência de legitimidade, impossibilidade jurídica do pedido ou inadequação da via eleita. Importa destacar que o Recorrente limitou-se a alegar a inexistência de lide entre as partes, o que bastaria, segundo seu entender, para extinguir o processo sem julgamento de mérito.

9. A ação judicial é o veículo de uma demanda que somente será verdadeiramente pacificada com o exame meritório. Extinguir um processo sem julgar o mérito é medida extrema da qual o juiz só poderá se valer em último caso, sob pena de em um futuro próximo, debruçar-se, novamente, sobre a mesma relação jurídica, desperdiçando energia jurisdicional.

10. Atentos a esta tendência de produzir o máximo de resultado na atuação do Direito com o mínimo de atividade processual, concretizando o Princípio da Economia Processual, os Tribunais Superiores e a Suprema Corte têm admitido, por exemplo, a teoria da encampação em sede de mandado de segurança, a fungibilidade recursal e mesmo a fungibilidade entre algumas ações.

11. Não por outro motivo, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência mansa e pacífica no sentido da prescindibilidade do esgotamento da via administrativa para a admissão da ação judicial em que se pretende obter benefício previdenciário, senão vejamos:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESNECESSIDADE DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PARA O ACESSO AO JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. *A jurisprudência desta nossa Corte firmou-se no sentido de ser desnecessário para o ajuizamento de ação previdenciária o prévio requerimento administrativo do benefício à autarquia federal.* Precedentes. Agravo regimental desprovido. RE/AgR 549055. Relator Min. Ayres Britto, julgado em 05.10.2010. (grifo nosso)

12. Posto isso, conheço do pedido de uniformização de jurisprudência, vez que presentes os pressupostos, mas nego-lhe provimento para manter o acórdão recorrido, prevalecendo o entendimento firmado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme exposto.

13. Julgamento de acordo com o art. 46 da Lei 9.099/1995.

14. 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))

Processo Civil. Agravo regimental. Tutela antecipada. Suspensão. Unidade de pronto atendimento. Gestão estadual. Serviço de atendimento móvel de urgência. Gestão municipal. Integração. Garantia de atendimento. Grave lesão à ordem e à saúde públicas. Ausência. Desprovisionamento.

I. A recusa das Unidades de Pronto Atendimento do Estado do Maranhão em receber pacientes transportados pelas ambulâncias do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência – Samu 192 de São Luís constitui questão de alta relevância que aflige a saúde pública.

II. A decisão que impede as UPAs de rejeitar pacientes que necessitam de atendimento de urgência ou de emergência, pelo fato de estarem sendo transportados pela Samu, não tem o condão de acarretar nenhuma lesão aos bens jurídicos tutelados pela medida de contracautela.

III. A simples argumentação de que há normas do Ministério da Saúde, que garantem que a capacidade instalada de cada unidade na área de emergência deve ser respeitada, desobrigando as UPAs de realizarem atendimentos provenientes de pacientes transportados pelas ambulâncias do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (Samu/192), sem a indicação de nenhum normativo que possibilitaria essa recusa, não é suficiente para infirmar os fundamentos da decisão agravada, nem para demonstrar o desacerto da decisão de primeira instância. Ao revés, a posição adotada pelo agravante não se coaduna com o Sistema Único de Saúde, com a Política Nacional de Atenção às Urgências em Saúde, nem com os princípios constitucionais e normas regentes da espécie.

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0054638-95.2012.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Corte Especial

Publicação: *e-DJF1* de 11/01/2013, p. 536

Processual Civil. Conflito de competência. Indenização por danos morais e materiais. Cumulação de pedidos. Base empírica comum: contaminação por DDT. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Competência da Terceira Seção.

I. A ação contém pedidos cumulados e não sucessivos — custeio de tratamento de saúde, indenização por dano moral e material, conversão de desligamento voluntário em aposentadoria por invalidez, pagamento de salários atrasados e concessão de licença por acidente em serviço etc. —, que dizem respeito a áreas de competência distinta no Tribunal, não se fazendo possível definir, sem controvérsia, o pedido principal, para os fins do art. 8º, § 6º, do Regimento Interno.

II. Entretanto, como a base empírica da causa de pedir, para todos os pedidos, é a responsabilidade objetiva do Estado pela suposta contaminação do autor pelo manuseio de material tóxico, quando servidor público da Funasa (DDT), o fato aconselha o exame e julgamento do caso pela 3ª Seção, que tem competência para os feitos relativos a responsabilidade civil, tanto mais que pedidos símiles, relacionados a ex-servidores da Funasa, vêm sendo julgados nesse órgão especializado.

III. Conflito de competência conhecido, para declarar competente o juízo suscitante, a 3ª Seção do Tribunal.

Numeração única: 0000085-17.2003.4.01.4300

Conflito de Competência 2003.43.00.000063-5/TO

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes – Corte Especial

Publicação: *e-DJF1* de 11/01/2013, p. 526

Agravo regimental. Suspensão de liminar. Usurpação de competência. Não configurada. Agravo de instrumento concomitante. Possibilidade. Licitação. Obras de infraestrutura. Aeroporto do Galeão. Adjudicação do objeto da Licitação. Suspensão. Grave lesão à ordem e à economia públicas. Agravo desprovido.

I. Nos termos do § 3º do art. 15 da Lei 12.016/2009, “A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão [...]”.

II. Da simples exegese do art. 15 da Lei 12.016/2009 e seus parágrafos, constata-se que não há falar em usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça para apreciar o pedido de suspensão requerido pela Infraero. A uma porque a interposição do agravo de instrumento não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão (§ 3º); a duas porque não houve indeferimento do pedido de suspensão a possibilitar novo pedido de suspensão às Cortes Superiores (§ 1º); a três porque a possibilidade de pedido de suspensão, a que se refere o § 2º da mencionada legislação, pressupõe o desprovimento de agravo de instrumento e, na hipótese, à época em que foi proferida a decisão ora impugnada, ainda não havia desfecho definido nos agravos de instrumento interpostos.

III. A suspensão do procedimento licitatório, já consolidada com a celebração do contrato de prestação de serviço, tendente à realização de importante obra de infraestrutura aeroportuária, vinculada, entre outros, à Copa do Mundo 2014 e às Olimpíadas 2016, sem a cabal demonstração de existência de vícios insanáveis que macule o certame, é potencialmente lesiva à ordem e à economia públicas, mormente diante da notória necessidade de observância ao já apertado cronograma para adequação das instalações dos aeroportos às exigências dos eventos que o País sediará.

IV. Agravo regimental improvido.

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0036119-72.2012.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Corte Especial

Publicação: *e-DJF1* de 11/01/2013, p. 534

Processo Penal. Descumprimento pelo juiz de primeiro grau de decisão do Tribunal. Instituto da reclamação. Não Cabimento. Conhecimento como petição.

I. Não é admissível reclamação nos tribunais regionais federais contra decisão de juiz de primeiro grau que descumpre decisão do Tribunal, afrontando-o. Ressalva do ponto de vista do relator.

II. Conhecimento da reclamação como petição para tomar as providências, a fim de velar pela efetividade da decisão do Tribunal, garantindo sua autoridade.

III. Comunicação desta decisão às entidades financeiras ou bancárias.

Reclamação 0069895-63.2012.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto – 2ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 31/01/2013, p. 29

Previdenciário. Constitucional. Revisão de benefício. Aplicação dos novos tetos estabelecidos pela Emenda Constitucional 20/1998 e pela Emenda Constitucional 41/2003. Possibilidade. Jurisprudência do Plenário do STF em sede de repercussão geral da matéria constitucional. Reajustamento de benefício que não supera o teto. Inaplicabilidade.

I. No julgamento do RE 564.354/SE, o pleno do egrégio Supremo Tribunal Federal (rel. Min. Carmem Lúcia, julgamento 08/09/2010), decidiu no sentido de se aplicar as alterações proclamadas pela EC 20/1998 e pela EC 41/2003, no tocante à fixação dos novos valores para os tetos dos benefícios previdenciários, aos benefícios concedidos em datas anteriores àquela primeira emenda constitucional.

II. “Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados ao teto do regime geral de previdência,

estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional.” (STF, RE 564.354 RG/SE).

III. Não há que se confundir tal posicionamento, no entanto, com aplicação de reajuste nos mesmos percentuais que as referidas emendas constitucionais introduziram. Se o benefício não foi percebido no limite máximo, não há que se falar em aplicação a benefício previdenciário, a título de reajuste, dos percentuais de majoração do teto previdenciário introduzidos pelas Emendas Constitucionais 20 e 41.

IV. Apelação a que se nega provimento.

Numeração única: 0002399-36.2007.4.01.3801

Apelação Cível 2007.38.01.002603-6/MG

Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques – 1ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 14/01/2013, p. 38

Processual Civil. Exceção de suspeição. Hipóteses legais de cabimento. Art. 135 do CPC. Amizade ou inimizade. Advogado e magistrado. Previsão legal. Ausência. Imparcialidade. Presunção. Comprovação das alegações. Necessidade. Advogado subscritor. Ausência de procuração com poderes especiais. Exceção de suspeição não conhecida.

I. O Código de Processo Civil prevê hipótese de suspeição apenas no caso de amizade íntima ou inimizade capital entre o magistrado e a parte, nos termos do art. 135, I, do CPC. O dispositivo, contudo, não considera fundada a suspeição do magistrado se reconhecida a amizade ou inimizade deste com o advogado da parte.

II. Carece de previsão legal a argumentação trazida pelo excipiente para alterar a competência para o julgamento da causa.

III. A imparcialidade do magistrado, indispensável ao exercício de sua função jurisdicional, é presumida, não sendo de se esperar de nenhum juiz que cause prejuízos à parte, que não tem envolvimento em eventual desavença sua com o advogado que patrocina a causa.

IV. A mera especulação acerca de imparcialidade do magistrado, sem a necessária comprovação dos fatos e fundamentos que ensejam essa alegação não é apta a infirmar a presunção de imparcialidade do julgador ou mitigar o princípio da inocência que militam a seu favor, sob pena de atingir a honradez e a dignidade do magistrado sem efetiva demonstração acerca da real existência de imparcialidade por sua parte.

V. A exceção de suspeição apresentada por advogado deverá ser acompanhada de procuração com poderes especiais, conforme estabelecido no art. 326 do RITRF 1ª Região. A sua falta acarreta impedimento ao conhecimento da exceção de suspeição apresentada.

VI. Exceção de suspeição não conhecida.

Exceção de Suspeição 0036890-69.2010.4.01.9199/TO

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão – 1ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 08/02/2013, p. 1.105

Administrativo. Empregado de empresa pública federal. Serpro. Plano coletivo de saúde. Competência da Justiça Federal. Aposentadoria. Direito à manutenção como beneficiário no plano. Responsabilidade do ex-empregador. Lei 9.656/1998, art. 31. Honorários advocatícios. Redução.

I. “À Justiça do Trabalho compete dirimir litígios entre empregado e empregador de natureza trabalhista, que inexistem quando aquele já se aposentou e a discussão restringe-se a matéria previdenciária. (Constituição Federal, art. 114)” (AMS 0013228-24.1993.4.01.0000/DF, rel. Juiz Catão Alves, Primeira Turma, DJ, p. 6, de 21/08/2000). Hipótese em que não se discute obrigação vinculada à existência do vínculo laboral, mas à manutenção de obrigação quando já extinto aquele, donde se tratar de matéria sujeita à Justiça do Trabalho, mas sim de questão sujeita à Justiça comum (no caso, federal, em razão da qualidade de empresa pública federal possuída pela ré).

II. Nos termos do art. 31 da Lei 9.656/1998, cabe assegurar ao ex-empregado aposentado e a seus dependentes o direito de sua manutenção, como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial (em plano coletivo de saúde) de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho. E deve haver por parte do ex-empregador

o desconto que era promovido quando o empregado se encontrava em atividade, respeitado o limite ou margem previstos para os empregados em atividade, arcando de modo imediato o ex-empregador com os custos no que ultrapassarem este limite ou margem (sob pena de, no caso, não estarem asseguradas as mesmas condições de que gozava o ex-empregado quando da vigência do contrato de trabalho, considerando-se a impossibilidade eventual de assumir o pagamento integral dos custos do plano coletivo de saúde).

III. Os honorários advocatícios devem representar o percentual máximo de 20%, considerando-se o esforço desenvolvido na causa e a sua natureza. No caso, o seu parâmetro ainda deve ser o valor da causa, atualizado, já que outro parâmetro não se tem por estabelecido nos autos.

IV. Apelação a que se dá parcial provimento.

Numeração única: 0005454-78.2000.4.01.3400

Apelação Cível 2000.34.00.005461-5/DF

Relator: Juiz Federal Saulo José Casali Bahia (convocado) – 2ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 15/02/2013, p. 120

Constitucional. Processual Civil e Administrativo. Militar. Pensão por morte e indenização. Militar. Responsabilidade civil do Estado. Teoria do risco. Nexo de causalidade não demonstrado. Risco administrativo. Culpa exclusiva da vítima. Sentença: Improcedência dos pedidos. Manutenção.

I. A Constituição Federal de 1988, ao disciplinar a responsabilidade civil do Estado, o fez prestigiando a responsabilidade objetiva, tendo por fundamento da teoria do risco administrativo. De acordo com tal teoria, a Administração Pública tem o dever de indenizar a vítima que demonstre o nexo de causalidade entre o prejuízo e o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público.

II. O suicídio do militar não foi, e nem podia no caso, ser previsto pela Administração, já que o porte de arma de fogo é intrínseco à incorporação militar.

III. O militar falecido exercia suas funções em qualquer manifestação exterior de eventual desvio de personalidade ou doença psiquiátrica, o que afasta a própria existência de dano decorrente da atividade estatal.

IV. Ainda que houvesse o dano, não haveria nexo de causalidade, que, de toda sorte, ficaria afastado pela culpa exclusiva da vítima no evento.

V. Apelação improvida.

Numeração única: 0031477-85.2005.4.01.3400

Apelação Cível 2005.34.00.031821-8/DF

Relator p/acórdão: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado) – 2ª Turma

Publicação: *e-DJF1* De 15/02/2013, p. 122

Penal. Art. 5º, caput e parágrafo único, Lei 7.492/1986. Apropriação e desvio de valores. Clube de investimento. Estado de necessidade e inexigibilidade de conduta diversa. Causa supralegal excludente de culpabilidade ou de ilicitude. Ausência de comprovação. Arrependimento posterior. Manutenção do benefício. Princípio non raformatio in pejus.

I. Incide no tipo penal descrito no art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Lei 7.492/1986, o agente que após ter sido destituído da prerrogativa de representante legal de um clube de investimento, opera transferência da custódia de valores mobiliários da titularidade deste clube, mantida em banco filiado à rede financeira nacional, para a própria distribuidora de títulos e valores mobiliários, além de solicitar o resgate de aplicações financeiras deste mesmo clube em outro banco, transferindo os valores para uma terceira instituição financeira, de onde os sacou por meio de cheque.

II. É inviável o reconhecimento do estado de necessidade ou da inexigibilidade de conduta diversa como causas supraleais excludentes de culpabilidade ou de ilicitude quando se mostra clara a trama do réu no sentido de enganar os representantes legais do clube de investimento.

III. A causa de diminuição de pena, decorrente do arrependimento posterior, é aplicável somente se houver a reparação total do dano (precedentes).

IV. À míngua de recurso da acusação requerendo o afastamento do benefício de arrependimento posterior, é de ser mantida a diminuição da pena para evitar *reformatio in pejus*.

V. Apelação parcialmente provida.

Numeração única: 0035311-26.2006.4.01.3800

Apelação Criminal 2006.38.00.036106-8/MG

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 08/02/2013, p. 1286

Penal. Processo Penal. Recurso em sentido estrito. Art. 19, Lei 7.492/1986. Crime contra o Sistema Financeiro. Financiamento fraudulento de veículo. Destinação específica. Ausência. Estelionato. Recapitulação. Competência. Justiça Estadual. Lavagem ou ocultação de capitais. Inexistência.

I. Não há crime contra o Sistema Financeiro Nacional, na modalidade financiamento, quando decorrente da conduta de aquisição de três veículos por meio de fraude (utilização de documentação falsa e *laranjas*), perante instituições financeiras privadas, na medida em que financiamentos, de acordo com a Circular Bacen 1.273, são operações realizadas com destinação específica, vinculadas à comprovação da aplicação dos recursos.

II. Financiamentos destinam-se exclusivamente a incrementar a atividade econômica nacional com o desenvolvimento da indústria e do meio rural, conforme o Banco Central do Brasil.

III. A alteração da capitulação do crime, conferida pelo *Parquet* na denúncia, é possível antes da prolação da sentença, em casos excepcionais, como, por exemplo, quando implicar a modificação da competência (precedentes).

IV. O estelionato é, em tese, o crime praticado no contexto dos autos, sendo inservível para caracterizar delito de lavagem ou ocultação de capitais, pois os valores foram obtidos em 2011 e a Lei 12.683, que mudou o art. 1º da Lei 9.613/1998 para admitir qualquer forma de infração penal como delito antecedente ao de lavagem ou ocultação de capitais, por ser lei penal material, não pode retroagir para prejudicar o réu.

V. Recurso em sentido estrito não provido.

Recurso em Sentido Estrito 0046558-91.2012.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 31/01/2013, p. 88

Penal. Receptação qualificada. Art. 180, §§ 1º e 2º, CP. Crime ambiental. Art. 29, § 1º, III, Lei 9.605/1998. Princípio da especialidade. Aplicação. Partes de animais silvestres. Venda para o exterior. Consciência da procedência irregular. Recapitulação. Manutenção.

I. Lei específica que trata de matéria semelhante prevista no Código Penal deve ser observada em razão do princípio da especialidade.

II. Afigura-se incorreta a adequação da conduta praticada pela ré ao tipo penal de receptação qualificada, quando a denúncia narra fato, em tese, subsumido no inciso III do § 1º do art. 29 da Lei 9.605/1998.

III. Entre os verbos previstos no dispositivo da norma especial (Lei 9.605/1998) encontra-se o de “adquirir” partes de animais da fauna silvestre brasileira, que vem a ser a primeira conduta incriminadora do art. 180 do Código Penal, devendo aquela prevalecer sobre esta.

IV. Apelação não provida.

Numeração única: 0010594-67.2008.4.01.3900

Apelação Criminal 2008.39.00.010622-7/PA

Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 28/02/2013, p. 120

Penal. Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Violação de direitos autorais. Art. 184, do Código Penal. Descaminho. Art. 334, do Código Penal. Não absorção. Descaminho. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Crime de violação de direitos autorais. Inexistência de lesão aos interesses da união. Competência da Justiça Estadual. Recurso desprovido.

I. Não há que se falar na absorção do crime de descaminho pelo crime de violação de direitos autorais, pois, conforme bem ressaltado pelo d. Ministério Público Federal, '*não existe dupla punição pelo mesmo fato, pois são objetos jurídicos diversos e vítimas diferentes [...]*' (fl. 102).

II. Tem-se que a denúncia apontou que as mercadorias estrangeiras apreendidas em poder do denunciado perfaziam o valor de R\$ 923,98 (novecentos e vinte e três reais e noventa e oito centavos), resultando, portanto, numa evasão fiscal em um valor inferior ao limite de dez mil reais, fixado no art. 20 da Lei 10.522/2002, o que conduz à aplicação, na espécie, do princípio da insignificância.

III. Em relação ao apontado delito de violação de direitos autorais, não há que se cogitar em ofensa a bens, serviços ou interesses da União, mas tão somente aos direitos autorais dos criadores das obras supostamente reproduzidas de forma ilícita. Desse modo, deve ser reconhecida a incompetência da Justiça Federal e os autos devem ser remetidos ao MM. juízo estadual competente, para o processamento e julgamento do presente feito. Precedentes jurisprudenciais do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

IV. Recurso em sentido estrito desprovido.

Recurso em Sentido Estrito 0005572-32.2011.4.01.3800/MG

Relator: Juiz Federal Klaus Kuschel (Convocado) – 4ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 10/01/2013, p. 405

Processo Penal. Execução penal. Estabelecimento penal federal de segurança máxima. Transferência de preso que participa de rebelião.

I. Na demonstração de que o paciente participou ativamente de rebelião no presídio em que se encontrava, o que, inclusive, importou a morte de 15 (quinze) detentos, não merece reforma a decisão, fundamentada, que deferiu a sua transferência para estabelecimento penal federal de segurança máxima (Lei 11.671/2008 – art. 3º e Decreto 6.877/2009 – art. 3º, I e VI).

II. Denegação da ordem de *habeas corpus*.

Habeas Corpus 0073175-42.2012.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes – 4ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 1º/02/2013, p. 281

Constitucional. Medicamento. Fornecimento. Agravo retido. Ausência de reiteração. Legitimidade passiva. Responsabilidade solidária da União e dos entes federativos. Interesse processual. Direito fundamental à vida e à saúde (CF, arts. 6º, 196 e 198). Lei 8.080/1990. Exigência de prescrição médica atualizada para continuidade do fornecimento. Possibilidade de fornecimento de medicamento genérico.

I. Agravo retido não conhecido, eis que não foi reiterado em razões ou contrarrazões de apelação (art. 523, § 1º, CPC).

II. Há responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde, não havendo que se falar em ilegitimidade passiva de nenhum deles. Precedentes do STF.

III. Se o fornecimento do medicamento ao impetrante somente ocorreu após a concessão da medida liminar, não há como afirmar a desnecessidade da tutela jurisdicional. Interesse processual reconhecido.

IV. Paciente portadora de Hemofilia "A" Server, necessitando do medicamento denominado Fator VII de Coagulação.

V. O direito a saúde está garantido na Constituição Federal (arts. 196 e 198) e a Lei 8.080, de 19/09/1990, é explícita ao estabelecer o dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (art. 2º).

VI. Ao Poder Público incumbe o dever de garantir a observância desse direito público subjetivo, por meio de políticas públicas que visem à proteção e recuperação da saúde, nas quais se incluem os programas de fornecimento de medicamentos/tratamentos aos necessitados, sejam eles de alto custo ou não.

VII. Os princípios da universalidade, integralidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde (art. 196, CF/1988) devem ser interpretados de modo a possibilitar: a) a todos, ricos ou pobres, a utilização das *ações e serviços já disponibilizados pelo SUS* (política pública adotada pelo Governo), em igualdade de condições, observadas as particularidades relevantes de cada caso concreto (isonomia substancial); b) o fornecimento pelo Estado de *tratamentos ainda não incorporados pelo SUS*, mas de comprovada eficácia e imprescindíveis à manutenção da vida e/ou da saúde, apenas a quem comprovadamente não dispuser de condições para custeá-los com recursos próprios.

VIII. Medicamento prescrito por médico de hospital público, indicando que se trata de tratamento disponibilizado pelo SUS.

IX. Não há motivo para impor à Administração necessariamente o fornecimento de medicamento de marca, devendo a tutela jurisdicional possibilitar o fornecimento de remédio genérico (art. 3º da Lei 9.787/1999 c/c art. 3º, XVIII, da Lei 6.360/1976), sob pena de injustificada oneração do SUS.

X. Há necessidade de condicionar a continuidade do fornecimento do medicamento à apresentação de prescrição médica atualizada, no máximo a cada 6 (seis) meses, a fim de prevenir o fornecimento indevido de tratamento.

XI. Apelação da União não provida.

XII. Apelação do Distrito Federal e remessa oficial parcialmente providas apenas para condicionar a continuidade do fornecimento à apresentação de prescrição médica atualizada, no máximo, a cada seis meses, e para possibilitar o fornecimento de medicamento genérico, caso exista ou venha existir.

Numeração única: 0024266-90.2008.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2008.34.00.024372-0/DF

Relator convocado: Juiz Federal Marcelo Albernaz – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 14/01/2013, p. 151

Constitucional. Civil. Mandado de segurança. Prontuário médico de paciente falecido. Obtenção de cópias pelo espólio. Cabimento.

I. Fere a razoabilidade a negativa de acesso do espólio recorrente ao prontuário médico de seu ente falecido, não havendo qualquer violação à lei ou à Constituição Federal com a sua exibição, na espécie, tendo em vista que o fim a que se destina a classificação do prontuário médico como “documento sigiloso” reside na proteção do paciente contra a indevida divulgação de seu conteúdo.

II. Na hipótese dos autos, a paciente encontra-se falecida, não havendo razão justificável em se negar acesso às cópias ao prontuário médico do *de cujus* a seus familiares, pois cabe aos seus herdeiros a defesa de seu nome, bem como direito ao amplo conhecimento do ocorrido no hospital.

III. Apelação provida. Sentença reformada.

Numeração única: 0007671-50.2007.4.01.3400

Apelação Cível 2007.34.00.007728-7/DF

Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado)– 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 25/01/2013, p. 806

Administrativo. Ação civil pública. Pleito de isenção de taxa de inscrição de concurso vestibular a indivíduos hipossuficientes. Direito individual, disponível e divisível. Inadequação da via eleita. Sentença mantida.

I. A teor do disposto no art. 5º da Lei 7.347/1985, a ação civil pública não se presta à discussão de direito individual disponível.

II. O intuito da autora é de assegurar isenção do pagamento da taxa de inscrição de concurso vestibular de 2008 da Universidade Federal do Amazonas a indivíduos hipossuficientes. Correta a sentença extintiva do feito, nos termos do inciso VI do art. 267 do CPC.

III. Remessa desprovida.

Numeração única: 0006955-07.2008.4.01.3200

Reexame Necessário 2008.32.00.007085-2/AM

Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado)– 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 13/02/2013, p. 62

Administrativo. Cadastro de pessoa física. Cancelamento. Bloqueio de benefício social (Programa Bolsa Família) em decorrência de uso de CPF por pessoa homônima e com idêntica data de nascimento. Dano material e moral.

I. A autora deixou de receber durante oito meses o benefício do então Programa Bolsa Escola (hoje sucedido e aperfeiçoado no Programa Bolsa Família) em favor de seus três filhos menores. Cancelamento de inscrição no Programa resultante de habilitação de terceira pessoa homônima e nascida na mesma data, porém residente em Estado diverso.

II. A jurisprudência dominante é no sentido de que o mero constrangimento na expectativa de realização de negócio é insuficiente para a caracterização do dano moral. Entretanto, no caso concreto, está comprovado que o CPF continuava a ser utilizado por pessoa homônima em transações comerciais, pelo menos segundo registros cadastrais que remontavam a janeiro de 2008. A pessoa homônima estava em situação de regularidade financeira, mas não se pode excluir que venha a envolver-se em situação de inadimplência e assim trará mais do que os tais simples aborrecimentos à autora. A situação possivelmente se repetirá na constância da informação do CPF errôneo em outros bancos de dados. É situação que sempre permeará as expectativas da autora todas as vezes que tiver necessidade de abertura de crédito ou qualquer outro negócio da vida. Tenho como presumível o risco de que sua homônima, alheia aos erros de consulentes da regularidade do seu CPF, venha novamente a sentir-se impedida em seu interesses negociais.

III. Esta Turma, em composição distinta no ano de 2006, apreciou caso semelhante em que proclamou: “Comprovado que o mesmo número foi fornecido a pessoas homônimas, com a mesma data de nascimento, e que foi a homônima da autora quem deixou de adimplir a obrigação que resultou na inscrição em cadastro de inadimplentes, correta a sentença que determinou o cancelamento da inscrição da autora, assim como o pagamento de indenização pelo dano moral sofrido, cujo valor é mantido, diante da razoabilidade no seu arbitramento.” (AC 0002140-62.2002.4.01.3301/BA, Daniel Ribeiro, 08/05/2006, *DJ-05/06/2006*, p. 90).

IV. Acolhido pedido de cancelamento do número de inscrição do CPF 749.057.674-15 para que outro número seja fornecido à autora em substituição, e, desta forma, possa alterar sua situação cadastral tanto nos programas sociais do Governo quanto nas transações civis e comerciais que doravante celebrar (art. 46, IV, da Instrução Normativa SRF 461, de 18/10/2004).

V. Dano emergente corresponde ao valor do benefício que ficou suspenso, e que estava em R\$360,00, sobre o qual incidirão a correção e os encargos moratórios (Selic e sucessivamente remuneração de caderneta de poupança).

VI. O valor arbitrado como dano moral (R\$ 2.000,00), entretanto, revela-se modesto diante dos R\$ 6.500,00 originários que esta Turma confirmou em agosto de 2009 no caso paradigmático. Indenização por dano moral fixada em R\$ 4.500,00, em valores da data da sentença (novembro de 2008). Tendo o ilícito ocorrido sob a vigência do novo Código Civil, sobre esse valor incidirão juros da taxa Selic (em que já incluída a correção monetária) até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, que alterou a redação do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, a qual também já inclui a correção monetária, a partir da qual serão observados os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

VII. Quanto aos honorários advocatícios, as quatro intervenções regulares dos advogados aqui atuantes em favor da autora após a migração da causa para a vara ordinária estão compatíveis com o que estabeleceu a sentença e em consonância com a justa remuneração do trabalho, mesmo quando condenada a Fazenda Pública (art. 20, §§ 3º e 4º do CPC). Sobre o valor histórico de R\$1.000,00 deve incidir os índices de remuneração da caderneta de poupança.

VIII. Apelação da União desprovida. Apelação adesiva da autora parcialmente acolhida para elevar o valor da indenização por dano moral e determinar o cancelamento do CPF e fornecimento de nova inscrição à autora.

Numeração única: 0015082-90.2006.4.01.3300
 Apelação Cível 2006.33.00.015090-2/BA
 Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado) – 6ª Turma
 Publicação: *e-DJF1* de 18/01/2013, p. 1.361

Civil. Processual Civil. Código Brasileiro de Aeronáutica. Execução. Tarifas de pouso e permanência. Aeronaves. Legitimidade passiva. Contrato de alienação fiduciária em garantia. Transferência resolúvel da propriedade. Débito preexistente ao contrato.

I. Configurada a hipótese de desbordo dos lindes estabelecidos na inicial, porquanto o Juízo sentenciante acolheu ambos os pedidos formulados, de forma sucessiva, quando lhe competia acolher apenas um, a sentença, tida por *ultra petita*, merece ser decotada na parte excedente, para se limitar a:

Condenar a Ré Rico Linhas Aéreas S/A ao pagamento das tarifas portuárias de pouso e permanência, contadas desde o início da permanência no Aeroporto, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da intimação desta sentença, no valor de R\$ 239.213,70, devidamente atualizado até a data do efetivo pagamento. Determinar à Ré que proceda à retirada das aeronaves, prefixos PPR-RLA-B732 e PP-VMM, em igual prazo.

II. Cediço que a alienação fiduciária em garantia caracteriza-se por ser um negócio jurídico em que o adquirente de um bem móvel transfere, sob condição resolutiva, ao credor que financia a dívida, o domínio do bem adquirido. Assim, o credor fiduciário detém o domínio resolúvel e a posse indireta do bem, ficando a posse direta com o devedor fiduciante, uma vez que a transferência de propriedade somente se dará depois de adimplido o contrato de alienação fiduciária.

III. A origem do débito ora em execução data de 2006, ano de pouso de uma das aeronaves no pátio da exequente, anterior, portanto, ao contrato de alienação fiduciária firmado em 2008, conforme consta da Certidão de fls. 45–49, da Agência Nacional de Aviação Civil, Registro Aeronáutico brasileiro.

IV. Ressai dos autos a responsabilidade da apelante pelas dívidas contraídas com o pouso e permanência das aeronaves em referência no pátio do Aeroporto Internacional Eduardo Gomes, ainda que nos autos se comprove a transferência da propriedade, resolúvel, por meio do contrato de alienação fiduciária, firmado entre a apelante e terceiro, uma vez que preexistente à referida transferência a origem do débito.

V. Embora a data do pouso da segunda aeronave seja posterior à data da assinatura do contrato de alienação fiduciária em garantia, não deixam dúvida os termos da resposta à notificação, feita pela Infraero, no sentido de que os débitos referentes àquela aeronave, vencidos e a vencer, estão sob responsabilidade da apelante RLA.

VI. Conforme as normas do Código Brasileiro de Aeronáutica, as tarifas de pouso e permanência de aeronaves incidem sobre o proprietário ou explorador, e, na presente hipótese, ainda que o contrato de alienação fiduciária seja anterior à data da origem do débito referente a uma das aeronaves, não se desincumbiu o executado/apelante de provar que não era seu explorador, figurando, tal como disposto no art. 123, II, do CBA, como tal, por ser possuidor direto, na condição de devedor fiduciante.

VII. Sentença *ultra petita* reduzida, de ofício, aos limites do pedido. Apelação da Rico Linhas Aéreas – RLA a que se nega provimento.

Numeração única: 0001093-84.2010.4.01.3200
 Apelação Cível 2010.32.00.000701-6/AM
 Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – 6ª Turma
 Publicação: *e-DJF1* de 10/01/2013, p. 429

Administrativo e Civil. Doação de material não permanente. Doação sem encargo. Impossibilidade de revogação. Processual Civil. Honorários advocatícios contra Fazenda Pública. Réus com defesa e advogado comuns. Art. 20, § 4º, do CPC.

I. A sentença recorrida concluiu que a doação realizada em favor dos réus ora apelados, independentemente do pleno atendimento das formalidades legais, devia ser preservada em nome do princípio da confiança, pois os livros

seriam vendidos como material reciclado a 24 centavos o quilo. Os réus, interessados na preservação do material como valor cultural, se propuseram a recebê-los. Também fundamentou que o Ministério Público investigara os fatos, mediante requerimento do primeiro réu, e concluíra pela inexistência de irregularidades no proceder da biblioteca, daí resultando o respectivo arquivamento. Ao final, a sentença ressaltou a possibilidade de a apelante realizar apuração administrativa para buscar a responsabilidade de seus próprios agentes.

II. Sobre os fatos, a Procuradoria da República, a pedido do primeiro apelado, instaurou procedimento preparatório investigatório (fls. 137 e 138). Três meses depois, já com as informações dos dirigentes da FUB e ratificando o parecer de sua área técnica, concluiu pelo arquivamento e recomendações aos administradores da IES. O relatório evidencia a desorganização reinante naquela vital unidade da apelante. O trabalho de catalogação ora era realizado por voluntários, ora pelo pessoal técnico, ora por estagiários da área de Humanidades.

III. A doação, independentemente dos critérios que a justificaram e pela tragédia da narrativa do duvidoso processo de descarte para reciclagem, foi até medida mais acertada à preservação da riqueza das obras de suposto valor. Os apelados, conservando-as e mantendo-as à consulta pública, como é fato também incontroverso nestes autos, até mereceriam ser indenizados pela Administração, caso realmente tenham impedido que aqueles livros se transformassem em papel reciclado.

IV. Aperfeiçoada a doação sem qualquer encargo, não pode mais o doador invocar sequer a existência de erro ao donatário, dadas as fechadas hipóteses de revogabilidade previstas no art. 557 do Código Civil.

V. A defesa das apelantes esteve ao encargo de um mesmo advogado, cujas intervenções se resumiram a duas oportunidades: a primeira para uma contestação com pontos coincidentes de argumentação, e a segunda para denunciar à lide, sem identificar, a pessoa responsável pela doação dos livros, requerimento que foi rechaçado na sentença. Assim, foi único o tempo gasto na formulação da defesa de ambos os réus. Dado o caráter mediano da complexidade desta causa e a inexistência de outras diligências que lhe teriam consumido mais tempo, adequado fixar honorários únicos de R\$5.000,00 atuais em favor do advogado das apeladas.

VI. Apelação e remessa parcialmente providas exclusivamente para reduzir os honorários de sucumbência.

Apelação/Reexame Necessário 0042691-63.2011.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado) – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 13/02/2013, p. 86

Administrativo. Servidor. Plano de saúde. Plan Assiste. Ministério Público da União. Resolução 20/1998. Internação em UTI. Plano de custeio. Parcial provimento do recurso.

I. A Resolução 20/1998 – PGR determinou alterações no Plano de Assistência à Saúde dos Servidores do Ministério Público Federal – Plan Assiste, entre as quais a limitação para internação em Unidades de Terapia Intensiva e o aumento no valor do custeio dos serviços para os titulares que têm pais como dependentes.

II. A limitação temporal de internação na UTI é abusiva, tendo em vista que não se pode adrede determinar o tempo em que o beneficiário deverá ficar submetido ao tratamento intensivo ou que possa ser removido para outra modalidade de atendimento ou até mesmo receber alta médica, conforme Súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

III. A modificação da forma de custeio não pode ser considerada abusiva, porque o Regulamento Geral do Plan Assiste expressamente prevê a possibilidade de exclusão, alteração, redução ou mesmo sustação da concessão de qualquer tipo de benefício, a critério do Conselho Deliberativo.

IV. Não ocorre violação a direito adquirido, pois o art. 76 do Regulamento Geral do Plano, a que os autores aderiram, sem qualquer coação, expressamente prevê a possibilidade da alteração da forma de custeio (Precedentes do TRF 1ª Região: AC 0018014-81.2002.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado), 4ª Turma Suplementar, *e-DJF1*, p. 195, de 08/08/2012; AC 0001414-48.2003.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal Mark Yshida Brandão (convocado), 1ª Turma Suplementar, *e-DJF1*, p.164, de 03/08/2011).

Numeração única: 0013826-45.2002.4.01.3400

Apelação Cível 2002.34.00.013855-3/DF

Relator: Juiz Federal José Alexandre Franco (convocado) – 2ª Turma Suplementar

Publicação: *e-DJF1* de 05/02/2013, p. 498

Processual Civil. Administrativo. União. Legitimidade. Licitação. Equilíbrio econômico-financeiro. Indenização. Serviços. Valor. Vinculação. Edital. Disponibilidade.

I. A União é parte ilegítima porque, embora o contrato seja anterior à Lei 8.731/1993, as Escolas Técnicas passaram à condição jurídica de autarquias e assumiram os ônus da defesa e de suportar os eventuais encargos do seu cumprimento.

II. A Fortec venceu a Tomada de Preço 1/2002 e firmou o contrato 17/2002 para prestação de serviços nos imóveis da Escola que, embora prestados, não recebeu a quantia prevista em edital, que vincula o contrato. Venceu a licitação com o preço de R\$ 24.050,89 mensais, no total de R\$ 288.610,68, para manutenção de toda área licitada constante de 92.604,82 m² (sendo 24.733,29 m² de áreas internas e 67.871,59 m² de áreas externas). Mas o contrato foi celebrado no valor de R\$18.038,23 por toda área.

III. O edital vincula a Administração naqueles itens que o particular não tem a livre disposição, como abrir mão de parte do preço pelo serviço prestado. Ao particular é facultado deixar de receber o preço. Tanto que livremente assinou o contrato com o valor menor que o previsto no edital sem qualquer objeção.

IV. O relatório de auditoria ou fiscalização da Controladoria Geral da União – CGU expressamente constatou que, não obstante registrada a área toda no contrato, o serviço foi prestado em apenas 75%, ou seja, o contratado reduziu a área de prestação de serviços sem autorização da Administração. Pressupõe-se que a redução possa ter ocorrido até em contrapartida à diminuição do valor. Mas não lhe era dado agir assim sob pena de descumprir o contrato pelo qual se obrigou a dar a manutenção em toda a área pelo valor assinado no contrato. O relatório (cópias de fls. 9-12 do apenso 1) é muito claro que várias áreas constantes do quadro tanto do edital como do contrato não eram objeto de manutenção pela contratada, o que poderia ser a justificativa para a redução do valor do contrato.

V. A contratada espontaneamente assinou o contrato e nada manifestou e, ao contrário, externando a sua concordância com relação à redução do valor, o que, frise-se, está dentro da sua livre manifestação de vontade e não pode obrigar a indenização pelo Erário. Ou seja, abriu mão do valor e, além disso, não prestou o serviço sobre toda a área constante do contrato. Não há o que ser indenizado. Ratificou por duas oportunidades a pactuação por ocasião dos termos aditivos, quando novamente, e livremente, se comprometeu a prestar os serviços pelos valores fixados. Portanto, a alegação de que não teria concordado com a redução dos valores revela-se inócua, porque continuou a prestar os serviços.

VI. A teoria da imprevisão, no âmbito do contrato administrativo, depende de prova do desequilíbrio econômico-financeiro por fato superveniente e que não pudesse ser objeto de conhecimento ou possibilidade de ocorrência pelas partes. A superveniência do dissídio trabalhista, com aumento do salário da categoria profissional, é perfeitamente previsível, tanto que ocorre com frequência e a todo ano para recompor as perdas inflacionárias do período (alegação de que não teria sido pago o salário da categoria, aumentado de R\$ 243,00 para R\$ 280,00). Não há imprevisão que justifique a revisão do contrato. Também ocorre com os encargos do contrato de trabalho, como horas extraordinárias, que são feitas sob responsabilidade da contratada, que se obrigou ao pagamento das despesas trabalhistas (alegação de majoração da jornada que culminou em obrigações trabalhistas com o pagamento de horas extras) (precedentes do TRF 1ª Região: AGRAC 0031410-04.1997.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal Marcio Barbosa Maia (convocado), 4ª Turma Suplementar, *e-DJF1* p. 74 de 12/11/2012; AC 0001808-95.2002.4.01.3301/BA, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, *e-DJF1*, p. 542, de 16/03/2012; AC 0033085-89.2003.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, *e-DJF1*, p. 49, de 21/02/2011).

VII. A questão da insalubridade foi resolvida pelo termo aditivo, pois, como não pôde haver retroação (nem foi pactuada), a obrigação deve ocorrer apenas depois de firmado, quando foi apresentado outro laudo constatando a insalubridade em grau máximo de toda área objeto da prestação dos serviços, contrariando a previsão constante do edital. Note-se, novamente, que o termo aditivo foi livremente pactuado sem qualquer ressalva, notadamente quanto à data de início da obrigação. O ato jurídico se aperfeiçoou de maneira que somente poderia ser desconstituído mediante prova de eventual vício, que não ocorreu e sequer foi alegado.

VIII. Os honorários de sucumbência, por sua vez, não foram fixados conforme preceitua do Código de Processo Civil, considerando o grau de dificuldade do processo e o trabalho do profissional. A causa é complexa que envolve estudo e confrontação de documentos e provas, razão pela qual deve ser fixado em 5% do valor dado à causa.

Numeração única: 0001555-67.2004.4.01.4100

Apelação/Reexame Necessário 2004.41.00.001559-7/RO

Relator: Juiz Federal José Alexandre Franco (convocado) – 2ª Turma Suplementar

Publicação: *e-DJF1* de 17/01/2013, p. 106

Constitucional. Administrativo. Mandado de segurança coletivo. Empregados da Embrapa. Resolução 20/2001. Constitucionalidade. Extinção do contrato de trabalho em razão da aposentadoria. Ato unilateral do empregador. Possibilidade. Demissão plúrima. Art. 165 CLT.

I. Não pode prosperar a exigência de suspensão da aposentadoria do empregado como condição para a manutenção do vínculo empregatício com as empresas estatais (empresa pública e sociedade de economia mista), tendo em vista a suspensão do art. 453, §1º, da CLT (redação dada pela MP 1596-14/1997, convertida na Lei 9.528/1997), objeto de decisões do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIN) 1.170-4 e 1.721-3, estando destituído de fundamento legal qualquer ato administrativo nesse sentido.

II. Na presente ação, no entanto, o sindicato busca o reconhecimento da inconstitucionalidade da Resolução 20 da Embrapa, que não exige qualquer conduta do empregado ou impõe suspensão indevida da aposentadoria ou contrato de trabalho. A combatida resolução estabelece, apenas, que “os empregados que se aposentarem voluntariamente terão automaticamente seu contrato de trabalho com a empresa extinto”, cabendo ao diretor-presidente implementar a medida com a efetivação da extinção contratual.

III. Não há direito líquido e certo do empregado à manutenção da relação contratual à revelia da vontade do empregador, exceto nas hipóteses legais de estabilidade no emprego. A rescisão do Contrato de Trabalho pode ser ocasionada por ato unilateral atribuído ao empregador ou ao empregado, ou ainda por motivo não imputável aos contratantes, desaparecendo um dos sujeitos, portanto. Há, inclusive, a possibilidade da dispensa plúrima e a coletiva, sendo esta última a de mais de um empregado, por um motivo igual para todos, quase sempre razões de ordem objetiva da empresa, como problemas econômicos, financeiros e técnicos.

IV. Os desdobramentos de eventual dispensa em massa dos aposentados ou consequências jurídicas do ato adotado por meio da Resolução 20, não podem fundamentar a suspensão apriorística e genérica da mesma, sob pena de ofensa ao direito do empregador de assim proceder unilateralmente, e, se o caso, assumir os débitos daí decorrentes. A imposição representaria ofensa direta ao art. 5º, II da CF, pois não há Lei que exija do empregador a manutenção do contrato de trabalho.

V. Há, como efeito, aparente omissão legislativa no sistema, que se deve, até hoje, à inexistência da lei complementar prometida no inciso I do art. 7º da Constituição Federal, que visaria regulamentar o instituto da *demissão arbitrária* (gênero sob o qual certamente incluir-se-ia, pela gravidade social, a demissão *em massa* ou *coletiva*). O art. 165 da CLT é invocado quando as empresas demitem quantidade elevada de trabalhadores, o que já lhe conferiu o *status* de uma espécie de princípio específico do Direito do Trabalho, não mais do Direito Individual apenas, mas também do Direito Coletivo do Trabalho. No entanto, nada há a garantir a manutenção do contrato de trabalho ao arrepio da vontade do empregador, exceto nas hipóteses de estabilidade legal.

Numeração única: 0010566-91.2001.4.01.3400

Apelação Cível 2001.34.00.010577-7/DF

Relatora: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada) – 2ª Turma Suplementar

Publicação: *e-DJF1* de 05/02/2013, p. 497

Administrativo. Servidor. Reintegração. Possibilidade de concessão de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Controle pelo Poder Judiciário. Agravamento da penalidade. Decisão desmotivada. Desídia não comprovada. Inocorrência de enriquecimento ilícito. Juros e correção monetária. Apelação e remessa oficial desprovidas.

I. O art. 2º-B da Lei 9.494/1997 deve ser interpretado restritivamente, não se aplicando à hipótese dos autos, em que se busca a anulação de ato administrativo demissional, com a conseqüente reintegração do servidor, sendo, dessa forma, possível a concessão de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública. Precedentes.

II. É pacífico nos Tribunais Superiores o entendimento de que, relativamente ao controle judicial dos atos administrativos que impõem sanções disciplinares, é dever do Poder Judiciário apreciar a proporcionalidade e a razoabilidade entre a infração supostamente cometida e a pena aplicada, não havendo falar em análise circunscrita a aspectos formais. Precedentes.

III. À vista do disposto no art.168 da Lei 8.112/1990, ao julgar o PAD, a autoridade julgadora acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos, hipótese na qual poderá, motivadamente, agravar a penalidade imposta. Tal norma tem por finalidade impedir que a autoridade administrativa pratique atos arbitrários, ficando vinculada às conclusões da comissão, que acompanhou todas as fases do PAD e detém maior afinidade com as provas nele produzidas.

IV. No caso dos autos, reputo estar devidamente motivado o ato que decidiu pela demissão, porquanto descreveu a conduta irregular do demandante que ensejou a sanção e mencionou as normas infringidas, tudo com base no parecer da Consultoria Jurídica. Vale ressaltar que é perfeitamente aceitável que a autoridade julgadora adote o parecer de sua Consultoria Jurídica, e não o relatório conclusivo da comissão. Precedentes.

V. Contudo, depreende-se do processo administrativo disciplinar, a inexistência de um único elemento hábil a caracterizar, com segurança, má-fé ou desonestidade por parte do autor, no exercício de suas funções, relativamente ao motivo ensejador da punição. Conforme de vê do próprio relatório e parecer que embasou o julgamento da autoridade Ministerial, em nenhum momento sequer se cogitou de haver o autor incorrido em conduta desonesta, sendo que a própria comissão processante reconheceu em seu favor, inúmeras atenuantes, sugerindo a pena de suspensão, que, todavia, foi transformada, indevidamente, em pena de demissão, no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Não há, pois, como imputar qualquer conduta desidiosa ao servidor.

VI. Descabida a alegação de enriquecimento ilícito do servidor em virtude da condenação ao pagamento de todas as remunerações, desde a data do desligamento, porquanto a não prestação dos serviços não decorreu de conduta espontânea do autor, e sim de ato administrativo ilegal.

VII. Os valores atrasados deverão ser acrescidos de correção monetária e juros de mora, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

VIII. Remessa oficial e apelação desprovidas.

Numeração única: 0006616-58.2003.4.01.3900

Apelação/Reexame Necessário 2003.39.00.006570-0/PA

Relatora: Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu (convocada) – 3ª Turma Suplementar

Publicação: e-DJF1 de 04/02/2013, p. 171

Administrativo. Concessão de uso. Lanchonete. Destinação específica. Inadimplência. Desequilíbrio contratual não comprovado.

I. O contrato firmado entre as partes em novembro/2000, decorrente da Concorrência 4/2000, teve por objeto a concessão de uso para exploração da lanchonete do patrimônio do Departamento de Polícia Federal, localizada na sobreloja do edifício-sede, para refeições *self-service* e lanches rápidos para os servidores do DPF lotados no edifício-sede. Assim, sendo específica a destinação dos produtos e serviços a serem prestados pela autora/apelante, não é possível a interpretação de que teria o direito de fornecer alimentação ao público externo.

II. Não há prova nos autos de que os reajustes do valor dos aluguéis estejam em desacordo com o pactuado na cláusula quarta do contrato em questão e também de que os reajustes dos produtos vendidos pela autora estejam abaixo

do preço de mercado. Não obstante, verifica-se que foi autorizado o reajuste da tabela de preços requerida pela autora no mesmo ano que houve o reajuste dos aluguéis, de modo que não se sustenta a alegação de desequilíbrio contratual.

III. Nega-se provimento ao recurso de apelação.

Numeração única: 0000685-51.2005.4.01.3400

Apelação Cível 2005.34.00.000664-8/DF

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado) – 4ª Turma Suplementar

Publicação: *e-DJF1* de 05/02/2013, p. 518

Civil. Contrato de adesão. Incentivo à alimentação de trabalhadores. ECT. Vales-refeição. Recebimento de tíquetes falsificados. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com ação de cobrança. Cláusula que exime a administradora do pagamento de tíquetes falsos. Legitimidade. Pedidos improcedentes. Sentença mantida.

I. Não é abusiva a cláusula contratual que exonera a ECT do pagamento de tíquetes falsificados porque revela o escopo da ECT de se precaver contra eventual conduta de terceiros falsários, em situações nas quais não tenha nenhum vínculo direto seja na emissão dos vales falsificados seja no seu recebimento pelo estabelecimento credenciado. Deve ser reconhecida a validade da cláusula do contrato.

II. “Em sede contratual, a responsabilidade é subjetiva, sendo evidente que, na espécie, não há culpa da EBCT pelo surgimento do dano, pelo que não lhe é exigível o pagamento dos tíquetes falsificados recebidos por prepostos da empresa credenciada, a qual se sujeita aos riscos do negócio.” (AC 1999.34.00.028618-8/DF, Quinta Turma, rel. Fagundes de Deus).

III. Nega-se provimento ao recurso de apelação.

Numeração única: 0008408-45.2001.4.01.3600

Apelação Cível 2001.36.00.008408-8/MT

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado) – 4ª Turma Suplementar

Publicação: *e-DJF1* de 05/02/2013, p. 507

Administrativo e Processual Civil. União Federal. Contrato de concessão do Porto de Santos. Correção monetária. Desequilíbrio econômico-financeiro. Prescrição. Termo final. Apelação que se nega provimento.

I. O pedido indenizatório fundou-se no desequilíbrio econômico-financeiro ocasionado pelos Decreto-Lei nº 188, Ato Complementar 74 e Decretos 973 e 974 e 65.453, todos de 20/10/1969, que vieram disciplinar a correção monetária às concessionárias de serviços públicos, vedando a atualização de qualquer bem imobilizado e quebrando a correção econômica dos contratos.

II. Segundo precedentes do STJ, afigura-se legítima a incidência da correção monetária sobre os valores dos pagamentos efetuados em atraso pela Administração *no curso de contrato para execução de obras*.

III. Ocorre que a ação para a defesa do direito da concessionária recorrente depende não apenas da persistência do suposto estado de desequilíbrio, mas, principalmente, da continuidade da relação contratual entre as partes, encerrada há quase vinte anos antes do ajuizamento da ação.

IV. A decretação da prescrição do direito pretendido pela empresa autora é medida que se impõe, uma vez que o ajuizamento da demanda se deu em 27/01/2000 e a indenização referente à não incidência da correção monetária dos ativos e à compensação financeira pelo tempo de espera da conclusão formal do contrato de concessão do Porto de Santos restringe-se ao período correspondente aos cinco anos posteriores ao da data do seu efetivo encerramento, vale dizer, 06/11/1985, nos termos do art. 1º do Decreto-Lei 20.910/1932.

V. Apelação a que se nega provimento.

Numeração única: 18276620004013400

Apelação Cível 2000.34.00.001831-3/DF

Relator: Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado) – 4ª Turma Suplementar

Publicação: *e-DJF1* de 05/02/2013, p. 504

Civil. Administrativo. Responsabilidade civil. Ação de reparação de danos. Naufrágio de embarcação. Morte de passageiros. Negligência na fiscalização. Dever de indenizar. Valor da indenização. Honorários advocatícios.

I. O ajuizamento de ação civil pelo Ministério Público não obsta o ajuizamento de ação indenizatória individual. Preliminar rejeitada.

II. O Ministério da Marinha tem competência para agir, por intermédio da Capitania dos Portos, no exercício da Polícia Naval, para exercer a fiscalização e exigir a fiel observância dos atos normativos referentes à navegação, nos termos do Regulamento para o Tráfego Marítimo, aprovado pelo Decreto 87.648/1982, com as alterações introduzidas pelo Decreto 2.117, de 09/01/1997, vigente na época dos fatos.

III. Está caracterizada a responsabilidade civil da União para reparação de dano moral decorrente de morte de passageiro, por naufrágio de embarcação que trafegava com 105 passageiros, em desacordo com o limite constante da carta de lotação de 35 passageiros, uma vez que está demonstrado ter havido negligência dos agentes do Estado na fiscalização. Precedentes do Tribunal no julgamento de casos análogos.

IV. É legítima a condenação da União ao pagamento de pensão civil por morte de familiares dos autores no naufrágio da embarcação no valor correspondente a, no mínimo, 2/3 (dois terços) do salário-mínimo.

V. A "reparação de danos morais ou extra patrimoniais, deve ser estipulada *cum arbitrio boni iuri*, estimativamente, de modo a desestimular a ocorrência de repetição de prática lesiva; de legar à coletividade exemplo expressivo da reação da ordem pública para com os infratores, sem reduzi-la a um mínimo inexpressivo, nem elevá-la a cifra enriquecedora" (AC 96.01.15105-2/BA). Indenização por danos morais a ser paga aos autores em valores entre R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), para os autores que sofreram dor, angústia e abalos psíquicos com o naufrágio, e valores entre R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil) e R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), para os autores que tiveram parentes mortos no naufrágio.

VI. A incidência dos juros de mora deve incidir a partir da data em que ocorreu o evento danoso, consoante entendimento jurisprudencial do STJ (enunciado da Súmula 54).

VII. A verba honorária pode ser fixada em percentual inferior a 10 % (dez por cento) do valor da condenação diante do elevado montante a ser pago pela parte vencida. No caso a verba honorária é reduzida para 5% (cinco por cento) do valor da condenação, com a observância dos parâmetros previstos no § 3º do art. 20 do CPC.

VIII. Dá-se parcial provimento ao recurso de apelação, à remessa e ao recurso adesivo.

Numeração única: 0000133-57.2004.4.01.4100

Apelação/Reexame Necessário 2004.41.00.000133-1/RO

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado) – 4ª Turma Suplementar

Publicação: e-DJF1 de 05/02/2013, p. 517

Processual Civil, Tributário e Administrativo. Conselho Regional de Economia. Empresa que exerce atividades de factoring. Inexistência de relação jurídica. Desnecessidade de registro.

I. Inexiste qualquer ilegalidade na prolação de sentença e no julgamento dos embargos de declaração por juiz diverso, nos casos de afastamento do magistrado que originalmente presidia o feito.

II. No caso, a sentença encontra-se devidamente fundamentada, tendo o juízo se manifestado de forma clara e precisa acerca das razões que o levaram a rejeitar os pedidos formulados na inicial, de modo que não que falar em nulidade por omissão do julgado.

III. A obrigatoriedade de registro junto aos conselhos profissionais é determinada pela atividade básica desenvolvida pela empresa, nos termos do art. 1º, da Lei 6.839/1980.

IV. Tratando-se a apelante de empresa voltada para a atividade de *factoring*, ou seja, para o comércio de direitos de crédito, a sua área básica de trabalho não se relaciona com as atividades técnicas de economia e finanças, mas sim com aquelas meramente comerciais.

V. Não se afigura possível obrigar a apelante ao registro no Conselho Regional de Economia, bem como a recolher as suas contribuições anuais. Precedentes deste Tribunal.

VI. Apelação provida.

Numeração única: 0033656-63.1999.4.01.3800

Apelação Cível 1999.38.00.033775-2/MG

Relator: Juiz Federal Wilson Alves de Souza (convocado) – 5ª Turma Suplementar

Publicação: *e-DJF1* de 08/02/2013, p 1.842

Tributário. Embargos à execução fiscal. Congelamento de preços. Necessidade de verificação das notas fiscais dos produtos comercializados pela fiscalização. Não apresentação. Autuação.

I. A empresa não pode se escusar de apresentar as notas fiscais dos produtos que comercializa, requeridas pela fiscalização, sob a justificativa de ter abrangência nacional – 120 lojas em 8 Estados – e estarem tais documentos na matriz. A própria empresa, ao dizer que “*tinha e guardava em seu arquivo central esses documentos*” (referindo-se às notas fiscais), confessou que tais documentos não estavam à disposição da fiscalização, no tempo e local exigidos. E a não apresentação das notas fiscais obstou a fiscalização de verificar a observância ao “congelamento” de preços, política governamental utilizada na época para coibir a altíssima inflação. A apelante alegou, mas não comprovou a impossibilidade de apresentar os documentos em foco por motivo relevante, que justificasse o não cumprimento de seu dever, nem tampouco seus preços estavam dentro do limite permitido pela MP 32/1989, no que se refere ao congelamento de preços. Não tendo a embargante se desincumbido de provar o direito que alega ter, ônus seu, não desconstituiu a CDA, que goza da presunção *juris tantum* de liquidez e certeza.

II. Apelação da Brasimac S/A Eletrodomésticos a que se nega provimento.

Numeração única: 0034877-98.2000.4.01.0000

Apelação Cível 2000.01.00.048637-6/GO

Relator: Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado) – 5ª Turma Suplementar

Publicação: *e-DJF1* de 25/01/2013, p. 1.020

- ★ 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.

*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.

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 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.

