

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

v. 27 n. 5/6 maio/junho 2013



ISSN 0103-703-X

| | | | | | |
|---------|----------|-------|--------|----------|-----------------|
| R. TRF1 | Brasília | v. 27 | n. 5/6 | p. 1/322 | maio/junho 2013 |
|---------|----------|-------|--------|----------|-----------------|

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal *João Batista Moreira* – Diretor

Coordenação

Ana Clara de Barros Balsalobre – Diretora/COJUD

Supervisão

Carmozina Vitorina Martins da Costa – Supervisora
Substituta/SEREV

Edição/Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre
Gabriela Vaz Junqueira Artiaga
Maria Aparecida Guimarães da Cruz Nunes
Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Editoração eletrônica

Carmozina Vitorina Martins da Costa
Leticia Menezes Marques – prestadora de serviço

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/portaltrf1/jurisprudencia/revista/revista-do-trf.htm>>.

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

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. – Vol. 1, n. 1
(out./dez. 1989) - Brasília : TRF 1, 1989-

v.

Publicada mensalmente de nov. 2000-dez. 2012.

Publicada bimestralmente a partir de janeiro de 2013.

ISSN 0103-703-X

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

Desembargador Federal Adhemar Maciel
abril/1989 – novembro/1992

Desembargador Federal Catão Alves
novembro/1992 – outubro/1993

Desembargador Federal Leite Soares
novembro/1993 – junho/1994

Desembargador Federal Tourinho Neto
junho/1994 – abril/1997

Desembargador Federal Osmar Tognolo
maio/1997 – maio/1999

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

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

Desembargador Federal Olindo Menezes
maio/2003 – maio/2005

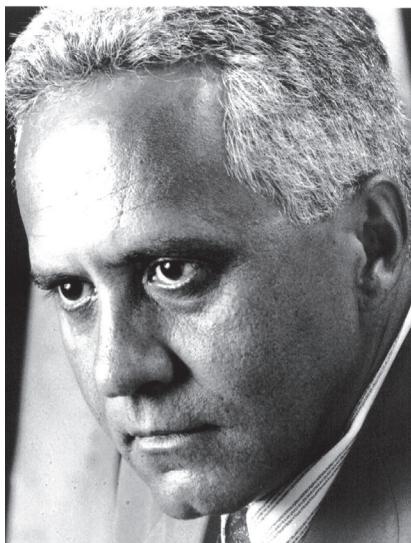
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
julho/2005 – maio/2006

Desembargador Federal Tolentino Amaral
junho/2006 – julho/2007

Desembargador Federal Hilton Queiroz
agosto/2007 – agosto/2009

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

Desembargador Federal Ítalo Mendes
outubro/2010 – maio/2012



Desembargador Federal João Batista Moreira
a partir de junho/2012



Editorial 15

Artigos Doutrinários 17

Do menor sob guarda e o Sistema da Previdência Social, 17

Henrique Jorge Dantas da Cruz

Paridade contributiva no regime de previdência complementar, 23

Leonardo Vasconcellos Rocha

Inovações legislativas 31

Lei Complementar 142, de 09/05/2013.

Lei 12.810, de 15/05/2013.

Lei 12.814, de 16/05/2013.

Lei 12.815, de 05/06/2013.

Medida Provisória 613, de 07/05/2013.

Medida Provisória 617, de 31/05/2013.

Decreto 8.017, de 20/05/2013.

Decreto 8.023, de 05/06/2013.

Decreto 8.027, de 13/06/2013.

Uniformização de Jurisprudência 33

Súmula 50

Contrato de depósito. Armazém geral. Indenização por quebra técnica. Decreto 1.102/1903, art. 11, § 1º, 2ª parte. Prescrição trimestral. Reconhecimento de ofício. Aplicação imediata da lei processual civil.

Numeração única: 0002915-92.1998.4.01.3600

Incidente de Uniformização de Jurisprudência 1998.36.00.002912-3/MT

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Acórdãos — Inteiros Teores 61

Corte Especial – Incidente de inconstitucionalidade. Art. 4º, Decreto-Lei 2.425/1988. Submissão ao órgão especial. Necessidade de manifestação. Sequência do julgamento pela turma. Prejudicialidade do incidente. Julgamento contrário ao STF. Embargos de declaração. Efeitos modificativos. Rejeição da inconstitucionalidade, 61

Numeração única: 0044362-78.2007.4.01.0000

Embargos de Declaração em Arguição de Inconstitucionalidade 2007.01.00.043933-8/MG

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Corte Especial – Suspensão de tutela antecipada. Estrada de ferro Carajás. Expansão. Licenciamento ambiental. Suspensão. Paralisação das obras. Ordem e economia pública. Grave lesão, 65

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela: 0056226-40.2012.4.01.0000/MA
Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

1ª Seção – Ação rescisória. Litisconsorte excluído do julgado rescindendo. Ilegitimidade ativa declarada. Julgamento pela improcedência. Decisões proferidas em processos distintos. Inocorrência de violação à coisa julgada, 71

Numeração única: 0021121-61.1996.4.01.0000
Ação Rescisória 96.01.22406-8/PA
Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

1ª Seção – Servidor público. Renúncia à aposentadoria. Recebimento indevido de duas aposentadorias. Reposição ao Erário. Ausência de concordância do servidor. Necessária judicialização, 73

Numeração única: 0038602-80.2009.4.01.0000
Mandado de Segurança 2009.01.00.039673-7/DF
Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

2ª Seção – Uso de documento falso e crime ambiental. Concurso de jurisdições da mesma categoria. Guia florestal para transporte de produtos florestais diversos. Lugar onde se consumou o crime mais grave. Competência do juízo suscitado, 76

Conflito de Competência 0027240-76.2012.4.01.0000/MA
Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

2ª Seção – Improbidade administrativa. Impossibilidade de incursão no campo probatório, 78

Ação Rescisória 0008660-66.2010.4.01.0000/MA
Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

3ª Seção – Terras indígenas. Ação anulatória dos procedimentos de demarcação cumulada com pedido indenizatório. Ajuizamento de ação cautelar incidental na pendência do julgamento de embargos infringentes. Manutenção na posse da área demarcada. Competência do TRF 1ª Região, 88

Numeração única: 0075362-28.2009.4.01.0000
Medida Cautelar Inominada 2009.01.00.077931-9/MT
Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado)

3ª Seção – Concurso público. Reprovação de candidato. Afastamento por ação judicial. Nomeação tardia. Determinação de retroação dos efeitos financeiros. Violação de lei. Não ocorrência, 95

Numeração única: 0014638-58.2009.4.01.0000
Ação Rescisória 2009.01.00.016468-8/BA
Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

4ª Seção – Receita decorrente de cessão temporária do direito de centralizar o pagamento dos vencimentos de servidores municipais ativos e inativos. Interpretação da cláusula que estipula o tipo de verba a ser incluída na base de cálculo da Receita Líquida Real do município, 105

Numeração única: 0016411-94.2007.4.01.3400
Embargos Infringentes 2007.34.00.016506-9/DF
Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

4ª Seção – Conselho Regional de Farmácia. Atividade básica médica. Dispensário de medicamentos. Desnecessidade de exigência de inscrição da empresa e de contratação de farmacêutico responsável, 111

Numeração única: 0002801-62.2003.4.01.3800
Embargos Infringentes 2003.38.00.002787-2/MG
Relator: Juiz Federal Arthur Pinheiro Chaves (convocado)

1ª Turma – Pagamento de quintos incorporados antes do ingresso na magistratura. Impossibilidade. Vantagem não prevista na Loman. Direito adquirido. Inexistência. Mudança de regime jurídico, 116

Numeração única: 0014584-23.2008.4.01.3300
Apelação Cível 2008.33.00.014588-4/BA
Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

1ª Turma – Aposentadoria por tempo de contribuição. Enquadramento profissional: vigilante armado. Reconhecimento do tempo de serviço prestado em atividade especial, 118

Numeração única: 0011232-47.2006.4.01.3811
Apelação/Reexame Necessário 2006.38.11.011247-5/MG
Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

2ª Turma – Concurso de promoção. Advocacia-Geral da União. Critérios. Afronta à LC 73/1993 não caracterizada. Analogia com o critério estabelecido no art. 93, II, b, da CF, para a magistratura. Distinção entre as situações. Ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, 128

Agravo de Instrumento 0026941-02.2012.4.01.0000/DF
Relator: Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (convocado)

2ª Turma – Segurado exercente de mandato eletivo. Reajustamento do benefício. Critérios. Preservação do valor real, 133

Numeração única: 0000476-19.2005.4.01.3809
Apelação Cível 2005.38.09.000476-1/MG
Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

3ª Turma – Operação Monte Carlo. Paciente militar. Delito de corrupção passiva e formação de quadrilha. Competência da Justiça Federal. Interceptações telefônicas. Legalidade. Medida cautelar de afastamento do cargo, 138

Habeas Corpus 0015338-92.2013.4.01.0000/GO
Relator: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado)

3ª Turma – Furto qualificado. Manutenção de prisão preventiva para evitar continuidade delitiva. Fácil acesso a computador, 142

Habeas Corpus 0020696-38.2013.4.01.0000/MG
Relator: Desembargador Federal Catão Alves

4ª Turma – Inquérito policial militar. Requisição pelo Ministério Público Militar. Autoridade coatora membro do Ministério Público da União. Competência originária do Tribunal Regional Federal, 144

Habeas Corpus 0064497-38.2012.4.01.0000/DF
Relatora: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada)

4ª Turma – Ação cautelar preparatória para sobrestamento de ação expropriatória. Prática de trabalho humano degradante. Impossibilidade de desapropriação, 149

Agravo de Instrumento 0076333-08.2012.4.01.0000/GO
Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

5ª Turma – Concurso público. Ministério Público da União. Cargo de técnico em segurança. Nomeação de candidatos aprovados. Necessidade e possibilidade. Interesse legítimo. Proteção perante a competência discricionária, 156

Numeração única: 0027124-60.2009.4.01.3400
Apelação Cível 2009.34.00.027640-7/DF
Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus
Relator p/acórdão: Desembargador Federal João Batista Moreira

5ª Turma – Anistia. Lei 8.878/1994. Servidor admitido sem concurso público. Menos de cinco anos de atividade. Readmissão. Mera liberalidade. Ausência de direito subjetivo ou de interesse legítimo. Demora no respectivo processo. Ausência de direito à indenização, 161

Apelação Cível 0039115-62.2011.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

5ª Turma - Responsabilidade civil. Danos morais e materiais. Reparação decorrente de acidente sofrido em embarcação. Cobrança deduzida contra a União. Omissão na fiscalização e edição de normas de segurança de navegação. Ocorrência da prescrição, 167

Apelação Cível 0002379-38.2012.4.01.3100/AP

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

6ª Turma – Ação civil pública. Programa de compensação ambiental. Legitimidade da Funai para compor a relação processual. Coisa julgada material reconhecida. Relativização da coisa julgada não acatada, 173

Numeração única: 0001399-51.2010.4.01.4300

Apelação Cível 2010.43.00.000749-6/TO

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

6ª Turma – Concurso público. Não orrência do direito de 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 do STJ. Impossibilidade de retroação dos efeitos funcionais, 180

Numeração única: 0027624-05.2004.4.01.3400

Apelação Cível 2004.34.00.027691-6/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

7ª Turma – IRPJ, CSLL E IRRF. Superavaliação dos custos da empresa. Redução do imposto a pagar. Fraude. Glosa dos valores tidos por excessivos, 185

Numeração única: 0000593-89.1999.4.01.3301

Apelação Cível 1999.33.01.000592-9/BA

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral

7ª Turma – IRPJ. Juros sobre capital próprio. Natureza jurídica de remuneração. Inaplicabilidade da isenção permitida pela Medida Provisória 2.222/2001, 190

Numeração única: 0007048-54.2005.4.01.3400

Apelação Cível 2005.34.00.007049-6/DF

Relator: Juiz Federal Arthur Pinheiro Chaves (convocado)

8ª Turma – Apreensão de mercadorias importadas. Subfaturamento. Falsa declaração quanto à natureza do produto. Pena de perdimento. Não cabimento. Pena de multa, 200

Apelação Cível 0016106-37.2012.4.01.3400/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

8ª Turma – Multa por embarço à fiscalização. Participação em comboio. Presunção de legalidade e de legitimidade do ato administrativo. Não demonstração de vício, 203

Numeração única: 0009379-70.2005.4.01.3800

Apelação Cível 2005.38.00.009453-8/MG

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

1ª Turma Suplementar – Imposto de Importação e IPI. Regime de admissão temporária. Autotransformador. Equipamento utilizado no processo de fabricação de outros bens, 205

Numeração única: 0009570-97.2004.4.01.3300

Apelação Cível 2004.33.00.009571-7/BA

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

1ª Turma Suplementar – Pagamento de aluguel de empregado. Condição para o exercício da profissão. Natureza indenizatória. Verba que não compõe base de incidência de contribuição previdenciária, 208

Numeração única: 008011-70.1998.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 1998.38.00.008115-5/MG

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)

2ª Turma Suplementar – Ação civil pública. Danos ambientais apurados em perícia. Responsabilidade da ré afastada no laudo pericial porque efetivados antes de sua aquisição da propriedade. Obrigação *propter rem*, 211

Numeração única: 0005006-12.2003.4.01.3300

Apelação Cível 2003.33.00.004988-4/BA

Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado)

3ª Turma Suplementar – Servidor público federal. Processo Administrativo Disciplinar – PAD. Devido processo legal. Inobservância. Nulidade do PAD. Reintegração devida, 216

Numeração única: 0009518-05.1998.4.01.3400

Apelação Cível 1998.34.00.009540-9/DF

Relatora: Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu (convocada)

3ª Turma Suplementar – Servidores públicos. Disponibilidade por força do Decreto presidencial 99.322/1990. Exclusão da lista dos disponíveis. Efeitos patrimoniais, 219

Numeração única: 0100269-19.1999.4.01.0000

Apelação Cível 1999.01.00.106838-6/DF

Relatora: Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu (convocada)

4ª Turma Suplementar – Empresa de turismo. Mercado de câmbio de taxas flutuantes. Autorização. Revogação. Ausência de motivação. Nulidade, 221

Numeração única: 0022030-15.2001.4.01.3400

Apelação Cível 2001.34.00.022067-0/DF

Relator: Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado)

4ª Turma Suplementar – Desembarque de mercadorias importadas. Avarias nas dependências do terminal da Infraero. Indenização por danos materiais, 224

Numeração única: 0005828-10.2003.4.01.3200

Apelação Cível 2003.32.00.005828-1/AM

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)

5ª Turma Suplementar – Petrobras. Contratos de prestação de serviços técnicos especializados. Regime de admissão temporária de equipamento estrangeiro. Extensão do prazo de permanência, 226

Numeração única: 0065624-31.2000.4.01.0000

Reexame Necessário 2000.01.00.075682-6/BA

Relator: Juiz Federal Wilson Alves de Souza (convocado)

5ª Turma Suplementar – Cooperativa. Responsabilização de administradores. Fato gerador posterior ao período de administração. Reparcimento, 228

Numeração única: 0109752-87.2000.4.01.9199

Apelação Cível 2000.01.99.128883-1/MG

Relator: Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado)

6ª Turma Suplementar – Princípio da não intervenção estatal na livre organização sindical. Possibilidade de publicação do pedido de registro no *DOU*, 232

Numeração única: 0021282-66.1999.4.01.0000

Apelação/Reexame Necessário 1999.01.00.024027-3/DF

Relator: Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida (convocado)

7ª Turma Suplementar – Mercadoria importada. Despacho aduaneiro. Intenção de desembaraçar as mercadorias. Presunção de abandono afastada, 234

Numeração única: 0002809-21.2002.4.01.3300

Apelação/Reexame Necessário 2002.33.00.002790-9/BA

Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado)

7ª Turma Suplementar – Apresentação de CND para o registro de imóvel. Dispensa. Declaração de que o imóvel não integra o ativo permanente da empresa, 238

Numeração única: 0051520-19.1999.4.01.9199

Apelação Cível 1999.01.00.060257-8/MG

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

Decisões Monocráticas**241****Reintegração de posse de empresa no canteiro de obras do Sítio Belo Monte, 241**

Agravo de Instrumento 0025127-18.2013.4.01.0000/PA

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

Pedido de suspensão de cobrança de crédito tributário objeto de discussão administrativa e de processamento e julgamento de recurso especial, 254

Agravo de Instrumento 0021455-02.2013.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Ação de improbidade administrativa. Rejeição em relação a um dos demandados, 256

Agravo de Instrumento 0017197-46.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Inexistência de situação excepcional a impor o recebimento do recurso de apelação no efeito suspensivo. Proteção à saúde, 258

Agravo de Instrumento 0020639-20.2013.4.01.0000/MT

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Remuneração percebida da Unesco, do Pnud e da UNFPA, 260

Agravo de Instrumento 0010644-80.2013.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Deferimento de pedido para decretar a indisponibilidade de bens dos demandados em medida cautelar fiscal incidental, 261

Agravo de Instrumento 0016358-21.2013.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

Servidor público. Pedido de afastamento do cargo para tratar de assuntos de interesse particular. Ato administrativo. Presunção de legitimidade. Discricionariedade e compatibilidade com os princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade e eficiência. Art. 37, *caput*, da Constituição Federal, 268

Agravo de Instrumento 0007742-57.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Ação civil pública. Ministério Público Federal. Deferimento do pedido de oitiva das testemunhas arroladas, 270

Agravo de Instrumento 0022713-47.2013.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

Servidor público. Pedido de remoção. Problemas de saúde, 272

Agravo de Instrumento 0010019-46.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Policial Federal. Determinação de retorno imediato às atividades no Departamento de Polícia Federal sob pena de suspensão do pagamento da remuneração, 273

Apelação/Reexame Necessário 0007973-40.2011.4.01.3400/DF

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

Mandado de segurança. Liberação de lote de medicamento retido em porto aeroportuário, 275

Agravo de Instrumento 0024268-02.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Pedido de abstenção da União de suspensão do pagamento da prestação mensal referente à reparação econômica decorrente de anistia, 276

Agravo de Instrumento 0077840-04.2012.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

Nulidade das cláusulas contratuais que definem o Valor de Remuneração da Rede Móvel – VUM junto às prestadoras Vivo S.A., Claro S.A., TIM S.A. e Oi S.A.. Necessidade de litisconsórcio passivo da Anatel. Fixação da competência da Justiça Federal para processar e julgar a demanda, 279

Agravo de Instrumento 0072074-04.2011.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado

Pedido de reintegração ao serviço público. Alegação de nulidades no processo administrativo que culminou na demissão, 281

Numeração única: 0001839-51.1998.4.01.3400

Apelação Cível 1998.34.00.001843-0/DF

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

Ação popular. Sustação de concursos destinados a artistas, criadores e produtores negros no âmbito do Ministério da Cultura, 282

Agravo de Instrumento 0029353-66.2013.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

JEFs em Revista**285****Inscrição no Cadin e ajuizamento de ação de execução fiscal contrariando decisão judicial que determinava a suspensão desses procedimentos. Dano moral configurado, 285**

Numeração única: 0044852-51.2008.4.01.3400

Recurso inominado 2008.34.00.903563-0 / DF

Relator: Juiz Federal Rui Costa Gonçalves

Prova vestibular. Candidato vítima de roubo dos documentos minutos antes da realização do certame. Inexistência de tempo suficiente para se proceder ao boletim de ocorrência. Tentativa frustrada de fazer a prova mesmo estando acompanhado de policial que ratificou o roubo. Situação excepcional causadora de danos na esfera emocional do candidato. Dever de indenizar, 288

Numeração única: 0042672-28.2009.4.01.3400

Recurso inominado 2009.34.00.902891-9 / DF

Relator: Juiz Federal Rui Costa Gonçalves

Auxílio-doença. Incapacidade parcial pré-existente ao ingresso do segurado no RGPS. Contratação em vaga de deficiente físico. Sequela de paralisia infantil. Fasceíte plantar. Limitação laborativa compatível com o exercício das atividades laborativas habituais, 291

Numeração única: 0014756-82.2010.4.01.3400

Recurso inominado 2010.34.00.904091-6 / DF

Relatora: Juíza Federal Lília Botelho Neiva Brito

Benefício por incapacidade. Possibilidade de revisão administrativa. Curso da demanda, 293

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal: 5000525-23.2012.4.04.7114/DF

Relator: Juiz Gláucio Federal Maciel

Servidores públicos da Justiça Federal. Auxílio-alimentação. Impossibilidade de equiparação com servidores dos tribunais superiores, do CNJ e do TJDF. Isonomia, 294

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal: 0502844-72.2012.4.05.8501/DF

Relator: Juiz Federal Rogerio Moreira Alves

Breviário

297

Exceção da verdade. Crimes de calúnia e difamação. Ausência de elementos indicativos de ato ilícito.

Suspensão de execução de sentença. Impossibilidade de extinção dos contratos de franquia de serviço postal. Grave lesão à ordem e à economia. Ausência de demonstração.

Ação civil pública. Ascensão funcional de servidores da Embrapa. ADI 837/DF. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 8.112/1990. Efeito *ex tunc*. Súmula 343/STF.

Ação rescisória. Improbidade administrativa. Impossibilidade de incursão no campo probatório. Enfrentamento da questão no acórdão rescindendo.

Embargos infringentes. Acórdão em confronto com julgado do STF. Novo exame da matéria. Art. 543-B do CPC. Honorários advocatícios em demandas relativas ao FGTS. Art. 29-c da Lei 8.036/1990.

Ação ordinária objetivando afastar a contribuição previdenciária patronal sobre os subsídios dos exercentes de mandato eletivo. Ilegitimidade ativa *ad causam* da Câmara Municipal, destituída de personalidade jurídica própria.

Ação coletiva. Servidor público. Tempo de serviço. Aproveitamento para fins de licença-prêmio.

Revisão de benefício. Afastamento do fator previdenciário. Impossibilidade. Preservação do valor real. Ausência de ofensa ao princípio da irredutibilidade dos benefícios previdenciários.

Exoneração de função comissionada. Efeitos retroativos. Impossibilidade. Ofensa ao princípio da segurança jurídica.

Militar. Pensionista. Dependente com grave estado de saúde. Internamento em hospital estranho à organização militar. Despesas médico-hospitalares custeadas pela União. Possibilidade.

Improbidade administrativa. Prescrição. Não ocorrência.

Emissão de recibo odontológico falso. Sonegação fiscal.

Ação de improbidade administrativa. Ex-prefeito municipal. Não comprovação da boa e regular aplicação de recursos públicos repassados mediante convênio.

Ação de improbidade administrativa. Empréstimo de armas da Polícia Federal para uso em estabelecimento particular.

Desapropriação. Acordo. Cobrança de honorários. Interesses de herdeiros defendidos por advogados diferentes.

Mineração em terra indígena. Requerimento de pesquisa e lavra na área. Ingresso na lide de cooperativa de povos indígenas como terceira interessada indeferido.

Danos morais decorrentes de doença profissional adquirida em razão das condições de trabalho oferecidas a servidora. Aposentadoria com proventos integrais. Danos morais.

Renovação de autorização para funcionamento de empresa de táxi aéreo. Comprovação de regularidade junto ao INSS, FGTS e Fazenda Nacional. Exigência ilegal. Meio abusivo de cobrança de débitos pela Administração.

Antigos servidores da Sucam. Combate a endemias. Manipulação de DDT. Ausência de treinamento e de equipamentos de proteção individual. Confirmação de patologias. Prevalência do laudo do perito judicial.

Perícia em embarcação. Ação preparatória de ação principal de indenização. Investigação criminal sobre suposto desvio de recursos do fundo da marinha mercante para a construção da embarcação.

Direito de lavra. Parcial restrição em razão de leis municipais que reconheceram parte da área como sendo de proteção ambiental. Abandono pela concessionária.

Ação popular. Controle prévio de constitucionalidade de projeto de lei e proposta de emenda à Constituição.

Óbito de vítima decorrente de explosão de artefato bélico de uso exclusivo das Forças Armadas brasileiras. Conduta omissiva do Estado.

Ressarcimento. Despesas médicas. Período não abrangido por plano de saúde. Ausência de adesão. Servidor público beneficiado não notificado. Art. 333, II, do CPC.

Contribuição patronal. Imunidade. Entidade de utilidade pública.

Imóvel de propriedade da União. Tributos municipais exigidos de cessionário, pessoa jurídica de direito privado.

Execução fiscal em vara federal. Arresto de pagamentos e bloqueio de ativos financeiros em nome agravante, sucessora da executada.

Inaptdão do CNPJ: empresa (inexistente de fato) que atua por interpostas pessoas para viabilizar atuação empresarial do seu real proprietário.

Frete de uniformização de preços – FUP, estabelecido pelo Conselho Nacional do Petróleo – CNP para uniformização de preços de derivados de petróleo em todo o território nacional.

IR. Incidência sobre montante integral recebido por força de decisão judicial proferida pela justiça trabalhista.

Aplicação de pena de perdimento. Veículo importado por diplomata. Existência de indícios suficientes para fundamentar a decisão administrativa.

Repositórios Oficiais de Jurisprudência**319**

Instruções Editoriais**321**



Nesta nova edição, a Revista apresenta o julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência 002915-92.1998.4.01.3600, que aprovou a Súmula 50 desta Corte no sentido de que prescreve em três meses para a Conab o prazo para propositura da ação de depósito, contado a partir do dia em que a mercadoria foi ou deveria ser entregue.

Os artigos doutrinários dos Procuradores Federais Henrique Jorge Dantas da Cruz e Leonardo Vasconcellos Rocha trazem os temas *Do menor sob guarda e o Sistema da Previdência Social e Paridade contributiva no regime de previdência complementar*.

Acórdãos e decisões monocráticas publicados nos meses de maio e junho de 2013 constam nas seções específicas dos órgãos julgadores desta Corte e dos Juizados Especiais Federais da 1ª Região.

Boa leitura!



Do menor sob guarda e o Sistema da Previdência Social

Henrique Jorge Dantas da Cruz*

1 Introdução

A redação originária do art. 16, § 2º, da Lei 8.213/1991¹ equiparava a filho, na condição de dependente do segurado, o menor que, por determinação judicial, estivesse sob a sua guarda.

Com o advento da Medida Provisória 1.596, de 10/11/1997, posteriormente convertida na Lei 9.528/1997, a redação passou a ser a seguinte:

O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

Isto é, o menor sob guarda deixou de figurar no rol de dependentes do segurado.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, apreciando o Incidente de Inconstitucionalidade no Reexame Necessário 0001292-81.1998.4.01.3700, declarou a inconstitucionalidade da exclusão do menor sob guarda do rol de beneficiários do Regime Geral de Previdência Social:

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO ART. 16 DA LEI 8.213/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 1.523, DE 11/10/96, REEDITADA E CONVERTIDA NA LEI 9.528/97 - SUPRESSÃO DO MENOR SOB GUARDA JUDICIAL DO ROL DE BENEFICIÁRIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, NA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE DO SEGURADO - AFRONTA AOS ARTS. 227, § 3º, II E VI, E 5º, CAPUT, DA CF/88 - INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. I - A redação original do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91 estabelecia que se equiparavam "a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja

sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação." II - A Medida Provisória 1.523, de 11/10/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97, alterou o aludido § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91, para estabelecer que "o enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento", suprimindo, portanto, o menor sob guarda judicial do rol de beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado. III - A Constituição Federal consagra, em relação à criança e ao adolescente, o princípio da proteção integral, cabendo à família, à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar-lhes, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, direitos naturais fundamentais (art. 227, caput, da Carta Magna). IV - O constituinte elenca, ainda, no § 3º do art. 227 da Carta Maior, sete normas indicativas das obrigações que o legislador ordinário não pode deixar de cumprir, entre as quais destacam-se a garantia, ao menor - criança e adolescente -, dos direitos previdenciários e trabalhistas, e o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado. V - "Sabemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental. Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal - que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia -, nenhum ato de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica." (ADI 2.215/PE, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 26/04/2001). VI - Desse modo, a norma contida no art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91 - na redação dada pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97 -, na parte em que exclui o menor sob guarda judicial da condição de dependente, colocando-o à margem da proteção

* Procurador federal.

¹ "Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação".

previdenciária estatal, é inconstitucional, pois não se harmoniza com as garantias estabelecidas na Lei Maior, entre elas as do art. 227, caput, § 3º, II e VI, da Carta. VII - Ademais, a discriminação trazida pela nova redação do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91 - ao excluir o menor sob guarda judicial da condição de dependente do segurado -, afronta, também, o princípio constitucional da isonomia, previsto no art. 5º, caput, da CF/88, pois, do ponto de vista essencial - não do nomen iuris do instituto jurídico sob cuja tutela vivem -, os menores sujeitos à guarda judicial de outrem necessitam dos mesmos cuidados e da mesma proteção estatal dispensada aos tutelados, diante do infortúnio da morte do guardião ou tutor, conforme o caso. VIII - Acolhimento da arguição de inconstitucionalidade do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97, na parte em que excluiu o menor sob guarda judicial do rol dos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado. (INREO 1998.37.00.001311-0/MA, Rel. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Corte Especial, e-DJF1 de 21/09/2009).

No voto da relatora – hoje, ministra do STJ – consignou-se que

[...] em relação à criança e ao adolescente, a Constituição Federal consagra o princípio da proteção integral, cabendo à família, à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar-lhes tais direitos naturais fundamentais, com absoluta prioridade.

Mais adiante, registrou:

O constituinte elenca, ainda, no § 3º do art. 227 da Carta Maior, sete normas indicativas das obrigações que o legislador ordinário não pode deixar de cumprir, entre as quais destacam-se a garantia ao menor – criança e adolescente – dos direitos previdenciários e trabalhistas, e o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

Sob o manto do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), segundo o qual, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, sua excelência, acompanhada pela maioria dos membros daquela Corte presentes ao julgamento, julgou inconstitucional a exclusão do menor sob guarda por afronta ao art. 227, caput, § 3º, II e VI, da Carta Constitucional, uma vez que a finalidade social do Direito Previdenciário é atender às pessoas nas contingências da vida, assegurando, assim, a dignidade da pessoa humana a todos, em especial ao menor, cuja proteção tem absoluta prioridade.

Ademais, vislumbrou violação ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, caput, da CRFB), já que o menor sob guarda necessitaria

[...] dos mesmos cuidados e da mesma proteção estatal dispensada aos tutelados, diante do infortúnio da morte do guardião ou tutor, conforme o caso.

2 Da recorribilidade e técnica de julgamento

Visto o julgamento acima, passa-se agora a analisar, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, as relações jurídicas que gravitam em torno do tema, sem olvidar algumas peculiares questões processuais de recorribilidade em face do aludido julgamento.

Diante de declaração de inconstitucionalidade, o recurso extraordinário, eventualmente interposto, terá como base na alínea *b*, o que permite ao STF a livre análise da questão controvertida, sem ficar jungido ao cotejo entre a decisão recorrida e o preceito constitucional invocado na insurreição recursal².

Não obstante a liberdade acima apontada, é necessário o prequestionamento do fundamento constitucional da declaração de inconstitucionalidade impugnada no recurso extraordinário. Assim, na hipótese muito comum dos acórdãos posteriores apenas fazerem referência ao julgamento do incidente de constitucionalidade, é indispensável a oposição de embargos de declaração ou a juntada do inteiro teor do precedente invocado³.

Finalizados esses lembretes acerca da recorribilidade, é de se registrar a Corte Especial do STJ⁴ não ter conhecido de semelhante incidente de inconstitucionalidade, já que a declaração de ilegitimidade da norma era dispensável ao julgamento da causa. Noutras palavras, a técnica de julgamento seguida pelo TRF1 foi rechaçada pelo STJ, em virtude de a nova legislação não ter negado direito de equiparação do menor sob guarda, mas apenas omitiu-se em prevê-lo. Assim,

[...] se a Constituição assegura, como se alega, a mencionada equiparação, o eventual

² RE 420.816, relator(a): Min. Carlos Velloso, relator(a) p/ acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2004, DJ: 10/12/2006.

³ RE 121.487, relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 23/08/1990, DJ: 14/09/1990.

⁴ AI nos EREsp 727.716/CE, rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), rel. p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 16/02/2011, DJe: 23/05/2011.

vazio normativo da lei ordinária é suscetível de ser colmatado, se for o caso, pela aplicação direta do próprio preceito constitucional.⁵

Inicia-se agora o exame a respeito da inconstitucionalidade de estender o direito do tutelado ao menor sob guarda sob o império da atuação legislativa.

3 Dos direitos previdenciários à criança e ao adolescente

É certo que a nossa Constituição garante direitos previdenciários à criança e ao adolescente, mas não é menos correto afirmar que esses direitos não são absolutos e devam ser aplicados em conformidade com o interesse público, a pacífica e harmoniosa vida em sociedade e a boa gestão dos finitos recursos públicos à disposição da população⁶. Nessa diretriz, o Pleno do STF deixou claro inexistir direitos e garantias de caráter absoluto:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias

⁵ Excerto do voto vencedor.

⁶ “Porém, precisa ser desmistificada a ideia corrente de que a intervenção judicial nas políticas públicas é algo sempre positivo, na medida em que visa assegurar a concretização dos direitos sociais. É decisivo, neste ponto, lembrar que a realização desses direitos envolve gastos públicos e que os recursos para fazer frente a tais despesas são escassos. O magistrado, em princípio, não tem à sua disposição todos os dados técnicos necessários à análise objetiva dos critérios de oportunidade e conveniência de implementação de determinada ação voltada ao bem coletivo. Nesse diapasão, e dentro de um inescapável cenário de escassez de recursos, em que as necessidades são maiores do que as possibilidades do orçamento público, o Poder Judiciário deve realizar uma análise realista no que se refere à implementação dos direitos sociais.” (TRF-1, SLAT 0037075-88.2012.4.01.0000, Presidente Desembargador Federal Mário César Ribeiro, e-DJF1 de 05/09/2012).

de terceiros. (MS 23452, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ: 12/05/2000) (excerto da ementa)

Seguindo essa linha de raciocínio, a Carta Magna competiu ao Poder Público organizar a seguridade social, com espeque, dentre outros, nos princípios da seletividade e distributividade, cuja função primordial é traçar as linhas-mestras do disciplinamento legislativo no atendimento às contingências da vida. A respeito deles, já tive o prazer de me manifestar⁷:

3. DOS PRINCÍPIOS DA SELETIVIDADE E DISTRIBUTIVIDADE

A nossa Constituição, nos incisos do artigo 201⁸, enumera eventualidades a serem atendidas, nos termos da lei, pela previdência social. Dessa primeira leitura, percebe-se toda e qualquer contingência humana não ser geradora de um consequente direito a uma prestação previdenciária, e seu atendimento não prescindir de requisitos para seu gozo.

O princípio da seletividade apregoa que os benefícios só serão fruídos por quem deles realmente necessite, devendo o necessitado estar dentro dos critérios erigidos na legislação.⁹ Segundo o professor Wagner Balera:

A seletividade é um instrumento a serviço dessas finalidades adrede fixadas no Texto Fundamental. O momento da seletividade está situado no estágio da elaboração legislativa. Orientando a intenção normativa, que se expressa nas finalidades a serem atingidas, cabe ao legislador definir os benefícios e serviços cuja prestação propicie melhores condições de vida à população.¹⁰

⁷ CRUZ, Henrique Jorge Dantas da. Desaposentação. In: PAVIONE, Lucas dos Santos; AMORIM, Luiz Antônio M. *Temas Aprofundados*: Advocacia Geral da União. Salvador: Podivm, 2012, p. 486–487.

⁸ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

⁹ DIAS, Eduardo Rocha e MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Op. cit.* p. 100–101. No mesmo sentido: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101. MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 15. VIANA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16.

¹⁰ BALERA, Wagner. *A Seguridade Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 36.

Se por um lado a previdência social arrecada valores para distribuí-los, essa distribuição, por outro lado, não deve ser desordenada. A renda deve ser auferida, em um primeiro plano, pelos mais necessitados. Nessa ótica, o princípio da distributividade é um desdobramento do princípio da igualdade material.¹¹

Em suma: nem toda contingência humana é atendida por uma prestação previdenciária, e, quando houver previsão legal para tanto, inarredável será o atendimento dos requisitos legais para sua concreta efetivação. Portanto, já passou da hora de se pensar que o sistema previdenciário, seja público ou privado, é um guarda-chuva onde todos possam se abrigar, pois, ou são estabelecidos critérios para atender os politicamente eleitos, ou findará ninguém sendo atendido adequadamente¹².

Destarte, caí por terra utilizar o art. 227 da CRFB e seus parágrafos e incisos na tentativa de impedir qualquer mudança legislativa ou estender direitos previdenciários a quem não é legislativamente eleito. São os postulados da seletividade e distributividade que ordenam ao Poder Público ter critérios na escolha dos beneficiários (segurados e dependentes).

4 Da guarda e da tutela

Adentra-se agora na apreciação da Lei 8.069/1990 (ECA), com a finalidade de desvendar a natureza jurídica do instituto da guarda.

A família natural é aquela unidade comum formada pelos pais ou qualquer um deles e seus descendentes (art. 25 do ECA). Já a família substituta¹³ – a própria

denominação já revela – é medida excepcional (art. 19 do ECA) e tem o caráter de fazer frente à falta daquela, nos termos do ECA, e será efetivada mediante guarda, tutela ou adoção (art. 28 do ECA).

Esses instrumentos – guarda, tutela e adoção – são taxativos, sendo o primeiro considerado a modalidade mais simples, pois sequer retira o poder familiar dos pais sanguíneos, ao passo que a tutela pressupõe sua suspensão ou mesmo a destituição e a adoção, a mais drástica de todas, tem como consequência o rompimento dos vínculos de parentesco com a família natural.

Para o interesse do presente estudo, as atenções são voltadas para o instituto da guarda e suas espécies em uma relação comparativa com a tutela.

A guarda, que obriga o seu detentor à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente (art. 33, *caput*, do ECA), em regra, “[...] destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção [...]” (art. 33, § 1º, do ECA). Não há muita dificuldade em enxergar a provisoriidade dessa espécie, pois ela não passa de fase anterior ao procedimento de tutela e adoção.

Já o § 2º do art. 33 do ECA dispõe sobre as *hipóteses excepcionais*, fora dos casos de tutela e adoção, em que se deferirá a guarda para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável.

A título de exemplo, os programas de acolhimento familiar ou institucional configuram situação peculiar, contudo, sua precariedade é nota intrínseca. Dois dos seus princípios esculpido no art. 92 do ECA evidenciam essa conclusão: preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar e integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa.

A eventual falta dos pais também permite ao guardião representar o guardado em determinada situação (ex.: menor, cujos pais estejam em outra localidade impedidos de se deslocarem, que necessita ser representado para retirada de FGTS).

Em suma, a guarda é (a) preparatória para a tutela ou adoção, (b) estágio para a reintegração familiar ou integração em família substituta ou (c) proteção aos

¹¹ DIAS, Eduardo Rocha e MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *op. cit.* p. 103.

¹² Prova maior dessa asserção é a recém instituição do regime de previdência complementar para os servidores públicos federais pela Lei 12.618/2012 e as reformas na previdência nos países europeus.

¹³ “E como bem acentua J. M. Leoni Lopes de Oliveira citando passagem colhida em Luiz Paulo Santos Aoki: ‘A história da família substituta é quase tão antiga quanto a humanidade, pois certamente brotou do próprio espírito de solidariedade existente latente nos seres humanos, de molde a suprir incontáveis ausências da família natural, gerando, daí, até mesmo fábulas, lendas e fantasiosas histórias que rechearam a imaginação de inúmeras gerações, como é o caso, por exemplo, dos irmãos romanos Rômulo e Remo, que foram criados por uma Loba; ou, então, a história do Lord inglês que foi criado por uma família de gorilas; ou então, a deliciosa história de Mogli, o menino das selvas, criado por uma família de lobos selvagens; ou a milenar história de Moisés, posto nas águas do rio em que se banhava a filha do faraó e por ela tirado das águas e

criado, tendo por ama de leite sua própria mãe.”. (JUNIOR, Alberto Gosson Jorge. *Guarda, Tutela e Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. Principais Aspectos. Revista de Direito Privado*. Vol. 05. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 32–33).

interesses do menor diante de situação passageira. Diante do exposto, ela é meio e não fim, é estado não buscado a título de definitividade, mas como etapa prévia ou temporária àquela visada pelos próprios princípios de proteção à criação e ao adolescente. Aliás, sua natureza precária e provisória decorre de expressa previsão no ECA:

Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

Adiante, em rápidos esclarecimentos, restarão evidentes os traços distintivos entre a guarda e a tutela.

Enquanto o deferimento da guarda não é definitivo, tampouco faz cessar o poder familiar, o que permite aos pais futuramente reverter essa situação¹⁴, são postos em tutela os filhos menores cujos pais faleceram, são considerados judicialmente ausentes ou decaíram do poder familiar (art. 1.728, I e II, do CC). Em consonância, o art. 36, parágrafo único, do ECA prevê como pressuposto ao deferimento da tutela a prévia decretação da suspensão (art. 1.637 do CC) ou perda (art. 1.638 do CC) do poder familiar.

Ao passo que a guarda é instituto revestido de provisoriedade, a tutela tem cores de estabilidade, apesar de não revestir-se de definitividade. Basta ler os arts. 1.740 e seguintes do Código Civil para ver que ao tutor incumbem todos os deveres que normalmente caberiam aos pais, isto é, a tutela substitui o poder familiar. Outros suportes normativos da estabilidade da tutela são (a) o art. 38 do ECA, que equipara os casos de cessação da tutela às hipóteses de destituição do poder familiar – ou seja, a tutela, diferentemente da guarda, não é simplesmente destituída em razão de a criança e o adolescente atingir estágio melhor de proteção (adoção, por exemplo) – e (b) o caráter de firmeza da estado de tutor ante as hipóteses de destituição prevista do art. 1.764 do CC.

Ademais, interpretando os incisos do art. 1.763 do CC, cessa a condição de tutelado se for atingida a maioridade/emancipação ou estiver/retornar, em qualquer hipótese, ao manto do poder familiar: reconhecimento, adoção, descoberta ou reaparecimento dos genitores e reanquirição judicial do

poder familiar¹⁵. Mais uma vez, essas razões sinalizam o grau de estabilidade do instituto.

Demonstrada a abissal diferença entre os institutos da guarda e da tutela, quem viola o princípio constitucional da isonomia é, na verdade, a equiparação do menor sob guarda ao tutelado pela simples razão de eles viverem situações desassemelhadas.

5 Das considerações finais

Infelizmente, o *jeitinho brasileiro*, ferramenta típica de indivíduos de baixo nível de politização, é costume por demais arraigado no povo brasileiro: basta lembrar a época da Revolta da Vacina em que população passou a criar ratos¹⁶. A *guarda simulada* também não passou despercebida pela doutrina e jurisprudência brasileiras:

O que se deve evitar é a constituição de guardas somente com vistas à percepção do benefício previdenciário, pois o encargo é muito mais amplo, conferindo ao seu detentor a responsabilidade de prestar assistência moral, material e educacional à criança ou adolescente.

É comum os avós postularem a guarda do neto, quando mãe (ou pai) com eles reside, trabalha, mas só tem a assistência médica do INSS e quer beneficiar seu filho com o IPE ou com outro convênio. Entendo, respeitando posições em contrário, que tais pedidos devem ser indeferidos, porque a situação fática, nesses casos, está discrepância com a jurídica. Em suma, é uma simulação com a qual o MP, como custos legis, e o Juiz competente não podem ser convenientes, sob pena de se fomentar o assistencialismo às custas de entidades não destinadas a esse fim¹⁷.

¹⁵ PELUSO, Cezar (coord). *Código Civil Comentado*. 3. ed. Barueri: Manole, 2009, p. 1.976.

¹⁶ “Para acabar com os ratos do Rio de Janeiro e erradicar a peste bubônica que eles transmitiam, o diretor-geral da Saúde Pública, Oswaldo Cruz, teve uma idéia genial. Montou brigadas mata-ratos. A tarefa de cada voluntário era eliminar cinco roedores por dia. Para cada rato caçado acima dessa cota, recebia-se 300 réis do governo! Foi uma mina de ouro para os malandros. De olho na recompensa, houve quem se especializasse na criação doméstica de ratos, que eram vendidos ou depois de abatidos trocados por dinheiro. Conhecidos pela sua extraordinária capacidade de procriar, os bichinhos devem ter feito o pé-de-meia de muita gente. Mas a farsa foi descoberta e alguns criadores presos.” (disponível em: <<http://histoblogsu.blogspot.com.br/2009/10/revolta-da-vacina.html>>. Acesso em: 11 set. 2012).

¹⁴ REsp 993.458/MA, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/10/2008, DJe: 23/10/2008.

¹⁷ CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1994, p. 150.

O STJ¹⁸, na pena no Min. Ruy Rosado de Aguiar, de há muito, esboçou preocupação com os pedidos judiciais de guarda que maquiavam a verdadeira intenção de enriquecimento ilícito, no sentido de que pretendiam criar situações jurídicas aptas a gerarem benefícios previdenciários:

No Estado do Rio de Janeiro, pelo que posso depreender da quantidade de processos que tenho recebido, versando sobre a mesma matéria, e só nesta sessão tenho três para julgamento, está se tornando hábito requerer a concessão da guarda para as avós, com o declarado objetivo de alcançar efeito previdenciário.

A responsabilidade primária e imediata da criação dos filhos é dos pais, e não dos avós, porque são eles que têm maiores possibilidades e melhores condições biológicas de acompanhar o desenvolvimento da criança até a maioridade. O falecimento dos avós antes de ser alcançado esse limite, possibilidade atuarialmente comprovada, não interfere no encargo dos pais, que continuam com o dever de prestar a assistência necessária aos filhos. Porém, se a neta passa a ser dependente da avó, os efeitos previdenciários dessa medida, em caso de seu falecimento, implicarão a oneração da previdência social, com o pagamento da pensão devida ao dependente, quando o dever de sustentar o filho era e deveria continuar sendo dos pais.

O expediente da guarda, em tais circunstâncias e com tal objetivo, passa a ser mero instrumento para garantir uma pensão aos filhos, em caso de falecimento da avó, quando a pensão dos filhos deveria decorrer do falecimento dos seus pais. Se estes estão vivos, saudáveis e em condições de trabalho, conforme ordinariamente acentuado nos autos, não há razão jurídica para

deferimento da guarda. Esta, como diz a lei, serve para regularizar a posse de fato, nos procedimentos de tutela e adoção, ou para ser deferida em casos excepcionais: na espécie, a conveniência de atribuir ao neto uma vantagem previdenciária, que não teria se continuasse na guarda dos pais, não caracteriza aquela excepcionalidade exigida pela lei, antes parecendo ser uma saída cômoda para onerar a previdência social.

Confesso que minha primeira impressão foi a de que a medida somente viria em benefício do menor, e daí a possibilidade de atendimento da pretensão. Refleti, porém, nas conseqüências do que disso poderia decorrer, caso firmada a orientação jurisprudencial no sentido de que os netos poderiam ser colocados, com o deferimento formal da guarda, como dependentes previdenciários dos avós, o que certamente teria importante reflexo no sistema previdenciário, e constituiria um desvio de finalidade da lei, seja a da que regula o sistema da previdência, seja a da que protege a criança e o adolescente. Na verdade, haveria a parcial desoneração dos pais e a conseqüente imposição de um ônus à instituição de previdência, com o surgimento de beneficiários em uma escala que não corresponde à ordem natural das coisas, a exigir o refazimento dos cálculos de suas despesas e conseqüente aumento de receita.

As duas situações mais corriqueiras com menor sob guarda são: a) transição para a tutela ou adoção; b) morte do avô, avó ou ambos cujos pais ainda estão vivos. Essas hipóteses são por demais afastadas da morte do tutor cujos estipêndios supriam as necessidades de um menor. Parece-me – e digo isso com todo o respeito – conceder pensão por morte para quem ainda tem seus provedores imediatos vivos é agir com irresponsabilidade frente aos recursos do Erário.

Por óbvio, não se parte do pressuposto que todas as pessoas agiam de forma dissimulada. Entretanto, como as situações se repetiam aos milhares, o legislador, sem ofender qualquer preceito constitucional e dentro do seu legítimo exercício do poder legiferante, manteve a proteção e cobertura previdenciárias ao menor e ao adolescente dentro de parâmetros mais razoáveis e seguros.

¹⁸ REsp 86442/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 10/12/1996, DJ: 03/03/1997.

Paridade contributiva no regime de previdência complementar

Leonardo Vasconcellos Rocha*

1 Introdução

Entre as diversas previsões relativas ao regime de previdência privada incluídas na Constituição Federal pela Emenda Constitucional 20, de 1998, que reformulou seu art. 202, o presente trabalho concentra-se no que dispôs seu § 3º:

É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

Segundo tal dispositivo, estaria, em regra, proibida a destinação de recursos públicos para fundos de pensão. A única exceção a tal mandamento consistiria na possibilidade de injeção de tais recursos por entidades públicas que assumissem a condição de patrocinadoras de um plano de benefícios operado por entidade de previdência complementar.

Neste caso excepcional, entretanto, fixou-se um balizamento, em princípio, clarividente: *“em hipótese alguma sua [entidade pública] contribuição normal poderá exceder a do segurado”*. Trata-se do instituto da paridade contributiva.

Ocorre que, não raro, operadores do sistema – patrocinadores, participantes, órgãos regulador e fiscalizador, bem como entidades fechadas de previdência complementar – relutam na delimitação da aplicabilidade desta contribuição paritária.

Isto se deve, em grande medida, ao vocábulo *normal* atribuído à contribuição de responsabilidade do patrocinador. A depender da linha interpretativa seguida, sua presença no texto do art. 202, § 3º, por si só, representaria a possibilidade de se instituírem contribuições outras, que não as *normais*, livres das

amarras da paridade. Por outro lado, há o risco de, na abertura de precedentes de tal ordem, incorrer-se no completo esvaziamento da limitação imposta.

No intuito de dirimir tal controvérsia, buscase compreender, primeiramente, os propósitos que impulsionaram a inclusão desta previsão no Texto Constitucional, de modo a nortear sua aplicação no plano infraconstitucional.

Posteriormente, é traçado um panorama das percepções do instituto da paridade contributiva no âmbito da legislação que regulamentou o regime de previdência privada (LCs 108 e 109/2001), baseada nas inovações implementadas pela citada Emenda.

Com esteio na coexistência e harmonização dos ditames constantes de ambos os diplomas, identifica-se o papel de cada qual na regulamentação dos preceitos da EC 20/1998, para, finalmente, se chegar a uma conclusão acerca do exato alcance da paridade contributiva.

2 Emenda Constitucional 20/1998: a criação do instituto da paridade contributiva

A Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998, foi o veículo legislativo responsável pela criação do instituto da paridade contributiva para as entidades fechadas de previdência complementar patrocinadas por entes da Administração direta e indireta.

Convém, então, transcrever-lhe os trechos responsáveis pela disciplina do tema:

Art. 1º - A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

Art. 202 - O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

§ 1º - A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

§ 2º - As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos

*Procurador federal da Advocacia-Geral da União. Coordenador de consultoria e assessoramento jurídico da Procuradoria Federal junto à Superintendência Nacional de Previdência Complementar. Bacharel em Administração de Empresas pela Universidade de Brasília – UnB.

estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

§ 3º - É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

§ 4º - Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

§ 5º - A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

§ 6º - A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

[...]

Art. 5º - O disposto no art. 202, § 3º, da Constituição Federal, quanto à exigência de paridade entre a contribuição da patrocinadora e a contribuição do segurado, terá vigência no prazo de dois anos a partir da publicação desta Emenda, ou, caso ocorra antes, na data de publicação da lei complementar a que se refere o § 4º do mesmo artigo.

Art. 6º - As entidades fechadas de previdência privada patrocinadas por entidades públicas, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista, deverão rever, no prazo de dois anos, a contar da publicação desta Emenda, seus planos de benefícios e serviços, de modo a ajustá-los atuarialmente a seus ativos, sob pena de intervenção, sendo seus dirigentes e os de suas respectivas patrocinadoras responsáveis civil e criminalmente pelo descumprimento do disposto neste artigo.

Art. 7º - Os projetos das leis complementares previstas no art. 202 da Constituição Federal deverão ser apresentados ao Congresso Nacional no prazo máximo de noventa dias após a publicação desta Emenda.

Depreende-se dos dispositivos colacionados, que a paridade contributiva é exigível para as entidades fechadas de previdência complementar patrocinadas por órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista. Em especial, destaca-se a prescrição do § 3º do art. 202 da CF, incluída pela Emenda Constitucional 20/1998, a qual impõe sua observância entre a contribuição normal das *patrocinadoras públicas* e dos segurados.

Com o propósito de possibilitar uma adaptação estruturada e os consequentes ajustes necessários, o art. 5º da norma em comento estabeleceu um prazo para a vigência desta imposição, o qual seria de dois anos contados a partir da publicação da Emenda ou, caso ocorresse antes, quando da publicação da lei complementar referida pelo § 4º do art. 202 da CF.

Em reforço à imposição referida, a EC 20/1998, por meio de seu art. 6º, expressamente adverte os dirigentes de entidades fechadas de previdência complementar e de entidades governamentais patrocinadoras que o descumprimento da prescrição de paridade contributiva, com os consequentes ajustes nos planos de benefícios e serviços, ensejaria a intervenção em tais instituições e a responsabilização civil e criminal dos respectivos dirigentes.

Eis os principais delineamentos do novo instituto idealizado pela Emenda Constitucional 20/1998. Pelos contornos apresentados, é possível perceber que se trata da concretização de uma medida voltada para a redução de dispêndios públicos e para uma racionalidade na gestão dos recursos públicos¹.

É cediço que planos previdenciários podem ser muito onerosos se muito generosos forem em seus benefícios. É sabido, também, que são numerosos os participantes e assistidos beneficiados por planos previdenciários oferecidos por entidades fechadas patrocinadas por entidades da Administração Pública direta e indireta.

Nesse sentido, a racionalização da gestão dos recursos públicos e uma redução de gastos públicos acabam por demandar a fixação de certos limites na conduta dos entes públicos enquanto patrocinadores de fundos de pensão. Quando se impõe uma restrição na contribuição dos patrocinadores públicos,

¹ Tais anseios vão ao encontro de preocupações mais amplas com a sustentabilidade do sistema previdenciário brasileiro como um todo e com o *déficit* fiscal, apontadas na Exposição de Motivos da Emenda Constitucional 20/1998.

inevitavelmente algumas benesses previstas nos planos de benefício terão que ser revistas, na medida em que poderão não ser mais viáveis atuarialmente.

A readequação dos benefícios ofertados pelas entidades fechadas de previdência complementar patrocinadas por entidades públicas, por uma perspectiva, é a outra face da moeda da imposição de uma restrição de conduta: a paridade contributiva imposta aos patrocinadores públicos.

Não é ocioso lembrar que a receita dos patrocinadores públicos advém dos tributos extraídos compulsoriamente de toda a sociedade ou dos preços pagos pela prestação de serviços públicos. A pressão para a sustentabilidade dos planos de benefícios patrocinados por entidades governamentais vai inevitavelmente pressionar a arrecadação dos tributos e preços públicos sobre o contribuinte.

Dessume-se daí que o equilíbrio almejado pelo constituinte reformador, entre a garantia de previdência para os empregados públicos e um nível razoável de arrecadação de tributos e de cobrança de preços públicos sobre toda a sociedade, passa por um maior comedimento com os dispêndios públicos e por um ajuste no equilíbrio entre a contribuição patronal e a contribuição do participante.

Na literatura jurídica, convergem os entendimentos² a respeito da Emenda Constitucional 20/1998, no sentido que a nova diretriz constitucional visa eliminar os exageros que ocorriam: situações em que os patrocinadores públicos chegavam a contribuir em proporções muito superiores às contribuições dos participantes. Convergem para considerar que a medida constitucional é um mandamento de moderação, de lisura e de redução de dispêndios públicos exacerbados em detrimento do Erário.

3 A paridade contributiva à luz da Constituição e das Leis Complementares 108 e 109, de 2001

Feito este preâmbulo acerca do contexto político em que se deu a reforma, explicitadas as razões que levaram à inserção do instituto da paridade no bojo do art. 202 da Constituição Federal, cumpre, então,

traçar um panorama acerca das percepções desta regra no âmbito da legislação que se dispôs a disciplinar o regime de previdência privada.

E, quando se trata da influência da Constituição sobre o plano infraconstitucional, ganha especial relevo um único vocábulo, constante do § 3º de seu art. 202, cuja presença (a depender do viés interpretativo) poderia por em xeque o aludido espírito de economicidade: o adjetivo *normal* atribuído à contribuição de responsabilidade do patrocinador.

A razão para tanto está no fato de se ter preceituado que a *contribuição normal* do patrocinador não pode exceder a do segurado, ao invés da simples menção de que a *contribuição* do patrocinador não poderia incorrer em tal excesso. Ao assim dispor, o Texto Constitucional deu margem para interpretações no sentido de que *somente* as contribuições normais estariam sujeitas à paridade.

Na linha de tal raciocínio, bastaria, então, que a lei trouxesse outras espécies de contribuição para que se abrissem flancos potencialmente supressores da necessidade de observância de responsabilidade na aplicação de recursos públicos na seara da previdência complementar.

Foi justamente o que ocorreu.

Tanto a Lei Complementar 108/2001 quanto a Lei Complementar 109/2001 trazem espécies contributivas que se contrapõem à figura da *contribuição normal*. Aquela, a *contribuição facultativa*, esta, a *contribuição extraordinária*. Apresentam-se, pois, duas linhas de pensamento.

A primeira delas se vale do disposto na LC 109/2001. Seus adeptos³ defendem que, por ter a Constituição Federal mencionado tão somente as *contribuições normais*, ao tratar da paridade contributiva (CF, art. 202, § 3º⁴), tal regramento não incidiria sobre as demais classificações de contribuições.

² Cf: WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência Privada Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 204–205; RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de Pensão: Temas Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 64–66; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves & VILLELA, José Corrêa. *Previdência Privada Doutrina e Comentários à Lei Complementar 109/2001*. São Paulo: LTR, 2005, p. 42–53.

³ Nesse sentido sustentam: RODRIGUES, Flávio Martins. op. cit., p. 65–69; SANTOS, Jerônimo Jesus dos. *Previdência Privada Lei da Previdência Complementar Comentada*. Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2004, p. 271.

⁴ Art. 202 [...].
[...]

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

Desse modo, tendo o art. 19⁵ da LC 109/2001 previsto *contribuições normais* e *contribuições extraordinárias*, não haveria que se falar em paridade em relação às hipóteses abarcadas por esta última espécie. Consequentemente, em tais situações não existiria óbice para o aporte majoritário ou, por que não dizer, unilateral de recursos por parte do *patrocinador público* a entidades de previdência *privada*.

Tal fenômeno estaria legalmente autorizado não só a pretexto de custear *déficit* ou serviço passado de planos de benefícios, como em temerárias situações previstas genericamente como *“outras finalidades não incluídas na contribuição normal”*. Em última análise, caberia a um regulamento determinar em que casos um mandamento constitucional deveria ou não ser cumprido.

O fato é que, como será demonstrado a seguir, esta desarrazoada relativização – podendo evoluir para um completo esvaziamento – do mandamento constitucional em apreço se deve a uma leitura isolada da Lei Complementar 109 (norma geral do regime de previdência complementar), desatenta aos ditames da Lei Complementar 108 (especificamente voltada ao papel dos *patrocinadores públicos* neste regime).

A segunda linha de pensamento baseia-se na coexistência e harmonização dos dispositivos constantes de ambos os diplomas, de modo a alcançar a correta identificação do papel de cada qual na disciplina do que fora preceituado pela EC 20/1998.

E, de fato, é este segundo ponto de vista o que pode oferecer a resposta de maior relevância no presente estudo, a qual de antemão já pode ser apresentada: o mandamento constitucional da paridade contributiva incide de modo pleno sobre qualquer que seja o aporte realizado pelo *patrocinador público*.

Afinal, é a Lei Complementar 108, de 29 de maio de 2001, na dicção de seu art. 1º, a responsável por regulamentar, entre outros, o § 3º do art. 202 da Constituição Federal:

Art. 1º A relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadores de entidades fechadas de previdência complementar, e suas respectivas entidades fechadas, a que se referem os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 202 da Constituição Federal, será disciplinada pelo disposto nesta Lei Complementar.

Significa dizer que, com relação às entidades reguladas pela LC 108/2001, o legislador optou por estabelecer que o conceito de contribuição normal constante do art. 202, § 3º, somente se contrapõe a uma espécie: a *contribuição facultativa*, sem contrapartida do patrocinador. É o que se pode inferir de seu art. 6º, § 2º⁶, onde se define qual contribuição pode ser prevista pelos planos de benefícios, além da contribuição normal.

Cumpra esclarecer que tal constatação não constitui óbice à aplicação da LC 109, notadamente de seu art. 19, às entidades também regidas pela Lei Complementar 108. Mesmo porque, com relação a estas, não há qualquer diferenciação impeditiva da instituição de contribuições para o custeio de *déficits*, serviço passado⁷, entre outras finalidades. Na verdade, quanto a este específico ponto, há que se respeitar tão somente uma peculiaridade: para as entidades submetidas somente à LC 109 este custeio poderá ser de responsabilidade exclusiva do patrocinador, enquanto, no caso daquelas também sob o pálio da LC 108, sua contribuição (a qualquer título) em hipótese alguma excederá a do participante.

Caberia, aqui, fazer uma alusão comparativa, com o fito de aclarar ainda mais a ideia de que a imposição de respeito à paridade contributiva estabelecida pela EC 20/1998 e pela LC 108 não importa em nenhum óbice à aplicação integral dos institutos da LC 109 para as entidades patrocinadas por entes públicos. A rigor, apenas se estabelece uma exigência a mais, frise-se, a paridade contributiva. Esta particularidade específica das entidades patrocinadas por entes públicos leva

⁵ Art. 19. As contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, observadas as especificidades previstas nesta Lei Complementar.

Parágrafo único. As contribuições referidas no caput classificam-se em:

I - normais, aquelas destinadas ao custeio dos benefícios previstos no respectivo plano; e

II - extraordinárias, aquelas destinadas ao custeio de *déficits*, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal.

⁶ Art. 6º [...].

[...]

§ 2º Além das contribuições normais, os planos poderão prever o aporte de recursos pelos participantes, a título de contribuição facultativa, sem contrapartida do patrocinador.

⁷ “Serviço passado é [...] a tradução do *service past americano*. Quer dizer a cobertura de periódicos especificados em cada caso, espécie de *jóia*, desembolso havido com a obtenção de recursos para cobrir, por exemplo, o período de trabalho do participante antes da admissão na EFPC.” MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar*. São Paulo: LTr, 2003, p. 202.

alguns autores⁸ a se referirem à LC 108 como se fosse uma espécie de *lei de licitações* para tais entidades, como forma de *imbuir lisura compulsória*. Um exemplo a ilustrar a ideia apresentada seria de um banco público, o qual deve obedecer a legislação de licitações e contratos e também as exigências constitucionais de concurso público, o que, à toda evidência, não afasta a necessária observância às exigências da legislação do sistema financeiro brasileiro.

O equívoco residente na interpretação voltada a excluir a incidência da paridade nas chamadas contribuições extraordinárias está no fato de que tal entendimento se vale de um diploma voltado a estabelecer normas gerais (LC 109) para regulamentar um tema específico, tratado, em verdade, por norma igualmente específica (LC 108).

É que a Lei Complementar 109, como se extrai de seu art. 1º⁹, foi editada no intuito de regulamentar o *caput* do art. 202 da Constituição Federal, que não cuida do instituto da paridade. Tal percepção fica evidente, quando a própria LC 108, em seu art. 2º, faz referência à LC 109, como sendo *[a] Lei Complementar que regula o caput do art. 202 da Constituição Federal*:

Art. 2º As regras e os princípios gerais estabelecidos na Lei Complementar que regula o caput do art. 202 da Constituição Federal aplicam-se às entidades reguladas por esta Lei Complementar, ressalvadas as disposições específicas.

Em suma, a Lei Complementar 109 não poderia, quer em seu art. 19, quer em outros dispositivos, excepcionar o princípio da paridade inscrito no § 3º do art. 202 da CF, pelo fato de tal instituto não ser objeto de sua disciplina. Simplesmente não o *enxerga*. Nesse sentido pontua Wladimir Novaes Martinez:

A LBPC não tratou da paridade de contribuição (art. 202, §3º, da Constituição Federal), mas a Res. CGPC n. 1/00, à vista dos arts. 5º/6º da EC n.20/98, determinou a aludida paridade, a partir de 16.12.00 para as EPC patrocinadas por estatais¹⁰.

Não há, desse modo, possibilidade de se contrapor o conceito de contribuição normal inscrito no

citado § 3º do art. 202 ao de contribuição extraordinária previsto no art. 19 da LC 109, pois esta antonímia parte do falso pressuposto de que a contribuição normal deste mesmo art. 19 teria o idêntico significado da contribuição normal do Texto Constitucional, o que, de certo, não se sustenta. Trata-se de concepções absolutamente distintas, na medida em que, como dito, a LC 109 é absolutamente estranha ao instituto inscrito no § 3º do art. 202 da Constituição, tratado especificamente pela LC 108, a quem coube regulamentá-lo:

[...] a relação [...] a que se referem os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 202 da Constituição Federal, será disciplinada pelo disposto nesta Lei Complementar [LC 108, art. 1º].

Noutros termos, tem-se que a base de toda a argumentação de inexistência de paridade nas contribuições extraordinárias apoia-se na seguinte premissa: quando o art. 202, § 3º determina que, em hipótese alguma, a contribuição normal do patrocinador poderá exceder a do segurado, *contrario sensu*, está a admitir que outras modalidades de contribuição não estariam abarcadas por esta obrigatoriedade. Como visto, esta chamada interpretação *contrario sensu* é equivocada, na medida em que o parâmetro de contraposição, ao invés de ser a classificação inscrita na própria lei que regulamenta este dispositivo constitucional – LC 108/2001 –, é substituído por previsão legal que não se volta a discipliná-lo (a LC 109/2001).

Diz-se que o instituto da paridade é, de fato, estranho à classificação instituída pela LC 109, em seu art. 19, pois o critério norteador que a permeia é diverso: o *da temporalidade*, ou, nos termos de obra doutrinária coordenada por Wagner Balera, o *da pontualidade*¹¹:

As denominadas contribuições normais são aquelas ordinárias, rotineiras, as quais provêm tanto dos patrocinadores/instituidores, como dos participantes, destinadas diretamente ao pagamento dos benefícios de natureza previdenciária.

São aquelas que são processadas e posteriormente cobradas, destinando-se à constituição de reservas técnicas.

No entanto, mesmo ocorrendo a cobrança das contribuições normais, este ato, por si só, não significa que haverá o efetivo pagamento, verificando-se, assim, o déficit ou a falta de recolhimento dos contribuintes por serviços já prestados no âmbito do plano, referidos na norma como serviços passados.

⁸ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. op. cit., p. 204–205.

⁹ Art. 1º O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar.

¹⁰ *Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar*. São Paulo: LTr, 2003, p. 198.

¹¹ *Comentários à Lei de Previdência Privada – LC 109/2001*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 146-147.

Assim, aquelas contribuições que não foram pagas pontualmente, transformaram-se, quando efetivamente recolhidas ao plano nas denominadas contribuições extraordinárias, as quais, ao fim e ao cabo, são destinadas, igualmente à constituição de reservas. (grifado)

Como se infere do fragmento supra citado, o vocábulo normal, na concepção idealizada no art. 19, tem relação com a ideia de ordinário, rotineiro, que ocorre em períodos certos. Diferencia-se da noção de extraordinário justa e exclusivamente em razão do momento em que o aporte é efetivamente realizado. Isso evidencia que a classificação, repita-se, é pautada tão somente pelo fator temporal.

Baseando-se nesta noção, inclusive, Wladimir Novaes Martinez minimiza a importância de se fazer tal diferenciação:

Diferente das normais (mas, em última análise, ainda destinada ao custeio de benefícios), as extraordinárias convergem para a composição de déficits. À evidência, trata-se de convenção e designação de cunho contábil porque, ao final do processo, essas importâncias prestar-se-ão para o pagamento de prestações como as normais.¹²

Ainda que se socorra da análise fria do vocábulo extraordinário, fora do contexto de previdência complementar, a noção de tempo, como critério diferenciador permanece, sob a roupagem da habitualidade:

EXTRAORDINÁRIO. Além do ordinário ou do que é de costume, é a significação do vocábulo, composto de extra (além, fora de) e de ordinário (usual, comum segundo o costume). Nesse sentido [...]: vem por imposição de uma necessidade, fora do habitual.¹³ [...] ORDINÁRIO. Do latim *ordinarius*, de ordo, originariamente quer significar o que é posto em ordem, segundo a regra ou o costume. E, daí, sua significação técnica para exprimir o que está em ordem, é do costume ou se usa fazer, de que se deriva a significação de comum, usual, habitual.¹⁴

Por outro lado, a leitura da LC 108/01 evidencia, sem demandar grandes esforços hermenêuticos, que o critério utilizado para a classificação das contribuições nela tratadas é completamente diverso. Guia-se efetivamente pela ótica da *responsabilidade*. Ou seja, diferencia contribuições, como sendo de

responsabilidade do patrocinador e dos participantes (normal) ou exclusivamente dos participantes, sem contrapartida do patrocinador (facultativas). Reafirma, ainda, em atenção ao princípio da paridade (o qual se dispõe a regulamentar) que a contribuição normal do patrocinador não poderá exceder à do participante:

Art. 6º O custeio dos planos de benefícios será responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos.

§ 1º A contribuição normal do patrocinador para plano de benefícios, em hipótese alguma, excederá a do participante, observado o disposto no art. 5º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e as regras específicas emanadas do órgão regulador e fiscalizador.

§ 2º Além das contribuições normais, os planos poderão prever o aporte de recursos pelos participantes, a título de contribuição facultativa, sem contrapartida do patrocinador.

§ 3º É vedado ao patrocinador assumir encargos adicionais para o financiamento dos planos de benefícios, além daqueles previstos nos respectivos planos de custeio.

Em resumo, o fato de o custeio do serviço passado, de *deficits*, entre outras finalidades, ser mencionado apenas na Lei Complementar 109 não exclui a possibilidade de tal prática no que se refere às entidades regidas pela Lei Complementar 108. É perfeitamente possível o custeio de *deficits* por meio da instituição de contribuições extraordinárias, nos termos do art. 19 da LC 109, exigíveis das entidades fechadas patrocinadas por União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

O que não se pode admitir é que tal se dê sem a observância da paridade constitucionalmente prevista. Mesmo porque não há qualquer previsão na Lei Complementar 109 a respeito da exclusão de tal mandamento. Como já afirmado, a normatização dela constante passa ao largo desta questão, uma vez que este tema não é objeto de suas disposições.

Vale ressaltar, por oportuno, que esta percepção não foi ignorada pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar. É extraída do disposto no art. 29, notadamente de seu parágrafo único, da Resolução 26, de 29 de setembro de 2008, onde se trata do equacionamento do *deficit* de planos de benefícios administrados por entidades fechadas:

Art. 29. O resultado deficitário apurado no plano de benefícios deverá ser equacionado por participantes, assistidos e patrocinadores, observada a proporção quanto às contribuições normais vertidas no exercício em que apurado aquele resultado, sem prejuízo de ação regressiva

¹² Op. cit., p. 202.

¹³ SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 341–342.

¹⁴ *Ibidem*, p. 577.

contra dirigentes ou terceiros que tenham dado causa a dano ou prejuízo ao plano de benefícios administrado pela EFPC.

Parágrafo único. *Em relação aos planos de benefícios que não estejam sujeitos à disciplina da Lei Complementar nº 108, de 2001, o resultado deficitário poderá ser equacionado pelos patrocinadores, de forma exclusiva ou majoritária, sem a observância da proporção contributiva de que trata o caput.*

Como se pode notar, o dispositivo acima transcrito, no que tange ao *caput*, praticamente reproduz o que já vinha disposto também no *caput* do art. 21¹⁵ da Lei Complementar 109/2001. Entretanto, acresce-lhe um parágrafo esclarecedor, de modo a lançar luzes sobre uma vedação antes implícita.

Ao preceituar que, em relação aos planos de benefício não sujeitos à LC 108/2001, o resultado deficitário poderá ser equacionado pelos patrocinadores de forma exclusiva ou majoritária, adverte, *contrario sensu*, que, naqueles sujeitos à LC 108/2001 há que se respeitar a proporção contributiva entre participantes, assistidos e patrocinadores.

Finalmente, não custa afastar ou dissociar a relação entre a responsabilidade pelo custeio do equacionamento do *déficit* e a responsabilidade por suas causas. A citada Resolução CGPC 26/2008 reproduz, neste ponto, o que a própria Lei Complementar 109/2001 já dizia, em seu art. 21:

[...] [o] resultado deficitário [...] será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos [...], sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade [...].

Nem a LC 109/2001, nem a Resolução CGPC 26/2008, por consequência, admitem a hipótese de majoração de contribuição, ou assunção integral do *déficit*, levando-se em conta o seu causador.

Ao contrário, ambas, ao indicarem a possibilidade de ação regressiva contra quem quer que tenha dado causa ao dano ou prejuízo, dão conta de que esta apuração de culpa e eventual ressarcimento se darão em separado e que o eventual retorno de recursos equivalentes ao *déficit* será aplicado na redução de contribuições ou melhoria de benefícios:

¹⁵ Art. 21. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.

Art. 21

[...]

§ 3º Na hipótese de retorno à entidade dos recursos equivalentes ao déficit previsto no caput deste artigo, em consequência de apuração de responsabilidade mediante ação judicial ou administrativa, os respectivos valores deverão ser aplicados necessariamente na redução proporcional das contribuições devidas ao plano ou em melhoria dos benefícios. (Lei Complementar 109/2001)

Desse modo, tem-se por indiferente, para o fim específico de se fixar a proporção contributiva no equacionamento de *déficits*, a identificação do(s) agente(s) que tenha(m) eventualmente dado causa, ou de algum modo contribuído para o desequilíbrio atuarial que se busque corrigir.

4 Conclusão

Por meio da presente análise, foi possível demonstrar que a criação do instituto da paridade contributiva decorreu precipuamente da necessidade vislumbrada pelo constituinte reformador de maior comedimento com os dispêndios públicos. Consistiu num mecanismo de ajuste no equilíbrio entre as contribuições de participantes e patronais (cuja receita advém dos tributos extraídos compulsoriamente de toda a sociedade ou dos preços pagos pela prestação de serviços públicos), voltado a eliminar os exageros que ocorriam no estabelecimento de proporções contributivas muito superiores a cargo dos patrocinadores públicos.

Compulsando-se as determinações da EC 20/1998 atinentes ao tema previdência complementar e o conteúdo das Leis Complementares 108 e 109 de 2001, responsáveis pela regulamentação das inovações implementadas pela Emenda, é possível compreender que a disciplina da paridade contributiva ficou a cargo exclusivo da LC 108.

Há que se atentar, portanto, para o equívoco em sua desarrazoada relativização e o consequente risco de se promover seu completo esvaziamento: uma leitura isolada da Lei Complementar 109 (norma geral do regime de previdência complementar), desatenta aos ditames da Lei Complementar 108 (especificamente voltada ao papel dos *patrocinadores públicos* neste regime).

É juridicamente inviável a contraposição do conceito de contribuição normal inscrito § 3º do art. 202 da Constituição da República ao de contribuição extraordinária previsto no art. 19 da LC 109. Esta antonímia parte do falso pressuposto de que a

contribuição normal deste mesmo art. 19 teria o idêntico significado da contribuição normal do Texto Constitucional.

Como visto, em verdade, a LC 109 é absolutamente estranha ao instituto inscrito no § 3º do art. 202 da Constituição, tratado especificamente pela LC 108, a quem coube regulamentá-lo.

Portanto, pode-se afirmar com segurança que:

a) a paridade contributiva, prevista no § 1º do art. 6º da Lei Complementar 108/2001 não se restringe às contribuições normais a que se refere o inciso I do parágrafo único do art. 19 da LC 109/2001; e

b) esta determinação, prevista no § 3º do art. 202 da Constituição Federal e reproduzida no citado art. 6º, deve ser aplicada a toda e qualquer contribuição efetuada por patrocinador sujeito à disciplina da LC 108/2001, independentemente da classificação que lhe seja dada pela LC 109/2001.

5 Referências

BALERA, Wagner (coordenação). *Comentários à Lei de Previdência Privada – LC 109/2001*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves & VILLELA, José Corrêa. *Previdência Privada Doutrina e Comentários à Lei Complementar 109/2001*. São Paulo: LTR, 2005.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar*. São Paulo: LTR, 2003.

RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de Pensão: Temas Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Jerônimo Jesus dos. *Previdência Privada Lei da Previdência Complementar Comentada*. Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2004.

SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 341–342

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência Privada Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei Complementar 142, de 08/05/2013.

Regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

Publicada no *DOU* de 09/05/2013.

Lei 12.810, de 15/05/2013.

Dispõe sobre o parcelamento de débitos com a Fazenda Nacional relativos às contribuições previdenciárias de responsabilidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; altera as Leis 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.715, de 25 de novembro de 1998, 11.828, de 20 de novembro de 2008, 10.522, de 19 de julho de 2002, 10.222, de 9 de maio de 2001, 12.249, de 11 de junho de 2010, 11.110, de 25 de abril de 2005, 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 6.385, de 7 de dezembro de 1976, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e 9.514, de 20 de novembro de 1997; e revoga dispositivo da Lei 12.703, de 7 de agosto de 2012.

Publicada no *DOU* de 16/05/2013.

Lei 12.814, de 16/05/2013.

Altera a Lei 12.096, de 24 de novembro de 2009, quanto à autorização para concessão de subvenção econômica em operações de financiamento destinadas a aquisição e produção de bens de capital e a inovação tecnológica e em projetos de infraestrutura logística direcionados a obras de rodovias e ferrovias objeto de concessão pelo Governo federal; altera a Lei 11.529, de 22 de outubro de 2007, quanto à concessão de subvenção econômica em operações destinadas a financiamentos a diferentes setores da economia; altera a Lei 12.409, de 25 de maio de 2011, quanto à concessão de subvenção econômica em financiamentos destinados a beneficiários localizados em Municípios atingidos por desastres naturais; altera as Leis 12.487, de 15 de setembro de 2011, 9.718, de 27 de novembro de 1998, e 11.491, de 20 de julho de 2007; prorroga os prazos previstos nas Leis 12.249, de 11 de junho de 2010, e 11.941, de 27 de maio de 2009.

Publicada no *DOU* de 17/05/2013.

Lei 12.815, de 05/06/2013.

Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 05/06/2013.

Medida Provisória 613, de 07/05/2013.

Institui crédito presumido da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins na venda de álcool, inclusive para fins carburantes; altera a Lei 10.865, de 30 de abril de 2004, e a Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005, para dispor sobre incidência das referidas contribuições na importação e sobre a receita decorrente da venda no mercado interno de insumos da indústria química nacional que especifica, e dá outras providências. Publicada em 8 de maio de 2013.

Publicada no *DOU* de 08/05/2013.

Medida Provisória 617, de 31/05/2013.

Reduz a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins incidentes sobre a receita decorrente da prestação de serviços de transporte coletivo de passageiros nas modalidades que menciona.

Publicada no *DOU* de 31/05/2013.

Decreto 8.017, de 17/05/2013.

Altera a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – Tipi, aprovada pelo Decreto 7.660, de 23 de dezembro de 2011, para reduzir as alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI incidente sobre extratos concentrados de sementes de guaraná, extrato de açaí e sucos de frutas destinados à elaboração de refrigerantes e refrescos.

Publicado no *DOU* de 20/05/2013.

Decreto 8.023, de 04/06/2013.

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* 05/06/2013.

Decreto 8.027, de 12/06/2013.

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* 13/06/2013.

Súmula 50

“Prescreve em 3 (três) meses para a Conab, o prazo para propositura da ação de depósito, contado a partir do dia em que a mercadoria foi ou deveria ser entregue (Decreto 1.102/1903, art. 11, *in fine*).”

Numeração única: 0002915-92.1998.4.01.3600

Incidente de Uniformização de Jurisprudência 1998.36.00.002912-3/MT

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Autor: Agizul Armazéns Gerais Irmãos Zulli Ltda.
Advogados: Dr. Ademir Joel Cardoso e outros
Ré: Companhia Nacional de Abastecimento – Conab
Advogado: Dr. Ricardo Augusto Mendes Silva
Suscitante: Desembargador Federal da 6ª Turma do TRF1ª Região
Suscitado: Desembargador Federal da 3ª Seção do TRF1ª Região
Publicação: e-DJF1 de 03/06/2013, p. 5

Ementa

Processual Civil. Incidente de uniformização de jurisprudência. Contrato de depósito. Armazém geral. Indenização por quebra técnica. Decreto 1.102/1903, art. 11, § 1º, 2ª parte. Prescrição trimestral. Reconhecimento de ofício. Aplicação imediata da lei processual civil.

I. A prescrição, por se tratar de matéria de ordem pública, é conhecível de ofício em qualquer momento e grau de jurisdição, em face do que prescreve o art. 219, § 5º, do CPC, pela redação dada pela Lei 11.280, de 2006, que prevê que o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição. A alteração processual estabelecida pelo legislador pátrio visa a dar maior celeridade e efetividade ao processo judicial

II. Entendimento da 6ª Turma e do eg. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o prazo prescricional da ação de depósito para devolução de mercadoria posta em armazém geral é de 3 (três) meses, consoante o previsto no art. 11, § 1º, 2ª parte, do Decreto 1.102/1903.

III. Apreciando o RE 633.230/RJ, que trata da mesma matéria, o eminente Min. Joaquim Barbosa, do col. Supremo Tribunal Federal, entendeu que a análise das alegações de violação à Constituição Federal demandaria exame prévio da legislação infraconstitucional, bem assim que eventual violação ao texto constitucional, caso existente, seria indireta ou reflexa.

IV. Incidente de uniformização de jurisprudência acolhido, para unificar o posicionamento da eg. 3ª Seção, no sentido de que a ocorrência da prescrição deve ser reconhecida de ofício, quando ajuizada a ação somente após transcorridos três meses da data em que deveria ter sido entregue a mercadoria ou indenizado o seu valor, nos termos do art. 11, § 1º, 2ª parte, do Decreto 1.102/1903. Proposta de súmula.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, acolher o incidente de uniformização de jurisprudência para unificar o posicionamento da eg. 3ª Seção, no sentido de que a ocorrência da prescrição deve ser reconhecida de ofício, quando ajuizada a ação somente após transcorridos três meses da data em que deveria ter sido entregue a mercadoria ou indenizado o seu valor, nos termos do art. 11, § 1º, 2ª parte, do Decreto 1.102/1903 e, por unanimidade, aprovar a redação de súmula no seguinte sentido: Prescreve em 3 (três) meses para a Conab, o prazo para propositura da ação de depósito, contado a partir do dia em que a mercadoria foi ou deveria ser entregue (Decreto 1.102/1903, art. 11, *in fine*).

3ª Seção do TRF 1ª Região – 23/04/2013.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência instaurado pela eg. 6ª Turma deste Tribunal em razão da divergência entre as duas turmas que compõem esta 3ª Seção quanto ao prazo prescricional para a propositura da ação de depósito para a devolução de mercadoria posta em armazém geral.

2. A eg. 6ª Turma, acompanhando o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento no sentido de que o prazo prescricional da ação de depósito para devolução de mercadoria posta em armazém geral é de 3 (três) meses, consoante o previsto no art. 11, § 1º, 2ª parte, do Decreto 1.102/1903.

3. Já a eg. 5ª Turma adota posicionamento contrário, de que o prazo prescricional era de vinte anos, na previsão do art. 177 do Código Civil de 1916, reduzido, posteriormente, para 10 anos, consoante o art. 205 do Código Civil de 2002, não se aplicando, à hipótese, o prazo trimestral previsto no art. 11, § 1º, 2ª parte, do Decreto 1.102/1903, por não recepcionado pela Constituição de 1988, em relação aos estoques da Conab.

4. O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 147-151, opinou pela adoção do prescricional de 3 (três) meses previsto no art. 11, § 1º, 2ª parte, do Decreto 1.102/1903, por entender se tratar de norma especial que não foi revogada pela norma geral do art. 177 do Código Civil de 1916.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — A Conab firmou contrato com a apelante para depósito de milho em grão, nas safras 1986/1987 e 1987/1988. Depois de retiradas da autora restou o saldo devedor de 2.817,13 kg. Ocorre que o remanescente do estoque de milho não foi localizado no armazém da parte ré.

2. Assim, requereu a autora a entrega da coisa, que descontada a quebra técnica e a redução por umidade, resultou no montante de 1.285,560 kg, ou o pagamento do equivalente em dinheiro, referentes às perdas por falta de produto apuradas nos Processos Administrativos 705/1991, 1.618/1990 e 445/1991 e por perda de qualidade apuradas no Processo Administrativo 1.618/1990.

3. No contrato de depósito celebrado com armazém geral devem ser aplicadas as regras do Decreto 1.102/1903, não revogado pelas disposições do Código Civil de 1916.

4. Determina o referido diploma, no art. 11, § 1º, que o direito à indenização prescreve em três meses, contados do dia em que a mercadoria foi ou devia ser entregue e será devida pelos armazéns gerais correspondente ao preço da mercadoria e em bom estado no lugar e no tempo em que devia ser entregue.

5. A prescrição, por se tratar de matéria de ordem pública, é conhecível de ofício em qualquer momento e grau de jurisdição, em face do que prescreve o art. 219, § 5º, do CPC, pela redação dada pela Lei 11.280, de 2006, que prevê que o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição. A alteração processual estabelecida pelo legislador pátrio visa a dar maior celeridade e efetividade ao processo judicial.

6. Dispõe o art. 1.211 do Código de Processo Civil que este rege o processo civil em todo o território brasileiro e que, ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes. Dessa forma, tratando-se de lei processual, aplica-se aos processos em curso, não havendo se falar, na espécie, em direito adquirido processual. A regra, portanto, é de que a lei processual seja aplicada tão logo entre em vigor.

7. Sendo o efeito da lei processual imediato, aplica-se aos processos pendentes como o caso, logo a prescrição, se reconhecida, poderá ser declarada de ofício.

8. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COBRANÇA - MENSALIDADES ESCOLARES - PRESCRIÇÃO - RECONHECIMENTO DE OFÍCIO POSSIBILIDADE (ART. 219, § 5º, DO CPC) - LEI PROCESSUAL - APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM* - ARTIGO 6º DA LEI N. 9870/99 - INAPLICABILIDADE - PRAZO PRESCRICIONAL

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves, José Amílcar Machado, João Batista Moreira e Selene Almeida e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado).

ÂNULO ENTENDIMENTO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL - RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - À luz do comando do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, com a redação da Lei 11.280/06, tem-se que a prescrição deverá ser decretada de ofício pelo Poder Judiciário, em qualquer grau de jurisdição, independentemente da citação do réu;

II - Ademais, tratando-se de lei processual, aplica-se aos processos em curso, não havendo se falar, na espécie, em direito adquirido processual do recorrente;

III - O prazo prescricional das pretensões em que se pleiteia o recebimento de mensalidades escolares é ânulo, nos termos do artigo 178, § 6º, VII, do CC de 1916, vigente à época dos fatos;

IV - *Recurso especial a que se nega provimento.* (REsp 1087571/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJ-e 05/05/2009.)

9. No presente caso, a Conab efetuou a cobrança referente às perdas não regularizadas registradas em depósito da ré em 21/12/1989 (processo 12.205/1992), à fl. 174, e em 29/09/1994 e 31/07/1995 (processo 705-91), fls. 177-182.

10. Quanto aos processos administrativos 1.618/1990 e 445/1991, a carta-cobrança não foi juntada aos autos, porém verifico que por ter sido apresentada proposta para pagamento referente às quebras, em 09/01/1995 (fls. 184-186), é presumível que o cumprimento da obrigação tenha anteriormente sido exigido pela autora.

11. Assim postos os fatos, verifico que a eg. 5ª Turma deste Tribunal possui entendimento diverso daquele adotado pela 6ª Turma e pelo eg. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o prazo prescricional da ação de depósito para devolução de mercadoria posta em armazém geral era de vinte anos, na previsão do art. 177 do Código Civil de 1916, reduzido, posteriormente, para dez anos, consoante o art. 205 do Código Civil de 2002, não se aplicando, à hipótese, o prazo trimestral previsto no art. 11, § 1º, 2ª parte, do Decreto 1.102/1903, por não recepcionado pela Constituição de 1988, em relação aos estoques da Conab, senão vejamos:

Conab. CONTRATO DE ARMAZENAGEM. AÇÃO DE DEPÓSITO. APELAÇÃO PROVIDA. PRESCRIÇÃO AFASTADA. CAUSA 'MADURA'. PROSSEGUIMENTO NO JULGAMENTO. SACARIA. DESAPARECIMENTO. PROVA DOS AUTOS. PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE N. 31 DO STF. PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

[...]

3. Não foi recepcionada pela Constituição de 1988, em relação aos estoques reguladores de alimentos, a disposição do art. 11, § 1º, 2ª parte, do Decreto n. 1.102/03: "O direito de indenização prescreve em três meses, contados do dia em que a mercadoria foi ou devia ser entregue". Prescrição afastada. Sentença reformada.

4. *Apelação provida para afastar a prescrição.*

[...]

9. *Pedido parcialmente procedente para condenar a ré a entregar à Conab, no prazo de 24 (vinte e quatro horas), a quantidade de 12.482 unidades de sacaria de juta/malva, ou o equivalente em dinheiro.* (AC 0019673-48.2004.4.01.3500 / GO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.133 de 16/12/2011.)

DIREITO CIVIL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DEPÓSITO. ESTOQUES REGULADORES DA Conab. QUEBRA. PERCENTUAIS PREVISTOS EM INSTRUÇÕES DA ANTIGA CIBRAZEM. LIMITE MÁXIMO. QUEBRA EFETIVAMENTE OCORRIDA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. ÔNUS DO DEPOSITÁRIO. PRESCRIÇÃO. PRAZO DE VINTE ANOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO.

1. *A prescrição trimestral é incompatível com a natureza do interesse que, na espécie, a ação de depósito visa proteger. É que a Companhia Nacional de Abastecimento - Conab desempenha o serviço público de organização do abastecimento alimentar (art. 23, VIII, da Constituição), situação que não era prevista à época da instituição do referido prazo prescricional.*

2. *Nesta Turma prevalece o entendimento de que o prazo prescricional da ação de depósito para devolução de mercadoria da Conab posta em armazém geral era de vinte anos, conforme previsão do art. 177 do Código Civil de 1916 (AC 2000.01.00.033523-3/TO).*

[...]

9. *Apelação de JR. Armazéns Gerais Ltda. parcialmente provida apenas para afastar do dispositivo a cominação de prisão do(s) réu(s). Apelação da Conab a que se dá parcial provimento para majorar a verba honorária, fixando-a no percentual de 10% (dez por cento) sobre a condenação.* (AC 0006035-36.2004.4.01.3600 / MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.103 de 17/10/2011.)

ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRESCRIÇÃO TRIMESTRAL. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. DECRETO Nº 1.102/1903. RESPONSABILIDADE DO DEPOSITÁRIO PELA RESTITUIÇÃO INTEGRAL DO PRODUTO DEPOSITADO. PRECEDENTES.

1. A ação de depósito é cabível para pedir a restituição de mercadorias depositadas pela Conab em armazéns gerais. Precedentes.

2. O prazo prescricional da ação de depósito para devolução de mercadoria posta em armazém geral era de vinte anos, conforme previsão do art. 177 do Código Civil de 1916, sendo inaplicável à hipótese a prescrição trimestral prevista no artigo 11 do Decreto nº 1.102/1903. Precedentes desta Corte.

3. Impõe o Decreto nº 1.102/1903 ao armazém depositário a responsabilidade por qualquer diminuição de peso das mercadorias depositadas, sendo nulas as convenções ou cláusulas que dispuserem em contrário. Precedentes.

4. O Regulamento Interno dos armazéns não se sobrepõem às normas de regência, sendo vedada, assim, a consideração de quaisquer índices que justifiquem perdas ocorridas no produto depositado, independentemente de comprovação. Precedentes.

5. Comprovado nos autos o depósito e a perda de parte dos produtos depositados, bem como a inocorrência das hipóteses do artigo 1.277 do CC/1916 (CC/2002, art. 642). Parcial procedência do pedido na ação de depósito.

6. É defeso à parte autora, após a propositura da ação de depósito, em sede de apelação, inovar a lide, objetivando a majoração das quantidades requeridas a título de restituição de grãos, uma vez que a delimitação objetiva da ação se faz de acordo com o pedido formulado no ato de sua propositura (CPC, art. 468).

7. Apelação dos réus não provida.

8. Apelação da Conab parcialmente provida. (AC 0017214-20.1997.4.01.3500/GO, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 p.162 de 13/08/2010.)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA. INDENIZAÇÃO PREVISTA NO ART. 11 DO DECRETO 1.102, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1903. PRESCRIÇÃO PRAZO VINTENÁRIO.

1. Não foi recepcionada pela Constituição de 1988, em relação aos estoques da Conab, a disposição do art. 11, § 1º, 2ª parte, do Decreto n. 1.102/03' (...). Precedente desta Corte.

2. Prevalece o entendimento de que o prazo prescricional da ação de depósito para devolução de mercadoria da Conab posta em armazém geral era de vinte anos, conforme previsão do art. 177 do Código Civil de 1916.

3. Apelação da Conab provida. (AC 0005817-76.2002.4.01.3600/MT, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 p.112 de 30/07/2010.)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. Conab. CONTRATO DE DEPÓSITO. CLÁUSULA DE "QUEBRA ZERO". AÇÃO DE DEPÓSITO. PRESCRIÇÃO COMUM. PRAZO DE TRÊS MESES PREVISTO NO DECRETO 1.102/03. NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO. DEVOLUÇÃO. CABIMENTO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Na sentença, foi julgado procedente o pedido para condenar "os Réus J. L. Armazéns Gerais Ltda., Juarez de Paula e Silva Filho (proprietário e fiel depositário) e Juarez Schleder Schmitz (proprietário) a entregar à Conab, em armazém por ela indicado, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, 335.570 Kg de arroz em casca ensacado nas mesmas condições quantiqualitativas e fitossanitárias das originalmente recebidas em depósito, ou seu equivalente em dinheiro, ao preço corrente de comercialização à época do pagamento, sob pena de ser decretada a prisão, como depositário infiel, de Juarez de Paula e Silva Filho".

2. A Companhia Nacional de Abastecimento - Conab "tem por finalidade executar a Política Agrícola no segmento do abastecimento alimentar e a Política de Garantia de Preços Mínimos, fornecer subsídios ao Ministério da Agricultura e do Abastecimento na formação e acompanhamento das referidas políticas, bem assim na fixação dos volumes mínimos dos estoques reguladores e estratégicos" (art. 5º do Estatuto aprovado pelo Decreto n. 2.399/97). Para cumprir tal finalidade, poderá, entre outros meios, "atuar como companhia de armazéns gerais, podendo operar rede de armazéns, silos e frigoríficos" (art. 7º, II).

3. A Conab executa, pois, o serviço público de fomento à produção agropecuária e de organização do abastecimento alimentar (art. 23, VIII, da Constituição). É inerente a essa atividade o "princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público" (Hely Lopes Meirelles). O princípio da indisponibilidade do interesse público, "princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade": "não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele" (Celso Antônio Bandeira de Mello).

4. Não foi recepcionada pela Constituição de 1988, em relação aos estoques reguladores de alimentos, a disposição do art. 11, § 1º, 2ª parte, do Decreto n. 1.102/03: "O direito de indenização prescreve em três meses, contados do dia em que a mercadoria foi ou devia ser entregue". Rejeitada a preliminar de prescrição.

5. No contrato de armazenagem, foi previsto: "Cláusula Décima Sexta - Da Indenização A depositária se obriga, mediante o recebimento de um valor adicional, denominado SOBRETAXA estabelecido na forma da Cláusula DÉCIMA SÉTIMA, a indenizar o DEPOSITANTE pelas perdas de quaisquer natureza (inclusive as quebras técnicas e as de peso por redução do teor de umidade), avarias, depreciações ocorridas ao produto e os eventos não acobertados pela Apólice de Seguro da DEPOSITANTE".

6. Na sentença: "Portanto, têm os Réus responsabilidade pelas avarias ou vícios provenientes da natureza ou acondicionamento das mercadorias e até por casos de força maior. De igual sorte, respondem os Réus pelas chamadas 'quebra técnica' e 'quebra de umidade'. Para que ocorresse a responsabilidade era necessária 'convenção com os depositantes e mediante a taxa combinada', conforme artigo 37, parágrafo único, do Decreto 1.102/1903. Tal requisito foi preenchido nas Cláusulas 16ª e 17ª do contrato (...)".

7. *Apelação não provida.* (AC 0000693-49.2002.4.01.4300/TO, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1 p.213 de 09/04/2010.)

12. Não obstante o posicionamento da eg. 5ª Turma, entendo mais razoável a adoção do entendimento da 6ª Turma, que acompanha aquele firmado no âmbito do eg. STJ, no sentido de aplicar-se ao caso a disposição do art. 11, § 1º, do Decreto 1.102/1903 quanto ao pedido de indenização em pecúnia ou restituição dos produtos estocados em armazém geral, em razão da responsabilidade deste pelos bens recebidos em depósito que desapareceram ou vieram a perecer, devendo ser observado o prazo prescricional trimestral, por se tratar de legislação especial, que não foi revogada pelo Código Civil de 1916.

13. Nesse sentido, colaciono as seguintes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COBRANÇA - DEPÓSITO EM ARMAZÉNS GERAIS - INDENIZAÇÃO - QUEBRA PARCIAL DA MERCADORIA DEPOSITADA - PRESCRIÇÃO - MOMENTO DA ARGÜIÇÃO - DECRETO N.º 1.102/1903.

1. A teor do art. 162 do Código Civil/1916, que hoje encontra correspondência no art. 193 do Código Civil vigente, a prejudicial de prescrição pode ser suscitada em qualquer grau de jurisdição, pela arte a que aproveita. Assim, cuidando-se de prescrição extintiva, argüida ainda em grau de jurisdição ordinária, irrelevante o fato da questão ter sido trazida apenas em sede de apelação, mesmo que não deduzida na fase própria de defesa.

2. Inegável a aplicação do disposto no art. 11 do Decreto n.º. 102/1903 quando o pedido é de indenização em pecúnia ou restituição dos produtos estocados em armazém geral, em razão da responsabilidade deste pelos bens recebidos em depósito que desapareceram ou vieram a perecer. Conquanto seja demasiado exíguo o prazo prescricional de três meses, esta é a vontade do legislador e deve-se aplicar a regra albergada na legislação específica.

3. O Código Civil de 1916, por seu artigo 1807, revogou todas as anteriores normas de direito civil incompatíveis com o Diploma ou que por ele passaram a ser inteiramente reguladas. Deste modo, considerando que o texto de 1916 tratou apenas de modo geral do contrato de depósito, não há se falar em revogação do Decreto n.º 1.102/1903 que traz as regras específicas a respeito das empresas de armazéns gerais.

4. Tomando-se em conta que a presente ação traduz pretensão de restituição de mercadoria ou ressarcimento em pecúnia em virtude de perda de produtos estocados em armazém geral, valendo-se do princípio da especialidade, é de se aplicar a prescrição trimestral estabelecida no art. 11, do decreto 1.102/1903. Assim, proposta a ação somente em 1997, forçoso o reconhecimento de que, in casu, operou-se a prescrição, sendo de rigor a extinção da ação nos moldes do art. 269, IV, do CPC.

5. *Recurso especial do réu conhecido e provido.* (REsp 767.246 – RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, 4ª TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 27/11/2006 p. 289.)

Direito civil. Recurso especial. Prescrição. Ação de indenização. Depósito em armazéns gerais. Sub-rogação de direitos. Aplicação do CDC.

- Em ação de indenização, sendo a causa de pedir o inadimplemento contratual, não incide o prazo prescricional estabelecido no art. 27 do CDC, aplicável somente à hipótese de danos decorrentes de acidente de consumo. Precedentes.

- Em observância ao princípio da especialidade, aplica-se o prazo prescricional de três meses, estabelecido no art. 11 do Decreto nº 1.102/1903, em relação à pretensão indenizatória dirigida contra armazém geral.

Recurso especial não conhecido. (REsp 476.458/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, julgado em 04.08.2005 p. 329.)

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. ARMAZÉM GERAL. DESAPARECIMENTO PARCIAL DE MERCADORIA CONFIADA À GUARDA. AÇÃO DE DEPÓSITO. PRESCRIÇÃO. DECRETO N. 1.102/1903, ART. 11, § 1º. INCIDÊNCIA.

I. Prequestionamento cuja insuficiência não permite o exame das teses recursais em toda a sua extensão.

II. A prescrição da ação de depósito para obter a restituição da mercadoria parcialmente desaparecida ou o ressarcimento em pecúnia é de três meses, consoante o disposto no art. 11, parágrafo 1o, *fine*, do Decreto n. 1.102/1903.

III. Recurso especial conhecido e provido. Ação extinta, nos termos do art. 269, IV, do CPC. (REsp 89.494/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, 4ª TURMA, julgado em 28/06/2005, DF 29/08/2005 p. 345.)

ARMAZÉM GERAL. Indenização. Prescrição.

Prescreve em três meses a pretensão indenizatória contra armazém geral, por danos sofridos em mercadorias nele depositadas. Art. 11 do Dec. 1102/1903.

Recurso não conhecido. (REsp 302.737/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, 4ª TURMA, julgado em 04/12/2001, DJ 18/03/2002 p. 256.)

14. No mesmo sentido, o posicionamento da eg. 6ª Turma:

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO. DEPÓSITO DE PRODUTO DA Conab. CONTRATO DE ARMAZENAGEM. AÇÃO DE DEPÓSITO. CABIMENTO. DECRETO Nº 1.102/1.903. CLÁUSULA DE “QUEBRA ZERO”. PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL. SÚMULA VINCULANTE Nº 25. PRESCRIÇÃO. 1. “Em se tratando de ação de depósito para devolução de mercadoria da Conab posta em armazém geral, não incide a prescrição trimestral de que trata o Decreto 1.102/1903, uma vez que não foi recepcionado pela Constituição de 1988 o disposto no art. 11, § 1º, segunda parte, do referido decreto, por ser incompatível com a natureza do interesse que a ação de depósito visa a proteger”. (AC 0023842-78.2004.4.01.3500/GO, Rel. Desembargador Federal Fagundes De Deus, Conv. Juiz Federal Renato Martins Prates (conv.), Quinta Turma, e-DJF1 p.163 de 13/05/2011) 2. A Conab desempenha o serviço público de organização do abastecimento alimentar (art. 23, VIII, da Constituição), atividade a que se aplica o princípio da indisponibilidade do interesse público. Sendo assim, deverá ser aplicado, na hipótese, o prazo quinquenal para a prescrição, sendo este de aplicação geral para a Administração Pública. 3. A ação de depósito é via adequada para pedir a restituição de mercadorias depositadas pela Conab em armazéns gerais. 4. O requerido assumiu o dever de zelar pelo bem depositado, impedindo seu extravio. Não tendo restado caracterizada nenhuma das hipóteses de excludente de responsabilidade, responde pelas penalidades previstas no Código Civil e no Decreto 1.102/1.903. Restou comprovado o desvio/perda de parte dos grãos depositados sob guarda do armazém requerido, sendo lícita a condenação. 5. “A cláusula da “quebra-zero” encontra amparo expresso na norma que rege o depósito em armazéns gerais (art. 37 do Decreto 1.102/1903) e sua legalidade foi diversas vezes reconhecida na jurisprudência deste Tribunal” (AC 2001.35.00.016978-9/GO, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, e-DJF1 p.187 de 31/07/2008). 6. No que tange à cominação de prisão, aplicável à espécie o enunciado da Súmula Vinculante nº 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. 7. Agravo regimental de Santa Rita Armazéns Gerais Ltda parcialmente provido. (AGRAC 0011570-23.2002.4.01.3500 / GO, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.1189 de 22/08/2012.)

CIVIL PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DEPÓSITO. COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO (Conab). ARMAZENAGEM DE GRÃOS. DEVOLUÇÃO EM QUANTITATIVO MENOR. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESCRIÇÃO TRIMESTRAL. INCIDÊNCIA DO DECRETO N. 1.102/1903. 1. Consoante o disposto no art. 11, § 1º, do Decreto n. 1.102/1903, a indenização devida pelos armazéns gerais, nos casos de não devolução da mercadoria armazenada, “prescreve em 3 (três) meses, contados do dia em que a mercadoria foi ou devia ser entregue”. 2. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, esse dispositivo continua em vigor, já que o Código Civil de 1916, ao revogar as normas de direito civil com ele incompatíveis, “tratou apenas de modo geral do contrato de depósito”, não tendo revogado o Decreto n. 1.102/1903. 3. No caso, decorridos mais de três meses entre a data da cobrança, pela Conab, da indenização pelas perdas dos produtos estocados e o ajuizamento da ação, prescrita se encontra a pretensão da autora. 4. Sentença confirmada. 5. Apelação desprovida. (AC 0005353-56.2005.4.01.3500 / GO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.85 de 30/05/2011.)

CIVIL. ARMAZÉM GERAL. DESAPARECIMENTO PARCIAL DE MERCADORIA CONFIADA À GUARDA. AÇÃO DE DEPÓSITO. PRESCRIÇÃO. DECRETO Nº 1.102/1903, ARTIGO 11, § 1º. INCIDÊNCIA.

1. A prescrição da ação de depósito para obter a restituição da mercadoria parcialmente desaparecida ou o ressarcimento em pecúnia é de três meses, consoante o disposto no artigo 11, parágrafo 1º, do Decreto nº 1.102/1903. Precedentes da Sexta Turma desta Corte Regional e do eg. Superior Tribunal de Justiça.

2. Nega-se provimento ao recurso de apelação. (AC 0010193-37.2004.4.01.3600/MT, Rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, Conv. Juiz Federal Rodrigo Navarro De Oliveira (conv.), Sexta Turma, e-DJF1 p. 205 de 04/10/2010.)

CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE DEPÓSITO. ARMAZÉM GERAL. GUARDA E CONSERVAÇÃO. APLICAÇÃO DO DECRETO Nº. 1.102/1903. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL. INADMISSIBILIDADE.

1. No contrato de depósito celebrado com armazém geral devem ser aplicadas as regras do Decreto nº 1.102/1903. No caso em apreço a aplicação da legislação específica de regência não modifica o comando da sentença, uma vez que diante da prorrogação automática do contrato não transcorreu o lapso temporal prescricional previsto no artigo 11 do Decreto nº 1.102/1903.

2. “Não mais subsiste, no modelo normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial” (Medida Cautelar em Habeas Corpus 98.893-8 SP Relator : Min. Celso de Mello).

3. Apelação a que se dá parcial provimento para excluir da condenação a prisão civil do depositário infiel. (AC 0041661-91.2000.4.01.0000/MT, Rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Conv. Juiz Federal Rodrigo Navarro De Oliveira, Sexta Turma, e-DJF1 p. 55 de 03/05/2010.)

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO DE DEPÓSITO. BENS FUNGÍVEIS. ARMAZÉM GERAL. GUARDA E CONSERVAÇÃO. APLICAÇÃO DO DECRETO Nº. 1.102/1903. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA.

I – No contrato de depósito celebrado com armazém geral, regulado pelo Decreto nº. 1.102, de 1903, afigura-se cabível a ação de depósito, ainda que a mercadoria recebida seja fungível, pois se trata, no caso, de contrato de depósito típico, não existindo para garantia de débito, nem se destinando à compra pelo depositário. Precedentes do STJ e desta Corte.

II - O prazo prescricional da ação de depósito para devolução de mercadoria posta em armazém geral, conforme previsão do art. 11, §1º do Decreto nº. 1.102/1903, é de 3 (três) meses, lapso temporal este transcorrido integralmente, na espécie. Precedentes do STJ.

III – Apelação provida, para decretar a prescrição da ação, extinguindo-se o processo, com julgamento do mérito. (AP N. 2002.35.00.015394-9/GO, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 – SEXTA TURMA, 12/02/2007.)

15. É importante observar, como bem aponta o eminente Min. Aldir Passarinho, em seu voto no citado REsp 89.494/MG (Quarta Turma, julgado em 28/06/2005, DJ 29/08/2005, p. 345.):

[...]

É que não vejo como se possa excluir do prazo especial previsto no art. 11, parágrafo 10, fine, de três meses, a hipótese da ação de depósito onde se postula a restituição da mercadoria ou seu equivalente em pecúnia.

Se tal norma prescricional, firmando prazo mais curto, está contida dentro do dispositivo que atribui a responsabilidade dos armazéns gerais pela guarda dos bens recebidos em depósito, é evidente que o ressarcimento pelo seu desaparecimento ali se inclui, independentemente da escolha da natureza da ação processada ou da forma de obtenção do direito violado.

A não se dar tal interpretação, ter-se-ia de admitir que para o ressarcimento em dinheiro o prazo é de três meses e para a restituição da mercadoria, via ação de depósito, de vinte anos, o que não soa razoável.

Até admito que o prazo prescricional é muito exíguo, mas foi a vontade

Até admito que o prazo prescricional é muito exíguo, mas foi a vontade expressa do legislador, que há de ser respeitada.

[...]

16. Por outro lado, apreciando o RE 633.230/RJ, que trata da mesma matéria, o eminente Min. Joaquim Barbosa, do col. Supremo Tribunal Federal, entendeu que a análise das alegações de violação à Constituição Federal demandaria exame prévio da legislação infraconstitucional, bem assim que eventual violação ao Texto Constitucional, caso existente, seria indireta ou reflexa, senão vejamos:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição) interposto de acórdão Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa tem o seguinte teor: “RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COBRANÇA - DEPÓSITO EM ARMAZÉNS GERAIS - INDENIZAÇÃO - QUEBRA PARCIAL DA MERCADORIA DEPOSITADA - PRESCRIÇÃO - MOMENTO DA ARGÜIÇÃO - DECRETO N.º 1.102/1903. 1. A teor do art. 162 do Código Civil/1916, que hoje encontra correspondência no art. 193 do Código Civil vigente, a prejudicial de prescrição pode ser suscitada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a que aproveita. Assim, cuidando-se de prescrição extintiva, argüida ainda em grau de jurisdição ordinária, irrelevante o fato da questão ter sido trazida apenas em sede de apelação, mesmo que não deduzida na fase própria de defesa. 2. Inegável a aplicação do disposto no art. 11 do Decreto n.º 1.102/1903 quando o pedido é de indenização em pecúnia ou restituição dos produtos estocados em armazém geral, em razão da responsabilidade deste pelos bens recebidos em depósito que desapareceram ou vieram a perecer. Conquanto seja demasiado exíguo o prazo prescricional de três meses, esta é a vontade do legislador e deve-se aplicar a regra albergada na legislação específica. 3. O Código Civil de 1916, por seu artigo 1807, revogou todas as anteriores normas de direito civil incompatíveis com o Diploma ou que por ele passaram a ser inteiramente reguladas. Deste modo, considerando que o texto de 1916 tratou apenas de modo geral do contrato de depósito, não há se falar em revogação do Decreto n.º 1.102/1903 que traz as regras específicas a respeito das empresas de armazéns gerais. 4. Tomando-se em conta que a presente ação traduz pretensão de restituição de mercadoria ou ressarcimento em pecúnia em virtude de perda de produtos estocados em armazém geral, valendo-se do princípio da especialidade, é de se aplicar a prescrição trimestral estabelecida no art. 11, do decreto 1.102/1903. Assim, proposta a ação somente em 1997, forçoso o reconhecimento de que, in casu, operou-se a prescrição, sendo de rigor a extinção da ação nos moldes do art. 269, IV, do CPC. 5. Recurso especial do réu conhecido e provido.” (Fls. 264) Nas razões de recurso extraordinário, a recorrente alega que o acórdão recorrido violou o disposto no art. 5º, II, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal, ao reconhecer a prescrição trimestral prevista no art. 11 do Decreto 1.102/1903. A análise das alegadas violações à Constituição demandaria exame prévio da legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, sendo que eventual ofensa à Constituição, se existente, seria indireta ou reflexa, hipótese em que não se admite o recurso extraordinário. Nesse sentido: AI 626.378 (rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 22.02.2007) e AI 626.376-AgR (rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ de 11.05.2007). Do exposto, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 10 de outubro de 2011. Ministro JOAQUIM BARBOSA Relator” (RE 633230, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 10/10/2011, publicado em DJe-200 DIVULG 17/10/2011 PUBLIC 18/10/2011.)

17. Pelo exposto, acolho o incidente de uniformização de jurisprudência, para unificar o posicionamento da eg. 3ª Seção, no sentido de que a ocorrência da prescrição deve ser reconhecida de ofício, quando ajuizada a ação somente após transcorridos três meses da data em que deveria ter sido entregue a mercadoria ou indenizado o seu valor, nos termos do art. 11, § 1º, 2ª parte, do Decreto 1.102/1903, e proponho a redação da seguinte súmula:

Prescreve em 3 (três) meses para a Conab, o prazo para propositura da ação de depósito, contado a partir do dia em que a mercadoria foi ou deveria ser entregue (Decreto nº 1.102/1903, art. 11, § 1º, *in fine*.)

É como voto.

Proposta de Súmula

Prescreve em 3 (três) meses para a Conab, o prazo para propositura da ação de depósito, contado a partir do dia em que a mercadoria foi ou deveria ser entregue (Decreto nº 1.102/1903, art. 11, § 1º, in fine).

Voto-Vogal*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — No último julgamento desta matéria, aqui na Seção, fiz questão de desenvolver um voto mais extenso para sustentar a posição que até então vem prevalecendo na 5ª Turma e me preparava para dizer, neste momento, que não deveriam impressionar muito as decisões do egrégio Superior Tribunal de Justiça, uma vez que, de acordo com a Constituição, cabe ao Superior Tribunal de Justiça “III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em última ou única instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida : a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”. Pretendia, com esta citação da Constituição, argumentar que ao Superior Tribunal de Justiça cabe examinar a questão sob o ângulo da legalidade e não da constitucionalidade, por isso seria conveniente que a questão fosse primeiro levada ao Supremo Tribunal Federal para, só depois, se proceder à pretendida uniformização no âmbito deste Tribunal. O ilustre Juiz Carlos Eduardo traz informação [...]

O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins: — Mas ele negou seguimento no final, estou olhando aqui o voto dele, no final ele negou seguimento ao recurso por se tratar de matéria infraconstitucional.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Saber se houve ou não prescrição é matéria infraconstitucional, mas saber se o decreto foi recepcionado ou não pela Constituição, aí, sob este ângulo, a matéria torna-se constitucional. Portanto, prossigo nesta minha pretensão de argumentar no sentido de que a questão ainda não foi suficientemente examinada pelo Supremo Tribunal, mesmo com essa informação do ilustre Juiz Carlos Eduardo, uma vez que os votos, os julgados da 5ª Turma, pela inexistência de prescrição, são fundamentados na argumentação de que o Decreto 1.102, de 1903, é incompatível com a atual Constituição. Por que é incompatível com a atual Constituição? É porque nossa Constituição trata a organização do abastecimento alimentar como serviço público. Neste meu extenso voto, procuro examinar o que é serviço público do ponto de vista conceitual, pelos seus três ângulos: o ângulo do regime jurídico, o ângulo subjetivo e, predominantemente, sob o aspecto material. Com isso concluí que efetivamente a atividade da Conab, muito embora utilize técnicas de mercado, muito embora a Conab pratique atos comerciais, sua atividade como um todo, sendo parte da organização do abastecimento alimentar, é serviço público. A conclusão a que chego nesse voto é a seguinte: A organização do abastecimento alimentar é serviço público, seja pelo critério subjetivo – prestado por empresa estatal, a Companhia Nacional de Abastecimento –, seja pelo critério do regime jurídico – previsão constitucional do art. 23, inciso VIII, da Constituição –, seja pelo critério material, pois a necessidade de alimentação compõe o rol das necessidades vitais, conforme está no art. 7º, IV, da Constituição: “salário-mínimo fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação (é o segundo item desse dispositivo), educação, saúde, lazer etc”. Não está a Conab sujeita, pois, à disposição do art. 173, § 1º, II, da Constituição. Esse dispositivo, consoante as lições de Eros Roberto Grau e Celso Antônio Bandeira de Melo, reproduzidas pelo Min. Carlos Mário Velloso, só se aplica às empresas econômicas em sentido estrito, a partir da constatação de que “atividade econômica é expressão que deve ser tomada em dois sentidos: enquanto gênero, compreendendo duas modalidades, serviço público e atividade econômica em sentido estrito; enquanto espécie, ao lado de serviço público, se integra ao gênero atividade econômica”. Daí por que excluo a aplicação do art. 173, § 1º, II, da Constituição ao caso, porque a Conab não é empresa pública dedicada a atividade econômica stricto sensu, mas a serviço público.

Prossigo: a Companhia Nacional de Abastecimento, repita-se, tem por finalidade executar a política agrícola no segmento do abastecimento alimentar e a política de garantia de preços mínimos, fornecer subsídios ao Ministério da Agricultura e do Abastecimento na formação e acompanhamento das referidas políticas, bem assim na fixação dos volumes mínimos dos estoques reguladores estratégicos (art. 5º do Estatuto aprovado pelo Decreto

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Meguerian, Carlos Moreira Alves e Selene Almeida e os Exmos. Srs. Juizes Federais Marcelo Dolzany e Carlos Eduardo Castro Martins (convocados). Pedeu vista a Des. Federal Selene Almeida (sessão do dia 23/10/2012).

2.399/1997). Diz mais o art. 6º do Estatuto que é objetivo da Conab “garantir ao pequeno e médio produtor os preços mínimos e a armazenagem para guarda e conservação dos seus produtos; 2 - suprir carências alimentares em áreas desassistidas ou não suficientemente atendidas pela iniciativa privada; 3 - fomentar o consumo dos produtos básicos e necessários à dieta alimentar das populações carentes; 4 - formar estoques reguladores e estratégicos, objetivando absorver excedentes e corrigir desequilíbrios decorrentes de manobras especulativas; 5 - participar da formulação da política agrícola; 6 – fomentar, por meio de intercâmbio com universidades, centros de pesquisas e organismos internacionais, a formação e o aperfeiçoamento de pessoal especializado em atividades relativas ao setor de abastecimento”. Isso aqui faz parte do Estatuto da Conab, aprovado por aquele decreto a que me referi. Para cumprir a tais finalidades, a Conab poderá, entre outros meios, “atuar como companhia de armazéns gerais, podendo operar redes de armazéns, silos e frigoríficos” (art. 7º, inciso II). Como tal, deve atenção — a Conab — ao princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual “a administração não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público” — cito aqui Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª edição, São Paulo, 2006, p. 103. Prossegue — o próprio Hely Lopes Meirelles —, citando Celso Antônio Bandeira de Melo, segundo o qual o princípio da indisponibilidade do interesse público “é princípio geral do direito, inerente a qualquer sociedade, é próprio à condição de sua existência, assim não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como por exemplo os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI) ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social” (Celso Antônio Bandeira de Melo, citado por Hely Lopes Meirelles). Deste modo, a partir da Constituição em 1988, não incide sobre os depósitos da Conab em armazéns gerais a disposição do art. 11, § 1º, segunda parte, do Decreto 1.102, de 1903: “O direito de indenização prescreve em três meses, contados do dia em que a mercadoria foi ou deveria ser entregue”. De outra forma, seria, na prática, dispor do patrimônio público, porque a Conab, é notório, não tem condições de ingressar com ação em três meses, principalmente se contado esse prazo do dia em que a mercadoria foi ou devia ser entregue. Observe-se que é de um ano o menor dos prazos de prescrição atualmente previstos no Código Civil (art. 206, § 1º). O Tribunal de Contas da União realizou auditoria (TC 009789/2009) dos depósitos da Conab, concluindo que a empresa tem prejuízo de dois bilhões de reais ao ano, resultado principalmente da não observância do prazo prescricional — em 70% dos casos a Conab perde prazo para ingressar com ação e, portanto, cai em prescrição — para recuperação de débitos por via judicial.

Vejam que, num julgado tão importante como este, não estamos vendo, aqui, advogado da Conab. É o total desprezo pela coisa pública, nesse setor. Doutor procurador, Vossa Excelência está tomando conhecimento desta situação que reina, e que, na 5ª Turma, lidamos diariamente, são ações milionárias. Considerando a burocracia do serviço público, a dificuldade de se fazer levantamento, é impossível à Conab, a questão já é por si mesma complexa, porque esses depósitos, os levantamentos contábeis, levantamentos físicos e contábeis, são difíceis, os depósitos se desenvolvem ao longo de anos e anos, até que são descobertas as faltas. O levantamento físico é difícil, o contábil, ainda mais. Prova são as perícias realizadas nesses processos, são processos volumosos. Considere-se, mais ainda, o descaso do servidor público, porque não está cuidando de empresa que visa lucro, não tem o controle rigoroso pelos seus chefes, de patrões, como acontece na iniciativa privada. Muitas vezes a Conab atende a interesses político-eleitorais, por trás desses interesses políticos estão os interesses econômicos. Houve comentário, não posso afirmar, na imprensa, há algum tempo, de loteamento da Administração Pública, ficando a Conab destinada a determinado partido para efeito de escolha dos seus dirigentes. Então, vejam os senhores que essa atividade tão importante — serviço público, cuidar do abastecimento alimentar — com todos esses percalços, todos esses problemas, constatado o resultado deficiente, já, pelo Tribunal de Contas da União. Não vejo, como cidadão e como juiz, possibilidade de enquadrar a Conab numa disposição de decreto de 1903, um decreto instituído para a iniciativa privada *stricto sensu*, com todas essas situações e, considerando mais o princípio da indisponibilidade do interesse público, que é um princípio implícito na Constituição e no regime democrático. Como utilizar uma disposição dessa data, depois de mais de um século, considerando a complexidade dos fatos de hoje em dia e a relevância do interesse público nessa questão, permitir que a fraude, a apropriação indébita, o desvio do patrimônio público em detrimento justamente das populações mais carentes do Nordeste e de outras regiões também pobres, permitir que o cuidado do abastecimento alimentar esteja, por uma interpretação rigorosa, positivista, nesses termos, sendo jogado no lixo e na vala? É por isso que mantenho meu ponto de vista defendido na 5ª Turma.

Pedido de Vista

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Vou pedir vista para examinar detidamente os precedentes que se pacificaram no âmbito do STJ, para examinar se aquela alta Corte não procedeu no exame perfunctório das razões de fato e de direito a respeito da eficácia, ou melhor, da vigência de uma norma do início do século XX, para regular, como disse Vossa Excelência, atividades das pessoas jurídicas privadas, quando ainda não se sonhava com existência do estado interventor e protagonista de políticas públicas em varios setores.

Voto-Vista*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência instaurado pela Sexta Turma deste Tribunal em razão da divergência entre as duas turmas que compõem a Terceira Seção quanto ao prazo prescricional para a propositura da ação de depósito para a devolução de mercadoria posta em armazém geral.

A Sexta Turma adota o entendimento do eg. Superior Tribunal de Justiça segundo o qual o prazo prescricional para ajuizamento da ação de depósito para devolução de mercadoria posta em armazém geral é de três meses, *ex vi* do art. 11, § 1º, segunda parte, do Decreto 1.102 de 1903. A Quinta Turma, porém, admite o prazo de vinte anos, ante a previsão do art. 177 do Código Civil de 1916, reduzido depois para dez anos, nos termos do art. 205 do Código Civil de 2002. Em síntese, a Quinta Turma não aplica o prazo trimestral do Decreto de 1903 por não ter sido recepcionado pela Constituição de 1988, em relação aos estoques da Conab.

Entendo mais razoável a adoção do entendimento da Quinta Turma, no sentido de que a Conab executa serviço público de fomento à produção agropecuária e de organização do abastecimento alimentar (art. 23, VIII, da Constituição Federal).

O ordenamento jurídico prevê a possibilidade de atuação direta do Estado na economia por meio das chamadas empresas estatais, para o exercício de atividades econômicas. A distinção entre atividade econômica estatal e prestação de serviço público é importante em face do regime jurídico aplicável em cada caso. Os serviços públicos são criados tendo em vista o atendimento das necessidades da sociedade, como transporte, saúde, educação, etc.

O serviço público é um conceito largo e em sua maior abrangência coincide com a concepção de bem-estar da coletividade. As diversas atividades do Estado para a promoção desse bem comum podem estar submetidas a regimes jurídicos que são distintos: atividades indelegáveis e atividades delegáveis à iniciativa privada; exploradas pelo Estado ou pela iniciativa privada; com presença do *ius imperii* ou não.

As atividades econômicas não têm em si mesmo inserção na esfera pública e privada. O legislador com base em uma avaliação do interesse coletivo pode fazer a opção de entregar determinação atividade a exploração do Estado (critério formal de serviço público).

A Constituição contém uma disciplina das atividades estatais, constitui ela o principal marco a partir do qual se deve buscar o conceito de serviço público. O Texto Constitucional compreende várias concepções de serviço público, ou seja, nele se observa diferentes concepções doutrinárias, segundo sua maior ou menor abrangência: (a) são todas as atividades exercidas pelo Estado e (b) são as atividades exercidas pelo Estado em regime jurídico de Direito Público; (c) apenas os serviços que têm remuneração por taxa ou tarifa (arts. 145, II e 175).

A jurisprudência não se deu ao trabalho de criar um conceito sistemático de serviço público, por isso esse meu exercício de enfrentar a questão com alguma lógica em face do sistema normativo porquanto o que é possível fazer é, em face da Constituição, construir uma solução jurídica. Assim, com base nas opções normativas do Constituinte de que é serviço público as atividades pelas quais o Estado direta ou indiretamente promove a satisfação do interesse coletivo, sob regime jurídico distinto, ainda que não o direito público, concordo com o voto divergente do Desembargador João Batista de que a Conab executa política agrícola no segmento do abastecimento alimentar e a política de garantia de preços mínimos, fornece subsídios ao Ministério da Agricultura e do Abastecimento na formação e acompanhamento dessas políticas e fixa os volumes dos estoques reguladores estratégicos; assiste carências alimentares em áreas desassistidas ou não suficientemente; fomenta o consumo de produtos básicos e

* Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista divergente da Des. Federal Selene Almeida, pediu vista o Des. Federal José Amílcar Machado (sessão do dia 09/04/2013).

necessários à dieta alimentar das populações carentes; forma estoques reguladores para corrigir desequilíbrios decorrentes de manobras especulativas, etc.

É uma empresa que atua na política agrícola e de abastecimento do País, instrumento pelo qual o Governo Federal intervém na economia .

A aplicação ao caso em exame de norma prescricional de decreto do ano de 1903 que torna totalmente impossível a defesa do interesse público em juízo desconsidera o fato do contexto social do início da Primeira República e as atividades que o Estado é chamado a desempenhar agora. A realidade normativa da época da edição do Decreto 1.102/1903 desconhecia a intervenção estatal na economia e a adoção de medidas para se garantir política de preço mínimo, execução de políticas públicas de armazenagem de produção agropecuária, remoção e escoamento de estoques reguladores e estratégicos de produtos, garantir o abastecimento e regulação de oferta de produtos agropecuários no mercado interno.

Não vou aderir a entendimento que é materialmente inexequível de ser observado quanto a prazo prescricional e que não observa a natureza da atividade desempenhada pela empresa pública. Acompanho a divergência inaugurada pelo Desembargador João Batista Moreira para aplicar o art. 205 do Código Civil de 2002. Não a hipótese não é de aplicação das normas do Código Civil, que o seja o do prazo prescricional para a Fazenda Pública.

Peço vênua ao eminente relator, para acompanhar a divergência, no caso.

É o voto.

Pedido de Vista *

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — senhor presidente, esse Decreto 1.102 é de 1903; a Conab existia em 1903?

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Não.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Era uma similar?

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Não existia nem essa noção, que estamos levantando, de serviço público. Esse decreto regula os armazéns gerais, de modo geral, iniciativa privada.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Não, mas, então, é símile, armazéns gerais; executava a política pública de abastecimento.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Armazéns gerais privados.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Privados?

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Privados.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: Privados. — É 1903, liberalismo.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — É atividade econômica de armazéns gerais.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Era o liberalismo, e depois retornou como neo.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — É o mesmo depósito da bagagem de uma pessoa em hotel: se não paga, a bagagem fica; tem o prazo de três meses para reclamar.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Não fica mais não, porque agora o hotel pode emitir duplicata de serviço, então, quer dizer, libera a bagagem.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — É antes da Primeira Guerra, excelência.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Esse decreto disciplina tanto questiúnculas quanto, o que vemos aí, de milhões de reais.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — senhor presidente, entendo que o assunto realmente é relevante. Vejamos as prescrições: trintenária, vintenária, quinquenal, mas quando é prescrição retroativa de delito, em um mês que lava o processo lá, prescreveu a pena e tudo. Quando é para fazer a Conab tentar reaver os seus créditos são três meses. Há um *gap* aí muito forte.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Meguerian, Carlos Moreira Alves, João Batista Moreira, Selene Almeida e José Amilcar Machado e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado) (sessão do dia 09/04/2013).

Peço vista, senhor presidente.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — O fundamento de meu voto é que esse prazo é incompatível com o princípio da indisponibilidade do interesse público, que a matéria envolve.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Até para ler o voto de Vossa Excelência e o voto da Desembargadora Selene e confrontar com o voto do eminente relator, eu peço vista, senhor presidente, não vou julgar isso também “a toque de caixa”, porque entendo que o tema é relevante.

Esclarecimentos

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Vossa Excelência, Desembargadora Selene, falou que o Supremo já decidiu essa matéria também?

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — O Ministro Joaquim Barbosa.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Monocraticamente?

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Conhecia só a orientação do STJ.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Como é que ele decidiu?

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Ele decidiu pela aplicação do Decreto de 1903.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Especificou os casos?

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — À Conab.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — À Conab.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Foi. Nós estamos remando contra a maré, eu e ele.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Pelo que informa o Desembargador Jirair, parece que o STJ também que está indo nessa linha, de três meses. Desembargadora Selene, Vossa Excelência pesquisou a jurisprudência do STJ? É isolada?

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Não, é mansa e pacífica.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — O STJ não julga a constitucionalidade.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Senhor presidente, o que está me impressionando é o tempo de três meses para você operacionalizar qualquer fenômeno neste país; é muito pouco tempo.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Olha o que diz o egrégio STJ: “Inegável a aplicação do disposto no art. 11 do decreto de 1903 quando pedida a indenização em pecúnia ou restituição dos produtos estocados em armazém geral em razão da responsabilidade deste pelos bens recebidos em depósito, que desapareceram, conquanto é demasiado exíguo o prazo de três meses, esta é a vontade do legislador, e deve ser aplicada a regra albergada na legislação específica”.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Mas isso Vossa Excelência bem explicou, desembargadora. Isso é para relação jurídica privada. É o empresário que tem que saber, como gestor de empresas, versar essa mercadoria e também saber como se ressarcir ou reaver. Então, isso é muito próprio para a dinâmica de mercado, de um mercado capitalista, da relação de mercado. Mas a Conab, com essa estrutura dela de serviço público, em três meses, ela não dá conta de fazer um auto, ela não dá conta de chegar lá. Estou pedindo vista para analisar isso.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Senhor presidente, já que o Desembargador Amilcar pediu vista, peço para ele fazer uma reflexão, eu acompanhei o voto do eminente relator exatamente na esteira da jurisprudência das cortes superiores, que já está pacificada, mas confesso que tenho dúvidas, até gostaria, se não estivesse essa questão pacificada junto às cortes superiores, de ver se foi examinado [...]

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Desembargador Moreira, um momento, pelo que depreendi, a Desembargadora Selene analisou os precedentes, disse que a questão está pacificada no âmbito do STJ, no Supremo, existe uma decisão monocrática do relator Joaquim Barbosa, que não foi submetida ainda à deliberação plenária.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Até porque a matéria, em princípio, não é constitucional.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Mas o enfoque do Desembargador Moreira é a indisponibilidade do interesse público, é constitucional, e não sei se é ofensa reflexa ou não.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Mas, na verdade, pelo que entendi do enfoque do Dr. João Batista Moreira, ele aplica a prescrição quinquenal; não é isso Dr. João Batista? Com base na legislação que trata da Fazenda Pública; é aquela assemelhação do interesse, não é isso, ou entendi errado?

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — O fundamento da aplicação desse decreto às relações da Conab é de que é norma especial; regula a prescrição das ações de depósito. A norma especial afasta a norma geral, que aqui seria o Código Civil. Afasto a norma especial e aplico a prescrição do Código Civil.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Porque ele entende que esse decreto, como diz a Desembargadora Selene, foi dirigido para armazéns gerais, na esfera privada, na relação de mercado livre.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — A quinquenal é prescrição contra a Fazenda Pública; nesse caso aí, é favorável à Fazenda Pública.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — O Desembargador João Batista já está levando a questão, ele levou, ele desviou o foco do decreto para a Conab, que exerce política pública.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Há uma tendência forte no Supremo, de equiparar as empresas públicas que se dedicam a serviço público a Fazenda Pública. Já aconteceu isso com os Correios.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Eu refletiria sobre uma ótica de visão, que a dúvida que eu tenho sobre essa matéria é saber se esse decreto está em vigor.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Está.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Porque o já revogado Código Civil dizia no seu art. 1.807: “Ficam revogadas as ordenações, alvarás, leis, decretos, resoluções, usos e costumes concernentes às matérias de Direito Civil reguladas nesse Código”; quer dizer, ele, em 1916, fez uma revogação geral de tudo aquilo que estivesse disciplinado no Código e que, obviamente, fosse incompatível com o Código.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — E ele nega todo esse elenco extravagante, porque ele fala “leis”, não fala nas ordenações, porque era vigente.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — A prescrição é matéria de Direito Civil, regulada no Código Civil obviamente, e o art. 177 do Código Civil revogado, estabelecia: “As ações pessoais prescrevem ordinariamente em vinte anos, as reais, em dez anos, entre presentes e ausentes, em quinze anos, contados da data em que poderiam ter sido propostos”. E o art. 179 vai além disso: “Os casos de prescrição não previstos neste Código serão regulados, quanto ao prazo, pelo art. 177”, que é esse mais amplo. Quer dizer, então, a impressão que tive inicialmente da leitura desse dispositivo, como disse, não me animei a fazer um estudo mais aprofundado, porque, primeiro, não temos, e, segundo, a matéria está sedimentada na Corte Superior, no âmbito infraconstitucional. Mas a leitura que faço conjugada desses dispositivos é que todas aquelas normas anteriores ao Código Civil, que tratem de matéria que nele esteja disciplinada, ficaram revogadas. E, no tocante à prescrição, aos prazos de prescrição, que é o que estamos discutindo aqui — é o prazo de prescrição, saber qual o prazo aplicável —, ele dá impressão de que foi exauriente em relação a tudo aquilo que era pretérito. Quer dizer, tudo aquilo que era pretérito em termos de prazo de prescrição passou a ser disciplinado pelo Código Civil. E as leis extravagantes posteriores, aí sim, porque já havia disciplina de Direito Civil, é que foram ou poder-se-iam formar paralelamente com novos prazos. Mas aqueles prazos passados, as anteriores ao Código Civil, tenho dúvida se estariam em vigor.

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Então, Vossa Excelência pede vista, porque a tese é nova, o argumento é novo.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — A essa altura, Desembargador Amilcar, não poderia mais pedir vista, mas posso reconsiderar o meu ponto de vista, o meu ponto de vista não, o voto proferido, como disse, já essa matéria, só não me animei a aprofundar um pouco essas reflexões que estou externando, exatamente porque Vossa Excelência pediu vista, porque a matéria está sedimentada na Corte Superior. Eu até queria ver se foi examinada essa questão de saber se esse decreto estava em vigor ou simplesmente se pegou o prazo e disse que o prazo é esse, está disciplinado, é uma relação de direito privado, há esse decreto de 1903 que disciplina essa relação e o prazo é esse. Mas a dúvida que tive foi realmente se esse decreto de 1903 está em vigor. Porque temos visto muito em moda isso, citações de legislações de 1903, 1902, 1901, mil oitocentos e pouco dadas como vigentes, porque aparentemente não são incompatíveis com nada, mas sem o confronto com essa disposição do Código Civil que, como disse, em uma reflexão mais apressada, dá a impressão de que veio exatamente para revogar aquelas legislações passadas

e começar uma disciplina, digamos assim, quase que exauriente a partir daquele momento em matéria de Direito Civil, até porque da própria índole dele foi a codificação, quer dizer, trazer para o Código a disciplina geral do Direito Civil. Então, quis só fazer essa ponderação, já que Vossa Excelência se animou a fazer esse pedido de vista, se quiser refletir sobre isso, que, como disse, não me animei por uma questão prática realmente. A questão já está definida no âmbito da Corte Superior e não chegaria a essa conclusão, até porque estamos num incidente de uniformização de jurisprudência que está chegando à divergência, que eu não equipararia a Conab à Fazenda Pública. Eu iria verificar o prazo não em face do Decreto 20.910, se não me trai a memória, de 1932, mas, sim, em face das disposições do Código Civil, ainda que essa análise levasse aquele prazo mais amplo do art. 177, que é, exatamente, a meu ver, para suprir a ausência daqueles prazos ordinários e específicos que estão nos dispositivos que especificamente vão tratando de prazos diferentes. Confesso que a primeira vez que examinei essa questão, e não foi sobre esse decreto específico que pensei sobre essa questão, foi exatamente que me chamou a atenção de outro dispositivo de uma legislação de 1902 ou 1912, se não me engano, que foi dada como em plena vigência porque não seria incompatível com disposição outra de lei expressa nenhuma, e me lembrei dessa disposição do final do Código Civil que, a meu ver, foi exatamente para isso. Se tivéssemos tempo também, seria até por uma questão de estudo, de conhecimento, interessante aprofundar a análise.

Voto-Vista*

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado: — Pedi vista dos autos na sessão do último dia 9 de abril para melhor examinar a divergência de entendimento entre as duas turmas componentes desta 3ª Seção no que concerne ao prazo prescricional para o ajuizamento de ação que tenha por objeto a restituição (ou ressarcimento em pecúnia) de mercadoria estocada em armazém geral.

Por ocasião do exercício da vice-presidência neste nosso Tribunal, em juízo de admissibilidade de recursos especiais (Cf. REsp em AC 2001.01.00.036012-4/BA; REsp em AC 2001.38.03.005066-2/MG e REsp em AC 2000.36.00.002598-1/MT), proferi decisões no sentido de se aplicar a prescrição trimestral às demandas versando sobre o tema ora em debate, tal como estabelecida no art. 11, § 1º, 2ª parte, do Decreto 1.102/1903.

Conquanto seja demasiado exíguo o prazo prescricional de três meses, esta é a vontade do legislador, devendo ser aplicada a regra albergada em legislação específica. Nesse ponto, lembrando do questionamento do eminente Desembargador Carlos Moreira Alves, reafirmo o meu posicionamento quanto a não revogação da norma específica contida no art. 11 do Decreto 1.102/1903 pelo art. 177 do Código Civil de 1916.

De fato, pelo art. 1.807 daquele Código foram revogadas todas as normas anteriores de Direito Civil que com ele fossem incompatíveis ou que por ele passassem a ser inteiramente reguladas. Não é o caso dos contratos de depósito em armazéns gerais. Considerando que o texto de 1916 tratou apenas de modo geral do contrato de depósito, e, que o Decreto 1.102/1903 contém regras específicas sobre as empresas de armazéns gerais, não há que se cogitar de revogação deste Decreto 1.102 pelo Código Civil (Cf. STJ, AgRg no REsp 1.354.851/SP, Segunda Turma, na relatoria do Min. Humberto Martins, DJ 02/04/2013; AgRg no REsp 797.733/RJ, Quarta Turma, na relatoria da Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 11/11/2010; REsp 767.246/RJ, Quarta Turma, na relatoria do Min. Jorge Scartezini, DJ 27/11/2006.)

Nos termos do bem lançado voto-condutor do saudoso Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ao julgar o AgRg nos EREsp 89.494/MG (STJ, Segunda Seção, DJ 23/10/2006):

Cuidando os presentes autos de ação de depósito relativa a armazém geral, regida especificamente pelo Decreto 1.102/1903, não há falar em divergência quanto a paradigmas que versam sobre os prazos prescricionais para a ação de anulação de escritura pública de compra e venda e anulação de cheques, c/c perdas e danos, e para a ação de depósito relativa a conta-corrente.

Acompanho, assim, o lúcido voto do eminente relator para que prevaleça neste incidente de uniformização de jurisprudência o entendimento da Sexta Turma desta Corte, no sentido de ser de 3 (três) meses, nos termos

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves, José Amílcar Machado, João Batista Moreira e Selene Almeida e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado) (sessão do dia 23/04/2013).

do disposto no art. 11, § 1º, 2ª parte, do Decreto 1.102/1903, o prazo prescricional para a propositura de ação de restituição ou ressarcimento de mercadoria depositada em armazém geral.

É como voto.

Voto-Vogal*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Deixo registrado que tenho extenso voto a respeito desta questão e ora constato que, ao contrário do que imaginava, não há cópia juntada aos autos do incidente de uniformização de jurisprudência. Imaginava que tivesse pedido para juntar esse voto, ao fazer as considerações complementares, que estão às fls. 381–385. A juntada ainda é oportuna. Protesto por essa juntada. Nesse voto, sustento que a atividade da Companhia Nacional de Abastecimento, hoje, diante da Constituição de 1988, deve ser classificada como serviço público de “organização do abastecimento alimentar”. Se assim é, a matéria não pode ser considerada disciplinada por um decreto de 1903, destinado a regular os armazéns gerais, de modo amplo, vale dizer, destinado essencialmente à atividade privada de armazéns gerais. É verdade que a Constituição, em seu art. 173, § 1º, II, estabelece: “II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”. Estabelece sujeição das empresas estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Todavia, a doutrina, já há bastante tempo — concepção de certa forma pacífica —, ensina que não se subsumem a essa regra as empresas estatais dedicadas à prestação de serviços públicos. Outros aspectos então assinalados naquele voto. A esta altura, já a um passo da decisão do incidente de uniformização de jurisprudência, gostaria de acrescentar apenas que, nos últimos tempos, surgiu uma doutrina que busca afastar a concepção irrestrita de que *lex specialis derogat legi generali*. Já tive a oportunidade de aplicar, em julgados deste Tribunal, a nova orientação. Essa nova orientação parte da constatação de que o critério de que lei especial afasta a incidência de lei geral nem sempre é satisfatório. Ia dizendo que já apliquei a nova orientação a julgados neste Tribunal, mas, ora me recordo, já o apliquei bem antes, quando ainda juiz federal no Estado do Amazonas. Ali, surgiu uma questão relacionada com nova lei de informática. Os incentivos previstos nessa nova lei para a matéria informática deram origem à seguinte discussão: deve-se aplicar a antiga lei, que prevê incentivos para a Zona Franca de Manaus, uma lei espacialmente especial, ou a nova lei de informática, materialmente especial? Uma lei materialmente especial aplica-se também ao setor de informática desenvolvido na Zona Franca? Essa era a interrogação, ou seja, uma lei era materialmente especial, a outra, espacialmente especial, duas leis especiais sob critérios diferentes. Recordo-me de ter, como juiz, entendido que deveriam ser combinadas as duas leis. Até então, não conhecia a nova orientação, que o Min. Herman Benjamin bem resume, em seu livro sobre o Código do Consumidor. Dizem os autores desse livro, entre os quais o Min. Herman Benjamin, que se defende,

[...] todavia, atualmente (pós-modernidade), uma nova concepção sobre a relação intertemporal das normas — a do diálogo das fontes normativas — em que deixa de prevalecer a ideia racionalista de conflito e revogação, para dar lugar à de coordenação sistêmica, complementar e funcional das normas, independentemente de sua data e de seu caráter de generalidade ou especialidade.

Isso está no livro a que me referi, de autoria de Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem (p. 26 e seguintes). Neste Tribunal, em certa ocasião, já argumentei nessa linha, quando se tratava de saber se o controle das instituições bancárias poderia ser feito só pelo Banco Central ou se também pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Naquela ocasião, sustentei a complementaridade das duas regras: uma especial, dirigida às instituições bancárias, sujeita a controle pelo Banco Central e a outra — de certa forma também especial — sujeitando a controle e fiscalização pelo Conselho Administrativo e Defesa Econômica, em defesa do consumidor. Sustentei, naquela ocasião, que as duas regras não se excluíam, uma regra não revogava a outra, elas se harmonizavam, eram complementares. No caso aqui, penso que se deve aplicar essa orientação: afastar a concepção racional positivista de que a lei especial revoga a lei geral, para poder considerar que a situação que está sendo examinada é diferente daquela a que se dirige o decreto de 1903. Já se disse que o direito é norma, fato e valor, aliás, de acordo com a teoria tridimensional, de Miguel Reale. Por este ângulo, devemos considerar que a situação ou o fato em causa é diferente daquele a que se dirige o decreto de 1902.

* Sessão do dia 23/04/2013.

Repetindo, trata-se de uma atividade classificada como serviço público, mais de um século após a edição daquela regra, que nem poderia dirigir-se a uma atividade que no futuro seria classificada como serviço público. Essa noção ainda não existia à época, pelo menos no Brasil. Outro fato que deve ser considerado é a quase impossibilidade de a Conab fazer os levantamentos e ingressar com as ações no curto período de três meses, o que, de acordo com levantamento feito pelo Tribunal de Contas da União, entendendo-se que prevalece o prazo trimestral de prescrição, tem causado à Conab o prejuízo anual de dois bilhões de reais. Levo em conta, finalmente, que é de um ano o menor prazo de prescrição previsto no Código Civil. Entender-se que há prescrição da ação de depósito em três meses significa dizer, embora isso não seja inusitado, que a Conab não poderá reivindicar a mercadoria faltante, apesar de que, se o desvio foi criminoso, a pessoa estará sujeita a responder criminalmente, pois o prazo de prescrição criminal é bem mais longo. Então, vejam a aparente contradição: a pessoa pode ser processada criminalmente, ir para a cadeia, mas não terá a obrigação de restituir aquilo que desviou. Vejam que essas normas, também por este ângulo, merecem interpretação que dê sentido lógico e justo à aplicação do Direito, no caso.

Esclarecimento

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Voltam os autos para o relator, para poder formalizar a redação da súmula, ao lavrar o acórdão. Aliás, taquigrafia, acrescente na certidão que a redação da súmula é por unanimidade, na forma como apresentada pelo relator.

Voto-Vogal*

O Exmo Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins: — Senhor presidente, *data venia* do posicionamento dos ilustres membros da 5ª Turma, não vejo como possível escapar ao entendimento já solidificado no STJ, com julgamento inclusive na 2ª Seção — julgamento antigo de 2006, com relator o ainda ministro de saudosa memória Carlos Alberto Direito —, em que se estabeleceu a ementa:

Cuidando-se os presentes autos de ação de depósito relativa a armazém geral, regida especificamente pelo Decreto 1.102/1903, não há falar em divergência contra paradigmas que versam sobre prazos prescricionais para ação de anulação de escritura pública de compra e venda e anulação de cheques, cumulado com perdas e danos e para ação de depósito relativa também a inúmeras outras decisões dos órgãos fracionários da 3a e da 4a Turma.

Leio aqui pedaço da ementa do Ministro Scartezzini, na 4ª Turma, no REsp 7672461RJ, no qual Sua Excelência estabelece que:

É inegável a aplicação do disposto no art. 11 do Decreto 1102, quando o pedido de indenização e pecúnia ou restituição dos produtos estocados em armazém geral em razão da responsabilidade deste pelos bens recebidos em depósito que desapareceram ou vieram a perecer. Conquanto seja demasiado exíguo o prazo prescricional de três meses, essa é a vontade do legislador e deve-se aplicar a regra albergada na legislação específica. O código Civil de 1916, por seu art. 1807, revogou todas as normas anteriores de Direito Civil incompatíveis com o diploma ou que por ele passaram a ser inteiramente reguladas. Deste modo, considerando que o texto de 1916 tratou apenas de modo geral do contrato de depósito, não há que se falar em revogação do Decreto 1.102/1903, que traz as regras específicas a respeito das empresas de armazéns gerais.

Concordo com o presidente que o prazo concedido nesse decreto praticamente é impossibilitador da cobrança por parte da Conab, mas o governo tem os meios de modificar a lei. Não é possível, a meu ver, modificar o prazo estabelecido numa norma legal de *lege ferenda*. Creio que, quando o governo quer, consegue o que quer no Congresso: essa lei que só estabeleceria um prazo prescricional diferenciado e seria, me parece, bastante fácil de conseguir a aprovação e eliminaria esse prejuízo de dois bilhões que o TCU apontou como possivelmente existente, no caso de ser mantido o prazo de três meses. No entanto, o prazo estabelecido é esse e, por isso, acompanho o relator.

* Sessão do dia 23/04/2013.

Juntada de Voto

Embargos Infringentes 2000.36.00.002597-9/MT

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — O exame da questão requer, inicialmente, incursão doutrinária no conceito de *serviço público*, imprescindível à conclusão de que a Companhia Nacional do Abastecimento – Conab não é empresa estatal dedicada a atividade econômica *stricto sensu*, mas a *serviço público*, e que, por isso, foge à regra do art. 173, § 1º, II, da Constituição: “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

Já escrevi⁹ que, diante da impossibilidade de estabelecer com precisão os limites da chamada *função administrativa*, cuja conformação está sujeita a contínuas variações no tempo e no espaço, deve-se contentar com a fixação de sua moldura teórica pelo critério residual, apesar da crítica de que, “cientificamente, é inaceitável adotar critério negativo para fixar um conceito”¹⁰. Da função administrativa exclui-se o interesse perseguido, em caráter final, pelas funções legislativa e jurisdicional e pelas atividades políticas de governo. É critério antigo que a legislação e jurisdição não pertencem à atividade administrativa.¹¹ Em contrapartida, tomando como pressuposto a estrutura trina das funções estatais¹², a função administrativa inclui as atividades intermediárias do Estado (atividades-meio dos poderes ou funções), como a administração de recursos humanos, a atividade patrimonial, a arrecadação de tributos, e as atividades finais da função executiva, estas incluindo a intervenção na propriedade e no domínio econômico e social, a polícia e os serviços públicos, além da regulação, que ultimamente, sob outra perspectiva, acrescenta-se às tradicionais atividades administrativas. No Brasil, especialmente, não há como negar a existência de uma atividade administrativa denominada serviço público porque a essa espécie se refere a Constituição.

Mas o que é *serviço público*?

Muitas tentativas foram feitas para determinar, *a priori*, a atividade estatal classificada como *serviço público*. Qualquer dos três critérios — subjetivo ou orgânico, formal e material ou objetivo —, isoladamente empregado, não logra sintetizar noção isenta de sérias objeções. A fragilidade do primeiro critério reside em que o serviço público tanto pode ser prestado diretamente, pelas entidades da administração, como indiretamente, por meio de concessionários e permissionários e, alguns, até por entidades simplesmente autorizadas (serviços públicos não privativos: educação, saúde, previdência e assistência social), neste caso com ou sem incentivo do poder público. O critério formal, ou do regime jurídico exorbitante, à semelhança do critério subjetivo, para livrar-se da tautologia (*tem regime exorbitante porque é serviço público ou é serviço público porque tem regime exorbitante?*) conduz ao positivismo. É serviço público a atividade a que a Constituição e a lei atribuem o mencionado regime. No caso de *serviço público por definição constitucional* (abstraída controvérsia a respeito da existência de tal categoria), as vicissitudes ficam por conta apenas da diversidade de sentidos que sejam atribuídos à norma; já na falta de previsão constitucional específica, uma definição por lei não evita juízo de razoabilidade, que só o critério material permite (na França, houve a necessidade de definir se o serviço de *banhos de ducha*, propiciado pela Administração de forma gratuita ou por preço módico, poderia ser classificado como *higiene pública*, prevista em lei como serviço público, ou se atentava contra o princípio de liberdade econômica em relação às casas de banho, empresas privadas)¹³. Outra ponderação é que as prerrogativas e restrições especiais não são exclusivas do setor público: uma atividade mesmo desenvolvida sem vinculação com a administração pode eventualmente ser contemplada com prerrogativa legal, como a isenção tributária, derogatória do regime normalmente aplicado, com vistas à satisfação do interesse público, ou seja, desde

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Meguerian e Selene Almeida e os Exmos. Srs. Juizes Federais Carlos Eduardo Castro Martins e Rodrigo Navarro de Oliveira (convocados) (3ª Seção – julgamento em 25/09/2012).

⁹ MOREIRA, João Batista Gomes. Conceito Material de Serviço Público. Interesse Público – Revista Bimestral de Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, n. 64, nov./dez. 2010, p. 53-73.

¹⁰ MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 53.

¹¹ GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Macchi, 1995, p. XIII-3.

¹² No pensamento de Hart, a introdução de competências legislativa e judicial representou um “avanço tão importante para a sociedade quanto a invenção da roda” (apud ALEXI, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 241).

¹³ Cf. JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Tradução de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949, t. II, p. 111-113.

que exista fim público a alcançar em correlação lógica com um fator diferencial socialmente aceitável. Exemplo dessa situação, na França, foi o fato de organismos profissionais privados terem recebido, diretamente da lei, *poder regulamentar e tarefas intervencionistas*¹⁴.

Acontece, por outro lado, com origem também na França, a utilização preferencial, pela administração, de processos convencionais (contratuais) e o recurso a pessoas privadas como auxiliares em suas tarefas, em que pese aí não se poder falar, exatamente, em privatização de regime. Essa *privatização* “é apenas uma tomada de empréstimo de um método, uma inspiração”¹⁵. Invoca Laubadère o exemplo da atividade intervencionista desempenhada por meio de atos comerciais: “É comprando, vendendo, fazendo contratos que agem estes organismos. Daí resulta um certo equívoco, pois esta actividade comercial não tem na realidade um fim comercial mas um fim dirigista que noutros tempos o Estado teria cumprido por meio de ação unilateral”¹⁶. Exemplo brasileiro é o da Companhia Nacional de Abastecimento, que desempenha o serviço público de organização do abastecimento alimentar — art. 23, VIII, da Constituição —, praticando atos, isoladamente considerados, de natureza comercial. As relações, nesse caso, continuam imantadas pela finalidade pública e, pois, pelo regime administrativo. *Resultado da especialidade de regime, a 5ª Turma do TRF – 1ª Região, à luz do princípio da indisponibilidade do interesse público, exclui das ações relativas aos contratos realizados entre a Conab e os armazéns gerais o prazo prescricional de três meses, previsto para a ação de depósito comum. Dá à respectiva norma, um decreto de 1903, interpretação conforme a Constituição, nesse ponto* (sublinhei).

O critério material — que predomina na orientação finalista do direito administrativo —, segundo a crítica, além de fugir ao caráter estritamente jurídico, também resulta deficiente em face da imprecisão do conteúdo de atividade essencial, conceito tipicamente indeterminado. Serviço público é toda atividade prestada com a finalidade de satisfazer às necessidades essenciais (ou existenciais) da sociedade, mas a definição de tais necessidades fica dependente de ponderação sujeita a injunções histórico-culturais, senão, até, a circunstâncias momentâneas. A crítica não se justifica, porque os conceitos indeterminados são frequentes na linguagem do Direito. Não existe conceito completamente fechado, à moda pretendida pelo racionalismo. Os conceitos indeterminados melhor servem à justiça e à evolução do Direito, permitindo contínua conformação (democrática) em função da evolução histórica.

Nas linhas seguintes, buscar-se-á demonstrar que os critérios para o reconhecimento dos serviços públicos devem ser empregados de forma complementar, coadjuvante, mas com o foco voltado para o critério material, não obstante o maior prestígio de que goza na doutrina, particularmente a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, o critério formal ou do regime jurídico exorbitante.

1. Origem da concepção material de serviço público

A discussão sobre o critério adequado à concepção de serviço público remonta, na origem da formulação francesa da respectiva teoria, a três grandes clássicos – Maurice Hauriou, Léon Duguit e Gaston Jèze –, cujas principais idéias, a seguir, serão reproduzidas mediante tradução livre.

Na visão de Maurice Hauriou, as prerrogativas, assim como os privilégios, foram banidos, pela Revolução, das relações sociais, mas não o foram das relações políticas; ao contrário, foram concentrados nas mãos do Governo e da Administração. Daí, ser possível dizer que o direito civil está fundado sobre a igualdade, enquanto que o direito administrativo, sobre as prerrogativas, sendo a concentração das prerrogativas nos organismos administrativos que deixaria campo livre para a igualdade nas relações civis. A existência de um direito administrativo de *puissance publique*¹⁷ seria, em razão da lei de compensação, a condição de existência de um direito civil isento de qualquer desigualdade social¹⁸.

¹⁴ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 33.

¹⁵ LAUBADÈRE, André de. *Direito Público Econômico*. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985, p. 116.

¹⁶ LAUBADÈRE, André, op. cit., p. 416.

¹⁷ *Puissance publique* significa “o conjunto de direitos cujo sujeito ativo é a pessoa jurídica do Estado e o sujeito passivo são os indivíduos submetidos a esse poder” (Cf. MESCHERIAKOFF, Alain-Serge apud JUSTEN, Monica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 22).

¹⁸ Cf. HAURIU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. 4. ed. Paris: Recueil Sirey, 1938, p. VII (prefácio).

Desse ponto de vista decorre – para Hauriou – que a *puissance publique* é o elemento essencial do regime jurídico administrativo. Essa tese foi manifestada justamente contra uma concepção (de Léon Duguit), considerada muito simplista, que reduzia a administração ao único elemento serviço público, tendente a eliminar da administração pública o elemento poder, em torno do qual, na realidade então existente, estaria organizada toda a administração¹⁹. O poder administrativo, agindo de ofício, encarregar-se-ia da manutenção da ordem pública e da gestão dos serviços públicos, mediante o gozo (*jouissance*) da *puissance publique* (compreendendo injunções ou requisições, próprias do direito de polícia, do direito tributário, da desapropriação por utilidade pública etc.) exorbitante do direito comum²⁰. Mesmo as operações comerciais, necessárias à gestão dos serviços públicos, conservariam as prerrogativas de *puissance publique*, ao menos no recrutamento dos funcionários, na expropriação de imóveis, nos contratos de trabalho público e de fornecimento e na cobrança de impostos. Portanto, o comércio jurídico das administrações públicas seria especial e utilizaria a *puissance publique* para aplicar os direitos de requisição e para proceder à decisão executória²¹.

Em oposição a Maurice Hauriou, colocou-se Léon Duguit, para quem o Estado não é, conforme se acreditou por algum tempo, uma *puissance* que comanda, uma soberania; é, sim, uma cooperação de serviços públicos organizados e controlados pelos governantes com a finalidade de promover e assegurar a interdependência ou solidariedade social. O serviço público é toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado, regrado e controlado pelos governantes, porque é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e essa atividade é de tal natureza que não pode ser realizada completamente a não ser pela intervenção da força governante. Mediante o monopólio da força, a intervenção do governo se dá com o objetivo de regulamentar, organizar e controlar o serviço público, assim como para reprimir todos os atos contrários a sua realização e sancionar aqueles que sejam conformes a seu objetivo. O serviço público seria de tal importância para a coletividade que não poderia ser interrompido um só instante. Daí o dever dos governantes de empregar sua *puissance* para assegurar-lhe o cumprimento de maneira absolutamente contínua. A continuidade apresenta-se como um dos caracteres essenciais do serviço público, com a consequência, notadamente, da impossibilidade jurídica de greve dos funcionários. Conclui que, se há uma *puissance publique*, ela é um dever, uma função, e não um direito. O serviço público é o fundamento e o limite do poder governamental²².

Quais são as atividades cujo cumprimento constitui para os governantes essa obrigação? A essa questão – segundo Duguit –, porque variável e evolutiva, não poderá ser dada resposta fixa. Tudo que se pode dizer é que, à medida que a civilização se desenvolve, aumentam suas necessidades (as quais devem ser satisfeitas dentro do menor tempo possível), aumenta o número de atividades suscetíveis de servir de suporte aos serviços públicos e aumentam, pela mesma razão, os serviços públicos²³.

O caráter de serviço público não implica monopólio em favor dos governantes e de seus agentes. Certas atividades que podem ser livremente exercidas pelos particulares são objeto de serviços públicos na medida em que são desempenhadas pelos governantes ou seus agentes. O ensino e a assistência são os dois exemplos mais nítidos. Os particulares podem fornecer ensino e uma boa parte da assistência se deve à iniciativa privada. Mas é certo que os serviços de ensino e assistência, na medida em que são assegurados pelos governantes, são serviços públicos²⁴.

Desde a origem do Estado, o serviço da guerra constituiu serviço público. O serviço de polícia foi também corretamente erigido em serviço público. Trata-se do serviço que tem por objetivo fazer reinar a ordem, a tranquilidade e a segurança no interior do grupo social e sobre o território por ele ocupado. Um terceiro serviço, como complemento e condição, é o serviço da justiça. É o serviço que tem por objetivo reprimir todas as violações da regra de direito, de pronunciar condenações e anulações, de constatar as situações jurídicas subjetivas quando há contestação sobre o entendimento ou a existência de tais situações, e, enfim, de assegurar a execução, pela força, das decisões dadas sobre esses diferentes pontos. Durante longo tempo se acreditou que a atividade governante deve se restringir a esses três serviços. Quando a atividade estatal se reduzia a pouca coisa mais que o cumprimento

¹⁹ Cf. HAURIU, Maurice, op. cit., p. 5-6.

²⁰ Cf. HAURIU, Maurice, op. cit., p. 8.

²¹ Cf. HAURIU, Maurice, op. cit., p. 13.

²² Cf. DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3. ed. Paris: Fontemoing, 1927, p. 59-62.

²³ Cf. DUGUIT, Léon, op. cit., p. 62-63.

²⁴ Cf. DUGUIT, Léon, op. cit., p. 63.

desses três serviços, o Estado pôde aparecer como detentor da *puissance* e como sendo somente esta. De fato, os objetivos correspondentes a esses serviços só podem ser atingidos por meio de injunções ou proibições. Os autores que admitem a distinção entre serviços de autoridade e serviços de gestão veem, essencialmente, os serviços de autoridade dentro da polícia, da guerra e da justiça. Na realidade não é isso, pois, se em relação a outros serviços não há Estado-*puissance*, não se vê por que haja em relação a esses²⁵.

Os outros serviços são atualmente muito numerosos. São os serviços de ordem técnica, que se realizam na maioria das vezes por simples operações materiais, em que a noção de *puissance publique*, de império, nada tem a ver. Assim, o crescimento do número de serviços explorados pelo Estado contribui em larga medida para descartar a velha concepção do Estado-*puissance*. Os governantes não são mais os órgãos de uma pessoa coletiva que comanda; são os administradores de interesses da coletividade e toda uma série de conseqüências resulta desta concepção²⁶.

Os governantes, não sendo titulares de um direito de *puissance publique*, não têm sobre o pessoal, agentes prepostos à gestão dos serviços públicos, a autoridade sem controle que o velho direito público tendia a lhe atribuir. Os agentes devem ter e têm, mais e mais, uma situação estável, independente da arbitrariedade governamental. Devem ter o que se chama de estatuto ao mesmo tempo segundo seu interesse e o interesse do serviço²⁷.

O serviço público é estabelecido e deve funcionar segundo o interesse de todos. Por isso, se em razão de seu funcionamento irregular causa um prejuízo especial a um particular, é legítimo que a respectiva reparação seja suportada pelo patrimônio afetado àquele serviço ou, se é um serviço não patrimonializado, pelo conjunto de bens afetados aos serviços públicos. Esta responsabilidade é empenhada por todos os serviços, sem distinção entre serviços de *puissance publique* e serviços de gestão. A jurisprudência mais firme do Conselho de Estado condena esta distinção²⁸.

Contrapõe-se Duguit à opinião de Gaston Jèze, segundo a qual, para resolver a questão de saber se, em relação a tal caso dado, o procedimento de serviço público é efetivamente empregado, é necessário pesquisar unicamente a intenção dos governantes. De acordo com esse autor (Jèze), o serviço público seria criação artificial do legislador, que, sozinho, o pode instituir e pode discricionariamente dar este caráter a uma atividade qualquer. Tal proposição se liga à concepção segundo a qual o direito é uma pura criação do Estado. Se uma lei positiva atribui expressamente o caráter de serviço público a uma atividade determinada, o juiz será obrigado a aplicar a disposição legislativa. Mas disso não resulta que na realidade seja um serviço público; e a realidade prevalecerá cedo ou tarde sobre a decisão arbitrária do legislador²⁹.

Deve-se destacar, finalmente, trecho em que Duguit menciona o fato de que todas as doutrinas alemãs modernas, em seguida a Gerber, ensinam que a *puissance publique*, a soberania, é um direito subjetivo, do qual o Estado pessoa jurídica é o titular. É essa doutrina — assevera — que combatia com todas as suas forças, afirmando que não há direito subjetivo de *puissance publique*³⁰.

O terceiro nome de destaque, para os objetivos desta exposição, é Gaston Jèze, para quem o serviço público é um *procedimento técnico* — e não o único — com o qual se satisfazem as necessidades de interesse geral. Dizer que, em determinado caso, existe serviço público, significa que os agentes têm a possibilidade de usar procedimentos de direito público, de apelar a teorias e regras especiais, ou seja, de recorrer a um regime jurídico especial. Criar um serviço público significa declarar aplicáveis as teorias especiais de direito público para a satisfação de determinado interesse geral³¹.

Para saber se em determinado caso existe ou não serviço público, deve-se averiguar a intenção dos governantes. Fala-se em serviços públicos quando as autoridades de um país, em determinada época, decidem satisfazer as necessidades de interesse geral mediante o procedimento de serviço público. A intenção dos governantes é o

²⁵ Cf. DUGUIT, Léon, op. cit., p. 65.

²⁶ Cf. DUGUIT, Léon, op. cit., p. 65-66.

²⁷ Cf. DUGUIT, Léon, op. cit., p. 67.

²⁸ Cf. DUGUIT, Léon, op. cit., p. 69.

²⁹ Cf. DUGUIT, Léon, op. cit., p. 74.

³⁰ Cf. DUGUIT, Léon, op. cit., p. 86.

³¹ Cf. JÈZE, Gaston, op. cit., p. 18 e 105.

único elemento que se deve considerar. A opinião de tais ou quais autores não tem qualquer importância, sendo indiferente a opinião pessoal do jurista que resolva a dificuldade. Em nota de rodapé, observa Jèze que Duguit incorre em confusão entre o ponto de vista da técnica jurídica e o ponto de vista sociológico³².

Lembra Jèze que na França, por exemplo, a religião foi, em determinada época, um serviço público propriamente dito: satisfaziam-se as necessidades religiosas da população mediante procedimentos de direito público. Existia para o serviço de culto um regime jurídico especial. A alguns parece lamentável que, em 1905, se tenha abandonado o procedimento de serviço público; outros, pelo contrário, sentem-se felizes por essa providência. Não há nisso importância do ponto de vista jurídico; o que nenhum jurista pode negar é que na atualidade as necessidades religiosas da população francesa já não são satisfeitas por meio de um serviço público³³.

Para satisfazer a certas necessidades de interesse geral, a Administração utiliza o serviço público. Tal acontece com os serviços de justiça, de polícia, de defesa do território, da diplomacia, dos consulados etc. Para estes serviços não há qualquer dificuldade no reconhecimento. Do mesmo modo, se consideram serviços públicos propriamente ditos os estabelecimentos criados pelo Estado, pelos departamentos e pelos municípios, relativamente à instrução pública, à assistência pública, à higiene pública, aos correios, telégrafos e telefones, ainda que em certas épocas não tenha sido assim para alguns deles. Depois de muitas vacilações, reconhece-se plenamente na atualidade que o serviço ferroviário é um serviço público, ainda que se trate de ferrovias concedidas³⁴.

Como se reconhece que a vontade dos governantes tenha sido de satisfazer a uma necessidade de interesse geral pelo procedimento técnico de serviço público propriamente dito? É impossível responder por um critério único. Depende de um conjunto de circunstâncias, sendo as principais: a) o estabelecimento de encargos especiais destinados a assegurar o funcionamento do serviço, como acontece com as servidões sobre imóveis lindeiros de vias férreas e vias públicas; b) a organização do poder de perceber os impostos e as taxas propriamente ditas, para assegurar o funcionamento do serviço (esta última faculdade é o indício mais seguro); c) a criação de um monopólio de exploração é também um indício muito valioso³⁵.

A tese de serviços (ex.: espetáculos públicos) que, por sua própria natureza, não se podem considerar estabelecimentos públicos, parece inadmissível, achando-se em contradição evidente com a noção mesma de estabelecimento público: trata-se pura e simplesmente de um procedimento jurídico³⁶.

Há necessidade de aprovação, pelo Parlamento, de toda regra jurídica que implica limitação à liberdade física dos indivíduos, a sua propriedade, à liberdade de comércio e indústria, ao livre exercício dos cultos, ou, de maneira geral, ao que se denomina liberdades individuais. Impõe-se o procedimento legislativo porque pressupõe debate contraditório e a mais ampla publicidade da discussão nas Câmaras e na imprensa, o que facilita o controle pela opinião pública. A regra geral que estabelece, para a satisfação de determinado interesse geral, a aplicação do procedimento de serviço público implica necessariamente limitações à liberdade individual, por isso, deve emanar do Parlamento e não das autoridades administrativas. Ainda que não se trate de monopólio, a criação de um serviço público torna frequentemente difícil, senão impossível, a competição dos particulares. O Parlamento tem poder discricionário de apreciação, relativamente ao emprego do procedimento de serviço público. Existe, no caso, uma questão política. O Parlamento, com o controle exclusivo pela opinião pública, determina se as circunstâncias econômicas, sociais ou políticas impõem a adoção do procedimento de serviço público. Apesar disso, o Conselho de Estado considera que a criação geral, pelo Parlamento, de serviços públicos está limitada por certos princípios fundamentais estabelecidos pelo mesmo legislador, a saber: a liberdade de comércio e indústria e o regime de livre competição econômica. As autoridades locais só podem utilizar a autorização geral e organizar um serviço público quando dito serviço não atenta contra esses princípios fundamentais. Segundo o Conselho de Estado, é condição que a iniciativa privada não satisfaça de qualquer modo a necessidade de interesse geral, ou só o faça de maneira muito incompleta. Existem nesta matéria duas questões de ordem política e econômica que dependem da apreciação discricionária do juiz e, por conseguinte, de suas opiniões políticas ou econômicas: a) determinar se as

³² Cf. JÈZE, Gaston, op. cit., p. 18-19.

³³ Cf. JÈZE, Gaston, op. cit., p. 21.

³⁴ Cf. JÈZE, Gaston, op. cit., p. 21-22.

³⁵ Cf. JÈZE, Gaston, op. cit., p. 22-23.

³⁶ Cf. JÈZE, Gaston, op. cit., p. 36.

circunstâncias de fato fazem necessário um serviço público; b) saber se a organização de um serviço importa ou não, em determinado caso, atentado contra a liberdade de comércio e indústria³⁷.

2. *Desdobramento das concepções formal e material de serviço público*

Observa-se que a crítica feita a Léon Duguit, justamente por seu discípulo mais ilustre na chamada Escola de Bordeaux, é o suposto desvio para critério sociológico ou político — *atividade indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social* — na conceituação de serviço público, caminho considerado impróprio para o jurista. Ao jurista seria de se esperar concepção de serviço público baseada tão somente no regime jurídico da atividade (critério formal). É a preocupação com a pureza do direito, típica do pensamento racionalista, que prima por limites precisos às diversas disciplinas científicas. Não se sustenta nos dias atuais, contra a enfática afirmação da interdisciplinaridade, tal preocupação com a especialização e pureza do Direito, isolado dos demais campos do conhecimento. O próprio Kelsen fez questão de deixar claro que não pregava uma “teoria do Direito puro”, mas uma “teoria pura do Direito”, pureza científica, metodológica, que ignorava mas não excluía a possibilidade de um valor relativo de justiça³⁸.

Do ponto de vista teórico, é possível falar, isoladamente, de regime jurídico, mas a realidade não permite isolar meios e fins. O Direito, na teoria tridimensional, é norma, fato e valor. Desse modo, ao jurista não é dado negar-se a emitir juízo de valor quanto ao conteúdo de determinada atividade eleita pelo legislador como serviço público, num tempo em que se prega a possibilidade de controle judicial de mérito, até das políticas públicas, sob o critério de razoabilidade.

Na opinião de Hely Lopes Meirelles, não haveria, fora da generalidade, como indicar as atividades que constituem serviço público, porque variam segundo as exigências de cada cultura. Ao se afirmar que são atividades coletivas vitais, verificar-se-á que algumas sabidamente dispensáveis pela comunidade são realizadas pelo Estado como serviços públicos³⁹. Mas cada povo e cada época têm suas necessidades vitais, as quais justificam enquadramento das atividades destinadas a supri-las como serviço público, e o exercício como serviço público de atividades dispensáveis configura desvio inconstitucional. Partindo da constatação de que a Constituição não define, precisamente, o que sejam atividades econômicas, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que, “em consequência, remanesce ao legislador ordinário um largo campo para qualificar certas atividades como serviços públicos, no que indiretamente gizará, por exclusão, a área configurada como das atividades econômicas”. Mas acrescenta: “A despeito desta larga margem de liberdade, não há, para o legislador, liberdade absoluta. À falta de uma definição constitucional, há de se entender que o constituinte se remeteu ao sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na sociedade”⁴⁰.

Devem ser lembrados, a propósito, os casos de monopólio estatal do jogo ou da produção e comércio de bebidas alcoólicas para ressaltar que a assunção de tais atividades, pelo Estado, tem objetivo de controle, em vez da satisfação de necessidades vitais, que obviamente não caracterizam. O monopólio, no caso, ajusta-se mais à classificação como polícia administrativa que serviço público. O Estado, quando monopoliza a exploração do fumo, tem em vista, sabendo-se que uma proibição total é inefcaz, o interesse de conter o consumo de cigarros dentro de limites toleráveis, assim como de arrecadar pesados tributos, receita destinada, como compensação ao malefício do tabagismo, à satisfação de necessidades vitais da sociedade.

Serviços públicos são, sim, por natureza, atividades ligadas aos interesses essenciais da sociedade, que o Estado, direta ou indiretamente, tem por obrigação promover e proteger. Tal concepção — de interesses essenciais da sociedade — ganha mais forte coloração com a teoria dos direitos fundamentais. Os interesses essenciais suscetíveis de inspirar a instituição de serviços públicos para promovê-los estão sintetizados nos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição. Noutra versão, de Jorge Luis Salomoni, à luz da Constituição argentina, os interesses fundamentais abrangem, além dos *direitos humanos*, a cláusula de progresso, em virtude da qual cabe ao Estado a realização da infraestrutura necessária ao desenvolvimento econômico e social. A ligação dos serviços públicos aos direitos fundamentais é orientação coerente com o pós-positivismo jurídico, como designação de um

³⁷ Cf. JÈZE, Gaston, op. cit., p. 105-106, 109 e 114.

³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 9.

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 294-295.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2. ed. 3. tir. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1987, p. 22.

ideário que inclui a realização desses direitos, com base na dignidade humana, tomada esta expressão como papel central das Constituições⁴¹.

3. Concepção material de serviços públicos e direitos fundamentais

Os direitos fundamentais (vida, liberdade, igualdade, desenvolvimento e democracia), que se afirmaram a partir da instituição do Estado de Direito, traduzem os interesses que, na mencionada concepção, justificam a instituição de serviços públicos destinados a sua proteção e promoção: a) direitos individuais de primeira dimensão, constituídos pelas liberdades clássicas, além da segurança e da propriedade⁴², os quais tiveram de início o sentido de defesa⁴³ contra possíveis violações pelo Estado liberal, enquanto no Estado social devem ser positivamente promovidos pelo poder público (significado positivo de liberdade, como possibilidade material de acesso aos meios indispensáveis para seu exercício)⁴⁴; b) direitos econômicos e sociais, de segunda dimensão, baseados no princípio da solidariedade — saúde, habitação, educação, trabalho, previdência etc. —, de caráter positivo, a que mais diretamente correspondem serviços públicos; c) direitos coletivos e difusos, de terceira dimensão, pertencentes à comunidade — meio ambiente ecologicamente equilibrado, patrimônio cultural, desenvolvimento, paz, fraternidade etc. —, de natureza prestacional ou não; d) democracia formal e material, direito de quarta dimensão, pertencente ao gênero humano⁴⁵, que não é propriamente um interesse a ser protegido por serviço público, mas requisito da organização e prestação de todos os serviços públicos. A classificação desses direitos em gerações ou dimensões atende à sequência histórica de sua afirmação. Não significa fragmentação ou separação e, muito menos, hierarquia em função da precedência. Prevalece, ao contrário, a indissociável complementaridade, senão unidade em permanente transformação.

Os serviços públicos, além de instrumentos de proteção e promoção de direitos fundamentais específicos, devem já em sua forma de organização orientar-se pelos princípios de igualdade e democracia. Ao longo do tempo, como consequência da concepção de verticalidade e supremacia da administração em relação ao *administrado*, tem sido nota predominante na conceituação de serviço público a prerrogativa de poder, o *regime exorbitante*, o *poder de polícia*, a *força governamental*. Por mais que se insista em afirmar que as prerrogativas de poder têm caráter instrumental, a visão cartesiana de meios, a ideologia autoritária e a falta de controle acabam por tratá-las isoladas da finalidade, senão como um fim em si mesmas. É a competência como poder, dependendo simplesmente da vontade do legislador e do administrador para se estabelecer. A ideia de prerrogativas tem parentesco próximo com a de discricionariedade e, logo, na visão tradicional, de restrição do controle judicial à legalidade e de ausência de direito subjetivo ou mesmo interesse qualificado à prestação estatal. Resultado do conceito construído em volta das prerrogativas — diz Agustín Gordillo — é a impotência do particular frente a serviços cumpridos defeituosamente ou não prestados. Acrescenta esse autor que o regime jurídico dos serviços públicos, ao pretender assegurar o interesse público mediante a outorga de grandes faculdades jurídicas aos prestadores frente aos particulares, tem como consequência, na prática, a inutilidade de qualquer reclamação contra uma má prestação e, por isso, a resignação da maioria dos usuários. Em lugar de afirmar, o regime jurídico exorbitante contradiz o interesse público. As circunstâncias demonstram que o interesse público não está em que o usuário não possa embarçar a administração, senão que a maioria dos usuários possa queixar-se eficientemente contra o serviço defeituoso e conseguir que seja melhorado. A defesa do interesse público consiste em que se dê ao usuário meios jurídicos para exigir que o prestador execute o serviço como deve⁴⁶.

A segunda faceta do serviço público concebido sob o ângulo da verticalidade é a desigualdade em sua organização e distribuição. É uma ilusão a proclamação de que “todo homem tem igual direito de acesso ao

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, n. 19, maio/jun. 2003, p. 56-57.

⁴² Observa Norberto Bobbio (*A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 47) que “toda referência ao direito de propriedade como direito do homem desapareceu nos documentos mais recentes das Nações Unidas”.

⁴³ Não é exato dizer que os direitos de defesa têm caráter negativo pelo fato de significar abstenção do Estado. Na verdade, também demandam prestações positivas para promover a segurança, em favor dos interesses econômicos, especialmente a proteção da propriedade privada.

⁴⁴ O direito de ir e vir, na perspectiva do Estado liberal, significa proteção contra prisões arbitrárias, enquanto que, no Estado social, serve de fundamento à instituição do serviço público de transporte coletivo de passageiros. No Estado social, ao sigilo da correspondência, garantia típica do Estado liberal, soma-se o direito a endereço postal (direito de moradia). Na mesma linha, aspira-se, no Estado social, a democratização dos meios de comunicação de massa, em vez da simples liberdade formal de expressão.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 12.

⁴⁶ GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Macchi, 1995, p. XIII-14 e XIII-20-XIII-21.

serviço público de seu país” (Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. XXI.2). Por mais que se proclame a generalidade ou isonomia como princípio ou requisito dos serviços públicos, não tem passado esta de uma igualdade formal e positivista, que reproduz as profundas desigualdades sociais. Os demais princípios dos serviços públicos têm relação íntima com o princípio da isonomia, logo, seguem a mesma sorte. A continuidade — afirmada como fundamento da vedação ou restrição ao direito de greve dos servidores públicos — assume o significado temporal de permanência, quando deveria ser temporal e espacial (universalização pela maior utilização, especialmente, dos subsídios cruzados). A modicidade, sem dúvida, é o requisito mais importante para atenuar as desigualdades reais na utilização dos serviços, apesar de que, na prática, a gratuidade, por exemplo, do ensino público, especialmente nas universidades, termina sendo apropriada pelas classes de maior poder aquisitivo (situação, é bem verdade, que o regime de cotas busca corrigir). A cortesia nunca existiu, para a população carente, nos hospitais públicos e nas delegacias de polícia. Em sentido contrário à doutrina social da Igreja e diametralmente oposto à recomendação de Leão XIII, na Encíclica *Rerum Novarum* (“A classe dos ricos se defende pelos seus próprios meios e necessita menos da tutela pública; mas o pobre povo, baldo de riquezas que o ampare, está particularmente confiado à proteção do Estado”), trincheiras de segurança são erguidas com os minguados recursos públicos em favor justamente daqueles que “já ostentam a segurança da superior escolaridade, da casa própria, da estabilidade profissional” etc.⁴⁷ Os dados estatísticos sobre a distribuição de efetivos policiais nas grandes cidades revelam que os bairros periféricos e as favelas são colocados em segundo plano pelo serviço de segurança pública ou este é executado indiscriminadamente contra as populações faveladas.

A desigualdade na organização de serviços públicos manifesta-se desde o estabelecimento de prioridades: em lugar da educação, a construção de viadutos e de prédios de grande beleza arquitetônica⁴⁸. É comum encontrar comunidade que não goza dos serviços básicos de saneamento, saúde e educação gastando sua parca renda em telefonia celular. Há algum tempo, a imprensa noticiou que, no Brasil, em áreas urbanas, 34,5 milhões de pessoas não contam com rede de esgoto e 13,2 milhões vivem em cortiços. Até que ponto é correta a política pública de investir em telefonia digital, com tecnologia importada de última geração, antes de atender às necessidades mínimas da maioria da população quanto a habitação e saúde? É verdade que não é possível obter igualdade total. A experiência revela, mesmo nos países desenvolvidos, a impossibilidade de oferecer a todos e ao mesmo tempo, em quantidade e qualidade, os mesmos serviços. A demanda acaba levando à exaustão os melhores estabelecimentos prestadores. Mas a realidade clama por reduzir as desigualdades a um limite tolerável.

4. Serviços públicos na Constituição brasileira

A competência para a prestação de serviços públicos assenta-se nos direitos, garantias e princípios constitucionais fundamentais e, portanto, sob pena de desvio inconstitucional, terá que ser exercida em correspondência com aqueles direitos, garantias e princípios. Assim como há necessidade de dois pontos para traçar um rumo, a regra de competência constitucional para prestação de serviço público é o primeiro desses pontos e aquelas regras e princípios de proteção dos direitos fundamentais são a outra referência para a direção a ser seguida. Aplicada tal orientação, estarão excluídas da categoria de serviço público, constituindo atividades econômicas em sentido estrito, as atividades do Estado que não se relacionem com os direitos fundamentais.

Muitos serviços públicos têm natureza econômica ou são prestados tendo em vista atividades econômicas, mas tomado o termo economia em sentido amplo (*aproveitamento de recursos escassos para a satisfação de necessidades humanas*), o que levou o Ministro Carlos Mário Velloso a concluir, fundado na doutrina de Eros Roberto Grau, que “atividade econômica é expressão que deve ser tomada em dois sentidos — enquanto gênero, compreendendo duas modalidades (serviço público e atividade econômica em sentido estrito); enquanto espécie, ao lado de serviço público, se integra no gênero atividade econômica”⁴⁹. Incumbe ao Estado a “provisão, à sociedade, como *serviço público*, de todas as parcelas da *atividade econômica em sentido amplo* que sejam tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social”⁵⁰. É também de Eros Roberto Grau a

⁴⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 272.

⁴⁸ ZANCANER, Weida. Razoabilidade e Moralidade: Princípios Concretizadores do Perfil Constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, n. 9, dez. 2001, p. 8.

⁴⁹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Empresas Estatais: Responsabilidade e Controle. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 85, jan./mar.1988, p.85.

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 259.

tese de que constitui equívoco “a afirmação isolada (do conjunto normativo e da realidade fática) de que o texto constitucional eleva determinadas parcelas da *atividade econômica em sentido amplo* à categoria de *serviço público* (os chamados *serviços públicos por definição constitucional*)”. Aponta o transporte fluvial de produtos agrícolas, que o Supremo Tribunal Federal entendeu não configurar serviço público, a despeito da previsão do art. 21, XII, *d*, da Constituição. Argumenta que, em situações como essa, não é possível sustentar que a prestação de serviço seja “indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social (Duguit)” ou que corresponda “a um serviço essencial, relativamente à sociedade (Cirne Lima)”. Diferente seria o transporte de produtos agrícolas para salvar de grave crise o setor ou para fazer face a calamidade pública⁵¹.

De qualquer modo, o que se tem em causa, para além da disposição constitucional, é a relevância da matéria, que, conforme opção teórica aqui firmada, para efeito de configuração da natureza de serviço público, deve alçar-se à categoria de direito fundamental.

Os direitos e garantias fundamentais não são apenas os previstos no art. 5º da Constituição e incluem os direitos coletivos e sociais. Do contrário, “teríamos de reconhecer que não apenas os direitos sociais (arts. 6º a 11), mas também os direitos de nacionalidade (arts. 12 e 13), bem como, de modo geral (a não ser o sufrágio secreto e universal assegurado no art. 60, § 4º, inciso II), os direitos políticos (arts. 14 a 17) fatalmente estariam excluídos”⁵². Embora, pela natureza da questão, limitando-se à consideração de direitos individuais, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, no julgamento da ADI 939-7/DF, de que tais direitos, para efeito do disposto no art. 60, § 4º, IV, não se circunscrevem à previsão do art. 5º da Constituição.

Por disposições constitucionais específicas, são atribuídas à União (direta ou indiretamente, conforme o caso): a) a elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (art. 21, IX), que faz parte do objetivo fundamental de desenvolvimento nacional (art. 3º, II); b) o serviço postal, o correio aéreo nacional e as telecomunicações (art. 21, X e XI), que se ligam à garantia do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (art. 5º, XII); c) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 21, XII, *a*), que têm base na liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de manifestação do pensamento, de criação, expressão e informação, sob qualquer forma, processo ou veículo (art. 5º, IX, e 220); d) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados (art. 21, XII, *b*), a que também corresponde o objetivo de desenvolvimento nacional; e) os serviços de navegação aérea e aeroespacial, os de transporte ferroviário e aquaviário e os de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (art. 21, XII, *c a f*), que se justificam pelo direito de segurança e de liberdade de locomoção (art. 5º, *caput* e XV) e pelo objetivo de desenvolvimento econômico.

Ao Município cabe prestar serviços de interesse local e, especificamente, de transporte coletivo, de educação pré-escolar e fundamental, de saúde e de proteção ao patrimônio histórico e cultural. Ao Estado são atribuídos os serviços remanescentes da competência federal e municipal e, especificamente, os serviços locais de gás canalizado. Constitui competência comum, às três entidades, cuidar da saúde e da assistência públicas; da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; da proteção de documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural e de monumentos, paisagens naturais notáveis e sítios arqueológicos; dos meios de acesso à cultura, à educação e à Ciência; da proteção ao meio ambiente, da preservação de florestas, fauna e flora; *do fomento à produção agropecuária e da organização do abastecimento alimentar* (sublinhei); da promoção de programas de construção de moradias e de melhoria das condições habitacionais e de saneamento; do combate às causas da pobreza e marginalização; do registro e fiscalização das concessões de direito de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais; da educação para a segurança do trânsito.

Não é preciso muito esforço para relacionar todos esses serviços com os valores fundamentais consagrados pela Constituição, entre os quais a vida (a que se ligam os direitos à alimentação, à saúde, ao meio ambiente equilibrado e ao saneamento), a educação, a integração social e ao progresso material e espiritual da sociedade. São, por outro lado, serviços essenciais à interdependência e solidariedade social. A energia elétrica, por exemplo, “de tal

⁵¹ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 262-263.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais como “Cláusulas Pétreas”. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, n. 17, jan./fev. 2003, p. 67.

forma penetrou a vida da civilização material ocidental que, sem ela, os seus quadros econômicos e sociais sofreriam colapso semelhante ao do corpo humano sem oxigênio⁵³. Os serviços de correios e telégrafos são, na origem, típico instrumento da interdependência social, em nível internacional. Nos dias atuais, o mesmo papel continua a ser exercido pelos serviços de telecomunicações, além de terem-se revelado fundamentais para as transformações socioeconômicas do mundo no final do séc. XX.⁵⁴

5. Predominância do critério material

Sem abandonar os dois primeiros critérios — que, conforme já se assinalou na introdução, devem ser empregados em caráter complementar —, o critério material ou objetivo, superada a excessiva preocupação com a especialização e pureza do Direito, predomina na noção de serviços públicos no Estado social, particularmente depois da teoria dos direitos fundamentais.

A transferência do enfoque predominante nos critérios subjetivo e formal para o critério material, no reconhecimento dos serviços públicos, está na mesma linha de outras transformações científicas, políticas e sociais, com reflexos no Direito, vistas dos seguintes ângulos: a) do racionalismo, com sua pretensão de especialização e pureza e com destaque na causalidade matemática, para a teoria sistêmica, em que prevalecem a finalidade e a interdisciplinaridade;⁵⁵ b) da democracia meramente formal para a democracia substancial, esta a democracia econômica, cultural e social; c) do princípio da igualdade formal para o da igualdade material, que pressupõe a disponibilidade, em igualdade de condições (ou, no mínimo, diminuição das desigualdades), dos meios materiais necessários — a começar pelo mínimo existencial —, ao exercício das liberdades; d) da primeira para as demais dimensões dos direitos fundamentais, ou seja, da concepção de direitos à abstenção do Estado (direitos de defesa) para a de direitos a prestações positivas, democraticamente realizadas; e) dos estágios em que a pessoa foi considerada objeto, passando pela condição de sujeito, até chegar à cidadania (democracia), tida como direito fundamental de quarta dimensão; f) do desenvolvimento histórico da administração pública, em seus modelos patrimonialista, burocrático e sistêmico (gerencial, na linguagem do neoliberalismo), o último a colocar em lugar privilegiado o cidadão-usuário dos serviços públicos; g) do controle judicial da administração pública, que não mais se circunscreve ao controle formal de legalidade, mas parte para o controle meritório até mesmo das políticas públicas, incluídas as políticas relativas aos serviços públicos.

Não é casual que, para o neoliberalismo, o maior abuso que se pode cometer com a definição de democracia é tomar, no lugar do procedimento (democracia formal), o conteúdo substancial que se preveja como fim da ação política (democracia substancial)⁵⁶. A ideia aqui defendida está, assim, em sintonia com a evolução do Estado liberal, em que predominam os valores formais (Estado formal de Direito), para o Estado democrático-social (Estado material de Direito)⁵⁷ — o Estado da justiça formal e substancial —, questão que constituiu o eixo de discussão no XXIV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em Belo Horizonte, no período de 15 a 17 de setembro de 2010.

Conclusão

A organização do abastecimento alimentar é serviço público, seja pelo critério subjetivo — prestado por empresa estatal, a Companhia Nacional do Abastecimento (Conab) —, seja pelo critério do regime jurídico — previsão constitucional, no art. 23, VIII —, seja pelo critério material — a necessidade de alimentação compõe o rol

⁵³ ÁLVARES, Walter Tolentino. *Curso de Direito da Energia*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 41.

⁵⁴ JUSTEN, Monica Spezia, op. cit., p. 34.

⁵⁵ Coincidentemente, no momento em que este texto está sendo escrito, a Folha de S. Paulo, ed. 14/09/2010, p. A15, publica matéria relativa a dificuldade que os profissionais com formação multidisciplinar estão encontrando no mercado de trabalho, ainda estruturado em “caixinhas” (departamentos organizados em torno de uma única área de conhecimento).

⁵⁶ Cf. HAYEK apud BOBBIO, Norberto. Democracia. In: SANTILLÁN, José Fernández (Organização e apresentação). Norberto Bobbio: *O filósofo e a Política* (antologia). Trad. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p. 238.

⁵⁷ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 43. Diz esse autor (op. cit., p. 71-72) que, “apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (o art. 1º, *caput*, refere apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas — e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina — de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição”. [...] “No âmbito de um Estado social de Direito — e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra — os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerente à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material”.

das necessidades vitais, conforme está no art. 7º, IV, da Constituição: “salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, *alimentação* (grifei), educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social [...]”.

Não está a Conab sujeita, pois, à disposição do art. 173, § 1º, II, da Constituição. Esse dispositivo, consoante as lições de Eros Roberto Grau e Celso Antônio Bandeira de Mello, reproduzidas pelo Ministro Carlos Mário Velloso, só se aplica às empresas econômicas em sentido estrito, a partir da constatação de que “atividade econômica é expressão que deve ser tomada em dois sentidos — enquanto gênero, compreendendo duas modalidades (serviço público e atividade econômica em sentido estrito); enquanto espécie, ao lado de serviço público, se integra no gênero atividade econômica”⁵⁸.

A Companhia Nacional de Abastecimento (Conab) — repita-se — “tem por finalidade executar a Política Agrícola no segmento do abastecimento alimentar e a Política de Garantia de Preços Mínimos, fornecer subsídios ao Ministério da Agricultura e do Abastecimento na formação e acompanhamento das referidas políticas, bem assim na fixação dos volumes mínimos dos estoques reguladores e estratégicos” (art. 5º do Estatuto aprovado pelo Decreto 2.399/1997). Diz mais o art. 6º do Estatuto que é objetivo da Conab: “I – garantir ao pequeno e médio produtor os preços mínimos e a armazenagem para guarda e conservação de seus produtos; II – suprir carências alimentares em áreas desassistidas ou não suficientemente atendidas pela iniciativa privada; III – fomentar o consumo dos produtos básicos e necessários à dieta alimentar das populações carentes; IV – formar estoques reguladores e estratégicos, objetivando absorver excedentes e corrigir desequilíbrios decorrentes de manobras especulativas; V – participar da formulação da Política Agrícola; VI – fomentar, por meio de intercâmbio com universidades, centros de pesquisas e organismos internacionais, a formação e o aperfeiçoamento de pessoal especializado em atividades relativas ao setor de abastecimento”. Para cumprir tais finalidades, a Conab poderá, entre outros meios, “atuar como companhia de armazéns gerais, podendo operar rede de armazéns, silos e frigoríficos” (art. 7º, II).

Como tal, deve atenção ao “princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público [...]”⁵⁹. Prossegue citando Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual o princípio da indisponibilidade do interesse público “é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social”⁶⁰.

Deste modo, a partir da Constituição de 1988, não incide sobre os depósitos da Conab em armazéns gerais a disposição do art. 11, § 1º, 2ª parte, do Decreto 1.102/2003: “O direito de indenização prescreve em três meses, contados do dia em que a mercadoria foi ou devia ser entregue”. De outra forma seria, na prática, dispor do patrimônio público, porque a Conab — é notório — não tem condições de ingressar com ação em três meses, principalmente se contado esse prazo “do dia em que a mercadoria foi ou devia ser entregue”.

Observe-se que é de um ano o menor dos prazos de prescrição atualmente previstos no Código Civil (art. 206, § 1º).

O Tribunal de Contas da União realizou auditoria (TC 009.789/2009-0) dos depósitos da Conab, concluindo que a empresa tem prejuízo de dois bilhões de reais ao ano, resultado, principalmente, da não observância do prazo prescricional (em 70% dos casos) para a recuperação de débitos por via judicial.

Pelas razões expostas, dou provimento aos embargos infringentes, com restituição do processo à Turma a fim de que prossiga no julgamento de mérito, propriamente dito, da apelação.

⁵⁸ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Empresas Estatais: Responsabilidade e Controle. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 85, jan./mar. 1998, p. 85.

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 103.

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de apud MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 103-104.



Corte Especial

Numeração única: 0044362-78.2007.4.01.0000

Embargos de Declaração em Arguição de Inconstitucionalidade 2007.01.00.043933-8/MG

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes
Autora: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Réus: Euclides Reis Aguiar e outros
Advogado: Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Publicação: e-DJF1 de 15/05/2013, p. 3

Ementa

Processual Civil. Incidente de inconstitucionalidade suscitado por turma julgadora (art. 4º - Decreto-Lei 2.425/1988). Submissão ao órgão especial. Necessidade de manifestação. Sequência do julgamento pela turma. Decisão que dá pela prejudicialidade do incidente, em face de julgamento contrário do STF. Insustentação, em face de particularidade do caso. Embargos de declaração. Efeitos modificativos. Rejeição da inconstitucionalidade.

I. A 2ª Turma, julgando a AC 89.0.00619-7/MG, da União, deu pela inconstitucionalidade do art. 4º do Decreto-Lei 2.425/1988, negou provimento ao recurso e submeteu o feito à apreciação do Plenário (arts. 481 – CPC e 356 – RI), que deve emitir um pronunciamento sobre a matéria, acolhendo ou rejeitando o incidente, a fim de que o feito retorne ao órgão fracionário para que prossiga no julgamento da causa, observando o quanto ali decidido (art. 356, § 3º - RI).

II. Decisão monocrática do relator, confirmada em agravo regimental, dando por prejudicado o incidente de inconstitucionalidade, e remetendo o feito à Turma, pelo fato de o STF já ter decidido pela constitucionalidade do preceito, embora correta na tese, não deve prevalecer na hipótese, em razão da sua especial particularidade, que termina por *travar* a possibilidade de nova apreciação da Turma, inviabilizando indefinidamente a entrega da prestação jurisdicional.

III. É que, como a Turma dera pela inconstitucionalidade, submetendo a questão ao Plenário – competência atual da Corte Especial –, urge que esta emita um pronunciamento, pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade, sob pena de não dispor o órgão fracionário de um paradigma cogente que lhe permita o rejuízo da apelação. Não lhe é dado, sem a manifestação do órgão especial, desfazer de ofício o seu julgamento, ou desdizer-se do incidente de inconstitucionalidade.

IV. “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao Plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão” (art. 481, parágrafo único – CPC). Hipótese em que o julgamento do STF, pela constitucionalidade do dispositivo, ocorreu a meio tempo entre a decisão da Turma e a manifestação do órgão especial, impondo solução diversa.

V. Decidiu o STF, na matéria, repetidas vezes, que é constitucional o art. 4º do Decreto-Lei 2.425/1988, e que não há “direito adquirido ao reajuste em questão, senão mera expectativa, frustrada em tempo útil” pela edição do ato normativo, posição atual da jurisprudência do TRF1.

VI. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos. Provimento do agravo regimental. Conhecimento e rejeição do incidente de inconstitucionalidade do art. 4º do Decreto-Lei 2.425/1988, com o retorno os autos à 2ª Turma, para que prossiga no julgamento da apelação, observando a decisão do órgão especial.

Acórdão

Decide a Corte, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, com efeitos modificativos; dar provimento ao agravo regimental; conhecer e rejeitar o incidente de inconstitucionalidade do art. 4º do Decreto-Lei 2.425/1988, com o retorno dos autos à 2ª Turma, para que prossiga no julgamento da apelação, à unanimidade.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 18/04/2013.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Trata-se de embargos de declaração opostos pela União, em face de acórdão da Corte Especial, relatado pelo Des. Federal Mário César Ribeiro, cuja ementa está vazada nos seguintes termos, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. Decreto-Lei N. 2425/1988, ARTIGO 4º. MAGISTRADO. MATÉRIA DECIDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL.

1. Dispõe o Regimento Interno deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região, artigo 17, inciso I, que os incidentes de inconstitucionalidade *poderão* ser remetidos à apreciação da Corte Especial “se houver relevante arguição de inconstitucionalidade, desde que a matéria *ainda não tenha sido decidida (...)* pelo Supremo Tribunal Federal”, o que ocorre na hipótese, uma vez que a jurisprudência daquele Excelso Pretório, como também desta Corte, é no sentido de que “por se tratar de magistrados”, não têm direito adquirido ao reajuste programado no artigo 4º, do Decreto-Lei n. 2.425/1988.

2. Agravo Regimental que se nega provimento.

Sustenta que o julgado é contraditório, uma vez que, tendo a Corte Especial considerado constitucional art. 4º do Decreto-Lei 2.425/1998, que a Segunda Turma reconheceu como inconstitucional, não poderia ter julgado prejudicado o incidente de inconstitucionalidade, senão ter conhecido do incidente e julgado constitucional o aludido dispositivo legal.

Afirma que a Segunda Turma já procedeu ao julgamento da sua apelação, tendo-lhe negado provimento, por entender inconstitucional o preceito, tendo, posteriormente, submetido a questão ao então Plenário; e que a Turma não irá proferir novo julgamento para adequação à constitucionalidade do dispositivo em questão, pois o incidente foi julgado prejudicado.

Requer, com a acolhida dos embargos de declaração, que a Corte Especial declare, expressamente, a constitucionalidade do art. 4º do Decreto-Lei 2.425/1988, e anule o acórdão da Segunda Turma, com o provimento do recurso de apelação.

A Procuradoria Regional da República, em parecer firmado pelo Procurador Regional da República Odim Brandão Ferreira, opina pelo provimento dos embargos. (Cf. peça de fls. 267–270.)

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: —

1. Antes do voto propriamente dito, é oportuna uma pequena resenha do caso, que tem a idade do Tribunal, a fim de que melhor se ponha a sua compreensão.

Juízes federais de Minas Gerais propuseram ação contra a União, em 29/11/1988, pedindo as diferenças de vencimentos em decorrência da aplicação correta e integral dos índices de URP, nos termos do Decreto-Lei 2.335/1987 e da Portaria MF 120/1988, em relação aos meses de maio e junho de 1988 – 16,19% em maio/1988 e de 17,68% em junho/1988 –, com reflexos dessas incidências nos vencimentos de julho a novembro/1988, considerando-se a incidência do Decreto-Lei 2.453/1988 e da Medida Provisória 20/1988, seguindo-se a recomposição dos vencimentos de dezembro/1988, com a incorporação de todas as Unidades de Referência de Preços - URPs, de modo a que, a partir de dezembro/1988, desaparecessem os malefícios (inconstitucionais e ilegais) do Decreto-Lei 2.425/1988.

Acolhido o pedido, em 17/05/1989 (fl. 68), a 2ª Turma, julgando a apelação da União, em 17/04/1990, decidiu submeter ao Plenário a inconstitucionalidade (ou não) do art. 4º do Decreto-Lei 2.425/1988 (fl. 95), que decidiu, em 16/08/1990 (fl. 121), pelo retorno à Turma, para observância do art. 481 do Código de Processo Civil.

Considerando que o Plenário, em decisão de 16/05/1991, decidira pela inconstitucionalidade do art. 1º, *caput*, do Decreto-Lei 2.425/1988, a 2ª Turma, em 13/08/1991, negou provimento à apelação, entendendo, pelo voto do Des. Federal Hércules Quasimodo (relator) – em retificação, em atenção ao voto do Des. Federal Hermenito Dourado (fl. 1.310) –, que o art. 4º do Decreto-Lei 2.425/1988 era inconstitucional (fl. 134).

A União opôs embargos de declaração, afirmando que deveria ser trazido aos autos o acórdão Plenário na Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação Cível 89.01.00619-7/MG, e que a decisão plenária, nesse incidente, não teria pertinência ao

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tolentino Amaral, Carlos Moreira Alves, Selene Almeida, Neuza Alves, Reynaldo Fonseca, Ângela Catão, Kassio Marques, Néviton Guedes, Novély Vilanova e Jirair Aram Meguerian.

caso, pois tratara do art. 1º, *caput*, do Decreto-Lei 2.425/1988, em relação a funcionários públicos que tiveram a URP de abril e maio/1988 cassada, hipótese diversa do caso dos magistrados, cuja URP de maio e junho/1988 fora suspensa pelo art. 4º, pelo que deveria ser o feito submetido ao Plenário, caso acolhida a inconstitucionalidade pela Turma (fls. 136 – 138).

Apreciando os embargos, em 08/10/1991, a Turma, vencido em parte o relator – que entendia que dois artigos só diferem num pormenor: o art. 1º suspendeu a URP de abril e maio/1988 em relação aos servidores e, o 4º, dos meses de maio e junho/1988, em relação aos magistrados –, os acolheu em parte, nos termos do voto do Des. Federal Jirair Meguerian, para mandar juntar aos autos o inteiro teor do acórdão de 17/05/1991, e para que o feito fosse efetivamente submetido ao exame do Plenário (fls. 149–150 e 154). Considerou-se que a Turma, tendo por inconstitucional o art. 4º, não poderia encerrar o julgamento sem submeter o feito ao Plenário, que, no precedente citado, tratara apenas do art. 1º, relativo aos servidores públicos.

Em 15/12/1993, a Des. Federal Assusete Magalhães despachou afirmando que os autos estavam em seu gabinete indevidamente, determinando a remessa ao Des. Federal Hércules Quasimodo, que os devolveu, por ter sido vencido no acórdão (fl. 228).

Sendo a Des. Federal Assusete Magalhães uma das autoras da ação, deu-se a redistribuição ao Des. Federal Jirair Aram Meguerian (fl. 230); depois, ao Des. Federal Aloísio Palmeira Lima, já em abril/2006 (fl. 230-v); e, mais tarde, ao Des. Federal Mário Cesar Ribeiro (fl. 232), que proferiu decisão julgando prejudicado o incidente de inconstitucionalidade (fls. 233–236), decisão que foi mantida em agravo regimental e, agora, volta a exame nos presentes embargos de declaração. Torneime relator em sucessão ao Des. Federal Mário Cesar Ribeiro.

2. O acórdão embargado, com a devida *vênia*, ostenta o vício que lhe é imputado.

O Regimento Interno deste Tribunal, ao tratar da arguição de inconstitucionalidade, estabelece:

Art. 356. Feita a arguição em processo da competência de seção ou de turma, se a maioria acolher a inconstitucionalidade suscitada, será suspenso o julgamento do feito, desde que sobre a questão não se tenha pronunciado a Corte Especial ou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, remetendo-se os autos à Corte Especial após a lavratura do respectivo acórdão, que deverá ser encaminhado pela Coordenadoria da Corte Especial

e das Seções ou pela coordenadoria da turma para publicação, no prazo de dez dias.

§ 1º Remetidos os autos à Corte Especial, se o relator que suscitou o incidente não a integrar, será o feito distribuído a um de seus membros.

§ 2º O processo e o julgamento do incidente observarão o disposto nos parágrafos do artigo anterior.

§ 3º Publicado o acórdão relativo à decisão da Corte Especial, acolhendo ou rejeitando a arguição de inconstitucionalidade, retornarão os autos à seção ou à turma e ao respectivo relator, se for o caso, para que se prossiga no julgamento da causa, observado o quanto aquela decidiu.

Nas palavras textuais do relator, no agravo regimental:

Como se pode verificar, ao há que se falar em inconstitucionalidade do art. 4º do Decreto-Lei 2.425/1988, uma vez que a matéria já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que não há ‘direito adquirido ao reajuste em questão, senão mera expectativa, frustrada em tempo útil [pelo aludido Decreto-Lei].

[...] Ademais, consta do Regimento Interno deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região, artigo 17, inciso I, que os incidentes de inconstitucionalidade, *poderão* ser remetidos à apreciação da Corte Especial, ‘se houver relevante arguição de inconstitucionalidade, *desde que a matéria ainda não tenha sido decidida [...] pelo Supremo Tribunal Federal*, o que ocorre na hipótese. (fl. 252).

Ocorre que a 2ª Turma reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º do Decreto-Lei 2.425/1988 e submeteu a questão ao Plenário do Tribunal (hoje afeta à Corte Especial), que precisa dar uma posição, pelo sim ou pelo não. Do contrário, a Turma não disporá de um paradigma cogente para rejulgar a apelação. O julgamento do órgão fracionário, ressalvados os casos de erro material, de embargos de declaração com efeitos modificativos, ou de superveniência de julgamento contrário em recurso repetitivo, não pode ali ser desfeito de ofício em função de julgamento futuro do STF.

Consoante a regra contida no § 3º do art. 356 do RITRF 1ª Região, após a apreciação da arguição pela Corte, acolhendo ou rejeitando a arguição, os autos devem retornar ao órgão fracionário (a 2ª Turma, no caso), “para que se prossiga no julgamento da causa, *observando o quanto aquela decidiu*” (destaque acrescido).

Na decisão que ensejou o agravo regimental, o relator entendeu que o incidente de inconstitucionalidade encontrava-se “há muito superado pelas rei-

teradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria objeto da inicial” (fl. 235), razão pela qual o julgou prejudicado e determinou o retorno dos autos à 2ª Turma, para prosseguimento e providências cabíveis na espécie.

Mas, como dito, a Turma já decidia pela inconstitucionalidade do art. 4º do Decreto-Lei 2.425/1988 e, sem uma decisão desta Corte, a quem submetera o processo em arguição de inconstitucionalidade, fica sem base processual para alterar o seu julgamento, que negara provimento à apelação dos magistrados.

Conquanto o parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil estabeleça que

[...] os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao Plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão,

o caso dos autos tem a sua particularidade: à época em que a 2ª Turma reconheceu a inconstitucionalidade não havia deliberação do STF sobre o tema, que veio a ocorrer antes do julgamento do presente incidente nesta Corte Especial.

A declaração de prejudicialidade do exame do incidente pela Corte Especial gera um impasse em face do teor da decisão da Turma. Incumbe a esta Corte, inevitavelmente, acolher ou rejeitar a arguição, com posterior retorno dos autos ao órgão fracionário, “para que se prossiga no julgamento da causa, observando o quanto aquela decidiu” (art. 356, § 3º - RI). Sem isso, a Turma fica impossibilitada de rever a questão dos autos.

Sob o ponto, destaca o parecer do Ministério Público Federal nesta instância (fl. 269):

A correta solução para o impasse parece consistir em se levar o incidente a seu fim, uma vez instaurado, sob pena de o julgamento da Turma ficar irremediavelmente travado. Não pode reconhecer a invalidade da norma obstativa do direito dos autores, nem pode desdizer-se sobre o incidente.

A lacuna há de ser preenchida com o julgamento do incidente, porque a norma do art. 481 do CPC só diz respeito às hipóteses em que a suscitação do incidente deve ou não ser realizada.

Não disciplina os casos nos quais o incidente foi deflagrado, ainda que em contrariedade ao art. 481, algo que tampouco ocorreu no caso, ao tempo do envio do processo ao órgão especial.

A lacuna deve ser resolvida com apreciação do incidente, porque apenas o órgão especial dos Tribunais – não assim seus órgãos fracionários – tem poder para rejeitar leis inconstitucionais, em virtude do art. 97 da Constituição.

De outro lado, os órgãos especiais carecem de poder para compelir os fracionários à modificação de seu ponto de vista, pelo travamento da possibilidade de se lhe dar consequência prática — a prevalência no julgamento.

A solução do impasse parece render pouco problema prático, porque a Corte Especial já apreciou o mérito da arguição de inconstitucionalidade: invocado o mérito de decisões do STF, entendeu de rejeitar a alegada invalidade da norma. Em rigor, trata-se agora apenas de ajustar o conteúdo da decisão com seu enunciado.

Assim, o caso demanda que se retifique o dispositivo do julgamento, assentando-se nele a rejeição de inconstitucionalidade, com restituição dos autos à Turma para que se prossiga na apreciação da causa.

3. De fato, essa é a solução mais adequada para os autos, a fim de que este processo, da idade do Tribunal, tenha o seu andamento destravado na Corte. Deve-se, portanto, conhecer do incidente de inconstitucionalidade do art. 4º do Decreto-Lei 2.425/1988, e rejeitá-lo, tendo em vista que – conforme destacado no acórdão embargado – o entendimento já consolidado do STF, exatamente sobre o tema, de que não há “direito adquirido ao reajuste em questão, senão mera expectativa, frustrada em tempo útil” pelo citado decreto-lei, posição, aliás, que também é seguida neste Tribunal.

Tal o contexto, *acolho os embargos de declaração*, com efeitos modificativos, para (sanando a contradição), dar provimento ao agravo regimental, reformar a decisão de fls. 233–236 e, na sequência, conhecer e rejeitar o incidente de inconstitucionalidade do art. 4º do Decreto-Lei 2.425/1988, determinando o retorno dos autos à Segunda Turma para que prossiga no julgamento da Apelação 0014480-04.1989.4.01.0000/MG (89.01.15777-2), observando o quanto ora decidido.

É o voto.

Corte Especial

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0056226-40.2012.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro
 Requerente: Vale S.A.
 Advogados: Dr. Carlos Eduardo Caputo Bastos
 Dra. Beatriz Donaire de Mello e Oliveira
 Dra. Marianne dos Santos Abe
 Dr. Carlos Enrique Arrais Bastos
 Dra. Juliana Cabral Lima
 Dra. Ana Carolina Arrais Bastos

Requerido: Juízo Federal da 8ª Vara/MA
 Autores: Sociedade Maranhense de Direitos Humanos e outros
 Advogados: Dr. Igor Martins Coelho Almeida
 Dr. Diogo Diniz Ribeiro Cabral
 Dr. Danilo D'addio Chammas
 Dr. Antônio Rafael da Silva Júnior

Agravo Regimental
 Agravantes: Sociedade Maranhense de Direitos Humanos e outros
 Publicação: e-DJF1 de 03/06/2013, p. 2

Ementa

Suspensão de tutela antecipada. Agravo regimental. Assistência jurídica gratuita. Pessoa jurídica. Hipossuficiência não demonstrada. Vale S.A.. Legitimidade ativa. Estrada de Ferro Carajás. Expansão. Licenciamento ambiental. Suspensão. Paralisação das obras. Ordem e economia pública. Grave lesão.

I. As agravantes não demonstraram a hipossuficiência financeira, que as impeçam de arcar com os custos do processo. É certo que as pessoas jurídicas podem beneficiar-se da assistência prevista na Lei 1.060/1950, no entanto, incumbe-lhes demonstrar que não podem arcar com os encargos processuais, o que, na hipótese, não ocorreu (Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça).

II. A Vale S.A. tem legitimidade para requerer a suspensão da tutela antecipada, uma vez que é assente na jurisprudência dos tribunais pátrios o entendimento de que os concessionários e permissionários de serviço público têm legitimidade para requerer suspensão de liminar nos termos do art. 4º da Lei 8.437/1992 e do art. 15 da Lei 12.016/2009, quando estejam investidas na defesa do interesse público, em face da natureza dos serviços públicos sob concessão. (STJ – SLS 1.401, rel. Min. Ari Pargendler (decisão monocrática), DJ 16/06/2011; STF - SL 476, rel. Min. Presidente, decisão proferida pelo Min. Cezar Peluzo, julgado em 23/02/2011, publicado em processo eletrônico DJe-43, divulg. 03/03/2011, public. 04/03/2011).

III. No caso concreto, a Vale, para quem foi concedida a exploração dos serviços de transporte ferroviário de cargas e passageiros prestados pela EFC, defende o exercício de função delegada do Poder Público em que está investida e a preservação do interesse público, visto que o projeto da Ferrovia Norte-Sul, além de estar inserido no plano de interligação logística do território brasileiro, também faz parte do Programa de Aceleração do Crescimento 2 e do Programa de Investimentos em Logística do Governo Federal. Legítima, portanto, a Vale S.A. para o requerimento da suspensão prevista no art. 4º da Lei 8.437/1992.

IV. Não cabe ao Judiciário dizer qual o modelo de estudo de impacto ambiental deve ser elaborado para a obtenção de licenças ambientais, nem quais medidas mitigadoras e compensatórias devem ser observadas. Essas decisões fazem parte do juízo de conveniência e oportunidade dos atos do órgão ambiental competente que, pautado na discricionariedade técnica, opta por aquela que, dentro das possíveis prevista em lei, melhor se ajusta às

suas finalidades, em conformidade com a tipologia, localidade e características do empreendimento a ser licenciado, de modo a compatibilizar a preservação do meio ambiente com o desenvolvimento econômico-social.

V. Ao Poder Judiciário cabe apenas o controle jurisdicional quanto aos aspectos da legalidade do ato administrativo. Não há evidências concretas, na hipótese, de nenhuma ilegalidade ou ilegitimidade procedimental do órgão ambiental, a demandar o afastamento da legalidade das licenças concedidas.

VI. Sem elementos concretos que justifiquem a paralisação das obras de duplicação da Estrada de Ferro Carajás, a tutela antecipada se mostra extremamente prejudicial à ordem e à economia pública, posto que fulmina a atividade do Administrador Público, voltado ao licenciamento de implementação de obra de infraestrutura estratégica para o País, que visa interligar os pátios de estacionamento preexistentes, a fim de suprir a crescente demanda associada ao transporte de insumos, materiais e pessoas.

Acórdão

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

Corte Especial do TRF 1ª Região – 16/05/2013.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Mário César Ribeiro*:
— Trata-se de agravo regimental interposto pela Sociedade Maranhense de Direitos Humanos, pelo Conselho Indigenista Missionário – CIMI e pelo Centro de Cultura Negra do Maranhão – CCN contra decisão desta Presidência, que suspendeu a tutela jurisdicional concedida pelo MM. juiz federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão, nos autos da Ação Civil Pública 0026295-47.2012.4.01.3700, nos seguintes termos, destaque:

[...]

Com tais considerações, defiro o pedido de antecipação parcial dos efeitos da tutela jurisdicional para DETERMINAR a SUSPENSÃO do processo de licenciamento ambiental n. 02001.007241/2004-37, bem como dos efeitos das Licenças Ambientais dele decorrentes e dos efeitos das “reuniões públicas” realizadas nos dias 09, 10, 12 e 13 de julho.

FICA, portanto, proibida qualquer forma de atividade para a continuidade da duplicação da Estrada de Ferro Carajás.

FIXO multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em caso de descumprimento.

A multa não impede a adoção das medidas indispensáveis a garantir o cumprimento desta decisão (busca e apreensão, prisão e remoção de pessoas e coisas, impedimento de atividades nocivas, indisponibilidade de bens), se necessário, com requisição de força policial.

DETERMINO, ainda, à ré VALE S.A.:

01) a realização de Estudo de Impacto Ambiental/ Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA, conforme processo de Licenciamento Ambiental regular (não simplificado), com a análise pormenorizada de todas

as comunidades remanescentes de quilombos e povos indígenas existentes ao longo da Estrada de Ferro Carajás;

02) a divulgação desse EIA/RIMA, inclusive da medidas mitigadoras e compensatórias previstas, em linguagem compreensível, a todas as comunidades impactadas pelo empreendimento;

03) a realização de audiências públicas em todos os municípios atingidos pela duplicação da ferrovia;

04) a realização de consulta às comunidades impactadas a fim de averiguar sobre seu consentimento prévio, livre e informado a respeito das obras;

DETERMINO ao IBAMA, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, que:

01) disponibilize todo o conteúdo do processo de licenciamento às comunidades e cidadãos interessados, mantendo cópia integral e atualizada do processo em cada uma de suas Seções nos estados e publique, em seu sítio na rede mundial de computadores (internet), todos os estudos, pareceres, relatórios e atos que são relevantes para a decisão sobre a concessão das licenças, bem como para a definição sobre as condicionantes, medidas de mitigação e compensação;

02) realize, por técnicos de seu quadro funcional, vistoria in loco a fim de averiguar a realidade concreta das áreas impactadas pelo empreendimento, cujos resultados deverão ser apresentados a este juízo.

[...]

Inicialmente, a agravante, pleiteando os benefícios da assistência jurídica gratuita, por não ter condições financeiras de arcar com os custos do processo, argui a ilegitimidade ativa da agravada para a propositura do pedido de suspensão da tutela concedida, ao argumento de que o principal interesse

da Vale é econômico, consubstanciado na proteção do investimento bilionário realizado na duplicação da Estada de Ferro Carajás, empreendimento preponderantemente industrial, destinado, principalmente, ao transporte de minério de ferro.

Sustenta que desde o princípio, apesar da magnitude da obra e de seu enorme potencial de impacto sobre o meio ambiente e sobre os diversos tipos de populações, o processo foi conduzido como um processo de licenciamento simplificado, sem que fossem observadas as regras gerais de um processo comum de licenciamento, porque supostamente enquadrar-se-ia na Resolução 249/2004 do Conama, que

[...] dispõe sobre o licenciamento ambiental de empreendimentos ferroviários de pequeno potencial de impacto ambiental e a regularização dos empreendimentos em operação (fl. 270).

Assevera que, no curso dos anos, a obra vem sendo fragmentada, emitindo-se licenças de instalação

[...] por meio da qual o Ibama vem autorizando a Vale S.A. a duplicar diversos trechos da ferrovia que hoje funcionam como 'pátios de cruzamento', mas que em um breve futuro, uma vez interligados entre si, irão compor uma nova linha paralela à que hoje existe (fl. 271);

que a ação civil pública, em que proferida a decisão *a quo*, versa sobre obras em determinado trecho da EFC, já autorizadas pela Licença de Instalação 752/2012, e sobre irregularidades quanto aos estudos prévios, sua publicidade e previsão de medidas mitigatórias e compensatórias (fl. 273); que apesar de as obras de duplicação dos trilhos apresentarem todas as características de um empreendimento de grande porte (com a remoção de população, intervenção em área de preservação permanente, supressão de vegetação em área de proteção ambiental e intervenção em áreas especialmente protegidas como os territórios quilombolas e reservas indígenas), conseguiu a empreendedora licença ambiental como se fosse para um empreendimento sem grandes impactos, afirmando que as obras restringir-se-iam à faixa de domínio 11 de que detém a concessão (fl. 275); que a obra de duplicação da estrada de ferro causará graves danos ao modo tradicional dos indígenas que lá vivem, possibilitando o agravamento de risco de extinção dos Awá Guajá, e impactos negativos a 80 grupos quilombolas, minorias étnicas protegidas por diferentes convenções internacionais, sem a realização de consulta livre, prévia e informada a essas populações.

Sustenta, ainda, inexistência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, por isso que, apesar da decisão de primeira instância, a agravada manteve suas atividades em pleno vapor; que o discurso de possível desemprego em massa de trabalhadores não pode justificar o irregular licenciamento e a execução do empreendimento; e que a via escolhida é inadequada para obtenção da prestação jurisdicional.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Quanto ao pedido de gratuidade da justiça, indefiro-o, uma vez que as agravantes não demonstraram hipossuficiência financeira, que as impeça de arcar com os custos do processo. É certo que as pessoas jurídicas podem beneficiar-se da assistência prevista na Lei 1.060/1950, no entanto incumbe-lhes demonstrar que não podem arcar com os encargos processuais, o que na hipótese não ocorreu.

Nesse sentido, a jurisprudência firmada nos termos da Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça: "Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais" (*DJe 1º/08/2012, RSTJ v. 227, p. 939*).

Quanto ao agravo regimental ora em apreço, a decisão impugnada está fundamentada nas seguintes razões, destaco:

Pois bem, inicialmente, há de se reconhecer a legitimidade da Requerente para o presente requerimento, uma vez que é assente na jurisprudência dos tribunais pátrios o entendimento de que os concessionários e permissionários de serviço público têm legitimidade para requerer suspensão de liminar nos termos do art. 4º da Lei 8.437/1992 e do art. 15 da Lei 12.016/2009, quando estejam investidas na defesa do interesse público, em face da natureza dos serviços públicos sob concessão (STJ – SLS 1401, rel. Min. Ari Pargendler (decisão monocrática), DJ 16/06/2011; STF - SL 476, rel. Min. Presidente, decisão proferida pelo Min. Cezar Peluzo, julgado em 23/02/2011, publicado em Processo Eletrônico DJe-43, Divulg 03/03/2011, Publ 04/03/2011). No caso, a Vale S.A. detém a concessão da Estrada de Ferro Carajás (Decreto 87.96181982) e está em defesa do prosseguimento da obra de

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto, Catão Alves, Olindo Menezes, Cândido Ribeiro, Hilton Queiroz, Ítalo Mendes, Daniel Paes Ribeiro, Selene Almeida, Maria do Carmo Cardoso, Reynaldo Fonseca, Kassio Marques, Néviton Guedes, Novély Vilanova e Tolentino Amaral.

melhoria de infraestrutura de acessos rodoviários e de transporte de cargas e passageiros, empreendimento de inquestionável interesse público.

Quanto ao mérito do requerimento, como se sabe, o pedido de suspensão manejado não tem vocação recursal, por isso não pode modificar, cassar ou adulterar o ato judicial que se pretende suspender, a fim de não se desviar da competência que o legislador atribuiu ao presidente do Tribunal, que é apenas a de afastar, momentaneamente, a atuação jurisdicional no que concerne à execução de decisões que possam acarretar lesão grave aos valores protegidos pelo art. 4º da Lei 8.437/1992 ou pelo art. 15 da Lei 12.016/2009 — ordem, saúde, segurança e economia públicas.

Conquanto no âmbito estreito do pedido de suspensão de segurança dispense-se, a princípio, a análise do fundo da controvérsia, bastando a verificação da ocorrência dos pressupostos atinentes ao risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, é quase sempre inevitável um juízo sumário a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, na estrita medida necessária à verificação da potencialidade lesiva do ato decisório questionado.

A propósito, nessa linha de orientação, esclareceu o Ministro Gilmar Mendes:

... na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de deliberação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS 846-AgR/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, D.J. 29.5.96; SS 1.272-AgR/RJ, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 18.5.2001. (SL 310 AgR, Relator: Min. Presidente, Decisão proferida pelo Ministro GILMAR MENDES, julgado em 31/08/2010, publicado em DJe-184 DIVULG 29/09/2010 PUBLIC 30/09/2010.)

É o caso ora em análise. É que a interferência jurisdicional no exercício das competências da Administração Pública deve ocorrer com máxima cautela e sempre dotada de critérios técnicos — nem sempre disponíveis, em sua inteireza, ao julgador —, que evidenciem que a atuação do agente público está afastada dos princípios que devem reger os atos administrativos, cuja finalidade não é outra senão o bem coletivo.

Não se pode olvidar que o Poder Judiciário, ao se imiscuir nas atividades administrativas de outro Poder, também não pode apartar-se dos postulados inerentes à atividade pública, de modo a impedir que o Estado atinja com eficiência as suas finalidades legais, impondo, pela análise do mérito do ato administrativo (oportunidade e conveniência), atividades inadequadas ou desnecessariamente onerosas e que não condizem com os objetivos materiais que se quer alcançar.

É certo que, em matéria ambiental, é cediço que não se pode perder de vista o princípio da precaução, mas não é menos verdade que essa análise não prescinde do princípio da proporcionalidade, de

maneira a buscar sempre, como missão última, o interesse público e o bem comum.

Pertinentes, nesse contexto, a lição de M. Seabra FAGUNDES¹:

Pela necessidade de subtrair a Administração Pública a uma prevalência do Poder Judiciário, capaz de diminuí-la, ou até mesmo de anulá-la em sua atividade peculiar, põem-se restrições à apreciação jurisdicional dos atos administrativos, no que respeita à extensão e consequências. Quanto à extensão, restringe-se o pronunciamento jurisdicional à apreciação do ato, no que se refere à conformidade com a lei. Relativamente às consequências, limita-se a lhe negar efeito em cada caso especial. Por isso, o pronunciamento do órgão jurisdicional nem analisa o ato do Poder Executivo, em todos os aspectos, nem o invalida totalmente.

Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle, quanto à extensão.

Na hipótese em análise, entendeu o juízo, em síntese, que a duplicação da Estrada de Ferro Carajás “poderá acarretar graves danos a espaços especialmente protegidos e ao modo tradicional de vida do povo Indígena Awa Guajá (...), bem como de cerca de oitenta comunidades que se reconhecem como remanescentes de quilombos (...)” (fl. 33); que, no caso, o empreendimento exigiria o modelo de licenciamento com Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA); e que “a dispensa de estudo completo, longe de configurar exercício de competência discricionária, poderá revelar preocupante hipótese de desvio de finalidade” (fl. 36). Segundo o Juízo, “Os documentos que instruem a petição inicial sugerem que o Processo de Licenciamento Ambiental para a duplicação da Estrada de Ferro Carajás desconsiderou a relevância dos impactos ambientais decorrentes, permitindo sua divisão em segmentos (fl. 320) e sujeição a procedimento simplificado, em hipótese não prevista na Resolução CONAMA 349/2004” (fl. 37). Levou, ainda, em consideração o expediente da Fundação Cultural Palmares, em que “informa a existência de oitenta e seis comunidades quilombolas junto à área abrangida pela estrada de ferro e aponta falhas graves no EA-PBA, motivo pelo qual considerou insuficiente o estudo Ambiental e o Plano Básico Ambiental da duplicação da Estrada de Ferro Carajás (fls. 306/308)” (fl. 38); e a existência da “Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal (21337-52.2011.4.01.3700), à vista dos impactos sociais negativos às comunidades quilombolas Santa Rosa dos Pretos e Monge Belo” (fl. 39), indicando que “os estudos elaborados pela ré (VALE) eram insuficientes, por não apresentar

¹ O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 7. ed. atual. por Gustavo Binenbojm, Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 181-182.

relatório sobre os impactos sociais negativos àquelas comunidades” (fl. 39/40).

Embora louvável a cautela do eminente Magistrado, alguns pontos mostram-se relevantes e deles não se pode olvidar: Destaco:

1) O licenciamento, que está sendo contestado, foi deflagrado nos idos de 2004 e obteve a licença de instalação em 09/01/2006 (LI 355/2005), a Licença de Operação Corretiva em 16/06/2009 (LO 842/2009) e a Licença de Instalação em 04/05/2010 (LI 752/2010), referente à ampliação de 60 Km de determinado trecho da ferrovia. Obtidas essas licenças, deu-se início a obras de expansão da Estrada de Ferro Carajás. No entanto, constata-se que não há na decisão impugnada nenhuma análise acerca do estágio em que se encontram as obras, de modo a se averiguar a real efetividade da medida protetiva questionada, não levando em consideração os prejuízos que a suspensão de todo o procedimento licitatório, desde o seu nascedouro, e a interrupção das obras poderiam acarretar ao meio ambiente e às comunidades que se quer resguardar.

2) A despeito de ser real a necessidade de estudos mais completos sobre os impactos ambientais às comunidades diretamente atingidas pela expansão de empreendimento já existente, não se pode desconsiderar a presunção de legitimidade dos atos administrativos perpetrados pelo Ibama, órgão que detém a competência e os dados técnico-científicos necessários para analisar e conceder as licenças ambientais pleiteadas e, no exercício do seu Poder de Polícia, suspender ou cassar licenças já concedidas, diante da constatação de ações que possam ofender, de forma não prevista, o meio ambiente e a integridade das comunidades afetadas.

3) Tem-se notícia de que, em ata de audiência prévia, relativamente à Ação Civil Pública 21337-52.2011.4.01.3700, ajuizada pelo Ministério Público Federal, foi homologado, em 08/03/2012, por sentença, acordo estabelecido entre o Incra, o Ibama, a Fundação Cultural Palmares e a Vale, “destinado a estabelecer medidas a serem adotadas pelas partes para solver ou mitigar os impactos decorrentes da duplicação da Estrada de Ferro Carajás, quanto às comunidades remanescentes de quilombos de Santa Rosa dos Pretos e Monge Belo, localizadas no município de Itapecuru-Mirim/MA, bem como outras a serem implementadas pelo Instituto Nacional de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis, para promover o adequado acompanhamento da situação ambiental da região. Nesse acordo, um dos compromissos da Fundação Cultural Palmares, entre outros, é o de “analisar o diagnóstico elaborado pelo empreendedor acerca de todas as comunidades remanescentes de quilombos interceptadas pela ferrovia, situando-as e verificando a adequação e suficiência das medidas mitigatórias e compensatórias estabelecidas para cada uma delas, inclusive realizando vistorias técnicas para verificar a conformidade das informações prestadas e o grau de afetação do empreendimento”.

4) O Ofício 1101, de 27/10/2011, da Fundação Nacional do Índio, sugere que a duplicação da Estrada de Ferro Carajás, dentro das terras indígenas, vem sendo monitorada por aquele órgão e que “não tem óbices” à emissão da Licença de Instalação, “desde que respeitadas as condições” por eles discriminadas (fl. 133/134).

5) A Fundação Cultural Palmares, na Nota Técnica 05/2012/DPA/FCP/MINC, datada de 12/03/2012, na qual cita o ofício (mencionado pelo Juízo) em que foram requeridos “estudos complementares em face da insuficiência de informações acerca da existência, caracterização, levantamento de dados, relação dos impactos e medidas compensatórias e mitigatórias junto às comunidades quilombolas inscritas nas áreas de abrangência do empreendimento, objeto de discussão” (fl. 135), manifestou-se favoravelmente à liberação da Licença de Instalação, com a inscrição de condicionantes a serem cumpridas, em favor do segmento 20 da duplicação da EFC. (Cf. doc. de fls. 135/140.) Em Nota Técnica (16/2012/DPA/FCP/MINC) mais recente, datada de 04/05/2012, a Fundação Cultural Palmares manifestou-se favoravelmente à liberação de instalação para o restante das obras de duplicação da Estrada de Ferro Carajás, observadas as condicionantes a serem implementadas, “que deverão constar obrigatoriamente no corpo da Licença de Instalação”, sob pena de “cassação da Licença, responsabilidade civil e administrativa, e, em certos casos, responsabilidade penal”. (Cf. doc. de fls. 141/144.)

Essas questões acima delineadas, além de revelarem a situação fática que envolve todo processo de licenciamento do empreendimento, evidenciam que está havendo interferência indevida do Poder Judiciário nas atividades da Administração Pública ao definir o EIA/RIMA como o documento que melhor se adéqua ao fim colimado, sem justa causa. De fato, não está patente a configuração de ilegitimidade dos atos administrativos questionados na ação principal, nem está clara a necessidade de se desconsiderar todos os estudos apresentados pela Vale S.A. (composto de mais de 7 mil páginas, em 6 volumes, 4 apêndices – fl. 16), realizado de acordo com as exigências do órgão ambiental competente para analisá-los.

Ademais, os prejuízos gerados desde a paralisação das obras (segundo a requerente, já somam aproximadamente R\$ 40 milhões) são de grande monta. Aliás, em evidência não somente prejuízos financeiros, posto que a decisão acarreta também relevante impacto social. Com efeito, a Construtora Norberto Odebrecht S.A., que executa a obra em regime de Aliança com a Vale S.A., para “reduzir os impactos financeiros dessa decisão e manter o emprego dos integrantes da obra” (fl. 146) concedeu, em 31/08/2012, férias coletivas de 15 (quinze) dias aos integrantes do Setor de Produção e respectivos Setores de Apoio; o Sindconstrucivil, por sua vez, em nota de solicitação de agilidade no andamento do processo, demonstra a sua preocupação quanto à possibilidade de demissão em massa (fl. 145).

No presente momento, o que fica evidenciado é que a paralisação das obras poderá ser potencialmente mais pernicioso ao meio ambiente e à coletividade em geral, do que o seu prosseguimento.

Nesse contexto, vislumbrando-se a existência dos pressupostos autorizadores da medida excepcional de contracautela, quais sejam, grave lesão à ordem e à economia públicas, defiro o pedido para determinar a suspensão da execução da tutela jurisdicional concedida nos autos da Ação Civil Pública 0026295-47.2012.4.01.3700.

Os argumentos apresentados pela agravante não são suficientes para infirmar os fundamentos da decisão agravada.

Com efeito, no que se refere à legitimidade da Vale para manejar o presente requerimento de suspensão, não há dúvida de que há, sim, interesse econômico da Vale S.A. na execução do empreendimento, mas esse interesse não é incompatível com o grande interesse público que envolve a realização de obras de infraestrutura logística para agregar competitividade no transporte da produção brasileira.

É do conhecimento público que a matriz de transportes brasileira não acompanha a produção e representa um enorme empecilho para o escoamento de produtos, por isso que o “investimento bilionário realizado na duplicação da EFC Carajás” interessa à Administração Pública.

No caso concreto, a Vale, para quem foi concedida a exploração dos serviços de transporte ferroviário de cargas e passageiros prestados pela EFC, defende o exercício de função delegada do Poder Público em que está investida e a preservação do interesse público, visto que a extensão da ferrovia, além de estar inserido no plano de interligação logística do território brasileiro, também faz parte do Programa de Aceleração do Crescimento 2 e do Programa de Investimentos em Logística do Governo Federal. Legítima, portanto, a Vale S.A. para o requerimento da suspensão prevista no art. 4º da Lei 8.437/1992.

Quanto à alegação de que o processo de licenciamento levado a efeito não se adéqua à magnitude do empreendimento, bem como de que a licença deveria se dar de forma global e não fragmentada, consigne que tais assertivas são contestadas pela agravada e pelo próprio Ibama, que sustenta que “sempre considerou o projeto de duplicação da Estrada de Ferro Carajás de forma global” (fl. 90); que “desde as primeiras licenças concedidas, o Ibama exigiu estudos ambientais e planos básicos ambientais amplos, com fundamento na Resolução Conama 237/1997” (fl. 91); que o

[...] EA/PBA é um estudo robusto cujo objeto engloba todo traçado da ferrovia, onde o IBAMA exigiu do empreendedor a apresentação de alternativas tecnológicas ambientalmente mais viáveis para a proposição de medidas mitigatórias e compensatórias (fl. 91).

Como se vê, não está evidenciada a ilegalidade no modelo de licença eleito pelo órgão ambiental. Ressalte-se, por outro lado, que *não* cabe ao Judiciário dizer qual o modelo de estudo de impacto ambiental deve ser elaborado para a obtenção de licenças ambientais, nem quais medidas mitigadoras e compensatórias devem ser observadas. Essas decisões fazem parte do juízo de conveniência e oportunidade dos atos do órgão ambiental competente que, pautado na discricionariedade técnica, opta por aquela que, dentro das possíveis prevista em lei, melhor se ajusta às suas finalidades, em conformidade com a tipologia, localidade e características do empreendimento a ser licenciado, de modo a compatibilizar a preservação do meio ambiente com o desenvolvimento econômico-social.

Ao Poder Judiciário cabe apenas o controle jurisdicional quanto aos aspectos da legalidade do ato administrativo. Na hipótese não se mostra evidente nenhuma ilegalidade ou ilegitimidade procedimental do órgão ambiental, a demandar o afastamento das licenças concedidas.

A propósito, o Ibama, respondendo à intimação, a fim de manifestar-se em relação à liminar, asseverou, destaque:

[...]

7. Analisando-se a peça exordial, nota-se que as alegações trazidas pela parte autora são genéricas e se atêm a insistentemente repetir que o avanço das obras comprometeria comunidades que não foram consideradas no licenciamento ambiental, contudo sem conseguir demonstrar que o Estado, através de seus órgãos técnicos envolvidos, inclusive o IBAMA, desconhece e não está atento aos direitos dessas comunidades. Dos dados técnicos e estudos presentes no processo de licenciamento, praticamente todos advêm da Administração Pública, a saber, da Fundação Cultural Palmares, do INCRA e do IBAMA, e estão presentes nos estudos ambientais que compõem o licenciamento ambiental.

Portanto, sem elementos concretos que justifiquem a paralisação das obras de duplicação da Estrada de Ferro Carajás, a tutela antecipada se mostra extremamente prejudicial à ordem e à economia pública, posto que fulmina a atividade do administrador público, voltado ao licenciamento de implementação de obra de infraestrutura estratégica para o País, que

visa interligar os pátios de estacionamento preexistentes, “a fim de suprir a crescente demanda associada ao transporte de insumos, materiais e pessoas” (fl. 5).

Isso posto, não demonstrado o desacerto da decisão recorrida, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Primeira Seção

Numeração única: 0021121-61.1996.4.01.0000

Ação Rescisória 96.01.22406-8/PA

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves
 Autores: André dos Reis Cavalcante e outros
 Advogada: Dra. Ana Maria Cunha de Mello
 Ré: União Federal
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
 Ré: Companhia Nacional de Abastecimento – Conab
 Advogado: Osvaldo José Pereira de Carvalho
 Publicação: e-DJF1 de 14/05/2013, p. 3

Ementa

Processual Civil. Ação rescisória. Alegação de ofensa à coisa julgada. Litisconsorte excluído do julgado rescindendo. Ilegitimidade ativa declarada. Análise do perito. Julgamento pela improcedência. Decisões proferidas em processos distintos. Inocorrência de violação à garantia constitucional sob enfoque.

I. O litisconsorte Anderson Valentim de Moura manifestou desistência na ação principal, esta que veio a ser homologada no julgado que ora se visa rescindir, eis porque, fundado o pedido rescisório nas razões de mérito da correlata decisão, o referido litisconsorte não tem interesse processual para buscar a sua desconstituição.

II. É manifestamente descabida a alegação de ofensa à coisa julgada pela sentença nesta rescisória alvejada, quando se constata que o título judicial a ela antagônico foi proferido em processo distinto. É saber, os autores se baseiam na existência de precedentes com diretriz distinta à que foi conferida pela sentença atacada, para assim inquiná-la de violadora à coisa julgada.

III. Extinção da rescisória sem julgamento do mérito quanto ao litisconsorte mencionado no item I acima.

IV. Ação rescisória julgada improcedente, quanto aos demais.

V. Condenação no pagamento da multa prevista no art. 488, II, do Código de Processo Civil, bem como em honorários de sucumbência arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, extinguir o processo sem julgamento do mérito quanto a um dos autores e julgar improcedente a ação rescisória, quanto aos demais.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 30/04/2013.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Trata-se de ação rescisória, proposta por André dos Reis Cavalcante e outros, objetivando desconstituir a sentença de improcedência proferida pelo juízo federal da 2ª Vara SJ/PA nos autos da reclamatória trabalhista por eles ajuizada, na qual buscaram o restabelecimento das condições fixadas no primeiro contrato de trabalho que haviam celebrado com a Cobal, anulando-se o contrato que em seguida veio a ser celebrado com o Ministério da Agricultura, em substituição ao primeiro.

Alegam, em resumo, que o *decisum* alvejado encerrou violação à coisa julgada, na medida em que nesta Corte diversas outras decisões transitadas em julgado já foram proferidas em sentido a ele contrário, sendo eles os únicos prejudicados, dentre todos os que se encontravam na mesma situação.

Requer a rescisão do julgado, e a realização de novo julgamento, com o reconhecimento da procedência daquilo que pleitearam na sobredita reclamatória trabalhista.

Citados, a União e a Conab ofereceram contestação (fls. 93–98 e 106–108).

A União alegou em preliminar a inépcia da inicial e a impossibilidade jurídica do pedido, defendendo, no mérito, a prevalência do comando fustigado.

A Conab, a seu turno, centrou sua defesa na impertinência meritória da pretensão, esta, sim, que seria ofensiva à regra contida no art. 472 do CPC.

Seguiu-se réplica.

Parecer ministerial a fls. 155–156 pela exclusão da lide do autor Anderson Valentim de Moura e, quanto mais, pela improcedência da ação.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Registro, de início, que segundo consta da sentença rescindenda (cf. fls. 59) o então reclamante Anderson Valentim de Moura manifestou sua desistência daquela ação, desistência esta que foi devidamente homologada pelo sentenciante. Claro, assim, que o referido litisconsorte não tem interesse processual para propor a presente

ação rescisória, já que não foi alcançado pelos efeitos da decisão que se visa rescindir.

No mérito, é manifestamente improcedente a pretensão autoral.

Com efeito, é por demais cediço que as decisões judiciais com eficácia inter partes não estendem seus efeitos aos demais processos em curso, muito menos às partes neles litigantes (*art. 472 do CPC: A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros [...]*).

Assim, forçoso concordar com a colocação trazida pela Conab, porque chega às raias do absurdo a pretensão de se utilizar a ação rescisória com o fundamento de ofensa à coisa julgada, unicamente em razão da prolação de um comando judicial *em processo distinto* e que não produziu nenhuma repercussão naquele em que proferido o édito que se visa rescindir.

Consigne-se, ainda, ser igualmente impertinente e inoportuno o pleito formulado no curso da lide com vistas à aplicação das disposições concernentes à uniformização de jurisprudência, visto que tal medida tem lugar, obviamente, *antes do julgamento da ação em que se postula dita uniformização*, pela simples e óbvia razão de que a decisão ali proferida repercutirá nos julgamentos *futuros* da respectiva Corte, não sendo dotada do condão de propiciar a rescisão de julgamentos pretéritos sobre a mesma matéria.

Ante os argumentos acima mencionados, extingo o processo sem julgamento do mérito quanto ao litisconsorte Anderson Valentim de Moura e, quanto aos demais, julgo improcedentes os pedidos formulados.

Condeno a autora na multa prevista no art. 488, II, do CPC, e em honorários de sucumbência arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Publique-se. Intimem-se.

Arquivem-se os autos após o trânsito em julgado.

É o voto.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Ângela Catão, Kássio Marques e Néviton Guedes e os Exmos. Srs. Juízes Federais Murilo Fernandes de Almeida e Cleber José Rocha (convocados).

Primeira Seção

Numeração única: 0038602-80.2009.4.01.0000

Mandado de Segurança 2009.01.00.039673-7/DF

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)
 Impetrante: Américo Pinheiro
 Advogados: Dra. Elaine Cristina Gomes e outro
 Impetrado: Juiz Diretor do Foro da Seção Judiciária do Distrito Federal
 Publicação: e-DJF1 de 04/06/2013, p. 7

Ementa

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Renúncia à aposentadoria. Recebimento indevido de duas aposentadorias. Reposição ao Erário. Ausência de concordância do servidor. Necessária judicialização.

I. Ausência de boa-fé caracterizada pela participação do servidor no recebimento dos valores indevidos. A participação consubstancializou-se no requerimento de renúncia à aposentadoria. O impetrante, servidor aposentado da Justiça Federal, a fim de ver seu benefício de aposentadoria, pago pelo Senado Federal, integralizado, renunciou ao benefício pago pela SJDF.

II. O termo inicial da desoneração da SJDF foi estabelecido como a data de entrada do requerimento, contudo, a Administração não pode, mediante simples requerimento, interromper o pagamento de benefício pago ao servidor inativo, há de se instaurar procedimento administrativo, com curso definido em lei, cujo término, como constatado, se materializa por pronunciamento da Corte Administrativa deste Tribunal.

III. Durante o período de processamento do requerimento de renúncia, o impetrante recebeu duas aposentadorias, circunstância que, no caso dos autos, encontra óbice intransponível e expresso na Constituição Federal.

IV. A Administração não dispõe de outro meio para promover a interrupção do pagamento do benefício de aposentadoria senão com sua extinção, que se dá ao término do procedimento administrativo de renúncia.

V. A responsabilização do impetrante no recebimento dos valores indevidos não autoriza a Administração a promover unilateralmente descontos nos proventos do servidor, o ressarcimento dos valores recebidos indevidamente deve guardar a estrita forma prevista em lei, no caso o disposto no art. 46 e parágrafos da Lei 8.112/1990.

VI. O desconto de quaisquer valores em folha de pagamento de servidor público pressupõe a sua prévia anuência, não podendo ser feito unilateralmente. O art. 46 da Lei 8.112/1990 apenas regulamenta a forma de reposição ou indenização ao Erário, após a concordância do servidor com a conclusão administrativa.

VII. Ausente a concordância do administrado, a Administração não dispõe de legitimidade para adentrar a esfera patrimonial do servidor, devendo se submeter às vias judiciais ordinárias, isso em respeito aos pilares do Estado Direito.

VIII. Segurança parcialmente concedida. Prejudicado o agravo regimental de fl. 110.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conceder parcialmente a segurança e julgar prejudicado o agravo regimental.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 28/05/2013.

Juiz Federal *Cleberson José Rocha*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha: —

1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, ajuizado por Américo Pinheiro contra ato do juiz diretor do Foro da Seção Judiciária do Distrito Federal, que determinou a reposição ao Erário de valores recebidos a título de aposentadoria, no período compreendido entre 19/03/2007 e 1º/05/2007.

2. Informa que é servidor público aposentado dos quadros do Senado Federal, onde ocupava o cargo de analista legislativo. Como já era aposentado pelo Poder Judiciário, nos termos da lei, renunciou à primeira aposentadoria e fez a opção pela aposentadoria referente ao cargo do Poder Legislativo.

3. Assevera que protocolizou em 19/03/2007 pedido de renúncia à aposentadoria então existente no Poder Judiciário, pedido esse que restou deferido a partir da data do protocolo da petição, contudo, até ser proferida decisão final no procedimento administrativo a Administração efetivou o pagamento de proventos até 1º/05/2007, perfazendo-se um total de R\$ 21.961,46 pagos ao impetrante.

4. Sustenta que recebeu os valores de boa -fé, sendo, nos termos da Súmula 106 do TCU, indevida a reposição ao Erário. Cita parecer da Advocacia-Geral do Senado, proferido no procedimento administrativo que buscava a repetição dos valores, a qual entendeu não haver valores percebidos indevidamente como objeto de compensação, uma vez que a renúncia à aposentadoria se deu em 19/03/2007, e somente a partir dessa data foi feita a integralização dos proventos da aposentadoria concedida compulsoriamente pelo Senado Federal, inicialmente com proventos proporcionais.

5. A decisão liminar sustou a exigência de reposição ao Erário, fl. 25.

6. Em suas informações (fl. 36), a autoridade defendeu a exigibilidade do montante pago indevidamente, asseverou que a decisão que deferiu o pedido de renúncia à aposentadoria retroagiu sua eficácia à data do requerimento (19/03/2007), de modo que os valores pagos equivocadamente após essa data devem ser repostos.

7. Em seu parecer o MPF (fl. 96) opinou pela concessão da segurança. Em seu parecer defendeu a observância do devido processo legal, sob o argumento de que a União deve buscar em ação de cobrança o recebimento do montante que entende devido.

8. Agravo regimental à fl. 110.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha: —

1. A segurança deve ser parcialmente concedida.

2. No que se refere a pagamentos indevidos, sendo constatado o equívoco, deve a Administração de imediato adotar as medidas cabíveis para cessação deles, já que contrários à lei ou não autorizados por ela. Havendo valores a serem ressarcidos, cumpre providenciar a devolução pelos beneficiários. Entretanto, para isso, exige-se que sejam observados os seguintes pressupostos: a) observância do devido processo legal, assegurando-se ao interessado direito de defesa e respeito ao contraditório, inclusive para que possa se certificar o *quantum* eventualmente devido; b) que os valores não tenham sido recebidos de boa-fé, caracterizada quando o servidor encontra-se isento de qualquer participação nos procedimentos que resultaram nos pagamentos indevidos.

3. Notocante ao item *b*, após ter oscilado por muito tempo a jurisprudência do STJ encontra-se atualmente pacificada, lá o entendimento é de que recebimentos de boa-fé não são sujeitos a ressarcimento, na forma prevista no art. 46, da Lei 8.112/1990.

4. Tal entendimento, consoante reiterados pronunciamentos jurisprudenciais, decorre de uma exegese conjugada dos arts. 45 e 46 da Lei 8.112/1990, com o art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

5. No caso específico dos autos, o impetrante, servidor aposentado da Justiça Federal, a fim de ver seu benefício de aposentadoria, pago pelo Senado Federal, integralizado, solicitou sua renúncia ao benefício de aposentadoria pago pela SJDF, para fins de aproveitamento do tempo de serviço no órgão legislativo. Assim, o termo inicial da desoneração da SJDF foi estabelecido como a data de entrada do requerimento, contudo, a Administração não pode, mediante simples requerimento, interromper o pagamento de benefício pago ao servidor inativo, há de se instaurar procedimento administrativo, com curso definido em lei, cujo término, como constatado, se materializa por pronunciamento da Corte Administrativa deste Tribunal.

6. O processamento do requerimento impulsionado pelo impetrante demanda tempo, contudo, durante esse tempo, o benefício ainda não foi extinto e os

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Neuza Alves, Kassio Marques e Néviton Guedes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (convocado).

pagamentos continuam sendo efetivados. Ocorre que, noticiado tal requerimento ao Senado Federal, o benefício pago por aquele órgão foi imediatamente integralizado. Assim, durante o período de processamento do requerimento de *desaposentação*, o impetrante passou a receber duas aposentadorias, circunstância que, no caso dos autos, encontra óbice intransponível e expresso na Constituição Federal.

7. Neste contexto, julgo caracterizada a participação do servidor, que praticou o ato impulsionador do pagamento indevido, e a ilegalidade no recebimento destes valores. Circunstância que pode caracterizar, inclusive, o enriquecimento sem causa do impetrante. Pontue-se que a Administração não dispunha de outro meio para promover a interrupção do pagamento do benefício senão o término do procedimento administrativo em trâmite nesta Corte.

8. A responsabilização do impetrante no recebimento dos valores indevidos não autoriza a Administração a promover unilateralmente descontos nos proventos do servidor, o ressarcimento dos valores recebidos indevidamente deve guardar a estrita forma prevista em lei, no caso o disposto no art. 46 e parágrafos da Lei 8.112/1990, nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESCONTO DE VALORES. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. REGIME JURÍDICO. DIREITO ADQUIRIDO. REIMPLANTAÇÃO DA VANTAGEM. IMPOSSIBILIDADE.

1. Decisão que deferiu, em parte, liminar em mandado de segurança e determinou à autoridade impetrada que reimplantasse vantagem pecuniária recebida pela Impetrante por força da decisão judicial e que suspenda o desconto de quaisquer importâncias a título de reposição ao erário de supostos pagamentos indevidos efetuados a tal título.

2. *O desconto de quaisquer valores em folha de pagamento de servidor público pressupõe a sua prévia anuência, não podendo ser feito unilateralmente. O art. 46 da Lei nº. 8.112/90 apenas regulamenta a forma de reposição ou indenização ao erário, após a concordância do servidor com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado.*

3. No que se refere à reimplantação da rubrica o entendimento desta Corte é favorável à tese do agravante (precedente). Pacífico neste Tribunal o entendimento que o servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico de remuneração (precedentes do STF).

4. Agravo parcialmente provido para afastar parte da decisão que determinou o restabelecimento da vantagem (item 3).

(AG 2007.01.00.013748-8/MA, rel. Desembargador Federal Francisco de Assis Betti, Segunda Turma, e-DJF1 p. 210 de 06/11/2008)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 28,86%. PAGAMENTO INDEVIDO. DESCONTO DAS PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO. LEI 8.112/90. ART. 46. NECESSIDADE DE ANUÊNCIA PRÉVIA. IMPOSSIBILIDADE DE PRIVAÇÃO DOS BENS DO DEVEDOR SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL. ART. 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. AGRAVO RETIDO PREJUDICADO.

1. Prejudicado o agravo retido de fls. 139/147, interposto pela Universidade Federal do Mato Grosso - UFMT, postulando a revogação de decisão que concedeu o pedido liminar, porque já prolatada sentença confirmando-lhe o teor.

2. Não há que se falar em decadência do direito de a Administração anular o ato que retificou os proventos do impetrante, haja vista que a Lei 9.784/99 somente passou a vigorar a contar de 29.01.1999.

3. *O desconto de quaisquer valores em folha de pagamento de servidor público pressupõe a sua prévia anuência, não podendo ser feito unilateralmente, uma vez que as disposições do art. 46 da Lei 8.112/90, longe de autorizarem a Administração Pública a recuperar valores apurados em processo administrativo, apenas regulamentam a forma de reposição ou indenização ao erário após a concordância do servidor com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado. (STF, MS 24.182/DF, Pleno, Ministro Maurício Corrêa, Informativo 337, de 16 a 20 de Fevereiro de 2004; AI 241.428 AgR/SC, Segunda Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 18.02.2000; STJ, RESP 336.170/SC, Segunda Turma, Relator para o acórdão o Ministro Franciulli Netto, DJ 08.09.2003; RESP 379.435/RS, Segunda Turma, Relator para o acórdão o Ministro Franciulli Netto, DJ 30.06.2003; RESP 207.348/SC, Segunda Turma, Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 25.06.2001).*

4. Não se nega à Administração o direito, e até mesmo o dever, de corrigir equívocos no pagamento de vantagens pecuniárias a servidores públicos. Entretanto, não se pode olvidar que não podia a autoridade impetrada privar o servidor de parte de seus vencimentos/proventos unilateralmente, sem o devido processo legal.

5. Transcorridos quase 08 (oito) anos, sem que a Administração tomasse qualquer providência para ressarcir-se dos valores indevidamente pagos aos servidores, e quase 10 (dez) anos para que efetivamente notificasse o impetrante, o reconhecimento da prescrição do direito da Administração ressarcir-se dos valores indevidamente pagos ao impetrante, é medida que se impõe.

6. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

(AMS 2007.36.00.005324-4/MT, rel. Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, e-DJF1, p. 87 de 23/06/2009)

9. Sobre a questão, a mais recente jurisprudência, inclusive do Plenário do STF, é no sentido de que a Administração não pode efetuar descontos em folha de pagamento sem prévia anuência do servidor, e sem observância do devido processo legal, conforme se verifica do seguinte precedente:

EMENTA: Mandado de Segurança.

2. Desaparecimento de talonários de tíquetes-alimentação. Condenação do impetrante, em processo administrativo disciplinar, de ressarcimento ao erário do valor do prejuízo apurado.

3. Decisão da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados de desconto mensais, em folha de pagamento, sem a autorização do servidor.

4. Responsabilidade civil de servidor. Hipótese em que não se aplica a auto-executoriedade do procedimento administrativo.

5. A Administração acha-se restrita às sanções de natureza administrativa, não podendo alcançar, compulsoriamente, as conseqüências civis e penais.

6. À falta de prévia aquiescência do servidor, cabe à Administração propor ação de indenização para a confirmação, ou não, do ressarcimento apurado na esfera administrativa.

7. O Art. 46 da Lei no 8.112, de 1990, dispõe que o desconto em folha de pagamento é a forma como poderá ocorrer o pagamento pelo servidor, após sua concordância com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado.

8. Mandado de Segurança deferido

(MS 24182, rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2004, DJ, 03/09/2004, PP-00009, EMENT VOL-02162-01, PP-00052 RTJ ,VOL 00192-01, PP-00195, LEXSTF v. 27, n. 313, 2005, p. 160-171)

10. Na hipótese dos autos, restou evidente a discordância do impetrante com os descontos. Ausente a concordância do administrado, a Administração não dispõe de legitimidade para adentrar a esfera patrimonial do servidor, devendo se submeter às vias judiciais ordinárias, isso em respeito aos pilares do Estado Direito.

11. Ante o exposto, confirmo a liminar e concedo parcialmente a segurança, para determinar que a autoridade impetrada se abstenha de promover descontos nos contracheques do impetrante, relativos aos valores pagos a título de proventos de inatividade, no período compreendido entre 19/03/2007 e 1º/05/2007, sem que seja autorizado pela autoridade judicial competente. Prejudicado o agravo regimental de fl. 110.

Sem custas. Sem honorários.

É o voto.

Segunda Seção

Conflito de Competência 0027240-76.2012.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Autora: Justiça Pública
Procuradora: Dra. Ellen Cristina Chaves Silva
Réu: Dr. José Luiz Gonzaga Filho
Suscitante: Juízo Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Imperatriz/MA
Suscitado: Juízo Federal da 2ª Vara/TO
Publicação: e-DJF1 de 26/04/2013, p. 581

Ementa

Penal. Processual Penal. Conflito negativo de competência. Uso de documento falso e crime ambiental. Arquivamento indireto. Art. 28 do CPP. Concurso de jurisdições da mesma categoria. Guia florestal para transporte de produtos florestais diversos. Lugar onde se consumou o crime mais grave. Art. 78, II, a, do CPP. Competência do juízo suscitado.

I. Em face do que consta na denúncia, o único delito que atrairia a competência para a Justiça Federal seria o crime de uso de documento falso, previsto no art. 304 do CP, sendo que o órgão do Ministério Público Federal, tanto

no juízo federal suscitante como no juízo federal suscitado, entendeu pela não configuração de tal crime, o que configuraria, em princípio, um arquivamento indireto.

II. Sendo aceita a tese de configuração do delito do art. 304 do CP, a competência é da 2ª Vara da Seccional de Tocantins, juízo ora suscitado, uma vez que a apresentação da GF3 falsa às autoridades federais se deu no município de Guaraí/TO, devendo ser os autos remetidos ao procurador-geral, nos termos do art. 28 do CPP.

III. Diante do concurso de crimes praticados em diversas jurisdições, deve ser aplicado o disposto no art. 78, II, *a*, do Código de Processo Penal, ou seja, prepondera a fixação da competência de acordo com o lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave, *in casu*, o município de Guaraí/TO, em que se consumou o delito do art. 304 do CP.

IV. Competência do juízo suscitado, que deverá decidir da forma como entender de direito.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer do conflito para declarar competente o juízo suscitado.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 17/04/2013.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo juiz federal substituto da Vara Única da Subseção Judiciária de Imperatriz, em face do juiz federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Tocantins, que declinou da competência em favor do juízo ora suscitante, tendo em vista que

[...] a GF3 falsa está em nome da Empresa Jacarandá Representação e Comércio de Madeiras LTDA, sediada na Rua 13, nº 157, Cidade Nova, Maracaçumé, no estado do Maranhão, responsável pelo carregamento e fornecimento da documentação falsa ao motorista (fls. 108–109 e 120–123).

Alega o juízo suscitante que a competência é do juízo federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Tocantins, uma vez que o delito de uso de documento falso se consumou em Guaraí/TO, com a apresentação da GF3 falsa a autoridades federais daquele município.

Parecer do Ministério Público Federal, da lavra do eminente Procurador Regional da República Blal Yassine Dalloul, opinando pelo não conhecimento do conflito (fls. 132–137).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Em face do que consta na denúncia, o único delito que atrairia a competência para a Justiça Federal seria o crime de uso de documento falso, previsto no art. 304 do CP, sendo que o órgão do Ministério Público Federal, tanto no juízo federal suscitante como no juízo federal suscitado, entendeu pela não configuração do delito do art. 304 do CP, o que configuraria, em princípio, um arquivamento indireto quanto à incidência de tal crime.

No entanto, embora tal situação ainda esteja indefinida, se for aceita a tese de configuração do delito do art. 304 do CP, a competência será da 2ª Vara da Seccional de Tocantins, juízo ora suscitado, uma vez que a apresentação da GF3 falsa às autoridades federais se deu no município de Guaraí/TO.

Nesse sentido, a jurisprudência da Segunda Seção desta Corte, que, apreciando questões idênticas, assim decidiu, *verbis*:

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ARTS. 304, DO CÓDIGO PENAL E 46, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 9.605/98. CONCURSO DE JURISDIÇÕES DE MESMA CATEGORIA. COMPETÊNCIA FIXADA PELO LOCAL DA

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Hilton Queiroz, Olindo Menezes e Mônica Sifuentes e os Exmos. Srs. Juízes Federais Renato Martins Prates e Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (convocados).

CONSUMAÇÃO DO CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 78, II, A, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

1. O presente inquérito policial, com a devida licença de entendimento outro, apura a suposta prática do crime de uso de documento falso (ATPF), previsto no art. 304, do Código Penal, bem como o cometimento dos delitos de transporte e venda ilegal de madeira, tipificados no parágrafo único do art. 46, da Lei nº 9.605/98.

2. Em se tratando de concurso de jurisdições de mesma categoria, e cominando o crime de uso de documento falso , previsto no art. 304, do Código Penal, a pena mais grave, em relação ao delito do art. 46, parágrafo único, da Lei nº 9.605/1998, resulta que a competência para o processamento do inquérito policial em questão será fixada pelo local de consumação do crime de uso de documento falso , por aplicação do art. 78, II, a, do Código de Processo Penal. E, no caso, verifica-se que o crime de uso de documento falso teria, em tese, sido consumado no município de Guarai/TO, a teor do que se depreende da portaria de fl. 04 e do documento de fl. 05, não se podendo, inclusive, ignorar o apontado pelo MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Guarai-TO, no sentido de que “Compulsando os presentes autos, verifica-se que foi utilizado documento falso perante agentes da Polícia Rodoviária Federal, quando em patrulhamento ostensivo na BR-153, nesta Cidade” (fl. 63).

3. Conflito de competência conhecido, para declarar competente o MM. Juízo Federal suscitado. (CC 0017477-51.2012.4.01.0000/PA, Rel. Desembargador Federal l'talo Fioravanti Sabo Mendes, 2ª Seção, unânime, 06/07/2012 e-DJF1, p. 022)

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIMES DE USO DE DOCUMENTO FALSO (ATPF) E VENDA ILEGAL DE MADEIRA. ARTS. 304 DO CP E 46, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 9.605/98. CONCURSO DE JURISDIÇÕES DA MESMA

CATEGORIA. PREVALÊNCIA DO JUÍZO DO LOCAL DA CONSUMAÇÃO DO CRIME MAIS GRAVE. ART. 78, II, “A”, DO CPP. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

1. Apura-se no presente inquérito policial a prática do crime de uso de documento falso (ATPF), tipificado no art. 304 do Código Penal, punível com pena privativa de liberdade de 2 (dois) a 3 (três) anos de reclusão e multa, bem como o cometimento do crime de venda ilegal de madeira, previsto no art. 46, parágrafo único, da Lei n. 9.605/98, cuja pena privativa de liberdade é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção e multa.

2. De acordo com o art. 78, II, “a”, do Código de Processo Penal, a competência, no caso de concurso de jurisdições da mesma categoria, é firmada pelo lugar da infração à qual for cominada a pena mais grave, no caso, o crime previsto no art. 304 do Código Penal, consumado no município de Guarai/TO.

3. Conflito conhecido. Competência do Suscitado. (CC 0014476-58.2012.4.01.0000/PA, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, 2ª Seção, unânime, 15/05/2012 e-DJF1, p. 151)

Desta feita, quem deve resolver essa questão, ou seja, pela inexistência do delito do art. 304 do CP, e, em consequência, pelo reconhecimento da incompetência da Justiça Federal e remessa dos autos à Justiça estadual; ou, noutra hipótese, pelo reconhecimento do crime do art. 304 do CP, o que levaria ao encaminhamento dos autos ao procurador-geral, nos termos do art. 28 do CPP, é o próprio juízo federal suscitado, no caso o juízo federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Tocantins.

Com tais considerações, conheço do conflito para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Tocantins, ora suscitado, que deverá decidir da forma como entender de direito.

É como voto.

Segunda Seção

Ação Rescisória 0008660-66.2010.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz
 Autor: Francisco Rodrigues de Sousa
 Advogados: Dr. José Eduardo Rangel de Alckmin
 Dr. Antônio César Bueno Marra
 Dr. José Augusto Rangel de Alckmin
 Dr. José Bezerra Pereira
 Dr. Diego Costa Batista
 Réu: Ministério Público Federal
 Litisconsorte Passivo: Município de Timon/MA

Advogado: Dr. Augusto José Porto Coimbra
 Litisconsorte Passivo: União Federal
 Publicação: e-DJF1 de 03/06/2013, p. 5

Ementa

Processual Civil. Ação rescisória. Improbidade administrativa. Incisos V e IX do art. 485 do CPC. Violação a disposições literais do art. 47 do CPC, arts. 10, 11 e 12, parágrafo único, da Lei 8.429/1992 e art. 5º, LIV, da Constituição Federal. Natureza da ação que não se confunde como substituta de recurso. Inexistência de obrigatoriedade de formação de litisconsórcio passivo. Condenação do ex-gestor fundada em provas. Presença do elemento subjetivo. Impossibilidade de incursão no campo probatório. Erro de fato. Superfaturamento. Alegações que não se sustentam porque houve enfrentamento da questão no acórdão rescindendo. Improcedência do pedido.

I. O juízo rescindendo não possui o caráter de reexame ou revisão. A ação rescisória tem por finalidade a alteração de um estado jurídico firmado pela autoridade da coisa julgada, contudo, não se presta a exercer funções típicas dos recursos. Por essa razão, quando se alega violação de literal disposição de lei, não se admite a alegação simplória de que o julgado situou a questão de maneira diversa de suas teses de defesa.

II. À luz do entendimento firmado no STJ, não há falar em formação de litisconsórcio passivo necessário entre eventuais réus e as pessoas participantes ou beneficiárias das supostas fraudes e irregularidades, nas ações civis públicas movidas para o fim de apurar e punir atos de improbidade administrativa, pois “*não há, na Lei de Improbidade, previsão legal de formação de litisconsórcio entre o suposto autor do ato de improbidade e eventuais beneficiários, tampouco havendo relação jurídica entre as partes a obrigar o magistrado a decidir de modo uniforme a demanda, o que afasta a incidência do art. 47 do CPC*” (AgRg no REsp 759.646/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 30/03/2010).

III. Ademais, não há violação aos arts. 10, 11 e 12, parágrafo único, da Lei 8.429/1992. As provas juntadas na ação de improbidade demonstraram a prática de ato ímprobo e a sentença, confirmada pelo acórdão rescindendo, fez incidir corretamente a LIA sobre os fatos ocorridos – malversação do dinheiro público oriundos dos convênios firmados entre a União e o Município de Timon/MA. As razões de decidir em que se apoiou o Tribunal dão notícia do elemento subjetivo do réu na prática dos atos considerados ímprobos e a revisão desse entendimento implica, necessariamente, em incursão no campo probatório.

IV. Resta evidente, da análise do acórdão rescindendo, que houve enfrentamento da questão relativa ao superfaturamento. O fato ficou evidente nos autos. Não se sustenta a alegação de erro.

V. Ação rescisória julgada improcedente.

Acórdão

Decide a Seção julgar improcedente o pedido rescisório, à unanimidade.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 15/05/2013.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Hilton Queiroz*: — Trata-se de ação rescisória proposta por Francisco Rodrigues de Souza contra o Ministério Público Federal e a União visando à desconstituição de acórdão da Quarta Turma deste Tribunal, relator Des. Federal *Ítalo Mendes*. A ementa do julgado foi a seguinte:

PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N. 8.429/92. EX-PREFEITO MUNICIPAL. IMPROVIMENTO.

1. A não intimação do requerido, ora apelante, para se manifestar sobre o documento juntado pelo Ministério Público Federal (fls. 278/290 do proc. 1998.37.00.001453-4 apenso) não gera nulidade por ele pretendida.

2. Não se vislumbra, no caso em exame, cerceamento do direito de defesa do ora apelante, pela afirmada omissão do MM. Juízo Federal a quo, ao silenciar-se sobre pedido de diligência por ele formulado.

3. Apresenta-se como juridicamente discutível a necessidade processual de ser juntada aos autos cópia integral do processo nº 1367/96, em tramitação na Comarca de Timon/MA, para o fim de se verificar a possível ocorrência de litispendência, tendo em vista que para se analisar se há litispendência entre uma ação de improbidade administrativa e uma ação popular, em princípio, não haveria necessidade de qualquer análise probatória, tratando-se de questão meramente de direito, mormente quando se verificam os dispositivos constitucionais que embasam essas ações (art. 37, § 4º e art. 5º, LXXIII, ambos da CF/88, respectivamente), que, evidentemente, apresentam distintas realidades jurídicas.

4. A não intimação das partes para apresentação das razões finais não traduz nulidade, considerando não se apresenta como obrigatória a realização desse ato processual, além da circunstância de não ter logrado o apelante demonstrar eventual prejuízo com o não oferecimento das suas alegações finais, o que dá ensejo à incidência ao caso ora em exame do disposto no art. 249. § 1º, do Código de Processo Civil.

5. Na forma em que examinadas essas questões pela v. sentença apelada, não há que se cogitar, in casu, na ocorrência de litispendência e incompetência da Justiça Federal.

6. Não merece reforma a v. sentença apelada, devendo, inclusive, afastar-se eventuais questionamentos acerca de sua fundamentação e omissão no trato da matéria em exame.

7. Apelação improvida. (acórdão publicado no DJ do dia 13/11/2006).

Os embargos de declaração por ele opostos foram rejeitados. Houve a interposição de recurso especial que não foi conhecido pela Segunda Turma do STJ. O acórdão transitou em julgado em 20/09/2009.

Sustenta o autor, com apoio nos incisos V e IX do art. 485 do CPC, violação às disposições literais dos arts. 47 do Código de Processo Civil; 10, 11 e 12, parágrafo único, da Lei 8.429/1992 e 5º, LIV, da Constituição Federal. Afirma que o acórdão rescindendo

[...] fundou-se em erro de fato ao concluir pela ocorrência de superfaturamento, porquanto existentes nos autos documentos, não considerados na fundamentação, atestando que o preço contratado, além de ser compatível com o praticado junto a todos os outros Municípios da região, era o mesmo cobrado na gôndola dos supermercados e embutia os custos adicionais relativos à entrega e conservação em diversos pontos de distribuição nas zonas urbana e rural, consoante previsão contratual. (fl. 8)

Defende que há violação à literal disposição do art. 47, parágrafo único do CPC, ante a falta de citação de todos os litisconsortes passivos necessários. Entende que deveriam estar presentes na lide, também, como litisconsortes passivos necessários, isto é, os membros da Comissão Municipal de Licitação, as empresas contratadas e seus gestores, “tanto mais quando se afirma na r. sentença que uma delas teria concorrido para o pretense ilícito alterando seu objeto social ‘às vésperas da dispensa de licitação.’” (fl. 11)

Alega que não houve desvio de recursos públicos, não houve má-fé por parte do autor, foram aplicados artigos que não teriam incidência à hipótese ocorrida, haveria violação ao princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF) e à literal disposição do art. 10, VIII, do art. 11, caput e do art. 12 da Lei 8.429/1992.

Aduz, ainda, que houve erro de fato porque o acórdão valeu-se de premissa fática falsa, isto é, um superfaturamento de preço.

Houve pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal que foi indeferido às fls. 249–251.

A contestação do Ministério Público Federal foi juntada às fls. 261–280. Sustenta que o autor está empregando a presente ação como sucedâneo de recurso cabível. Depois, defende inexistir violação ao art. 47 do CPC porque este dispositivo não se aplica ao processo de improbidade administrativa. Afasta, igualmente, as alegações do autor quanto às violações de literais disposições da Lei 8.429/1992. Afirma:

E aqui já se torna patente que a revisão do julgado rescindendo dependeria da impossível superação de dois obstáculos iminentes à ação rescisória. De um lado, ter-se-ia de obter pronunciamento do Tribunal sobre fatos que considerou. De outro, haver-se-ia de considerar violação literal de lei aquilo que assim não se qualifica e que, no máximo, poderia consistir em equívoco na aplicação da lei, pela má seleção das premissas de fato. Daí a se imputar ao aresto do TRF a mácula de emprestar sentido completamente disparatado à norma indicada da LIA vai uma distância enorme. [...]

A contestação da União foi juntada às fls. 281–298. Aduz a União que o entendimento esposado nos acórdãos e na sentença proferidos está correto e requer sejam indeferidos os pedidos para:

- a) sejam acatadas as preliminares suscitadas, extinguindo o feito sem julgamento do mérito;
- b) eventualmente superadas as preliminares, no mérito julgue totalmente improcedente o feito, a fim de que não seja determinado novo julgamento,

mantendo-se a decisão que o autor pretende seja rescindida. (fl. 298)

O Município de Timon foi intimado e não contestou o pedido.

A União e o Ministério Público se manifestaram no sentido de não terem provas a produzir (fls. 361 e 365).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Procurador Regional da República Dr. Antônio Carlos Alpino Bigonha, opinou pelo não conhecimento ou, no mérito, pela improcedência da ação (fls. 385–388).

Foi aberto prazo para razões finais com nova abertura de prazo para o Ministério Público Federal (fl. 390).

O Ministério Público manifestou-se à fl. 397 e pediu a rejeição de todos os pedidos do autor e sua condenação aos ônus da sucumbência.

A União apresentou razões finais às fls. 399–401. Reiterou seus fundamentos de direito e pugnou pela improcedência dos pedidos.

O Município de Timon/MA não apresentou razões finais.

O Ministério Público Federal, atuando como fiscal da lei, ratificou o parecer de fls. 385–388, de novembro de 2011.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — O voto condutor do acórdão rescindendo, da lavra do Des. Federal l'talo Mendes, tem o seguinte teor:

Presentes, na espécie, os requisitos de admissibilidade, conheço do presente recurso.

Inicialmente, há que se analisar as preliminares argüidas pelo apelante.

No que se refere à alegação de cerceamento de defesa, tenho que a irrisignação do apelante não merece prosperar.

Com efeito, a não intimação do requerido, ora apelante, para se manifestar sobre o documento juntado pelo Ministério Público Federal (fls. 278/290 do proc. 1998.37.00.001453-4 apenso) não gera nulidade por ele pretendida, uma vez que se trata de procedimento desenvolvido no âmbito do Tribunal de Contas da União, no qual, inclusive, noticiou o ora apelante, segundo, data venia, pude depreender, (...)

que a decisão do Tribunal de Contas da União não transitou em julgado, tendo o apelando interposto recurso de reconsideração da mesma (...)' (fl. 2.071).

Além do mais, não se pode ignorar o apontado pelo d. Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 2.114/2.119, da lavra do em. Procurador Regional da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, na parte em que apontou, e que também adoto como razão de decidir, que:

'(...) O documento juntado aos autos pelo MPF refere-se à decisão final do processo de tomada de contas do requerido perante o Tribunal de Contas da União. Tal procedimento administrativo foi acompanhado pelo ora apelante em todas as suas fases, de modo, que este não apenas tinha conhecimento da decisão proferida pelo TCU, como interpôs recurso da referida decisão (fls. 2.076/2.093).

Ademais, não há que se cogitar que o apelante não teve oportunidade para se manifestar, uma vez que foi intimado, após a juntada do citado documento, para se manifestar sobre despacho diverso do juiz (fl. 2.000), vindo aos autos requerer produção de novas provas' (fl. 2.116).

Não há que se falar, portanto, em cerceamento do direito de defesa, pela circunstância acima indicada pelo ora apelante.

Também não se vislumbra, no caso em exame, venia concedida, cerceamento do direito de defesa do ora apelante, pela afirmada omissão do MM. Juízo Federal a quo, ao silenciar-se sobre pedido de diligência por ele formulado, à fl. 293 dos autos do Processo AC nº 1998.37.00002839-0/MA, pois, como asseverado pelo d. Ministério Público Federal, em seu parecer, (...) o despacho de saneamento do processo, com a respectiva intimação das partes, foi publicado em 30 de julho de 1999, tendo o requerido deixado transcorrer o prazo in albis, restando, portanto, preclusa a questão (fl. 1.172), eis que não comprovada pela parte a impossibilidade de requerimento anterior' (fl. 2.116).

Acrescente-se ainda que se apresenta, com a devida licença dos que entendem em contrário, como juridicamente discutível a necessidade processual de ser juntada aos autos cópia integral do processo n. 1367/96, em tramitação na Comarca de Timon/MA, para o fim de se verificar a possível ocorrência de litispendência, tendo em vista que para se analisar se há litispendência entre uma ação de improbidade administrativa e uma ação popular, em princípio, não haveria necessidade de qualquer análise probatória, tratando-se de questão meramente de direito, mormente quando se verificam os dispositivos constitucionais que embasam essas ações (art. 37, § 4º, e art. 5º, LXXIII, ambos da CF/88, respectivamente), que, evidentemente, apresentam distintas realidades jurídicas.

Além do mais, deve ser apontado que a não intimação das partes para apresentação das razões finais não traduz nulidade, considerando não se apresentar como obrigatória a realização desse ato processual, além da circunstância de não ter logrado

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mônica Sifuentes, Catão Alves e Olindo Menezes e a Exma. Sra. Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (convocada).

o apelante demonstrar eventual prejuízo com o não oferecimento das suas alegações finais, o que dá ensejo à incidência ao caso ora em exame do disposto no art. 249, § 1º, do Código de Processo Civil.

Nessa linha de entendimento – ausência de nulidade –, tem inteira pertinência o ponto de vista do d. Ministério Público Federal, quando, em seu parecer, argumentou que '(...) a não intimação para apresentação de alegações finais também não gera nulidade, haja vista a não obrigatoriedade destas em sede de ação civil, bem como a ausência de prejuízo para qualquer das partes' (fl. 2.116).

Quanto às alegações de litispendência e incompetência da Justiça Federal, vê-se, data venia, que essas questões restaram bem equacionadas e afastadas pelo MM. Juiz Federal a quo, quando, na sentença, asseverou:

'A ação tem por objeto a aplicação de sanções em razão da prática de atos de improbidade administrativa, na forma da Lei 8.429/92, tudo em decorrência da malversação do dinheiro público oriundo dos Convênios firmados entre a União Federal e o Município de Timon/MA. Não se trata, evidentemente, de aplicação da regra contida no artigo 2º da Lei 7.347/85. Com efeito, não se pode confundir o procedimento traçado na Lei 7.347/85, com aquele a que se refere a Lei 8.429/92, diante da diversidade de objetos específicos que a informam.

A bem da verdade, a competência da Justiça Federal, na espécie, é fixada em razão dos interesses jurídicos envolvidos, com repercussões na esfera jurídica da União Federal, donde advindos os recursos públicos malversados. Ademais, a atuação do Ministério Público Federal, na defesa da moralidade pública, é determinante da competência da Justiça Federal, como já se manifestou o Colendo STJ, verbis: Se o Ministério Público Federal é parte, a Justiça Federal é competente para conhecer do processo (in Conflito de Competência n. 4.927-0/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 4.10.1993, p. 20482).

De outro modo, não há que se falar em litispendência em relação as Ações Populares interpostas na Comarca de Timon/MA. Com efeito, para que se caracterize a figura da litispendência é indispensável a ocorrência da tríplice identidade de partes, pedido e causa de pedir (CPC, art. 301, §§ 1º e 3º). Não é o caso dos autos, como é de fácil percepção. Basta considerar as partes envolvidas e o objeto das ações para se afastar de plano a alegada litispendência' (fl. 2004).

Assim, na forma em que examinadas essas questões pela v. sentença apelada, não há que se cogitar, in casu, na ocorrência de litispendência e incompetência da Justiça Federal.

Acrescente-se, ainda, não se vislumbrar, data venia, litispendência entre a ação popular que deu origem ao processo AC nº 1998.37.00.001453-4/MA e a ação de responsabilidade por atos de improbidade que ensejou o processo AC nº 1998.37.00.002839-0/MA, tendo em vista a diferença entre as partes e os pedidos

de ambas as ações, o que afasta a possibilidade de incidência ao caso ora em exame do disposto no art. 301, §§ 1º a 3º, do Código de Processo Civil.

Afasto, pois, as preliminares argüidas pelo ora apelante.

No mérito, não merece provimento o recurso ora em análise, devendo, por conseguinte, ser mantida a v. sentença apelada.

Conforme já asseverado, cuida-se de apelação interposta por FRANCISCO RODRIGUES DE SOUSA contra a v. sentença que julgou parcialmente procedente o pedido ministerial para: 1) condenar-lhe ao ressarcimento integral do dano sofrido pelo erário em razão da execução irregular do Convênio n. 1289/94; 2) declarar a suspensão de seus direitos políticos, pelo prazo de 5 (cinco) anos; 3) proibir-lhe de contratar com o Poder Público; e 4) condenar-lhe no pagamento de multa civil, na quantia equivalente a uma vez o valor do dano.

Da análise dos autos, verifica-se, data venia de eventual entendimento em contrário, não merecer ser reformada a v. sentença a quo.

O réu, ora apelante, está sendo acusado pelo Ministério Público Federal, na presente ação de responsabilidade por atos de improbidade, na qualidade de ex-prefeito, por pretensas ilegalidades em relação ao Convênio nº 1.289/94, firmado entre a União/Ministério da Saúde/Fundo Nacional de Saúde/ Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição e a Prefeitura de Timon/MA.

Verifica-se, a respeito da conduta do apelante, que os arts. 10, VIII e 11, caput, da Lei nº 8.429/92 assim dispõem:

'Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei e notadamente:

(...)

VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.'

'Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições (...).'

Na verdade, versa o referido art. 11 sobre os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, assim entendidos qualquer ação ou omissão funcional de agente público que desrespeite os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade ou lealdade às instituições.

É, então de se entender, data venia, que a ausência, de per si, de um desses requisitos, independentemente de resultar enriquecimento ilícito (art. 9º) ou lesão ao Erário (art. 10º) é suficiente para tipificar a ilicitude da conduta, requerendo tão-somente para a sua configuração, o dolo do agente

público, ou seja, a consciência da antijuridicidade de seu comportamento.

In casu, a v. sentença apelada, acerca do tema em comento, dispôs que:

'Sobre o mérito da lide, verifico que a fundamentação do pedido é a de que o requerido, em conduta desonesta, distanciou-se da moralidade administrativa, causando prejuízo ao erário, atraindo, em decorrência, a incidência do disposto no artigo 10, VIII, c/c com artigo 12, II, da Lei n.º 8.429/92.

Revela o conjunto probatório que foram celebrados dois Convênios entre a União e o Município de Timon/MA, por conta dos quais foram repassados à municipalidade recursos do Tesouro Nacional na ordem de R\$ 293.054,77, através do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, para construção e reforma de unidades escolares nas zonas urbana e rural, e de R\$ 578.791,01, através da Fundação Nacional de Saúde, para implantação do Programa de Atendimento aos Desnutridos e às Gestantes de Risco Nutricional.

Na execução de tais convênios, durante a gestão do Sr. Francisco Rodrigues de Sousa, ex-prefeito de Timon/MA, foram constadas várias irregularidades, as quais inclusive deram ensejo a decisão plenária do TCU nos autos da Tomada de Contas Especial n. 012.582/96-4, concluindo pela responsabilidade do gestor público. A Ementa da decisão é a seguinte, verbis:

'Ementa: Tomada de Contas Especial originada de determinação constante da Decisão Plenária n. 587/97. Convênios. Citação solidária de todos os responsáveis. Audiência do ex-Prefeito. Inexistência de débito. Afastada a responsabilidade das empresas contratadas. Comprovada a prática de diversas irregularidades pelo ex-Prefeito. Contas regulares das empresas contratadas. Irregularidades das contas e aplicação de multa ao ex-Prefeito. Determinações.'

As irregularidades imputadas ao requerido podem assim ser resumidas: Em relação ao Convênio n. 1.289/94 da FNS - licitação dispensada indevidamente; favorecimento às empresas PLAC e Leite Mon; ausência de justificativa dos preços e dos fornecedores; e entrega do objeto contratado na forma do art. 24, VI - da Lei 8.666/93. Em relação ao Convênio n. 4.381/94 do FNDE - execução de serviços (obras de complementação) fora do prazo previsto no contrato.

De fato, o exame detido da prova documental carreada aos autos revela que o requerido infringiu, pelos em parte, preceitos da Lei 8.666/93, violando os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade.

Com efeito, no que diz com a licitação dispensada, verifico que ocorreu com base no art. 24, VI, da Lei n. 8.666/93, com vistas à aquisição de 722.500 litros de leite pasteurizado junto às empresa Piauí Laticínios S/ A - PLAC (180.625 litros) e Leonardo Rio Lima Silveira - Leite Mon (541.875 litros), assim como de 6.000 latas de óleo de soja junto à firma Fortaleza Atacado Ltda.

A tese da defesa é no sentido de que a licitação foi dispensada em razão da decretação de estado de calamidade pública no Município, em decorrência de chuvas torrenciais, de modo a justificar a contratação independentemente da realização de licitação, conforme permissivo legal.

Realmente a dispensa da licitação se deu quando em vigência estado de calamidade pública, decretado a nível Municipal, Estadual e Federal. Todavia, a ocorrência de tal fato não atrai a excepcionalidade prevista no art. 24, VI, da Lei n. 8.666/94, e isso porque a dispensa da licitação somente é autorizada 'para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa', em que não se incluía a aquisição de leite com recursos oriundos do Convênio. A valer, o Convênio foi celebrado em 24/11/94 e não tinha por finalidade, à evidência, o atendimento de situação emergencial somente surgida em maio de 1995.

Ainda que se considere a concomitância da dispensa da licitação com a situação calamitosa, de modo a se pensar que a aquisição do produtos destinava-se a suprir necessidades decorrentes da situação calamitosa, não havia justificativa, in casu, para a contratação com licitação dispensada. A bem da verdade, era de conhecimento do prefeito municipal que o leite não poderia ser entregue ainda na vigência do estado calamitoso, como de fato ocorreu, de modo que conhecido de antemão que não se destinaria a atender aos municípios atingidos pelas chuvas.

Assim, evidente que o requerido violou o disposto no art. 24, VI, da Lei n. 8.666/94, em detrimento do patrimônio público.

Não é só. Existem nos autos elementos de prova suficientes que demonstram o favorecimento das empresas PLAC e Leite Mon, com infringência do princípio da impessoalidade, informadora do atuar da Administração. Com efeito, evidenciam esse aspecto o fato da empresa Leite Mon, às vésperas da dispensa da licitação, ter alterado seu objeto social, de modo a poder ser contratada. Note-se que a dispensa da licitação ocorreu em 25/05/95, já fazendo menção ao nome daquela empresa, que havia alterado seu objeto social no dia 22/05/95.

Ademais, desgarrando-se da finalidade primordial da licitação, que é a escolha da proposta mais favorável para a administração, houve aceitação de propostas apresentadas em conjunto pela duas empresas referidas. De outro modo, não houve exigência de registro das firmas contratadas para fornecimento do leite nos órgãos de vigilância sanitária, o que acrescentado àquelas irregularidades evidencia ainda mais a preterição do princípio da impessoalidade.

Some-se a tudo isso a ausência de justificativa dos preços e fornecedores, conforme exigido pelo art. 26, parágrafo único, inciso I e II, da Lei 8.666/93, levando a contratação de preços incompatíveis com o praticado no mercado ou pelo menos que frustraram a escola do preço mais baixo.

No que diz com o Convênio n. 4.381/94, todavia, não restou evidenciada nos autos qualquer irregularidade que possa atrair a responsabilidade do requerido. As obras contratadas foram executadas, ainda que fora do prazo.

De tudo o que até então analisado, não se pode fugir à conclusão de que o requerido, em face do Convênio 1.289/94, agiu de forma ímproba, violando os princípios encartados no artigo 37, caput, da Constituição da República de 1988, especialmente os da moralidade e impessoalidade.

Com efeito, os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos, por expressa determinação legal (Lei n° 8.429/92, art. 4°) e constitucional (CF/88, art. 37, caput). Pretendeu o legislador constituinte, com isso, na abalizada lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, 'verbis':

'inibir que a Administração se conduza perante o administrado de modo caviloso, com astúcia ou malícia preordenadas a submergir-se direitos ou embaraça-lhes o exercício e, reversamente, impor-lhe um comportamento franco, sincero, leal.' (in *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 37)

De modo geral a moralidade administrativa, na sua dimensão jurídica, passou a constituir pressuposto de validade de toda atuação da Administração Pública. Deve o agente público, nessa qualidade, guiar-se sempre pela moral, agindo com honestidade, lealdade, distinguindo o justo do injusto, o conveniente do inconveniente, o oportuno do inoportuno, o legal do ilegal.

Segundo nos ensina Mariano Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, in *Improbidade Administrativa*: Atlas, p. 52.

'A imoralidade exsurge, pois, do próprio objeto do ato administrativo, quando este afronta a honestidade, a boa-fé, as normas de conduta aceitas como legítimas pelos administrados, a dignidade humana e a ética. Resulta de um confronto lógico entre os meios de que se vale o agente público e os fins colimados com o ato, adequação, compatibilidade, em uma palavra: proporcionalidade.'

A improbidade administrativa, assim, caracteriza-se pela ação deletéria do agente público, no uso da coisa pública. Ímprobo é o agente público que distanciando-se dos deveres de lealdade, honestidade e boa-fé, contraria a moralidade administrativa, enriquecendo ilícitamente, em detrimento da Administração.

A Carta Política de 1988, visando coibir esses comportamentos, estabeleceu sanções extremamente rigorosas, tais como suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do erário, sem prejuízo da ação penal cabível (Art. 37, § 4°).

Posteriormente, foi editada a Lei n° 8.429/92, que no art. 12 estabeleceu as penas a serem cominadas aos responsáveis pelos atos de improbidade administrativa. Na hipótese do art. 10 da referida Lei, de que se cuida na espécie, positivou que o responsável pelo ato de improbidade sujeita-se à seguinte cominação:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

(...)

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se ocorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

Na espécie, como já amplamente salientado, o requerido desviou-se da boa-fé e da honestidade, em detrimento do princípio da moralidade administrativa. Sua conduta vai de encontro ao dever de probidade que deve nutrir o agir de todo agente público, na administração da coisa pública.

Em verdade, o Administrador Público, segundo o princípio da moralidade administrativa, deve atuar na conformidade de princípios éticos (lealdade e boa-fé), sob pena de violar a ordem jurídica, transmutando sua conduta em ilicitude, que, via de consequência, enseja a aplicação da sanção legal. Agindo de forma diametralmente oposta à moralidade administrativa, medida jurídica da validade de todo atuar da administração, o requerido, distanciando-se do dever de lealdade e boa-fé, causou lesão ao erário, dando causa à perda de patrimônio, diante da utilização irregular dos recursos repassados à Municipalidade, por força de Convênio firmado com a União (Convênio n 1289/94), notadamente por ter dispensado indevidamente a licitação, favorecido empresas, dispensado justificativa dos preços e dos fornecedores, dentre outras irregularidades, obtendo com isso indevida vantagem, em detrimento do patrimônio público, incidindo, assim, na conduta descrita no art. 10, VIII, da Lei n° 8.429/92, que dispõe, 'ad litteram':

'Art. 10 - Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1° desta lei, e notadamente:

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.'

Remanesce, pois, a convicção de que a conduta do requerido, desviou-se da moralidade administrativa, atraindo a incidência da regra posta no artigo 10

c/c o art. 12, II, ambos da Lei nº 8.429/92, devendo o montante do prejuízo ser apurado em liquidação de sentença, por arbitramento' (fls. 2005/2009).

Não merece reforma, pois, a v. sentença apelada, devendo, inclusive, data venia, afastar-se eventuais questionamentos acerca de sua fundamentação e omissão no trato da matéria em exame.

Faz-se necessário ainda acrescentar, em relação ao Convênio nº 1.289/94, dever ser transcrito trecho do Relatório de Fiscalização elaborado pela Secretaria de Controle Interno do Ministério da Saúde, que bem elucida os fatos:

(...)

2 – O Processo Licitatório não poderia ter sido dispensado com base no art. 24, IV da lei 8.666/93, que prevê situações de emergência e calamidade pública, visto que o município não se encontrava nesta situação, no período da aquisição.

3 – O preço de aquisição do litro de leite à época (R\$ 0,80) era o mesmo pago pelo consumidor final (varejo) nos municípios de Teresina/PI e Timon/MA, caracterizando aquisição por preço acima do aceitável, principalmente, levando-se em consideração que a quantidade adquirida (605.581,5 litros) ensejaria ampla pesquisa de mercado com vistas a obtenção de proposta mais vantajosa para a administração (...)' (fls. 45 dos autos do proc. AC nº 1998.37.00.001453-4/MA, em apenso).

Da mesma forma, a Secretaria de Controle Externo do TCU, nos autos da TC nº 012.582/96-4, também identifica irregularidades, conforme se verifica às fls. 391/419, dos autos do processo AC nº 1998.37.00.002839-0/MA.

O TCU, por sua vez, quando da análise da prestação de contas do Convênio em questão, embora afirme a inexistência de débito, apontou diversas irregularidades praticadas na execução do mesmo, tais como, licitação dispensada indevidamente e não observância do princípio da impessoalidade, decidindo aquela Corte de Contas pela aplicação de multa ao ex-Prefeito. Veja-se a ementa do acórdão:

'Ementa: Tomada de Contas Especial originada de determinação constante da Decisão Plenária nº 587/97. Convênios. Citação solidária de todos os responsáveis. Audiência do ex-Prefeito. Inexistência de débito. Afastada a responsabilidade das empresas contratadas. Comprovada a prática de diversas irregularidades pelo ex-Prefeito. Contas regulares das empresas contratadas. Irregularidade das contas e aplicação de multa ao ex-Prefeito. Determinações' (fl. 282, dos autos do processo AC nº 1998.37.00.001453-4/MA).

Portanto, não há como prosperar, data venia, eventual alegação no sentido de que os órgãos técnicos identificaram mera irregularidade formal na execução do Convênio.

Cumpra observar que, mesmo que esses órgãos técnicos tenham decidido pela regularidade das contas relativas ao Convênio, tais decisões jamais

poderiam vincular o Judiciário, dada a independência das esferas judicial e administrativa e o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Nesse contexto, verifica-se, data venia, que inteira razão assiste ao Ministério Público Federal, quando afirmou, em suas contra-razões, que:

(...)

É verdade que o acórdão do Tribunal de Contas da União determina tão-somente a aplicação de multa ao ex-prefeito, contudo não é essa a única penalidade aplicável ao ex-prefeito. Equivoca-se o apelante quando acha que deva submeter-se apenas aos que determina o acórdão do TCU. Uma simples multa aplicada pelo Tribunal de Contas da União não redime o infrator da Lei de outras penalidades previstas. A Lei nº 8.429/92, em que se baseou a presente ação não faz ressalvas nesse sentido, pois o seu escopo, no caso específico dos autos, trata de aplicar as penalidades previstas no art. 12, incisos II e III dessa Lei, que, em momento algum, preceitua aos responsáveis por atos de improbidade administrativa, única e exclusivamente, sanções aplicadas pelo Tribunal de Contas da União' (fl. 2.106).

Não se pode, ainda, ignorar o apontado pelo d. Ministério Público Federal, à fl. 2.119, no sentido de que:

'Quando do julgamento da referida tomada de contas, o revisor, atentando para o conjunto probatório, assim se manifestou em seu voto:

'Assim, entendo que a participação dessas empresas no prejuízo imposto ao erário se deu no momento em que as mesmas ofertaram seus produtos com preços sabidamente acima do mercado (ofereceram preço de varejo para uma venda de 722.500 litros de leite, o que implicou num faturamento adicional de R\$ 57.800,00), com nítida intenção de obter vantagem para si, em detrimento dos cofres públicos. A simples oferta de preços abusivos já constitui, inclusive, crime tipificado no art. 96 da Lei nº 8.666/93...' (fl. 448)

Tal constatação pode ser facilmente comprovada da análise das diversas notas fiscais de distribuidores de leite, cujo valor de venda, praticados à mesma época dos fatos narrados no presente processo, variava entre R\$ 0,64 (sessenta e quatro centavos) e R\$ 0,72 (setenta e dois centavos) o litro, quando da venda de 400 (quatrocentos) litros (fls. 584/645)" (fl. 2.119).

Não merece provimento, pois, o recurso ora em exame.

Frise-se, data venia, que, no mesmo sentido, foi o posicionamento do d. Ministério Público Federal, neste grau de jurisdição, quando asseverou:

"No mérito, não há como prosperar o presente apelo. O argumento de que a dispensa de licitação não gerou prejuízos à União é falaciosa, e não resiste a uma análise mais apurada das provas trazidas aos autos.

Nesse ponto, importante ressaltar que a dispensa de licitação foi justificada com base em calamidade pública no Município de Timon, em decorrência

de chuvas torrenciais. Tal justificativa não merece acolhida, pois o já citado convênio tinha por objeto a distribuição de leite a crianças e grávidas desnutridas, não possuindo, portanto, nenhuma correlação com as chuvas posteriores. Ademais, em função da mesma calamidade a entrega do leite só pôde ser realizada quando findo o estado de calamidade.

Não bastasse a dispensa não ter sido devidamente amparada pelas normas legais, foi possível aferir superfaturamento quando da compra do leite, o qual foi vendido a preço de varejo, e não de atacado, o que seria imperioso em face do montante de produto adquirido, 605.000,00 (seiscentos e cinco mil) litros de leite, resultando em um acréscimo de, no mínimo, R\$ 0,08 (oito centavos) por litro, ou seja, em prejuízo total de R\$ 48.400,00 (quarenta e oito mil e quatrocentos reais).

As provas trazidas aos autos são suficientes para comprovar o superfaturamento. No mesmo sentido, opinou a Secretaria de Controle Interno no Ministério da Saúde, em Relatório de Fiscalização 12/97 (fl. 45):

‘O preço de aquisição do litro de leite à época (R\$ 0,80) era o mesmo pago pelo consumidor final (varejo) nos municípios de Teresina/PI e Timon/MA, caracterizando aquisição por preço acima do aceitável, principalmente levando-se em consideração que a quantidade adquirida (605.581,5 litros) ensejaria ampla pesquisa de mercado com vistas a obtenção de proposta mais vantajosa para a administração.’

A Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, quando do procedimento de tomada de contas especiais, TC 012.582/96-4, também, afirma a existência de superfaturamento, destacando-se as seguintes passagens:

‘... Nesse particular, consta justificativa às fls. 105 do Volume II (cópia do processo em tramitação na Justiça) em que o advogado da firma LEITE MON, argumenta que o preço cotada para o fornecimento (R\$ 0,80 p/ litro) estava compatível com os de mercado, haja vista ser esse o preço cobrado nas panificadoras, supermercados, etc (varejo) à época da contratação... (fl. 411)

‘...Tal aspecto já levantado a partir da denúncia objetivada nos autos, ganhou materialidade a partir da anexação de cópias das notas fiscais de venda de leite pasteurizado da firma PLAC (ver fls. 90 a 101 do Volume II). Por tais documentos constata-se que, até 05/05/95 (21 dias antes da contratação) o preço praticado para revenda junto a padarias e supermercados era de R\$ 0,64 (sessenta e quatro centavos) por litro, passando a partir de então para R\$ 0,72 (setenta e dois centavos), o que representou um aumento de 12,5% no preço do produto... (fl. 412).

Quando do julgamento da referida tomada de contas, o revisor, atentando para o conjunto probatório, assim se manifestou em seu voto:

‘Assim, entendo que a participação dessas empresas no prejuízo imposto ao erário se deu no momento em que as mesmas ofertaram seus produtos com preços sabidamente acima do

mercado (ofereceram preço de varejo para uma venda de 722.500 litros de leite, o que implicou num faturamento adicional de R\$ 57.800,00), com nítida intenção de obter vantagem para si, em detrimento dos cofres públicos. A simples oferta de preços abusivos já constitui, inclusive, crime tipificado no art. 96 da Lei nº 8.666/93...’ (fl. 448)

Tal constatação pode ser facilmente comprovada da análise das diversas notas fiscais de distribuidores de leite, cujo valor de venda, praticados à mesma época dos fatos narrados no presente processo, variava entre R\$ 0,64 (sessenta e quatro centavos) e R\$ 0,72 (setenta e dois centavos) o litro, quando da venda de 400 (quatrocentos) litros (fls. 584/645).

III.

Ante ao exposto, opina o Ministério Público Federal pelo conhecimento e não provimento do recurso” (fls. 2.117/2.119).

Não se vislumbra, portanto, fundamento jurídico apto a ensejar a reforma da v. sentença apelada.’

Diante do exposto, nego provimento à presente apelação.

Em face da continência, este voto também prevalece para a AC nº 1998.37.00.001453-4/MA, devendo a Secretaria promover o seu traslado para esses autos.

É o voto. (fls. 105/115).

Tenho que, no caso presente, o Ministério Público e a União têm razão. O ex-prefeito, autor da presente ação rescisória não se conformando com o resultado do julgamento da ação de improbidade, utiliza-se de meio impróprio, para que este Tribunal volte a enfrentar suas teses de defesa.

Logo, a pretexto da ocorrência de violação a literal disposição de lei e existência de erro de fato (incisos V e IX do art. 485 do CPC), o autor pretende, na verdade, a reapreciação das provas que serviram de base à sua condenação.

Com efeito, destaco que a ação rescisória é uma exceção do sistema processual. Pela sua natureza, não pode ser admitida como substituta de recurso. E veja-se que, na hipótese presente, o autor esgotou todos os recursos possíveis, tendo interposto, contra o acórdão deste Tribunal, depois da oposição de embargos de declaração, oportunamente rejeitados, recurso especial que, ao final, não foi conhecido pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por voto do relator – Min. Herman Benjamin (confira-se fls. 155–163).

O juízo rescindendo não possui o caráter de reexame ou revisão. A ação rescisória tem por finalidade a alteração de um estado jurídico firmado pela autoridade da coisa julgada, contudo, não se

presta a exercer funções típicas dos recursos. Por essa razão, quando se alega violação de literal disposição de lei, não se admite a alegação simplória de que o julgado situou a questão de maneira diversa de suas teses de defesa.

Nesse sentido é o entendimento firmado pelo e. Supremo Tribunal Federal:

ACÇÃO RESCISÓRIA. REEXAME DO ACÓRDÃO RESCINDENDO.

Não se presta a ação rescisória ao reexame puro e simples do que foi apreciado pela decisão rescindenda, como se se tratasse de uma nova instância.

Ação rescisória julgada improcedente.

(STF, Tribunal Pleno, AR 1121/SP, rel. Min. Rafael Mayer, DJ 06/04/1984, p. 5.099.)

Assim, não tem base legal a pretensa desconstituição do julgado rescindendo sob o fundamento de violação literal à disposição de lei.

Nesse sentido, não têm relevância as questões levantadas pelos autores sobre a violação ao art. 47 do Código de Processo Civil que assim estabelece:

Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Conforme se depreende da leitura do dispositivo acima, não há que se falar em litisconsórcio necessário em ações de improbidade. Isto porque o juiz não tem de decidir de modo uniforme para todas as partes.

À luz do entendimento firmado no STJ, não há falar em formação de litisconsórcio passivo necessário entre eventuais réus e as pessoas participantes ou beneficiárias das supostas fraudes e irregularidades, nas ações civis públicas movidas para o fim de apurar e punir atos de improbidade administrativa, pois

[...] não há, na Lei de Improbidade, previsão legal de formação de litisconsórcio entre o suposto autor do ato de improbidade e eventuais beneficiários, tampouco havendo relação jurídica entre as partes a obrigar o magistrado a decidir de modo uniforme a demanda, o que afasta a incidência do art. 47 do CPC (AgRg no REsp 759.646/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 30/03/2010).

Ademais, não há violação aos arts. 10, 11 e 12, parágrafo único, da Lei 8.429/1992. As provas juntadas na ação de improbidade demonstraram a prática de ato ímprobo e a sentença, confirmada pelo acórdão

rescindendo, fez incidir corretamente a LIA sobre os fatos ocorridos – malversação do dinheiro público oriundos dos Convênios firmados entre a União e o Município de Timon/MA. As razões de decidir em que se apoiou o Tribunal dão notícia do elemento subjetivo do réu na prática dos atos considerados ímprobos e a revisão desse entendimento implica, necessariamente, em incursão no campo probatório.

Inexiste, por fim, afronta ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal. O devido processo legal foi respeitado.

Na gestão do autor como prefeito, foram constatadas irregularidades tais como: dispensa indevida de licitação, favorecimento de empresas, ausência de justificativa dos preços e dos fornecedores e superfaturamento. A presença de má-fé é evidenciada pela falta de provas que justificassem o descumprimento da Lei 8.666/1994 e, também, dos princípios da Administração.

As sanções (ressarcimento integral do dano sofrido pelo Erário, suspensão dos direitos políticos por 5 (cinco) anos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivo fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pela prazo de 5 (cinco) anos, e pagamento de multa civil equivalente a uma vez o valor do dano), conseqüentemente, foram aplicadas de forma proporcional à gravidade dos atos praticados pelo ex-gestor.

Quanto à alegação de erro de fato, melhor sorte não socorre o autor.

Para que se possa rescindir sentença por erro de fato é imprescindível que sobre ele não tenha havido controvérsia entre as partes, ou que, sobre ele não tenha ocorrido pronunciamento judicial.

No voto-condutor do acórdão rescindendo, o relator, ao adotar o parecer do Ministério Público como parte de suas razões de decidir, asseverou:

Não bastasse a dispensa não ter sido devidamente amparada pelas normas legais, foi possível aferir superfaturamento quando da compra do leite, o qual foi vendido a preço de varejo, e não de atacado, o que seria imperioso em face do montante de produto adquirido 605.000,00 (seiscentos e cinco mil) litros de leite, resultando em um acréscimo de, no mínimo, R\$ 0,08 (oito centavos) por litro, ou seja, um prejuízo total de R\$ 48.400,00 (quarenta e oito mil e quatrocentos reais).

As provas trazidas aos autos são suficientes para comprovar o superfaturamento. No mesmo sentido, opinou a Secretaria de Controle Interno no

Ministério da Saúde, em Relatório de Fiscalização 12/97[...] (fl. 204).

Resta evidente, assim, que houve enfrentamento da questão relativa ao superfaturamento. Como sobre esse tema houve controvérsia e o devido pronunciamento judicial, não se sustenta a alegação de erro de fato.

Diante do exposto, julgo improcedente a ação rescisória e condeno o autor ao pagamento de honorários de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

É o voto.

Terceira Seção

Numeração única: 0075362-28.2009.4.01.0000

Medida Cautelar Inominada 2009.01.00.077931-9/MT

Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado)
Requerentes: Alexandre Nunes de Faria e outros
Advogados: Dr. Luiz Carlos da Silva Lima e outros
Requerida: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Requerida: Fundação Nacional do Índio – Funai
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Requerido: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação: e-DJF1 de 29/04/2013, p. 8

Ementa

Processual Civil. Terras indígenas. Reserva Urubu Branco. Ação anulatória dos respectivos procedimentos de demarcação cumulada com pedido indenizatório. Ajuizamento de ação cautelar incidental na pendência do julgamento de embargos infringentes. Manutenção na posse da área demarcada. Competência do Tribunal Regional Federal 1ª Região. Ausência de fumus boni juris. Improcedência. Revogação da liminar.

I. Nos termos do art. 800, *caput*, do CPC, a competência para processar e julgar a ação cautelar incidental é do juízo competente para conhecer da ação principal. No caso concreto, encontrando-se o feito em grau de recurso, é competente o respectivo Tribunal (CPC, art. 800, parágrafo único), definindo-se a competência no momento do ajuizamento da demanda. Rejeição das preliminares de incompetência.

II. Versando a pretensão cautelar em torno da manutenção dos autores na posse de área demarcada como reserva indígena (Urubu Branco) até o julgamento definitivo do feito principal, onde se busca a anulação parcial do respectivo ato demarcatório, ou, alternativamente, o pagamento de indenização pelas benfeitorias realizadas, e remanescendo a discussão, em sede de embargos infringentes, tão somente, em relação ao pleito alternativo, resta ausente o pressuposto do *fumus boni juris* indispensável à concessão da medida cautelar, eis que, inexistente o direito de posse de terras públicas, afigura-se incabível eventual retenção em virtude de benfeitorias nelas realizadas, a autorizar a permanência pretendida, mormente em face da existência de título judicial, constituído no bojo de outra demanda, ordenando-se a desocupação da aludida área, por posseiros não índios, dentre os quais, os suplicantes.

III. Improcedência da ação cautelar. Revogação da medida liminar. Prejudicialidade dos agravos regimentais interpostos.

IV. Sem custas nem honorários advocatícios, em face dos benefícios da justiça gratuita, conferido aos suplicantes.

Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, julgar improcedente a ação cautelar, revogar a medida liminar e declarar prejudicados os agravos regimentais interpostos.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 23/04/2013.

Juiz Federal *Carlos Eduardo Castro Martins*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins: — Trata-se de ação cautelar incidental, ajuizada por Alexandre Nunes de Faria e outros contra a União Federal, a Fundação Nacional do Índio – Funai e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, em que se busca a concessão de tutela cautelar, no sentido de que o referido órgão ambiental *a)* suspenda imediatamente a ordem de embargo das atividades agropecuárias dos suplicantes já notificados e se abstenha de assim proceder em relação aos demais autores ainda não notificados; e *b)* se abstenha de promover qualquer ato no sentido de retirar reses, equipamentos ou quaisquer outros produtos de dentro das áreas dos suplicantes, determinando-se, ainda, a todos os promovidos (Ibama, União Federal e Funai) que se abstenham de tentar retirar os suplicantes de suas áreas ou mesmo molestá-los em suas posses, enquanto não julgada em definitivo a Ação Anulatória Parcial de Atos Administrativos 2004.36.00.005968-0 (processo principal), na qual ainda será realizada perícia judicial para apuração do *quantum* indenizatório, prova esta já pleiteada pela União Federal.

Em suas razões iniciais, noticiam os requerentes que o Ministério Público Federal ajuizou a Ação Civil Pública 2003.36.00.013012-1, objetivando a retirada dos ocupantes não índios (dentre os quais os ora suplicantes) da área demarcada como Reserva Indígena Urubu Branco. Na referida ação, foi deferida liminar determinando a imediata desocupação de todo o perímetro demarcado, decisão que foi objeto do Agravo de Instrumento 2004.01.00.034332-4/MT, no qual foi proferida decisão

[...] no sentido de manter os autores agravantes na ocupação de suas posses, com todos os bens e benfeitorias nelas contidos, sem que sejam molestados, por quem quer que seja.

Nesse ínterim, os autores ajuizaram a Ação Ordinária 2004.36.00.005968-0, distribuída por dependência àquela ação civil pública, visando à anulação parcial do procedimento administrativo de demarcação da área indígena Urubu Branco, ou,

alternativamente, indenização por justo valor, em cujos autos sobreveio a prolação de sentença, em que se pronunciou a prescrição do direito postulado.

Em sede de recurso de apelação, a colenda Sexta Turma deste egrégio Tribunal manteve, em parte, a sentença recorrida, no ponto em que reconheceu a prescrição relativa à pretendida anulação parcial do referido ato administrativo demarcatório, e, por maioria, deu parcial provimento ao recurso dos autores, afastando a declaração da prescrição relativa ao pedido de indenização das benfeitorias realizadas de boa-fé, sobrevindo, contudo, a oposição de embargos infringentes, pela União Federal, ainda pendentes de julgamento.

Por sua vez, nos autos da mencionada ação civil pública, houve a prolação de sentença, julgando procedente o pedido formulado pelo Ministério Público Federal, determinando-se que os promovidos e todos os terceiros não índios desocupem, no prazo de 20 dias, a terra indígena Urubu Branco, e se abstenham de promover quaisquer atos que restrinjam a posse direta dos integrantes da Comunidade Indígena Tapirapé, destinando em favor da aludida comunidade a posse e ocupação das casas construídas pelos ocupantes da área.

Em face desse quadro, o Ibama autuou os ora requerentes em mais de dois milhões de reais, por dificultarem a regeneração de floresta no interior da terra indígena Urubu Branco; notificou-os a promover a retirada de todo o gado das áreas por eles ocupadas; e embargou-lhes as atividades agropecuárias, razão por que veicularam a presente ação cautelar, com a finalidade de assegurar-se o resultado útil da ação anulatória, ainda em grau de recurso, destacando que, na hipótese em comento, a atuação do Ibama partiria do pressuposto equivocado de que a área por eles ocupada é reserva indígena, mesmo havendo recurso pendente de julgamento capaz de alterar a sua destinação da área, do que resultaria danos irreparáveis, decorrentes do embargo às suas atividades, da incerteza quanto à destinação de seus bens, da destruição de benfeitorias com mudança da situação fática da área, a inviabilizar

futura indenização pelas aludidas benfeitorias de boa-fé.

Atribuíram à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Deferido o pedido de antecipação da tutela formulado na inicial, pela eminente Desembargadora Federal e hoje Ministra Maria Isabel Gallotti (fls. 278–281), sobreveio a interposição dos agravos regimentais de fls. 296–311, 365–390 e 565–574.

Regularmente citados, os promovidos apresentaram as contestações de fls. 483–508, 515–526, 658–671, seguidas de documentos.

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, suscita a preliminar de incompetência deste egrégio Tribunal, para apreciar a presente ação cautelar, eis que a pretensão aqui deduzida é no sentido de sobrestar-se a eficácia de atos administrativos não impugnados no feito principal a que se encontra vinculada esta ação incidental, nem examinados pelo juízo monocrático, destacando-se, inclusive, que os autores veicularam idêntica demanda cautelar, perante aquele juízo, em que restou indeferido o pleito ali formulado. Suscita, ainda, a preliminar de ausência de documentos essenciais ao ajuizamento da demanda, eis que se limitaram a carrear para os autos cópia de apenas um auto de infração, asseverando, ainda, que a atuação levada a efeito a alguns dos suplicantes não guarda relação com a ocupação de terras indígenas, mas sim, pela prática de ilícitos ambientais. No mais, sustenta que a pretensão cautelar veiculada nestes autos não se sustenta, tendo em vista que, além da área em discussão encontrar-se encravada em área de preservação permanente e de especial proteção, a regularidade da sua demarcação como terras indígenas já foi reconhecida no bojo das Ações Cíveis Públicas 2003.36.00.010416-0, por sentença já transitada em julgado, e 2003.36.000.013012-1, atualmente em grau de recurso neste egrégio Tribunal, fazendo consignar, ainda, que as decisões proferidas por este egrégio Tribunal, em sede de agravos de instrumento, assegurando aos suplicantes a manutenção na posse da referida área, já tiveram declarada a sua prejudicialidade, ante a prolação de sentença no feito de onde se originaram.

Por sua vez, sustenta a Fundação Nacional do Índio – Funai, em resumo, que não estariam presentes, na espécie, os pressupostos legais necessários para a concessão da medida postulada, asseverando, inclusive, que a discussão remanescente travada nos autos principais (diferença do valor da indenização das benfeitorias já pagas pela Funai), não autoriza a permanência dos autores nas mencionadas terras

índigenas, destacando-se, ainda, que vários dos suplicantes sequer permaneceriam ocupando a área descrita na inicial, sendo de se consignar que não mais subsiste a eficácia da decisão proferida por este egrégio Tribunal, em sede de agravo de instrumento, diante da sua prejudicialidade.

Nessa mesma linha de argumentação, posicionou-se a União Federal, pugnando pela improcedência da demanda.

Em sede de conflito negativo de competência, a colenda Corte Especial deste egrégio Tribunal declarou competente, para processar e julgar esta demanda, a Terceira Seção, sob a relatoria do eminente Des. Federal Fagundes Deus (fls. 849–856), tendo o feito sido posteriormente redistribuído, por sucessão, ao não menos eminente Des. Federal Souza Prudente (fl. 862v), a quem tenho a honra de substituir.

Cumprindo determinação da relatoria, a coordenadoria procedeu ao traslado dos julgados proferidos nos autos principais (fls. 865–872 e 883–904).

A douta Procuradoria Regional da República manifestou-se às fls. 918–928, suscitando a preliminar de incompetência do Tribunal, para processar e julgar a demanda, ao argumento de que, ante o esgotamento da sua prestação jurisdicional, no feito principal, a competência haveria de ser deslocada para o colendo Superior Tribunal de Justiça, em virtude da interposição de recurso especial. No mais, postula a improcedência da demanda, sob o fundamento de que, na espécie, em se tratando de terras públicas, não seria cabível a posse, mas mera detenção, afastando-se, por conseguinte, a possibilidade de retenção pelas benfeitorias realizadas, suporte utilizado pelos suplicantes, em sua peça de ingresso.

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins: — Examino, inicialmente, as preliminares de incompetência deste egrégio Tribunal, para processar e julgar o presente, suscitadas pelo Ibama e pela douta Procuradoria Regional da República.

Conforme já narrado, a pretensão recursal deduzida pelo Ibama, no particular, é de que o pedido aqui deduzido é no sentido de sobrestar-se a eficácia de atos administrativos não impugnados no

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves, José Amílcar Machado e João Batista Moreira.

feito principal a que se encontra vinculada esta ação cautelar, nem examinados pelo juízo monocrático, destacando-se, inclusive, que os autores veicularam idêntica demanda cautelar, perante aquele juízo, em que restou indeferido o pleito ali formulado, do que resultaria a incompetência desta Corte, à míngua de qualquer caráter de acessoriedade entre este feito e a discussão travada na ação principal.

Por sua vez, sustenta a douta Procuradoria Regional da República, que, em face do esgotamento da prestação jurisdicional, no feito principal, a competência haveria de ser deslocada para o colendo Superior Tribunal de Justiça, em virtude da superveniente interposição de recurso especial.

Não obstante tais fundamentos, não merecem prosperar as preliminares em referência.

Com efeito, da simples leitura da petição inicial, a pretensão cautelar veiculada nestes autos é no sentido de garantir-se aos autores da demanda a sua permanência na posse da área descrita nos autos, até o julgamento final do feito principal, onde se busca a anulação parcial dos atos administrativos de demarcação da referida área, ou, alternativamente, o pagamento de justa indenização, em virtude das benfeitorias ali realizadas, a demonstrar que, efetivamente, a pretensão deduzida encontra-se intrincada com a demanda ali instaurada. A definição acerca da procedência, ou não, desse pleito é questão de fundo, a ser examinada pelo Tribunal, que decidirá sobre a eventual presença dos pressupostos legais necessários à sua concessão, em sede de ação cautelar.

De outra banda, acerca da competência para processar as medidas cautelares, assim dispõem o art. 800 e respectivo parágrafo único do CPC:

Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal.

Por sua vez, estabelece o Regimento Interno deste egrégio Tribunal, *in verbis*:

Art. 16. Ao Plenário, à Corte Especial, às Seções e às Turmas, nos processos da respectiva competência, incumbe, ainda:

l – julgar:

(...)

c) as arguições de falsidade, medidas cautelares e outras nos feitos pendentes de sua decisão;

(...)

Art. 29. Ao relator incumbe:

(...)

V – submeter à Corte Especial, à seção ou à turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa; – sem grifos no original.

No caso concreto, conforme já dito, por ocasião do ajuizamento da presente ação cautelar, os embargos infringentes interpostos nos autos principais encontravam-se pendente de julgamento, perante a colenda Terceira Seção deste egrégio Tribunal, a caracterizar, na espécie, a sua competência *interna corporis*, para processar e julgar esta demanda, conforme, inclusive, decidiu a douta Corte Especial, por ocasião do julgamento do conflito de competência suscitado nestes autos (fls. 849–856).

Registre-se, por oportuno, que o superveniente julgamento dos embargos infringentes e a interposição de recurso especial, por si só, não têm o condão de autorizar o deslocamento dessa competência para o colendo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que esta se define no momento do ajuizamento da demanda.

Sobre o tema, confira-se o seguinte precedente jurisprudencial:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL DISTRIBUÍDA POR PREVENÇÃO AO JUÍZO ONDE TRAMITAVA O FEITO PRINCIPAL. SENTENÇA QUE INDEFERE A INICIAL DO PROCESSO PRINCIPAL PROFERIDA APÓS A DISTRIBUIÇÃO DA CAUTELAR INOMINADA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO AO QUAL FOI DISTRIBUÍDA A AÇÃO ORDINÁRIA, NOS TERMOS DO ART. 800 DO CPC. 1. Não perde o caráter incidental a medida cautelar ajuizada dias antes da prolação de sentença que indefere a inicial do processo principal, quando ainda tem a parte autora a faculdade de interpor recurso, como o fez. Não pode, assim, o Juiz da causa alegar incompetência para o julgamento da cautelar, vez que, no momento do seu ajuizamento, foi ela endereçada e distribuída, corretamente, ao juiz competente para julgar a ação principal, nos termos do art. 800 do CPC. 2. Mesmo se a cautelar incidental tivesse sido manejada no curto período entre a publicação da sentença no processo principal e a sua impugnação por meio de recurso dirigido ao tribunal, seria competente para o julgamento da cautelar o Juízo de primeiro grau que atuou no feito principal, eis que, nos termos do parágrafo único do art. 800 do CPC, a medida cautelar somente será requerida diretamente ao tribunal, após a interposição do recurso. 3. Conflito conhecido e julgado procedente, para declarar competente o Juízo Suscitado, da 20ª

Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais.

(CC 0011905-32.2003.4.01.0000 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO EZEQUIEL DA SILVA, TERCEIRA SEÇÃO, DJ p.05 de 15/10/2003)

Rejeito, assim, as preliminares em referência.

No mais, antes de examinar as demais questões veiculadas na presente demanda, impõe-se o registro da situação fático-processual das demandas referidas nestes autos, envolvendo a discussão acerca da demarcação reserva indígena denominada *Urubu Branco*, no Estado de Mato Grosso, tendo em vista que a pretensão cautelar deduzida pelos suplicantes consiste, justamente, na sua manutenção na posse de imóveis rurais situados na referida área.

Consta dos autos que o douto Ministério Público Federal ajuizou a Ação Civil Pública 2003.36.00.013012-1, objetivando a retirada dos ocupantes não índios (dentre os quais os ora suplicantes) da referida área, sobrevivendo o deferimento de medida liminar,

[...] para determinar aos Réus e quaisquer outros terceiros ocupantes da área que se retirem da Terra Indígena Urubu Branco, e que se abstenham de promover ocupações, reocupações, invasões, permanência, circulação, edificações de quaisquer espécies, assentamentos, alienações, permutas, transferências de posse envolvendo particulares ou qualquer outros atos restritivos de posse direta e usufruto exclusivo pelos integrantes da Comunidade Indígena Tapirapé, sob pena de execução compulsória, com força policial, tantas vezes quantas venham a ocorrer descumprimento da ordem judicial, e, finalmente, destinar, em favor da Comunidade Indígena em referência, a posse e ocupação das casas construídas pelos ocupantes da área, oficiando-se à Polícia Federal para dar suporte no cumprimento da decisão, [sob pena de] multa diária de R\$ 100,00 (cem reais) por dia para cada um dos requeridos ou terceiros de má-fé ocupantes da terra Indígena Urubu Branco, na hipótese de descumprimento da decisão liminar ou na imposição de resistência ao cumprimento da decisão.

Em sede de agravo de instrumento (AI 2004.01.00.034332-4/MT e AI 2003.01.00.030019-1/MT), interpostos contra a decisão em referência, este egrégio Tribunal, concedeu, em parte, o pedido de antecipação da tutela ali formulado, tão somente, para sobrestar a eficácia da decisão agravada, no ponto em que autorizou a posse e a ocupação, pela mencionada comunidade indígena, das casas construídas pelos ocupantes da área em questão.

Noticiou-se, ainda, a existência da Ação Civil Pública 2003.36.00.010416-0/MT, em cujos autos foi proferida sentença, *já transitada em julgado*, acolhendo-se, parcialmente, os pedidos ali formulados, para

[...] determinar aos Réus e a todos terceiros não índios, que se retirem da Terra Indígena Urubu Branco e que se abstenham de promover ocupações, reocupações, invasões, permanência, circulação, edificações de qualquer espécie, assentamentos, alienações, permutas, transferência de posse envolvendo particulares ou de praticarem quaisquer outros atos restritivos de posse direta e usufruto exclusivo dos integrantes da Comunidade Indígena Tapirapé, destinando em favor da aludida comunidade a posse e ocupação das casas construídas pelos ocupantes da área.

Buscando rescindir o julgado proferido no bojo dessa ação civil pública, foi ajuizada a Ação Rescisória 2009.01.00.049342-9/MT (ainda em fase de instrução), em cujos autos foi deferido o pedido de antecipação da tutela ali formulado, para determinar a suspensão do cumprimento da sentença rescindida, sobrevivendo, contudo, decisão proferida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, *datada de 9 de setembro de 2009*, nos autos da SLS 1.112/MT, com estas letras:

Cuida-se de pedido de suspensão da decisão proferida pelo relator da Ação Rescisória n. 2009.01.00.049342-9/MT, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região. O Desembargador Federal antecipou os efeitos da tutela requerida, determinando que fosse suspenso o cumprimento da sentença rescindenda proferida pelo Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso. Considerou, para tanto, “a relevância jurídica da fundamentação deduzida na petição inicial, uma vez que os réus Alaor Florêncio da Silva e Valdir Pinto Geraldo não foram regularmente citados”, pelo que “plausível a alegação autoral de violação ao art. 214 do Código de Processo” (fl. 237).

A sentença rescindenda, tomada nos autos de ação civil pública, determinou “aos Réus e a todos os terceiros não índios, que se retirassem da Terra Indígena Urubu Branco e que se abstivessem de promover ocupações, reocupações, invasões, permanência, circulação, edificações de qualquer espécie, assentamentos, alienações, permutas, transferência de posse envolvendo particulares ou de praticarem quaisquer outros atos restritivos de posse direta e usufruto exclusivo dos integrantes da Comunidade Indígena Tapirapé, destinando em favor da aludida comunidade a posse e ocupação das casas construídas pelos ocupantes da área” (fl. 236).

A Fundação Nacional do Índio – Funai, ora requerente, alega a impossibilidade de se “levar a efeito a legítima extrusão, porque, ao garantir a permanência dos não-índios em suas casas, a decisão

acaba garantindo também o trânsito de não-índios no interior da Terra Indígena” (fl. 3).

Sustenta que a tese de falta de citação dos réus não procede, pois estes “foram procurados em tempos distintos por mais de um oficial de justiça e que os mesmos não foram localizados, consoante se depreende da certidão de fls. 715 do processo original” (fl. 5).

Assevera que “pesa contra os autores o fato de terem recebido a indenização correspondente às benfeitorias” e de terem “sido assinados termos de compromisso de desocupação da área (fl. 6). Aduz que a Administração Pública cumpriu com o seu dever de indenizar e que, “assinados os respectivos termos de desocupação, compete à Administração, no exercício de seu regular exercício do Poder de Polícia a extrusão administrativa dos ocupantes, tendo em vista que os mesmos ocupam o território de forma irregular, cumprindo ao Estado a execução dos atos pertinentes a tal fim. Dessa forma, prescindindo a Administração do socorro judicial para a execução de seus próprios atos administrativos (atributo da auto-executoriedade), a presente antecipação de tutela se revela manifestamente descabida, pois confere o direito à permanência em virtude de suposta irregularidade processual, sem qualquer relação com o mérito da causa” (fl. 6).

A Funai alega, outrossim, que a extrusão não podese robustada, uma vez que mesmo que comprovado vício na citação, subsiste medida liminar deferida antes do ato citatório. Esclarece, no ponto, que “a ação civil pública ajuizada tratava-se de litisconsórcio passivo facultativo multitudinário, ou seja, poderiam ter sido ajuizadas ações tantas quantos fossem os réus. No entanto, por óbvio, tal medida seria contraproducente ante o interesse coletivo e a necessidade de celeridade que envolvia o feito. Com isso, quer-se dizer que os limites da coisa julgada são bem definidos para cada sujeito da ação, não se podendo falar em rescisão da sentença proferida, se não em relação tão somente aos autores da rescisória. No entanto, de forma esdrúxula e lacônica, fora proferida a decisão antecipatória de tutela sem que se determinasse seu real alcance, limitando-se a asseverar: ‘defiro o pedido de antecipação de tutela para determinar a suspensão do cumprimento da sentença rescindenda’” (fls. 1620-1622). Conclui, no ponto, que, “da forma com que foi proferida, a decisão abala a segurança jurídica” (fls. 6-7).

Argumenta, ainda, que “a ordem pública está sendo claramente vilipendiada pelos ocupantes não-índios, tendo em vista a interposição de obstáculos ao cumprimento do comando judicial, bem como a clara violação ao Direito Ambiental” (fl. 8). Afirma haver no local grave degradação do meio ambiente – desmatamento acelerado, caça a animais selvagens, pesca predatória, queimadas, etc. – e risco de outras invasões e de confronto, estando a Administração Pública impedida de exercer o seu papel devido à decisão proferida na ação rescisória.

Tece considerações sobre a complexidade, a importância e o alto custo da operação de extrusão na área, que tem a participação do Exército, da Polícia Federal, da Polícia Rodoviária Federal, do Ibama e da Funai.

Aduz que, “sopesando de um lado a necessidade de imposição da ordem, a ameaça à saúde, à segurança e à economia, e de outro os interesses individuais meramente patrimoniais, impõe-se o respeito aos primeiros elementos, porque resguardam o próprio Estado Democrático de Direito naqueles fins que a Constituição expressamente definiu como o mínimo existencial a garantir a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica.

Requer, ao final, “a imediata suspensão da antecipação de tutela concedida no bojo da ação rescisória nº 2009.01.00.049342-9/MT, em trâmite perante o Egrégio Tribunal Regional da 1ª Região, a teor do disposto no artigo 4º da Lei nº 8.347/92, permitindo-se, com isso, a continuidade da operação de desintrusão dos ocupantes não-índios da Terra Indígena, nos termos da sentença transitada em julgado nos autos da Ação Civil Pública nº 2003.36.00.010416-0” (fl. 13).

Passo a decidir.

Entendo suficientemente demonstrados os riscos à ordem e à segurança públicas.

Com efeito, a inicial e os documentos juntados revelam que a decisão que se pretende suspender tem grande potencial lesivo aos bens tutelados pela Lei n. 8.437/1992. Primeiro, porque o decisório susta, em juízo preliminar e singular, os efeitos da coisa julgada, por cogitar de suposto vício na citação de 5 dos 61 réus da ação civil pública proposta pelo Ministério Público, Funai e União. Em segundo lugar, porque a interrupção do processo de desocupação da área abala a credibilidade dos órgãos governamentais responsáveis pela organização e fiscalização da região, aumentando a possibilidade dos conflitos sociais já existentes na localidade, inclusive, com incentivo a novas ocupações. Em terceiro, porque privilegia o interesse privado sobre o interesse público, colocando em risco o meio ambiente.

Há que se observar, ainda, que os autores da ação rescisória, conforme se verifica nos documentos juntados, receberam indenização pelas benfeitorias, o que indica estarem cientes da ocupação indevida da área e da premência da desocupação.

Ressalto, por fim, que a operação de extrusão, conforme comprovado nos autos, é onerosa e agrega atos de vários órgãos governamentais e que a sua interrupção representa grave afronta à ordem administrativa e à economia pública.

Diante disso, defiro o pedido de suspensão para sustar os efeitos da decisão proferida na Ação Rescisória n. 2009.01.00.049342-9/MT.

Comunique-se, com urgência, ao Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e à Fundação Nacional do Índio” (fls. 468/469vº).

A decisão em referência foi impugnada por meio de agravo regimental, que não foi conhecido, por extemporâneo, nestes termos:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. INTEMPESTIVIDADE. – O prazo para agravar da decisão que defere ou indefere o pedido de suspensão de liminar, nos termos do art. 4º, § 3º, da Lei n. 8.437/1992, é de cinco dias. Agravo regimental não conhecido.

No que se refere ao feito principal (Ação Ordinária 2004.36.00.005968-0), em que se busca a anulação parcial do procedimento administrativo de demarcação da reserva indígena Urubu Branco, ou, alternativamente, o pagamento de indenização por justo valor, o juízo monocrático pronunciou a prescrição do direito postulado. Em sede de apelação, a colenda Sexta Turma deste egrégio Tribunal manteve, em parte, a sentença recorrida, no ponto em que reconheceu a prescrição relativa à pretendida anulação parcial do referido ato administrativo demarcatório, e, por maioria, deu parcial provimento ao recurso dos autores, afastando a declaração da prescrição relativa ao pedido de indenização das benfeitorias realizadas de boa-fé. O julgado em referência restou confirmado pela colenda Terceira Seção deste egrégio Tribunal, por ocasião dos embargos infringentes opostos pela União Federal, encontrando-se os autos, atualmente, na pendência do recurso especial interposto pela Fundação Nacional do Índio – Funai.

Assim posta a questão, verifica-se que, na espécie, não subsistem os pressupostos necessários para a concessão da medida cautelar postulada nestes autos.

Com efeito, conforme já visto, a discussão remanescente travada nos autos principais restringe-se, apenas, à ocorrência, ou não, da prescrição relativamente ao pedido alternativo formulado pelos autores, alusivo ao pagamento de indenização decorrente das benfeitorias realizadas na área em referência, tendo em vista que, no tocante ao pedido de anulação parcial dos atos demarcatórios da reserva indígena Urubu Branco, declarou-se prescrito o direito postulado, tendo este egrégio Tribunal mantido a sentença monocrática, no particular, tanto em sede de apelação como no bojo dos embargos infringentes já referidos.

Em sendo assim, conforme bem acentuou a douta Procuradoria Regional da República, em se tratando de terras públicas, como no caso, afasta-se a única justificativa para se manter os autores na área em referência, qual seja, o suposto direito de retenção,

tendo em vista que este decorre de posse, instituto esse inexistente quanto se trata de terras públicas, na linha, inclusive, do precedente jurisprudencial arrolado no seu douto pronunciamento, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. OCUPAÇÃO DE TERRA PÚBLICA. BENFEITORIAS REALIZADAS. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OCUPAÇÃO REGULAR. REVISÃO. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de não ser possível o reconhecimento de posse sobre terra pública, cuja ocupação configura mera detenção.

2. A impossibilidade de se reconhecer a posse de imóvel público afasta o direito de retenção pelas benfeitorias realizadas.

Precedentes.

3. Ademais, o Tribunal de origem, com base nos elementos de prova, concluiu pela irregularidade na ocupação das terras públicas e ausência de boa-fé do ocupante. Não há como alterar esse entendimento é inviável na via especial, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AgRg no AREsp 66538/PA, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013).

No particular, confirmam-se os lúcidos fundamentos do parecer ministerial, *verbis*:

[...]

Inexiste, portanto, o *fumus boni juris*. Os autores, ainda que posteriormente se reconheça o direito à indenização das benfeitorias, não têm o direito de permanecer nas terras. Não se pode deferir, em sede cautelar, mais do que o autor possa obter no feito principal.

[...]

Não se pode olvidar que, em face da situação fático-processual acima narrada, existe um título judicial, constituído nos autos da Ação Civil Pública 2003.36.00.010416-0/MT, em que se determinou, expressamente,

[...] *aos Réus e a todos terceiros não índios* [aí incluídos os autores da presente demanda], *que se retirem da Terra Indígena Urubu Branco e que se abstenham de promover ocupações, reocupações, invasões, permanência, circulação, edificações de qualquer espécie, assentamentos, alienações,*

permutas, transferência de posse envolvendo particulares ou de praticarem quaisquer outros atos restritivos de posse direta e usufruto exclusivo dos integrantes da Comunidade Indígena Tapirapé, destinando em favor da aludida comunidade a posse e ocupação das casas construídas pelos ocupantes da área.

A eficácia do referido julgado, a despeito de ter sido inicialmente sobrestada, encontra-se plenamente hígida, por força da decisão proferida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, datada de 9 de setembro de 2009, proferida nos autos da mencionada SLS 1.112/MT.

Vê-se, assim, que, desde o ajuizamento da presente demanda, ocorrido em 18 de dezembro de 2009, já não mais subsistiam os pressupostos legais necessários para a concessão da tutela cautelar aqui postulada.

Registre-se, por oportuno, que, nem mesmo a antecipação da tutela recursal deferida nos autos dos Agravos de Instrumento 2004.01.00.034332-4/MT e

2003.01.00.030019-1/MT (já declarados prejudicados) autorizou aos suplicantes a permanência na posse das terras descritas nestes autos, eis que se limitou a sobrestar a decisão ali impugnada no ponto em que autorizou a posse e a ocupação, pela Comunidade Indígena Tapirapé, das casas construídas pelos ocupantes da área em questão. Ou seja, na ocasião, inibiu-se, apenas, que os indígenas ocupassem as construções erguidas pelos suplicantes, não lhes autorizando, contudo, a sua posse.

Com estas considerações, ausentes os pressupostos legais necessários para a concessão da tutela cautelar buscada pelos suplicantes, julgo improcedente o pedido formulado na inicial, restando revogada a decisão liminarmente proferida nestes e prejudicados os agravos regimentais interpostos.

Sem custas nem honorários, eis que os autores são beneficiários da justiça gratuita.

Este é meu voto.

Terceira Seção

Numeração única: 0014638-58.2009.4.01.0000

Ação Rescisória 2009.01.00.016468-8/BA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira
 Autora: União Federal
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
 Ré: Cláudia Freitas dos Santos
 Advogados: Dr. Deraldo José Castro de Araújo e outro
 Publicação: e-DJF1 de 29/05/2013, p. 47

Ementa

Ação rescisória. Concurso público. Reprovação de candidato. Afastamento por ação judicial. Nomeação tardia. Determinação, no julgamento da apelação, de retroação dos efeitos financeiros. Violação de lei. Inocorrência. Rescisão indeferida.

I. O fato de ter sido desprovida a apelação interposta pela União contra a decisão em que se julgou improcedente a impugnação ao cumprimento de sentença não prejudica a ação rescisória. A execução (mesmo que ultimada) do julgado rescindendo não impede ajuizamento de rescisória.

II. Tendo em vista a distinção entre as causas de pedir numa e noutra ação, o juízo da rescisória não se vincula a decisões proferidas na execução do julgado que se pretende desconstituir. Eventualmente, pode ocorrer perda superveniente de objeto da ação rescisória, caso o título judicial seja desconstituído em sede de defesa do devedor, por decisão hábil à coisa julgada, o que não é o caso.

III. A ré alega que a pretensão rescisória encontra óbice na Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, pois a Sexta Turma “valeu-se da jurisprudência dominante e dos preceitos jurídicos suscetíveis de aplicação ao caso

concreto”. Embora essa “jurisprudência dominante” tenha deixado de prevalecer em ulteriores julgados do Supremo Tribunal Federal, “a matéria discutida nos presentes autos era à época do julgamento, e continua sendo, objeto de controvérsia em todos os tribunais regionais e superiores”.

IV. De fato, a matéria era e continua sendo controvertida nos tribunais. No entanto, a Súmula 343/STF exige comedimento, preconizado pela doutrina (Cf. Nelson Nery Jr.). Além disso – alega a União –, a questão envolve matéria constitucional: responsabilidade civil e proibição de acumulação de cargos públicos.

V. No mérito, a União alega que as exigências (aprovação em prova de capacidade física, recomendação em psicotécnico) que obstaram o alegado direito da ré estavam previstas no edital do concurso para delegado de Polícia Federal. Por isso, jungida ao princípio da legalidade, resistiu à pretensão deduzida em juízo. Desse modo, não poderia ser responsabilizada pelos danos materiais decorrentes da tardia nomeação.

VI. A reprovação no teste de capacidade física e no psicotécnico não mais está sob (re)exame. Se não é mais discutível a premissa do acórdão proferido na apelação, de que a Administração praticou atos ilegais (as reprovações), é um contrassenso alegar que agiu legalmente ao resistir à pretensão e que, por isso, está isenta de responsabilidade.

VII. Não se ignora a existência de julgados recentes das turmas que compõem a Terceira Seção, segundo os quais, “nos termos da moderna jurisprudência do STJ e do STF, a nomeação tardia a cargo público, em decorrência de decisão judicial, não gera direito à indenização (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)” (AC 0000614-24.2007.4.01.4000/PI, rel. Des. Federal Souza Prudente, rel. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado), Quinta Turma, e-DJF1, p. 89, de 24/04/2013). Mas o fato é que o acórdão rescindendo está fundado em precedentes desta Corte, reiterados após o ajuizamento da rescisória, o que corrobora a razoabilidade da interpretação dada à época pela Sexta Turma. Não se pode falar, portanto, de desenganada *violação literal de lei*.

VIII. Assentado o dever de indenizar, o devedor fica obrigado à reparação a que faz jus o credor. O pagamento e a correspondente percepção de determinada quantia nada mais é que extinção da obrigação (recomposição da esfera patrimonial), o que é diferente de enriquecimento ilícito.

IX. A União alega, ainda, que há ofensa ao art. 40 da Lei 8.112/1990, haja vista que o pagamento de remuneração somente é devido pelo efetivo exercício de cargo público. Ocorre que, nos julgados da espécie, o valor correspondente à remuneração do cargo em questão é tomado como parâmetro para a fixação do quanto indenizatório. Não se está dizendo que o candidato tem direito a receber remuneração por serviços que, de fato, não foram prestados. O que se está a dizer é que, provado o dano material, consistente na ausência de percepção de valores a que o candidato/servidor faria jus, razoável que a recomposição tome por base o valor daquela remuneração que não fora percebida. Deve-se considerar, por outro lado, que o recebimento de indenização no valor dos vencimentos deixa à margem a contagem de tempo de serviço, eventuais promoções e outras vantagens a que a pessoa faria jus se tivesse tomado posse junto com os demais candidatos aprovados no concurso.

X. Não foi pedida e não houve no acórdão fixação específica da base de cálculo para apuração do quanto indenizatório em valor equivalente à remuneração do cargo pretendido. A matéria foi remetida para a fase de liquidação e nisso, em particular, não há qualquer violação de lei, haja vista que, de acordo com remansoso entendimento jurisprudencial, o dano (*an debeatur*) deve ser provado na fase de conhecimento, mas não se impede que o quanto seja apurado em liquidação (*quantum debeatur*).

XI. Se a decisão rescindenda não fixou a base de cálculo da indenização, não pode ter violado o art. 40 da Lei 8.112/1990. Eventual discordância com a base de cálculo deveria ter sido deduzida no juízo da liquidação (cujas decisões, a propósito, são passíveis, inclusive, de rescisão).

XII. Por fim, a União pede que os valores correspondentes a remuneração de cargo público recebidos pela ré sejam abatidos do quanto indenizatório, tendo em vista que, nos termos do art. 118 da Lei 8.112/1990, c/c art. 37, inciso XVI, da Constituição, é vedada “acumulação remunerada de cargos públicos”, exceto nas hipóteses permitidas e desde que haja compatibilidade de horários.

XIII. Não há prova de que a ré exercia cargo público no tempo em que foi preterida em seu direito de exercer o cargo de delegado de Polícia Federal. Apenas admite implicitamente, de certa forma, esse fato, quando alega que “cumpre observar que o pedido alternativo da União no sentido de limitar os efeitos do acórdão rescindendo ao período em que a ré não estava exercendo atividade remunerada encontra óbice no instituto da preclusão,

já que em nenhuma das diversas peças apresentadas pela parte autora no processo originário consta o referido argumento”. Mas isso não é suficiente para confirmar a alegação da União, uma vez que a ré sempre se qualifica, em todos os documentos da ação de conhecimento, como advogada autônoma.

XIV. Poder-se-ia cogitar de interpretar a pretensão da União como de dedução de todo e qualquer rendimento de atividade econômica exercida no período, não apenas cargo público. É possível que a União tenha se restringido a mencionar o exercício de cargo público com o intuito de suscitar matéria constitucional (proibição de acumulação) e, com isso, superar o obstáculo da Súmula 343/STF. Esse obstáculo, como visto, foi superado sem necessidade de recorrer a esse específico argumento. Mas aquela flexibilidade na interpretação da causa de pedir não é compatível com a ação rescisória, sem contar que a matéria deveria ter sido veiculada por ocasião da liquidação (ou em embargos à execução).

XV. Indeferido o pedido de rescisão.

Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, indeferir o pedido.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 21/05/2013.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Trata-se de ação rescisória ajuizada pela União em face de Cláudia Freitas dos Santos.

A União relata que a ré ajuizou ação com objetivo de anular testes de capacidade física em concurso para provimento de cargo de delegado de Polícia Federal, “bem como” para “aplicação de novos testes”.

Na sentença (fls. 481-486), proferida pelo juiz federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia, o pedido foi julgado improcedente, aos seguintes fundamentos:

Para que o referido teste fosse realizado em conformidade com o edital, deveria ter a pista condições físicas mínimas exigidas, o que não foi afastado pelas provas trazidas aos autos pela acionante.

Diante da improcedência do pedido de declaração de nulidade da prova de capacidade física, a controvérsia acerca da avaliação psicológica resta prejudicada. Isto porque a avaliação física antecede à psicológica e, segundo o item 5.18.7 do edital, é eliminatória. Ressalte-se que a autora só prosseguiu no certame por força de medida cautelar concedida, preparatória da presente ação.

A ora ré apelou (fls. 504—21), pedindo provimento do recurso

[...] no sentido de reformar a r. sentença (...), declarando a nulidade do teste de capacitação física e da avaliação psicológica a que fora submetida no Concurso de Delegado de Polícia Federal regido pelo Edital n. 45/2001, e, por conseguinte, reconhecendo

o seu direito à nomeação, posse e exercício no cargo, ressaltando, em qualquer caso, os efeitos funcionais e financeiros retroativos à data em que foi preterida na ordem classificatória.

[...]

A 6ª Turma, à unanimidade, deu provimento à apelação, em acórdão (fls. 628–638) relatado pela então Des. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA FEDERAL. PROVA DE CAPACIDADE FÍSICA. EXAME PSICOTÉCNICO.

1. A aprovação em segunda prova de capacidade física, realizada por força de decisão judicial, e no curso de formação, no qual estão incluídos testes físicos mais abrangentes do que os realizados na etapa anterior do concurso, supre o insucesso original. Precedentes.

2. Segundo o enunciado 239 da Súmula do TFR “é legítima a exigência de exame psicotécnico em concurso público para ingresso na Academia Nacional de Polícia”, em razão de expressa previsão constitucional e legal (Lei nº 4.878/65 e Decreto-Lei nº 2.320/87). Viola, contudo, a Constituição a exigência de adequação do candidato a perfil profissiográfico sigiloso estabelecido pela Administração, mas não constante da lei, do edital e nem informado aos candidatos.

3. Apelação a que se dá provimento.

(TRF-1ª Região. 6ª Turma. AC 2002.33.00.011208-2/BA. Relatora Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues. DJ 06/12/2004).

Houve parcial provimento de embargos de declaração opostos pela autora e não provimento de embargos de declaração opostos pela União, em

acórdão (fls. 658–665) relatado pelo Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado), assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO PROVISÓRIA. NÃO-CABIMENTO.

1. Inexistência de omissão a suprir, uma vez que os dispositivos legais e constitucionais invocados não afastam a fundamentação do aresto embargado no sentido de que a “aprovação em segunda prova de capacidade física, realizada por força de decisão judicial, e no curso de formação, no qual estão incluídos testes físicos mais abrangentes do que os realizados na etapa anterior do concurso, supre o insucesso original.”

2. Por outro lado, inexistente ofensa ao disposto nos artigos 37, “caput”, I, II, IV e § 6º, da Constituição Federal; 10 da Lei 8.112/90 e 13 do Decreto-Lei 2.320/87, uma vez que nenhum deles determina a nomeação provisória de candidato aprovado, mas cuja participação no concurso foi assegurada por decisão que ainda não transitou em julgado.

3. Embargos de declaração opostos pela União a que se nega provimento. Embargos de declaração opostos pela autora Cláudia Freitas dos Santos providos em parte apenas para reservar vaga para a sua eventual e futura nomeação.

(TRF-1ª Região. 6ª Turma. EDAC 2002.33.00.011208-2/BA. Relator: Juiz Federal (convocado) Leão Aparecido Alves. DJ 27/04/2005).

A autora opôs novos embargos de declaração, providos por acórdão (fls. 745–752) relatado pelo Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado), assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CANDIDATA “SUB JUDICE”.

1. Os “segundos embargos de declaração só são admissíveis se os vícios neles apontados e compatíveis com sua natureza se alegam como existentes no acórdão que julgou os primeiros embargos, e não quando se volta a repisar o que já foi sustentado nestes e por eles rejeitado” (STF-1ª Turma, Ag 210.773-6-DF-AgRg-Edcl-Edcl, j. 25.5.99, rejeitaram os embargos, v.u., DJU 25.6.99, p. 26). No mesmo sentido: RTJ 97/328, 97/1.113, 115/372, 116/234; RSTJ 88/28, 111/246; RT 629/123, 634/126; RJTJESP 113/382, RP 21/299.” (THEOTONIO NEGRÃO, Código de Processo Civil, 32ª ed., 2001, nota 7 ao art. 535, p. 598.)

2. Embargos de declaração em embargos de declaração providos em parte para esclarecer que a eventual nomeação da embargante deverá ser procedida no prazo de 30 dias a partir do trânsito em julgado da decisão que assegurar a ela a participação no certame, com efeito financeiro a partir da preterição.

(TRF-1ª Região. 6ª Turma. EDAC 2002.33.00.011208-2/BA. Relator: Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado). DJ 12/06/2006).

O recurso especial e o recurso extraordinário não foram admitidos – decisões de fls. 773 e 776, respectivamente. Não se conheceu dos agravos de instrumento interpostos contra essas decisões (fls. 780 e 782).

Em seguida à exposição dos fatos, a União argumenta que a rescisória tem suporte no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, porquanto o acórdão teria violado os seguintes dispositivos legais: Lei 8.112/1990, art. 40; art. 884 do Código Civil; Lei 8.112, art. 118 c/c art. 37 da Constituição.

Sustenta que a retroação dos efeitos financeiros “a partir da preterição” equivale a pagamento “por um serviço que não foi prestado”, violando o acórdão, assim, o art. 40 da Lei 8.112/1990, que define como “vencimento” a “retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público”, ou seja, entrar em “exercício” é condição indispensável ao direito de percepção de “vencimento”.

Aduz que o atraso na nomeação deu-se por conta de litígio judicial e, por isso, a Administração não pode ser responsabilizada pelo alegado dano. Se não houve prestação de serviço e se a Administração não causou dano, o pagamento dos valores pretéritos implica enriquecimento sem causa, com violação do art. 884 do Código Civil, que preceitua: “Art. 884 Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Assevera, ainda, que, se a ré já exercia ou exerceu no período alcançado pelo acórdão cargo não acumulável com o de Delegado de Polícia Federal, o acórdão, ao deferir os efeitos financeiros nos moldes em que o fizera, violou o art. 118 da Lei 8.112/1990 c/c art. 37, inciso XVI, da Constituição, que vedam “acumulação remunerada de cargos públicos”, excetuadas hipóteses de “compatibilidade de horários”.

Pediu antecipação de tutela para suspender a execução do acórdão e, ao final:

A rescisão do julgado hostilizado, com novo julgamento da causa e conhecimento, nos termos acima expostos, afastando a determinação para pagamento de verbas anteriores ao exercício do cargo público de Delegado de Polícia Federal ou, pelo menos, a determinação para que o pagamento não abranja o período em que a ré encontrava-se ocupando cargo público inacumulável.

O pedido de antecipação de tutela “para que seja (fosse) suspenso o trâmite da execução” foi indeferido (fl. 1.577).

Em contestação (fls. 1.624 – 1.634), alegou-se que:

a) “fácil perceber que o verdadeiro propósito da parte Autora é rediscutir as questões já debatidas na ação ordinária (...), no que concerne aos efeitos financeiros decorrentes da nomeação tardia”; b) não foram violados “quaisquer dispositivos legal ou constitucional”, tendo a Sexta Turma apenas “adotado o posicionamento jurídico então prevalente no âmbito desta Corte, dirimindo a controvérsia mediante aplicação dos preceitos suscetíveis de aplicação no caso concreto”; c) “ao longo dos anos os Tribunais pátrios vêm, reiteradamente, decidindo, com base em precedentes do STF, que, uma vez confirmada a aprovação por sentença transitada em julgado, o candidato tem direito à nomeação segundo a ordem de sua classificação e com efeitos retroativos a esse momento, devendo o valor da indenização ser fixado com base nos vencimentos que o servidor receberia se tivesse sido nomeado e empossado juntamente com os demais aprovados no concurso”; d) “o tema de fundo – cabimento dos efeitos retroativos – voltou a ser submetido à apreciação da Corte Especial pela Min. Eliana Calmon no EREsp 825.037/DF, o qual fora julgado em 1º/1/2011, sendo que, naquela oportunidade, entendeu-se, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição (...), que a Administração deveria indenizar os concursandos com nomeação tardia em razão de discussões judiciais referentes ao concurso (...). E mais: ficou decidido que a indenização teria por base a soma dos vencimentos integrais a que fariam jus se tivessem tomado posse em bom tempo”; e) “em data posterior, todavia, mais precisamente na sessão do dia 21/09/2011, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o EREsp 1.117.974/RS, conheceu dos embargos de divergência opostos pelo Estado do Rio Grande do Sul e deu-lhe provimento, decidindo que ‘o candidato aprovado em concurso público por força de decisão judicial não tem direito a indenização pelo tempo que aguardou a solução definitiva pelo Judiciário’. / A posterior mudança do entendimento jurisprudencial (...), contudo, não autoriza a desconstituição do julgado rescindendo. Ao revés, a pretensão da parte Autora encontra-se em sentido diametralmente oposto à Súmula 343/STF”; f) de acordo com a jurisprudência, a violação de dispositivo de lei tem de ser “aberrante”, o que não é o caso; g) não houve ofensa à letra do art. 40 da Lei n. 8.112/90, “até porque não foi este o objeto do pedido veiculado no aditamento à inicial. O valor da remuneração/vencimento do cargo foi utilizado apenas como parâmetro quantitativo para o deferimento do pedido indenizatório”; h) não se trata de “pagamento de vencimentos por período não trabalhado, mas, sim, de ressarcimento/

compensação pelos prejuízos materiais suportados pela candidata, que teve sua nomeação postergada em virtude de ato da Administração considerado ilegítimo na esfera judicial”; i) não houve violação do art. 884 do Código Civil, porquanto, “diferentemente do quanto sustentado pela parte Autora, o direito da Ré de ter sido nomeada de acordo com a ordem classificatória do concurso, na forma que estabelece o art. 37, VI, da Constituição, foi, sim, violado. Quanto a este fato, nenhuma dúvida pode remanescer a partir da análise do contexto probatório da ação de conhecimento, já que o candidato classificado em posição superior à sua foi nomeado em 02/06/2003, enquanto ela, em 05/05/2008”; j) “também carece de plausibilidade (...) a tese (...) segundo a qual não há possibilidade de o Poder Judiciário conferir ‘efeitos funcionais pretéritos ou indenização com base na remuneração não recebida’ ao jurisdicionado que tiveram direitos violados pela Administração, mesmo porque, como corrente, no nosso ordenamento jurídico adota-se o princípio da responsabilidade objetiva do Estado”; k) “quanto ao ônus da demora no litígio, é de se ter em mente a regra insculpida no art. 219 do CPC, a qual determina que, a partir da citação, existe a constituição em mora do devedor, de modo que, se o bem da vida a ser provido pela ação judicial demora a ser efetivamente dado àquele que o pleiteia, todos os efeitos desta mora deverão ser imputados ao devedor, no caso a União”; l) “por fim, no que concerne à suposta violação ao art. 118 da Lei n. 8.112/90 c/c art. 37, XVI, da Constituição, que veda a acumulação remunerada de cargos públicos, importa ressaltar que se trata de matéria preclusa, não abordada em nenhuma das diversas peças recursais apresentadas pela União, não podendo, agora, na tentativa de suprir a deficiência da defesa, valer-se da ação rescisória como sucedâneo de recurso não interposto”.

Em memoriais (fls. 1.655 – 1.661), alegou a União:

a) “a tese da ré no sentido de que se aplica ao caso a súmula 343 do STF afigura-se de todo equivocada, valendo consignar, desde logo, que basta uma leitura dos julgados por ela colacionados (...) para se verificar que versam sobre situações distintas da presente”; b) “um dos julgados aborda o caso de descumprimento tardio pela Administração da decisão judicial; outro versa sobre preterição na ordem de classificação; no primeiro julgado (...), o que se verifica é que houve a aprovação do candidato no certame, dentro do número de vagas oferecidas, e que o mesmo foi preterido. Enfim, situações absolutamente diversas da hipótese sob julgamento. / Ademais, é pacífico no âmbito do STJ e do STF o entendimento no sentido de que quando a matéria objeto de divergência envolve questão constitucional, afasta-se a incidência da súmula 343 do STF”. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu na matéria justamente para se alinhar ao entendimento do Supremo Tribunal Federal de que, “quando a nomeação decorre de

decisão judicial, o retardamento não configura preterição ou ato ilegítimo da administração pública que justifique a indenização”; c) “não há se falar em indenização, sob pena de enriquecimento ilícito da parte ré, que perceberá remuneração sem ter ofertado a contraprestação respectiva”.

De sua vez, a ré alegou que (fls. 1.664-1.666):

a) “a Sexta Turma (...) não contrariou nenhum dos dispositivos arrolados pela União. Ao revés, apenas valeu-se da jurisprudência dominante e dos preceitos jurídicos suscetíveis de aplicação ao caso concreto”; b) “a União continua tentando revolver todas as questões já discutidas no processo originário, alegando, desta feita, em suas razões finais, que as decisões colacionadas pela parte ré (...) não servem de parâmetro para o caso em comento (...)”. Há, sim, “similitude fática entre a hipótese dos autos e os julgados colacionados (...). Importa esclarecer, mais uma vez, que a Ré foi aprovada dentro do número de vagas oferecidas no concurso (...), mais precisamente na 282ª posição das 495 ofertadas (...). Diante desse contexto, fácil perceber que a assertiva da União no sentido de que os julgados colacionados pela Ré versam sobre situações distintas não passa de um equívoco de interpretação ou, ainda, da demonstração do completo desconhecimento das provas constantes do processo”; c) “no que pertine à aplicabilidade ou não da súmula 343 do STF, insta observar que a matéria discutida nos presentes autos era à época do julgamento, e continua sendo, objeto de controvérsia em todos os Tribunais Regionais e Superiores. E, a despeito do posicionamento adotado pelo STF nos autos do EREsp 1.117.974/RS, (...) certo é que o Supremo Tribunal Federal continua contemplando a hipótese de pagamento de indenização pelos danos suportados pelos candidatos em virtude de nomeação tardia”, exemplo, “recente decisão proferida pela Suprema Corte em 25/10/2011, nos autos do RE n. 634686, da Relatoria da Ministra Carmen Lúcia”; d) “cumpre observar que o pedido alternativo da União no sentido de limitar os efeitos do acórdão rescindendo ao período em que a Ré não estava exercendo atividade remunerada encontra óbice no instituto da preclusão, já que em nenhuma das diversas peças apresentadas pela parte Autora no processo originário consta o referido argumento. Não podendo a presente ação rescisória ser utilizada como Embargos de declaração ou qualquer outro recurso não interposto”.

O Ministério Público Federal devolveu

[...] os autos a este (...) Tribunal (...) sem pronunciamento sobre o mérito da causa”, à assertiva de que “a matéria em questão não comporta debate sobre interesse público indisponível, individual ou coletivo, nem tampouco interesse de incapazes.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — O fato de ter sido desprovida a apelação interposta pela União contra a decisão em que se julgou improcedente a impugnação ao cumprimento de sentença não prejudica a ação rescisória. A execução (mesmo que ultimada) do julgado rescindendo não impede ajuizamento de rescisória, cujos requisitos de admissibilidade não vão além dos expressamente previstos no Código de Processo Civil. Nesse sentido, v.g.:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA PARA DISCUTIR VERBA HONORÁRIA EXCESSIVA OU IRRISÓRIA FIXADA PELA SENTENÇA/ ACÓRDÃO RESCINDENDO. ART. 20, §3º E §4º, CPC. (...).

1. O objeto do recurso especial é o cabimento da ação rescisória para discutir verba honorária excessiva (discussão sobre a possibilidade jurídica do pedido da ação rescisória). Não está prequestionada a tese de violação ao art. 20, §4º, do CPC, sob a ótica de que o quantum fixado a título de honorários efetivamente extrapola o critério de equidade (o que se confunde com o mérito da rescisória). Nesse ponto incide a Súmula n. 282/STF.

[...]

3. Há interesse de agir da Fazenda Nacional na rescisória, já que a concordância na expedição de precatório no curso da execução pelo art. 730, do CPC, movida contra si não implica em renúncia ou guarda qualquer relação com a rescisória que ajuizou justamente para impedir o prosseguimento do feito executivo.

[...]

(REsp 1217321/SC, rel. Min. Herman Benjamin, rel. p/acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/10/2012, DJe 18/03/2013)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA VOLTADA AO ACÓRDÃO QUE MANTEVE A SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DOS CÁLCULOS EM LIQUIDAÇÃO. EXECUÇÃO FINDA PELO PAGAMENTO. FALTA DE INTERESSE INEXISTENTE. POSSIBILIDADE DE QUE, EM AÇÃO PRÓPRIA, SEJA PERSEGUIDO O VALOR PAGO A MAIOR, CONFORME SEJA PROCEDENTE O PEDIDO DE RESCISÃO.

1. Tem interesse processual o autor que propõe ação rescisória para desconstituir acórdão que manteve sentença homologatória de liquidação. Nada importa que a execução tenha sido extinta pelo pagamento aos advogados do réu.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Selene Almeida e Jirair Aram Meguerian e os Exmos. Srs. Juizes Federais Vallisney de Souza Oliveira e Carlos Eduardo Castro Martins (convocados).

2. *Eventual procedência da rescisória tornaria possível perseguir em juízo, pelos meios próprios, o crédito correspondente ao valor pago a maior.*

(REsp 784181, rel. Min. Humberto Gomes De Barros, Terceira Turma, Dj, Data:16/10/2006)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. TÉRMINO DA EXECUÇÃO JUDICIAL. CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO RETRATADA NO JULGADO RESCINDENDO. SUBSISTÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL QUANTO À AÇÃO RESCISÓRIA.

1. *Não há que se falar em preclusão lógica se a autora, no momento oportuno, utilizou a via adequada para desconstituir o julgado exequendo.*

2. *Subsiste interesse processual relativamente a ação rescisória mesmo quando ocorre, em sede de execução judicial, o cumprimento da obrigação retratada no julgado rescindendo.*

3. *Há ainda utilidade no provimento buscado mediante a ação rescisória, na medida em que, havendo a rescisão do julgado, restará aberta para a parte autora a via da restituição de indébito.*

4. *Agravo regimental/interno provido.*

(TRF-1ª Região. 3ª Seção. AGRAR 200301000370479. Relator: Des. Federal Souza Prudente. e-DJF1 08/06/2009)

Tendo em vista a distinção entre as causas de pedir numa e noutra ação, o juízo da rescisória não se vincula a decisões proferidas na execução do julgado que se pretende desconstituir. Eventualmente, pode ocorrer perda superveniente de objeto da ação rescisória, caso o título judicial seja desconstituído em sede de defesa do devedor, por decisão hábil à coisa julgada, o que não é o caso. A propósito:

AÇÃO RESCISÓRIA. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343/STF. PRELIMINARES DE DECADÊNCIA, INÉPCIA DA INICIAL, IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, DE CARÊNCIA DE AÇÃO, DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ, ILEGITIMIDADE ATIVA E DE LITISPENDÊNCIA AFASTADAS. DECRETO-LEI 491/1969. APLICAÇÃO DO ART. 41, §1º, DO ADCT. TERMO FINAL DO BENEFÍCIO EM 05/10/1990. REPERCUSSÃO GERAL. STF. RE's ns. 561.485/RS e 577.348/RS.

1. "Não é inepta a inicial que indica tanto os dispositivos de lei que teriam sido violados pelo acórdão rescindendo, quanto à questão constitucional a ser tratada na rescisória. Não há como se acolher a alegação de que o pedido seria juridicamente impossível, por não ter o acórdão rescindendo tratado da norma que o autor da rescisória diz ter sido violada, pois o prequestionamento não é requisito de admissibilidade da rescisória (Precedente do STJ). A impossibilidade jurídica do pedido tem a ver com a proibição legal de seu acolhimento, o que, in casu, não ocorre. 'Não há falta de interesse de agir (nem litigância de má-fé) se 'parecer' da

administração pública, sem caráter vinculante, expressa tese contrária à do pedido rescisório, ainda mais se há, como no caso, parecer de autoridade de mesmo nível hierárquico na linha dos argumentos da ação rescisória' (AR n. 1998.01.00.068273-2/DF, Rel. Desembargador Federal LUCIANO TOLENTINO AMARAL, julgada em 26.05.2004, DJ de 23.06.2004, p. 04). Não há litispendência a reconhecer entre os pedidos feitos em ação rescisória e em embargos à execução, uma vez que, embora se possa, em ambas as ações, questionar a validade do título exequendo, não têm elas a mesma causa de pedir, a qual, nos embargos, há de ser sempre um dos motivos elencados no art. 741 do CPC, ao passo que, na rescisória, a sua causa de pedir só pode ser um dos fatos previstos no art. 485, I a IX, do mesmo Código. A Súmula n. 343/STF não impede o julgamento da rescisória quando a alegada violação da lei pelo julgado rescindendo envolver, também, dispositivo da Constituição." (AR n. 1998.01.00.085279-0/DF, Rel. Desembargador Federal Antônio Ezequiel Da Silva, DJF1 de 14/07/2008, p.15)

[...]

(TRF-1ª Região. 4ª Seção. AR199801000726082. Relator: Des. Federal Reynaldo Fonseca. e-DJF1 29/03/2010)

A ré alega que a pretensão rescisória encontra óbice na Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, pois a Sexta Turma "valeu-se da jurisprudência dominante e dos preceitos jurídicos suscetíveis de aplicação ao caso concreto". Embora essa "jurisprudência dominante" tenha deixado de prevalecer em ulteriores julgados do Supremo Tribunal Federal, "a matéria discutida nos presentes autos era à época do julgamento, e continua sendo, objeto de controvérsia em todos os Tribunais Regionais e superiores". De fato, a matéria era e continua sendo controvertida nos tribunais.

No entanto, a Súmula 343/STF exige o seguinte comedimento preconizado pela doutrina:

A decisão de mérito transitada em julgado que tenha ofendido a lei federal é rescindível independentemente das divergências e controvérsias que existirem na doutrina e jurisprudência sobre o correto entendimento da lei cuja aplicação se questiona. ... Com a facilidade das pesquisas pelos modernos meios de comunicação de dados, notadamente a internet, sempre haverá oportunidade para se encontrarem acórdãos divergentes sobre a interpretação da lei federal, de modo que ... ficaria praticamente inviabilizado o direito de exercício da ação rescisória pela hipótese do CPC 485, V, vale dizer, nunca seria admissível a rescisória (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 680).

Além disso – alega a União –, a questão envolve matéria constitucional, responsabilidade civil (e proibição de acumulação de cargos públicos?).

No mérito, a União alega que as exigências (aprovação em prova de capacidade física, recomendação em psicotécnico) que obstaram o alegado direito da ré estavam previstas no edital do concurso para delegado de Polícia Federal. Por isso, jungida ao princípio da legalidade, resistiu à pretensão deduzida em juízo. Deste modo, não poderia ser responsabilizada pelos danos materiais, decorrentes da tardia nomeação.

Cabe frisar, primeiramente, que o juízo de legalidade da reprovação no teste de capacidade física e no psicotécnico não mais está sob (re)exame. Se não é mais discutível a premissa do acórdão proferido na apelação, de que a Administração praticou atos ilegais (as reprovações), é um contrassenso alegar que agiu legalmente ao resistir à pretensão e que, por isso, está isenta de responsabilidade. Independentemente de chancela do Judiciário, a Administração tem o poder-dever de invalidar (ou corrigir) seus atos ilegais (autotutela).

Não se ignora a existência de julgados recentes das Turmas que compõem a Terceira Seção, segundo os quais, “nos termos da moderna jurisprudência do STJ e do STF, a nomeação tardia a cargo público, em decorrência de decisão judicial, não gera direito à indenização (EREsp 1117974/RS, rel. Min. Eliana Calmon, rel. p/acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 21/09/2011, DJe 19/12/2011)” (AC 0000614-24.2007.4.01.4000/PI, rel. Des. Federal Souza Prudente, rel. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado), Quinta Turma, e-DJF1, p. 89, de 24/04/2013).

Todavia, não se tem notícia de que esse entendimento contrário ao acórdão rescindendo esteja presente em julgado sob o rito de recurso repetitivo ou de repercussão geral. O fato é que o acórdão rescindendo está fundado em precedentes desta Corte, reiterados, a propósito, após o ajuizamento da rescisória, o que corrobora a razoabilidade da interpretação dada pela Sexta Turma, não havendo se falar, portanto, de desenganada “violação literal de lei”.

Confirmam-se, v.g.:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. (...). CONCURSO PÚBLICO. VAGA DESTINADA A CANDIDATO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. EXCLUSÃO ILEGAL DO CERTAME. DEFICIÊNCIA COMPROVADA. ARTS. 3º E 4º DO DECRETO Nº 3.298/99. INDENIZAÇÃO POR

DANOS MATERIAIS DECORRENTE DE NOMEAÇÃO TARDIA DO CONCURSANDO. (...).

[...]

III - Na espécie dos autos, o conjunto probatório revela que o autor enquadra-se como deficiente físico para os fins dos arts. 3º e 4º do Decreto n. 3.298/99, sofrendo limitações, portanto, para o exercício de qualquer cargo público, não merecendo censura a sentença que, anulando a portaria que o excluiu do certame, declara seu direito à nomeação na vaga destinada a portador de necessidades especiais.

[...]

VI - Dessa forma, tendo em vista o pedido formulado na inicial e a jurisprudência já consolidada no âmbito do colendo STJ, a indenização a que faz jus o candidato nomeado tardiamente por ato ilegítimo da Administração Pública deve corresponder, efetivamente, à diferença entre a remuneração percebida na ocupação profissional anterior e aquela atinente ao cargo em que pretende ingressar.

[...]

VIII - Agravo retido não conhecido. Apelação adesiva do autor improvida. Remessa oficial parcialmente provida. Apelação da União conhecida em parte e, nesta extensão, parcialmente provida, para reduzir a condenação por danos materiais, devendo esta corresponder à diferença entre a remuneração percebida pelo candidato no cargo público anteriormente ocupado e aquela atinente ao cargo em que pretende ingressar.

(AC 0017902-39.2007.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, rel. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado), Quinta Turma, e-DJF1 p. 205 de 03/04/2013)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE DE POLÍCIA FEDERAL. EXAME PSICOTÉCNICO. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO POR DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. DANO PATRIOMONIAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO.

I - Este Tribunal, com base em precedentes do eg. STJ, tem entendido que, em se tratando de ação na qual se discute o direito a nomeação e posse em cargo público, bem assim o direito a indenização, em virtude de atraso na nomeação e posse, aplica-se o prazo quinquenal do Decreto 20.910/1932, o qual só começa a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença ou acórdão que reconheceu o direito respectivo.

II - Estando a matéria fática devidamente comprovada, o feito em condições imediatas de julgamento e sendo a questão eminentemente de direito, é cabível o julgamento imediato da lide, com o exame de mérito, nos termos do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

III - “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, § 6ª da Constituição Federal". (REsp 1117974/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 02/02/2010). IV - No cálculo da indenização a ser paga pela União devem ser compensados os rendimentos de trabalho eventualmente recebidos no período pelo exercício de algum outro cargo público inacumulável ou cargo/emprego de natureza privada.

[...]

VIII - Apelação a que se dá parcial provimento.

(AC 0039669-65.2009.4.01.3400/ DF, rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1, p. 174 de 11/09/2012)

É indiscutível, a esta altura, a premissa de que, com a nomeação tardia, a candidata, ora ré, deixou de receber os vencimentos aos quais faria jus, caso tivesse sido nomeada oportunamente. Assente o dever de indenizar, o devedor fica obrigado à reparação a que faz jus o credor. O pagamento e a correspondente percepção de determinada quantia nada mais é que extinção da obrigação (recomposição da esfera patrimonial), o que é diferente de enriquecimento ilícito.

A União alega, ainda, que há ofensa ao art. 40 da Lei 8.112/1990, haja vista que o pagamento de remuneração somente é devido pelo efetivo exercício de cargo público. Ocorre que, nos julgados da espécie, o valor correspondente à remuneração do cargo em questão é tomado como parâmetro para a fixação do quanto indenizatório. Não se está dizendo que o candidato tem direito a receber remuneração por serviços que, de fato, não foram prestados. O que se está a dizer é que, provado o dano material, consistente na ausência de percepção de valores a que o candidato/servidor faria jus, razoável que a recomposição tome por base o valor daquela remuneração que não fora percebida. Deve-se considerar, por outro lado, que o recebimento de indenização no valor dos vencimentos deixa à margem a contagem de tempo de serviço, eventuais promoções e outras vantagens a que a pessoa faria jus se tivesse tomado posse junto com os demais candidatos aprovados no concurso.

De qualquer modo, não há, no caso concreto, espaço para discussão, nesse ponto. O pedido da candidata, ora ré, foi o seguinte:

Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, requer a Embargante seja acolhidos e

providos os presentes Embargos de declaração (...), acrescentando ao dispositivo do acórdão (...), seja observada a ordem de classificação do concurso, bem como o nível, padrão e classe previstos no Edital n. 45/2001 no qual foi considerada judicialmente habilitada, devendo a portaria ter efeitos retroativos ao dia 02.06.2003, data em que foi preterida na ordem de classificação do concurso (...), sendo-lhe reconhecido, ainda, o direito à indenização pelos danos financeiros suportados pelo não exercício do cargo, a ser apuráveis em liquidação, com incidência de juros legais e correção monetária a partir do evento danoso (02.06.2003). (fl. 675). [grifei]

No acórdão (fls. 745–752), o princípio da congruência foi observado, conforme se extrai do voto condutor:

[...]

4. À vista do exposto, dou provimento em parte aos presentes embargos de declaração em embargos de declaração para esclarecer que a eventual nomeação da embargante deverá ser procedida no prazo de 30 dias a partir do trânsito em julgado da decisão que assegurou a ela a participação no certame, com efeito financeiro a partir da preterição, com correção pela SELIC (compreendendo juros de mora e correção monetária). (fl. 750).

Ao que parece, não foi pedida e não houve no acórdão fixação específica da base de cálculo para apuração do quanto indenizatório em valor equivalente à remuneração do cargo pretendido. A matéria foi remetida para a fase de liquidação e nisso, em particular, não há qualquer violação de lei, haja vista que, de acordo com remansoso entendimento jurisprudencial, o dano (*an debeat*) deve ser provado na fase de conhecimento, mas não se impede que o quanto seja apurado em liquidação (*quantum debeat*).

Se a decisão rescindenda não fixou a base de cálculo da indenização, não pode ter violado o art. 40 da Lei 8.112/1990. Eventual discordância com a base de cálculo deveria ter sido deduzida no juízo da liquidação (cujas decisões, a propósito, são passíveis, inclusive, de rescisão), v.g.:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ISS. PRESCRIÇÃO. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE APLICA A TESE DOS CINCO MAIS CINCO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL CONTROVERTIDA. SÚMULA 343/STF. ACÓRDÃO RESCINDENDO EM SINTONIA COM A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI NÃO EVIDENCIADA. ALEGAÇÃO DO MUNICÍPIO AUTOR DE QUE A LEI LOCAL DETERMINA A HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA DO ISS. FATO DESINFLUENTE, PORQUANTO O ACÓRDÃO RESCINDENDO LIMITOU-SE À APLICAÇÃO

DA TESE JURÍDICA, SEM INDICAR A ESPÉCIE DE HOMOLOGAÇÃO E OS PERÍODOS PRESCRITOS. QUESTÃO QUE PODERIA SER DIRIMIDA EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.

[...]

3. Com o advento da LC 118/05, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral reconhecida nos autos do RE 566.621/RS, proclamou que a prescrição quinquenal, na acepção disciplinada na Lei Complementar n. 118/2005, ou seja, contada do pagamento, somente se aplica às ações ajuizadas após 9/6/2005. Para as ações pretéritas a essa data, portanto, deve ser aplicada a jurisprudência já então sedimentada no âmbito do STJ, concernente à tese dos “cinco mais cinco” para o prazo de prescrição das ações de repetição de indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação. Na espécie, a demanda foi ajuizada no ano de 2001 (fl. 52), data anterior à vigência da LC n. 118/2005, sendo aplicável, in casu, a tese jurisprudencial dos “cinco mais cinco”. Não há, portanto, falar em flagrante violação à literal disposição de lei a respaldar o pedido de mitigação da coisa julgada.

4. Ademais, no caso em apreço, a decisão rescindenda restringiu-se apenas a aplicar a mencionada tese jurídica, sem, contudo, especificar a espécie de homologação procedida e os períodos atingidos pela prescrição. Cabia, desse modo, às partes zelarem pela correta aplicação dessa tese jurídica por ocasião da liquidação da sentença, indicando, aí sim, a espécie de homologação e os recolhimentos já então prescritos, sob pena de preclusão.

5. Ação rescisória inadmissível.

(AR 4.533/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 08/08/2012, DJe 15/08/2012)

Se não foi instaurada a liquidação, deveria a União ter se insurgido contra a omissão da fase ou, ainda, suscitar a questão relativa à base de cálculos em embargos à execução. De qualquer modo, está claro que a matéria não esteve afeta ao juízo que proferiu a decisão rescindenda.

Por fim, a União pede que os valores correspondentes à remuneração de cargo público recebidos pela ré sejam abatidos do quanto

indenizatório, tendo em vista que, nos termos do art. 118 da Lei 8.112/1990, c/c art. 37, inciso XVI, da Constituição, é vedada “acumulação remunerada de cargos públicos”, exceto nas hipóteses permitidas e desde que haja compatibilidade de horários.

Não há prova de que a ré exercia cargo público no tempo em que foi preterida em seu direito de exercer o cargo de delegado de Polícia Federal. Apenas admite implicitamente, ao que parece, esse fato, quando alega que

[...] cumpre observar que o pedido alternativo da União no sentido de limitar os efeitos do acórdão rescindendo ao período em que a Ré não estava exercendo atividade remunerada encontra óbice no instituto da preclusão, já que em nenhuma das diversas peças apresentadas pela parte Autora no processo originário consta o referido argumento. Não podendo a presente ação rescisória ser utilizada como Embargos de declaração ou qualquer outro recurso não interposto. Mas isso não é suficiente para confirmar a alegação da União, uma vez que a ré sempre se qualifica, em todos os documentos da ação de conhecimento, como advogada autônoma.

Poder-se-ia cogitar de interpretar a pretensão da União como de dedução de todo e qualquer rendimento de atividade econômica exercida no período, não apenas cargo público. É possível que a União tenha se restringido a mencionar o exercício de cargo público com o intuito de suscitar matéria constitucional (proibição de acumulação) e, com isso, superar o obstáculo da Súmula 343/STF. Mas aquela flexibilidade não parece compatível com a ação rescisória, sem contar que a matéria deveria ter sido veiculada por ocasião da liquidação (ou de embargos à execução).

Ante todo o exposto, indefiro o pedido de rescisão.

A União pagará honorários advocatícios no importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Quarta Seção

Numeração única: 0016411-94.2007.4.01.3400(d)

Embargos Infringentes 2007.34.00.016506-9/DF

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca
 Embargante: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Embargado: Município do Rio de Janeiro/RJ
 Procuradora: Dra. Jaqueline Ripper Nogueira do Vale Cuntin Perez
 Publicação: e-DJF1 de 13/05/2013, p. 9

Ementa

Processual Civil e Direito Financeiro. Descabimento de embargos infringentes contra agravo retido. Classificação financeira contábil da receita decorrente de cessão temporária do direito de centralizar o pagamento dos vencimentos de servidores municipais ativos e inativos. Interpretação da cláusula que estipula o tipo de verba a ser incluída na base de cálculo da Receita Líquida Real do Município, para fins de cálculo da prestação mensal do contrato de refinanciamento de dívida celebrado entre o município autor e a união.

I. Não cabem embargos infringentes contra a parte do acórdão que, examinando agravo retido, reforma decisão interlocutória por maioria, pois o art. 530 do CPC expressamente restringe a possibilidade de manejo deste recurso contra a decisão colegiada não unânime que reforma sentença de mérito.

II. Classificam-se como receita corrente patrimonial os valores recebidos pelo Município do Rio de Janeiro em razão da cessão temporária a uma instituição financeira do direito de centralizar o pagamento dos vencimentos de seus servidores municipais ativos e inativos.

III. Isso porque tal cessão de direito, assim como outras cessões de direito de uso de bem imaterial como o direito de uso da imagem, do nome etc., por constituir uma transação de duração necessariamente temporária, já que o bem cedido é inalienável, assemelha-se, mal comparando, ao *aluguel* de um bem imaterial que integra o ativo permanente de uma empresa (como p. ex., um ponto comercial, a clientela, um *royalty* etc.), dado que corresponde à contraprestação pela exploração de um patrimônio do município.

IV. Embora possa parecer peculiar que uma instituição financeira pague para obter o privilégio de, durante um determinado tempo, centralizar a folha de pagamento de uma entidade estatal, a *exclusividade* da prestação de tais serviços traz em si um proveito indireto de grandes proporções, uma vez que a instituição financeira passa a ter como potenciais consumidores dos outros produtos e serviços que comercializa um grande número de servidores públicos, ativos e inativos, bem como seus pensionistas.

V. Nos termos da cláusula quarta do contrato de refinanciamento de dívida celebrado entre a União e o Município do Rio de Janeiro, as prestações mensais e consecutivas a serem pagas deveriam ser calculadas com base na Receita Líquida Real do Município, cuja definição engloba a receita realizada nos doze meses anteriores àquele imediatamente anterior ao mês em que a prestação estiver sendo apurada.

VI. Como a receita proveniente da negociação do direito de centralizar o pagamento de servidores municipais não pode ser equiparada à receita obtida em decorrência da alienação de um bem municipal, deve ser computada na aferição da Receita Líquida Real do Município.

VII. Embargos infringentes da União conhecidos em parte e, na parte em que conhecidos, providos para, fazendo prevalecer o voto vencido do relator convocado, negar provimento à apelação do Município do Rio de Janeiro (parte autora), assim como à remessa oficial, tida por interposta, e, por consequência, manter a sentença que julgara improcedente o pedido.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, conhecer em parte dos embargos infringentes da União e, na parte conhecida, dar-lhes provimento.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 24/04/2013.

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Reynaldo Fonseca*: — Trata-se de embargos infringentes opostos pela Fazenda Nacional (fls. 738–750) em face de acórdão proferido, em 03/08/2012, pela eg. 8ª Turma deste Tribunal (fls. 722–724) que, por maioria, deu provimento a um dos agravos retidos interpostos pelo Município do Rio de Janeiro (fls. 570–572), assim como à sua apelação e à remessa oficial, tida por interposta, para reconhecer que o valor obtido pelo Município no Pregão Presencial CEL/SMF – PR 1/2006 (Contratos 39/2006, Riofilvie¹; 8/2006, Riocentro²; sem número, Empresa Municipal de Vigilância³; 92/2006, Riourbe⁴; 25/2006, Cet-Rio⁵; 66/2006, Riotur⁶; 51/2006, Rioluz⁷; 6/2006, Iplanrio⁸; 34/2006, Multirio⁹; 3/2006, Imprensa da cidade¹⁰; e 42/2006, Comlurb¹¹) não deve ser incluído como Receita Líquida Real, para efeito de cômputo da prestação mensal do contrato de refinanciamento da dívida firmado entre o Município autor e a União, por tratar-se de receita extraordinária, de caráter eventual que não pode ser classificada como *receita corrente*.

Na oportunidade, ficou vencido o relator, Juiz Federal convocado Cleberon José Rocha (fls. 710–716) que negava provimento ao apelo do Município e

à remessa oficial, tida por interposta, por entender que a transação efetuada entre a Fazenda Municipal do Rio de Janeiro e o Banco Santander, ao negociar o direito de receber o depósito de valores decorrentes dos vencimentos dos agentes públicos que lhe prestam serviço, ainda que de duvidosa legitimidade, não poderia ser qualificada como *receita de capital*, pois não condiz com a receita oriunda da *alienação* de um patrimônio ou serviço, já que *a operação é temporária*. Assim sendo, deveria ser classificada como *receita corrente*, na rubrica receita proveniente de *serviços ou outras*. Como consequência, não haveria óbice legal a que tal receita fosse inserida na base de cálculo da receita líquida real do Município do Rio de Janeiro, para efeito de cálculo da prestação mensal referente ao contrato de confissão, consolidação, promessa de assunção e refinanciamento de dívidas junto à União por ele celebrado em 1º/07/1999.

Referido julgado recebeu a seguinte ementa:

DIREITO FINANCEIRO. CLASSIFICAÇÃO FINANCEIRA CONTÁBIL DA RECEITA DECORRENTE DA LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PARA A MOVIMENTAÇÃO, APLICAÇÃO DOS RECURSOS FINANCEIROS E PAGAMENTO DOS SERVIDORES E FORNECEDORES DO MUNICÍPIO. FIXAÇÃO DA RECEITA LÍQUIDA REAL – RLR PARA EFEITO DE CÁLCULO DA PRESTAÇÃO DO CONTRATO DE REFINANCIAMENTO DE DÍVIDA DO MUNICÍPIO COM A UNIÃO. EQUIPARAÇÃO ÀS RECEITAS EXCLUÍDAS DA RLR. NATUREZA DE RECEITA EXTRAORDINÁRIA. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO PARÁGRAFO PRIMEIRO E INCISOS I E II DA CLÁUSULA 4ª DO CONTRATO DE REFINANCIAMENTO, CALCADO NA MEDIDA PROVISÓRIA 1.891/1999.

1. A receita decorrente da licitação com os bancos privados não pode ser classificada como receita corrente, pois não guarda relação com aspectos tributários, de contribuições, agropecuários, industriais ou de transferências correntes, de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes. Também não está relacionada à receita de serviços, pois não decorre da contraprestação por um serviço prestado pelo ente público municipal.

¹ Riofilvie: contrato no valor de R\$ 122.516,07;

² Riocentro: contrato no valor de R\$ 314.367,93.

³ Empresa Municipal de Vigilância: contrato no valor de R\$ 6.662.742,49.

⁴ Riourbe: contrato no valor de R\$ 419.584,55.

⁵ Cet-Rio: contrato no valor de R\$ 1.230.495,87.

⁶ Riotur: contrato no valor de R\$ 716.876,49.

⁷ Rioluz: contrato no valor de R\$ 966.378,85.

⁸ Iplanrio: contrato no valor de R\$ 3.079.018,53.

⁹ Multirio: contrato no valor de R\$ 398.244,01.

¹⁰ Imprensa da Cidade: contrato no valor de R\$ 155.513,56.

¹¹ Comlurb: contrato no valor de R\$ 14.997.790,48.

2. A receita, in casu, não comporta natureza patrimonial, uma vez que o município detém o controle da folha de pagamento e o direito subjetivo de explorá-la economicamente por tempo indeterminado, e a folha de pagamento propriamente dita sequer é reconhecida no balanço patrimonial do ente público.

3. Equivocada a premissa de que a receita é resultante da fruição de patrimônio do ente concessor, patrimônio este representado pelos recursos financeiros em poder da instituição financeira em um dado momento, pois embora a instituição financeira vencedora do certame obtenha grande proveito indireto, a receita auferida pelo município decorre da negociação do direito de gestão e exploração da folha de pagamento dos servidores e fornecedores da municipalidade.

4. A atividade licitada, exploração da folha de pagamento, não pode ser considerada serviço público, pois não é destinada à satisfação de necessidades essenciais dos municípios.

5. Não se faz necessário enquadrar a cessão do direito de explorar economicamente a folha de pagamento à instituição financeira privada no conceito stricto sensu de alienação de bem móvel, seja para efeito da exclusão da receita dela decorrente da Receita Líquida Real – RLR, seja para embasar sua classificação como receita de capital.

6. A venda da gestão das folhas salariais dos servidores públicos municipais aos bancos, cuja prática ainda não tem regras definidas, embora não possa ser enquadrada como alienação de bem móvel que gera receita de capital, deve ser a ela equiparada para os efeitos da lei.

7. Deve-se buscar a interpretação teleológica da previsão contratual, de forma a assegurar a tutela de interesses para a qual foi criada e se evitar o desvirtuamento do próprio contrato de refinanciamento da dívida do município para com a União.

8. O caput do parágrafo primeiro da Cláusula 4ª do Contrato de Refinanciamento aplica a regra geral do conceito de Receita Líquida Real, trazido pela MP 1.891/1999, atual MP 2.185-35/2001, e o rol dos incisos I e II referem-se às inclusões e exclusões na Receita Líquida Real.

9. A constatada ausência de regras definidas e específicas para a solução da controvérsia atrai a aplicação do art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, para fundamentar a equiparação da receita decorrente da venda da gestão da folha de pagamento do município aos casos de exclusão previstos no inciso I do parágrafo primeiro da Cláusula 4ª do Contrato de Refinanciamento, calcado na MP 1.891/1999.

10. A receita gerada com a contratação de instituição financeira para a movimentação, aplicação dos recursos financeiros e pagamentos dos servidores e dos fornecedores do município é evidentemente extraordinária, pois decorre de situação de caráter eventual.

11. A exclusão de receitas extraordinárias da Receita Líquida Real, como a receita oriunda da alienação da folha de pagamento, condiz com a finalidade e a lógica do contrato de refinanciamento.

12. Apelação e remessa oficial do Município, tida por interposta, a que se dá provimento.

13. Primeiro agravo retido do autor de que se conhece e ao qual se dá provimento.

14. Segundo agravo retido do autor de que se conhece e ao qual se nega provimento.

15. Agravo retido da União de que não se conhece.

Inconformada, a União interpôs embargos infringentes, insurgindo-se, preliminarmente, contra a parte do acórdão que, por maioria, deu provimento ao agravo retido manejado pelo Município (fls. 570–572) contra decisão interlocutória do juízo de 1º grau que lhe negara o pedido de ressarcimento de R\$ 23.506,23 (vinte e três mil, quinhentos e seis reais e vinte e três centavos), correspondente à soma da atualização monetária e dos rendimentos bancários de parcelas de sua dívida, supostamente pagas a maior. Alega a União que tal agravo retido deveria ter sido improvido uma vez que veicula pedido não formulado na petição inicial.

No mérito, insiste em que deve ser classificada como *receita corrente patrimonial* a arrecadação, pelo Município do Rio de Janeiro, no mês de julho/2006, de uma receita de R\$ 336.000.000,00 (trezentos e trinta e seis milhões de reais), provenientes de licitação que teve como objeto a contratação de instituição financeira para a prestação de serviços de pagamento de servidores/funcionários municipais ativos e inativos da administração *indireta*, aos seguintes argumentos:

a) Não é adequado caracterizar-se como um bem autônomo a vantagem econômica advinda da negociação do direito de explorar, com exclusividade, os serviços de operacionalização da folha de pagamento do Município, pois ele não pode ser objeto de autorização, permissão, concessão e muito menos de *alienação*;

b) O contrato em questão envolve o direito de exploração de patrimônio público por prazo limitado (60 meses – cf. item 6.1 do edital de abertura do Pregão);

c) A receita em questão deve ser classificada como Receita Patrimonial – Outras Receitas de Valores Mobiliários, conforme preceitua o Manual de Receitas Públicas – 3ª Edição – Portaria STN 340/2006.

Como decorrência da classificação dessa receita como *corrente patrimonial*, tais valores devem ser incluídos na base de cálculo da Receita Líquida Real do

Município, para efeito de cálculo da prestação mensal devida do contrato de refinanciamento de dívida celebrado com a União.

Afirma, ainda, que o voto vencedor teria julgado *ultra petita* na parte em que reconheceu ser indevida qualquer cobrança dos resíduos de recálculo da RLR, pois tal pedido não foi formulado pelo município autor na inicial.

Por fim, alega que, a despeito de ter o voto vencedor, da Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, invertido os ônus da sucumbência, a 8ª Turma teria sido omissa a respeito do arbitramento dos honorários advocatícios e pede a sua fixação.

Em contrarrazões (fls. 830–839), o Município do Rio de Janeiro pugna pela manutenção do acórdão embargado, defendendo que:

- a receita oriunda da venda da folha de pagamento não pode ser enquadrada como receita corrente;
- a definição da Receita Líquida Real não alcança a alienação de bens;
- a Folha de Pagamento tem natureza jurídica de bem imaterial, nos moldes do Fundo de Comércio;
- a receita decorrente de sua alienação deve ser entendida como receita de capital (art. 11 da Lei 4.320/64), representando a conversão, em espécie, de bens e direitos;
- Como receita de capital (e não corrente), *não* pode ser considerada para o cálculo da receita líquida real – RLR, não influenciando, por conseguinte, no valor da prestação a ser paga pelo Município em razão deste refinanciamento.” (fls. 834–835).

Admitidos os embargos, foram distribuídos a este relator.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Observo, inicialmente, que já tive oportunidade de examinar questão idêntica a essa no julgamento dos Embargos Infringentes 0034894-12.2006.4.01.3400 (numeração antiga: 2006.34.00.035904-2/DF), nos quais se discutia a correta classificação contábil a ser

atribuída à verba recebida pelo Município do Rio de Janeiro em decorrência de licitação (Pregão Presencial CEL/SMF – PR 1/2006) na qual era negociado o direito de exploração, com exclusividade, da folha de pagamento do Município pelo prazo de 60 meses.

A diferença entre aquele e este processo é apenas de que, naquele, discutia-se o contrato relativo à folha de pagamentos dos servidores ativos e inativos da Administração direta, enquanto neste, a polêmica envolve os contratos relativos à folha de pagamento de servidores ativos e inativos da Administração *indireta* do município.

Como ambas as questões se referem à classificação de recurso recebido pelo Município em decorrência da negociação de folhas de pagamento e por meio de um mesmo procedimento licitatório, a coerência exige que eu mantenha, aqui, o mesmo posicionamento que adotei no julgamento dos Embargos Infringentes 0034894-12.2006.4.01.3400 (numeração antiga: 2006.34.00.035904-2/DF) quando trouxe dito recurso para exame desta 4ª Seção, em 13/03/2013.

Da divergência no julgamento de agravo retido do município (fls. 570–572)

Não conheço dos embargos infringentes da União na parte em que se insurge contra a decisão da 8ª Turma desta Corte que, por maioria, deu provimento ao agravo retido do município de fls. 570–572, no qual se discutia o pedido de ressarcimento de atualização monetária e de rendimentos bancários incidentes sobre os valores supostamente pagos a maior a título de prestações do contrato de refinanciamento de dívida celebrado entre o Município do Rio de Janeiro e a União em 1999.

Isso porque o art. 530 do CPC é expresso em restringir o cabimento dos embargos infringentes contra o acórdão que, em grau de apelação, reforma a sentença de mérito. Como decorrência lógica, se o acórdão, examinando agravo retido, reforma decisão interlocutória por maioria, contra ele não podem ser opostos embargos infringentes.

Da divergência em relação ao mérito tratado na sentença

A divergência, no âmbito da Oitava Turma, girou em torno de dois aspectos básicos, a saber:

1º) Definir se os valores recebidos pelo Município do Rio de Janeiro em razão da cessão temporária a uma instituição financeira do direito de centralizar o pagamento dos vencimentos dos servidores municipais

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Novély Vilanova e Tolentino Amaral e o Exmo. Sr. Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado).

poderia ser classificado contabilmente como *receita corrente* ou como *receita de capital*; e

2º) Determinar se, em decorrência dessa classificação contábil, tais valores deveriam ser incluídos na base de cálculo da Receita Líquida Real do Município, para fins de cálculo da prestação mensal do contrato de refinanciamento de dívida celebrado entre o município autor e a União.

Para o voto vencedor, da lavra da Des. Federal Maria do Carmo Cardoso,

A venda da gestão das folhas salariais dos servidores públicos municipais aos bancos, cuja prática ainda não tem regras definidas, embora não possa ser enquadrada como alienação de bem móvel que gera receita de capital, deve ser a ela equiparada para os efeitos da lei (fl. 723).

Nessa linha: tal receita se caracterizaria como extraordinária, muito embora possa o município renovar o contrato ou celebrar novo contrato com outra instituição financeira.

Interpretando-se teleologicamente o *caput* do § 1º da cláusula 4ª do contrato de refinanciamento de dívida celebrado entre o município e a União, vê-se que as exclusões previstas no inciso I classificam-se justamente como receitas extraordinárias, daí decorrendo que a receita em questão não pode ser inserida na base de cálculo da Receita Líquida Real do município, não podendo, por consequência, ser considerada para efeito de cobrança da prestação mensal do refinanciamento da dívida municipal.

Já o voto vencido, do relator, Juiz Federal convocado Cleber José Rocha, entendia que a receita em questão não pode ser equiparada à proveniente da alienação de patrimônio (bem) do município, seja porque a operação é temporária, seja porque não haveria que se falar em *propriedade* da folha de pagamento. Assim sendo, não se trataria de *receita de capital*, mas, sim, de *receita corrente*, uma vez que pode ser enquadrada na regra geral da previsão de *serviços ou outras* indicada no § 1º do art. 11 da Lei 4.320/1964.

E, uma vez que o *caput* do § 1º da cláusula 4ª do contrato de refinanciamento de dívida considera receita líquida realizada todo o capital que ingressa nos cofres públicos, o valor pago ao Município do Rio de Janeiro pelo Banco Santander deveria ser computado na apuração da RLR.

Examinemos a questão desde o princípio.

De acordo com a narrativa do Município do Rio de Janeiro, em sua petição inicial, o município e a

União celebraram, em 1999, um contrato de confissão, promessa de assunção, consolidação e refinanciamento de dívidas, com base em autorização concedida pela MP 1.891-5, de 29/06/1999, por meio do qual o município reconheceu ser devedor do valor de R\$ 2.653.366.263,29 (dois bilhões, seiscentos e cinquenta e três milhões, trezentos e sessenta e seis mil, duzentos e sessenta e três reais e vinte e nove centavos) que seria pago em 360 (trezentos e sessenta) prestações mensais, “observado o limite de dispêndio mensal de 1/12 (um doze avos) de 13% (treze por cento) da Receita Líquida Real – RLR do Município” (fl. 26).

Tal receita líquida deveria ser calculada com base nos parâmetros indicados na cláusula quarta do contrato, que, reproduzindo grande parte do disposto no art. 6º da MP 1.891/1999 (atual MP 2.185-35/2001), assim dispunha:

CLÁUSULA QUARTA – O MUNICÍPIO, respeitado o contido nas Cláusulas Terceira, Sexta, Sétima e Oitava, pagará a dívida refinanciada pela UNIÃO em 360 (trezentos e sessenta) prestações mensais e consecutivas calculadas com base na Tabela Price, vencendo-se a primeira em 25 de julho de 1999 e as demais no mesmo dia dos meses subsequentes, observado o limite de dispêndio mensal de 1/12 (um doze avos) de 13% (treze por cento) da Receita Líquida Real – RLR do MUNICÍPIO.

PARÁGRAFO PRIMEIRO – A RLR, para efeitos deste Contrato, corresponderá à receita realizada nos doze meses anteriores ao mês imediatamente anterior àquele em que se estiver apurando, observado o seguinte:

I – serão excluídas as receitas provenientes de operações de crédito, de anulação de restos a pagar, de alienação de bens, de transferências vinculadas a qualquer título, de transferências voluntárias ou de doações recebidas com o fim específico de atender despesas de capital; e

II – serão computadas as receitas oriundas do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação destinado à concessão de quaisquer favores fiscais ou financeiros, inclusive na forma de empréstimos ou financiamentos, ainda que por meio de fundos, instituições financeiras ou outras entidades controladas pelo poder público, concedidas com base no referido imposto e que resulte em redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus. (fls. 26/27)

Alguns anos depois, em 2006, o município realizou uma licitação (Pregão Presencial CEL/SMF – PR 1/2006) para escolher o novo banco que passaria a ser o único responsável pela folha de pagamento

dos seus servidores municipais ativos e inativos da Administração direta e indireta.

Na ocasião, sagrou-se vencedor o Banco Santander Brasil S/A que ofertara, pelo direito de explorar com exclusividade os referidos serviços durante 60 (sessenta) meses, o valor de R\$ 336.000.000,00 (trezentos e trinta e seis milhões de reais).

Embora possa parecer peculiar que uma instituição financeira pague para prestar seus serviços ao município, aparentemente a *exclusividade* da prestação de serviços, segundo explica a própria União nas razões de seus embargos infringentes,

[...] traz em si um proveito indireto de grandes proporções, uma vez que a instituição financeira passa a ter como potenciais clientes um grande número de servidores públicos, ativos e inativos, bem como seus pensionistas. Some-se a isso o fato de que tais pessoas geralmente possuem renda e estabilidade laboral superior à média da população, sendo a instituição menos sujeita a eventuais inadimplementos gerados por demissões, por exemplo. (fl. 763).

Assim sendo, na realidade, a instituição financeira paga pelo benefício indireto (= a proximidade com uma série de potenciais consumidores de outros serviços oferecidos pelo banco) advindo da exclusividade e não para prestar seus serviços.

Conforme assinala a própria União, aparentemente esse tipo de negociação já foi examinado pelo TCU (Acórdão 3.042/2008, rel. Min. Augusto Nardes, sessão de 10/12/2008, D.O.U. de 12/12/2008) que considerou que

[...] o 'poder' que tem a Administração de contratar instituição financeira para operacionalizar a folha de pagamento, por representar vantagem econômica, é um ativo, que pode ser objeto de negociação (fl. 764).

Justificada, pelo menos em um exame perfunctório, a legitimidade da negociação, surgiu o questionamento: como classificar contabilmente a verba que entrou nos cofres públicos municipais em decorrência da cessão de direito de prestar um serviço com exclusividade ao Banco Santander?

Tenho para mim que a cessão de direito de que aqui se trata, assim como outras cessões de direito de uso de bem imaterial como o direito de uso da imagem, do nome etc., por constituir uma transação de duração necessariamente *temporária*, já que o bem cedido é inalienável, assemelha-se, mal comparando, ao *aluguel* de um bem imaterial que integra o ativo permanente de uma empresa (como p. ex., um ponto comercial,

a clientela, um *royalty* etc.), dado que corresponde à contraprestação pela exploração de um patrimônio do Município. Assim sendo, deve ser classificada entre as receitas correntes patrimoniais, que são descritas no *Manual de Receitas Públicas*. 3. ed. – Portaria STN 340/2006 nos seguintes termos:

4.1 RECEITAS CORRENTES

São os ingressos de recursos financeiros oriundos das atividades operacionais, para aplicação em despesas correspondentes, também em atividades operacionais, correntes ou de capital, visando ao alcance dos objetivos constantes dos programas e ações de governo. São denominadas de receitas correntes porque não têm suas origens em operações de crédito, amortização de empréstimos e financiamentos nem alienação de componentes do ativo permanente. Elas são derivadas do poder de tributar ou resultantes da venda de produtos ou serviços colocados à disposição de usuários. Têm características intrínsecas de atividades que contribuem para a finalidade fundamental dos órgãos ou entidades públicas, quer sejam operacionais ou não operacionais.

4.1.2.3 Receita Patrimonial

É o ingresso proveniente de rendimentos sobre investimentos do ativo permanente, de aplicações de disponibilidades em operações de mercado e outros rendimentos oriundos da renda de ativos permanentes.

Isso porque a característica mais marcante das receitas de capital, como bem explana a Nota Técnica 1.578/2006/Genoc/CCONT-STN, de 31 de julho de 2006, produzida pela Coordenação-Geral de Contabilidade da Secretaria do Tesouro Nacional e transcrita, em parte, às fls. 548–551 destes autos virtuais, é que elas refletem uma *descapitalização*, seja no que se refere ao ativo da empresa quanto ao passivo:

Do lado do passivo, descreve o endividamento como forma de obtenção de recursos para financiar despesas. Do lado do ativo, a venda de bens e direitos utilizados na produção e disponibilização dos serviços de responsabilidade do ente. Os bens e direitos utilizados na produção de outros bens e serviços são classificados no ativo permanente, daí a afirmação de que a receita de capital é sempre oriunda da descapitalização. (fl. 549)

Nesse conceito, entra a alienação de componentes do ativo permanente que reduz o capital.

No entanto, no caso do aluguel, o proprietário pode optar por alugar uma vez, várias vezes ou nenhuma, mas a possibilidade de se extrair receita por meio desse tipo de contrato existe e depende da vontade do proprietário de renovar o negócio. Vê-se, assim, que *não* existe relação lógica *necessária* entre o

caráter extraordinário de uma receita e sua classificação como *corrente* ou *de capital*, como concluiu o voto vencido.

Além do mais, a receita obtida por esse tipo de negociação pode ser comparada à colheita de frutos ou rendimentos advindos de um ativo permanente, sem a sua redução ou depreciação.

Esclarecida essa questão, passamos ao segundo ponto controvertido neste recurso: saber se a receita até agora examinada pode, ou não, integrar a base de cálculo da prestação mensal devida pelo Município do Rio de Janeiro à União, em decorrência do contrato de refinanciamento de dívida por eles celebrado em 1999.

Da simples leitura da cláusula quarta do referido contrato, vê-se que é no seu parágrafo primeiro que vamos encontrar a forma de apuração da base de cálculo sobre a qual será calculada a prestação mensal devida pelo município. Tal base de cálculo, intitulada Receita Líquida Real – RLR, vem descrita, no *caput* do § 1º, como *a receita realizada nos doze meses anteriores ao mês em que estiver sendo calculada a prestação*.

Logo em seguida, o inciso I descreve as receitas que não devem ser computadas na aferição da RLR. Nesse sentido, tudo que deveria ser eliminado da base de cálculo deveria estar aí exaustivamente descrito.

Portanto, muito embora o tipo de receita advinda da negociação aqui examinada entre o Município do Rio de Janeiro e o Banco Santander não conste expressamente no inciso II, que se dedica a exemplificar o tipo de receita a ser inserida no cálculo da RLR, deve-se presumir que, não se enquadrando tal receita corrente entre as exceções do inciso I, forçosamente deve ser computada como parte da receita realizada pelo município.

Ante estes fundamentos, *conheço em parte* dos embargos infringentes opostos pela União e, na parte em que conheço, *dou-lhe provimento* para, fazendo prevalecer o voto vencido do relator convocado, negar provimento à apelação do Município do Rio de Janeiro (parte autora), assim como à remessa oficial, tida por interposta, e, por consequência, manter a sentença (fls. 621–628) que julgara improcedente o pedido.

É como voto.

Quarta Seção

Numeração única: 0002801-62.2003.4.01.3800

Embargos Infringentes 2003.38.00.002787-2/MG

| | |
|--------------|--|
| Relator: | Juiz Federal Arthur Pinheiro Chaves (convocado) |
| Embargante: | União Federal |
| Procuradora: | Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho |
| Embargante: | Conselho Regional de Farmácia do Estado de Minas Gerais – CRF/MG |
| Advogados: | Dra. Héliida Marques Abreu Silva e outros |
| Embargada: | Assistência Médica Hospitalar Ltda. |
| Advogados: | Dra. Juliana de Souza Bechara e outros |
| Publicação: | e-DJF1 de 29/05/2013, p. 48–49 |

Ementa

Administrativo. Embargos infringentes. Conselho Regional de Farmácia. Atividade básica médica. Dispensário de medicamentos. Exigência inscrição da empresa e de contratação de farmacêutico responsável injustificadas. Declaração de inexistência de relação jurídica.

I. A jurisprudência deste Tribunal, seguindo orientação estabelecida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo (REsp 1110906/SP, rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 23/05/2012, DJe 07/08/2012), firmou a diretriz no sentido de que não é exigível a presença de responsável técnico farmacêutico nos dispensários de medicamentos situados em hospitais e clínicas, exigência afeta tão somente às farmácias e drogarias. Inteligência dos arts. 4º, XIV, e 15 da Lei 5.991/1973.

II. Nesse diapasão, “o art. 1º da Lei 6.839/1980 dispõe que as empresas estão obrigadas a inscrever-se nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissões em razão da atividade básica exercida ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros. A exigência de responsável técnico em posto de medicamentos de hospital é desprovida de amparo legal, haja vista que, conforme preconiza o art. 19 da Lei 5.991/1973, os postos de medicamentos estão dispensados da assistência de técnico responsável.” (AR 2003.01.00.001442-5/RO, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Quarta Seção, e-DJF1, p. 509, de 22/06/2009).

III. Em consequência, se a atividade principal da parte autora é a prestação de serviços médico-hospitalares, inadmissível a exigência do seu registro no Conselho Regional de Farmácia, pois a manutenção de dispensário de medicamentos constitui, no caso, atividade acessória que se presta unicamente a dar suporte ao seu principal *mister*. No mesmo sentido, veja-se o julgamento proferido na AC 2007.01.99.012600-8/MG, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1, p. 518, de 29/10/2008.

IV. *In casu*, inexistente relação jurídica entre a parte autora e os réus que obrigue o registro da empresa na autarquia ou a obrigatoriedade de manutenção de farmacêutico responsável, por possuir apenas dispensário de medicamentos.

V. Precedentes desta Corte: EIAC 0052728-52.2010.4.01.9199/MG, rel. Des. Federal Catão Alves, rel. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado), Quarta Seção, e-DJF1, p. 48, de 12/03/2013; AR 2003.01.00.001442-5/RO, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Quarta Seção, e-DJF1, p. 509, de 22/06/2009; AC 2007.01.99.012600-8/MG, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1, p. 518, de 29/10/2008; AC 2007.38.14.001088-2/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, rel. p/ acórdão, Juiz Federal Cleberon José Rocha (convocado), Oitava Turma, e-DJF1, p. 540, de 16/09/2011; AC 0002585-95.2008.4.01.4101/RO, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1, p. 264, de 22/03/2013.

VI. Embargos infringentes do CRF/MG e da União improvidos.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, negar provimento aos embargos infringentes do CRF/MG e da União.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 22/05/2013.

Juiz Federal Arthur Pinheiro Chaves, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Arthur Pinheiro Chaves: — Trata-se de embargos infringentes interpostos pelo Conselho Regional de Farmácia do Estado de Minas Gerais – CRF/MG (fls. 500–506 – v. 3) e da União (fls. 527–533 – v. 3) contra acórdão da 8ª Turma desta Corte (fl. 497 – v. 2) que, por maioria, deu provimento à apelação da Assistência Média Hospitalar Ltda., para, reformando a sentença (fls. 412–415 – v. 2), julgar procedente o pedido formulado na inicial, declarando a inexistência de relação jurídica que obrigue a autora a contratar profissional farmacêutico para assumir a responsabilidade pelo *dispensário de medicamentos* mantido em seu *hospital*, e, por consequência, anulando o Auto de Infração 2.4712, bem como a multa nele imposta.

Referido julgado recebeu a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO.
CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. HOSPITAL.

POSTO DE MEDICAMENTO HOSPITALAR. INSCRIÇÃO. DESNECESSIDADE. ART. 19 DA LEI 5.991/1973.

1. O art. 1º da Lei 6.839/1980 dispõe que as empresas estão obrigadas a inscrever-se nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissões em razão da atividade básica exercida ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.

2. A exigência de responsável técnico em posto de medicamentos de hospital é desprovida de amparo legal, conforme preconiza o art. 19 da Lei 5.991/1973.

3. Apelação a que se dá provimento.

Inconformado, o CRF/MG insiste em que, de acordo com a legislação pátria, são dispensados de assistência técnica apenas os postos de medicamentos, a unidade volante, o supermercado, o armazém, o empório, a loja de conveniência e a *drugstore*, não se estendendo a dispensa às farmácias hospitalares.

Por sua vez, a União defende o acerto da exigência contida na Portaria 1.017/2002, que regula os serviços prestados no âmbito do SUS e estabelece a

obrigatoriedade da presença de farmacêutico em farmácias hospitalares e dispensários de medicamentos, ao argumento de que

[...] estudos técnicos comprovam ser de extrema importância o papel que desempenha o profissional farmacêutico na farmácia hospitalar e/ou dispensário de medicamentos na redução do grau de morbi-mortalidade relacionados a erros na dispensação de medicamentos, no índice de intoxicação pelo uso incorreto de medicamentos e, ainda, a necessidade de identificar e comunicar a ocorrência de efeitos adversos decorrentes de seu uso. (fl. 531).

Pugnam, assim, ambos os recursos pela prevalência do voto vencido do Des. Federal Souza Prudente.

Contrarrazões apresentadas (fls. 517–519).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Arthur Pinheiro Chaves: — A divergência, no âmbito da 8ª Turma, girou em torno da necessidade, ou não, da presença de farmacêutico em dispensários de medicamentos mantidos por instituição hospitalar.

O voto vencedor, da lavra do Juiz Federal convocado Ubirajara Teixeira (fls. 481–485 – v. 2), com amparo no art. 19 da Lei 5.991/1973, entendeu que os postos de medicamentos estão dispensados da assistência de técnico responsável.

Já o voto vencido, da lavra do Des. Federal Souza Prudente (fls. 487–495 – v. 2), entendeu que a presença do farmacêutico no dispensário de medicamentos hospitalar atendia ao preceito do art. 198 da CF/1988, que cuida do direito fundamental à saúde.

Dispõe a Lei 6.839 de 30/10/1980, em seu art. 1º:

Art. 1º- O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.

Conforme se constata dos autos, a atividade básica da apelada é médica (cf. contrato social às fls. 35–40 – v. 1), donde se conclui que as empresas ou

entidades cujas atividades principais sejam a prestação de serviços médicos, em que pese manterem em suas dependências farmácias privadas (dispensário), não se submetem à fiscalização do Conselho Regional de Farmácia, mas do Conselho Regional de Medicina.

Nesse diapasão, para a atividade precípua da empresa apelada (assistência médica), basta a inscrição no Conselho Regional de Medicina para a regularidade de seu funcionamento, não sendo necessária a existência de técnicos farmacêuticos inscritos no Conselho Regional de Farmácia para a dispensação de medicamentos.

Sobre o tema, a jurisprudência deste Tribunal consolidou a diretriz no sentido da desnecessidade de farmacêutico técnico responsável por dispensário de medicamentos, localizados em clínicas e hospitais, exigência afeta tão somente às farmácias e drogarias, nos termos da Lei 5.991/1973, art. 15.

Nesse diapasão, confirmam-se os seguintes julgados, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS INFRINGENTES - MULTA ADMINISTRATIVA - CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA - PERMANÊNCIA DE PROFISSIONAL FARMACÊUTICO - FISCALIZAÇÃO DE DISPENSÁRIOS DE MEDICAMENTOS DE HOSPITAIS, POSTOS MÉDICOS, CLÍNICAS E CASAS DE SAÚDE - INADMISSIBILIDADE - JULGAMENTO PROFERIDO, NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA RESOLUÇÃO STJ Nº 08/2008, NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.110.906/SP, EM 23/5/2012 (MINISTRO HUMBERTO MARTINS, 1ª SEÇÃO - DJE 07/8/2012) - ÔNUS DA PROVA - CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 333, I - APLICABILIDADE - PRESUNÇÃO LEGAL DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO TÍTULO EXECUTIVO AFASTADA.

a) Recurso - Embargos Infringentes em Apelação em Embargos à Execução Fiscal.

b) Decisão da Turma - Reformada, por maioria, a decisão de origem. Recurso de Apelação provido.

1 - “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos de hospital ou de clínica, prestigiando - inclusive - A aplicação da Súmula nº 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos. Precedentes.” (REsp nº 1.110.906/SP - Rel. Ministro Humberto Martins - STJ - Primeira Seção - Por maioria - DJe 07/8/2012. RECURSO SUJEITO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC, COMBINADO COM A RESOLUÇÃO Nº 08/2008, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.)

2 - Não sendo o Município, legalmente, obrigado a manter-se vinculado ao Conselho Regional de Farmácia e, conseqüentemente, a contratar e a manter profissional farmacêutico em

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tolentino Amaral, Maria do Carmo Cardoso e Novély Vilanova e o Exmo. Sr. Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado).

seu dispensário de medicamentos, nula, por falta de liquidez e certeza, a Certidão de Dívida Ativa decorrente de autuação pela ausência da aludida contratação. Logo, o acórdão embargado deve ser mantido, prevalecendo o entendimento e a solução aplicada pelo VOTO VENCEDOR de fls. 110/112.

3 - Embargos Infringentes denegados.

4 - Acórdão embargado confirmado.

(EIAC 0052728-52.2010.4.01.9199/MG, Rel. Desembargador Federal CATÃO ALVES, Rel. Conv. Juiz Federal KLAUS KUSCHEL (Conv.), QUARTA SEÇÃO, e-DJF1 p.48 de 12/03/2013)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. HOSPITAL. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS (POSTO DE MEDICAMENTO HOSPITALAR). INSCRIÇÃO. DESNECESSIDADE. ART. 19 DA LEI 5.991/1973.

1. O art. 1º da Lei 6.839/1980 dispõe que as empresas estão obrigadas a inscrever-se nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissões em razão da atividade básica exercida ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.

2. A exigência de responsável técnico em posto de medicamentos de hospital é desprovida de amparo legal, haja vista que, conforme preconiza o art. 19 da Lei 5.991/1973, os postos de medicamentos estão dispensados da assistência de técnico responsável.

3. A Lei 5.991/1973 prescreve a obrigatoriedade de inscrição de farmacêutico no Conselho Regional de Farmácia, bem como a permanência do profissional no local, em se tratando de drogaria e farmácia tão-somente, não contemplando os dispensários de medicamentos localizados no interior dos hospitais e clínicas. (AC 2007.01.99.010212-9/MA, 8ª Turma do TRF da 1ª Região, Relator Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, DJ 13/07/2007, p.158).

4. Ação rescisória improcedente.

(AR 2003.01.00.001442-5/RO, Rel. Desembargadora Federal MARIA DO CARMO CARDOSO, QUARTA SEÇÃO, e-DJF1 p.509 de 22/06/2009).

EXECUÇÃO FISCAL - CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DE MINAS GERAIS: POSTO DE SAÚDE LOCALIZADO EM MUNICÍPIO - DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS: ART. 24 DA LEI N. 3.820/60.

1. A Lei 5.991, de 17.12.73, não obriga o dispensário de medicamentos, como tal entendido o setor de fornecimento de medicamentos industrializados privativo de pequenos postos de saúde ou equivalente, nos termos da Portaria nº 316, de 26.08.77, do Sr. Ministro da Saúde, a ter em seu quadro um responsável técnico inscrito no Conselho Regional de Farmácia, a ele não se aplicando a exigência a que se sujeitam as farmácias e drogarias, por força do disposto no caput do artigo 15 da citada lei, bem como no artigo 27 de seu Decreto regulamentador, de nº 74.170, de 10.06.74. Correta

a sentença recorrida, pois a apelante não comprova a existência de unidade hospitalar ou farmácia municipal, ao contrário, atesta que no aludido Município apenas possui estabelecimento que possuía medicamentos. O Município somente possui um dispensário de medicamentos, não estando obrigado a contratar profissional farmacêutico para atuar no seu estabelecimento.

2. Apelação não provida.

3. Peças liberadas pelo Relator, em 07/10/2008, para publicação do acórdão.

(AC 2007.01.99.012600-8/MG, Rel. Desembargador Federal LUCIANO TOLENTINO AMARAL, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.518 de 29/10/2008).

TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. ATIVIDADE BÁSICA MÉDICA. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. EXIGÊNCIA INSCRIÇÃO DA EMPRESA E DE CONTRATAÇÃO DE FARMACÊUTICO RESPONSÁVEL INJUSTIFICADAS. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA.

1. A jurisprudência deste Tribunal, na esteira da diretriz consolidada no colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 969905/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe de 15/12/2008 e AgRg no Ag 986136/SP, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 05/11/2008), firmou a diretriz no sentido de que não é exigível a presença de responsável técnico farmacêutico nos dispensários de medicamentos situados em hospitais e clínicas, exigência afeta tão-somente às farmácias e drogarias. Inteligência dos arts. 4º, XIV, e 15 da Lei 5.991/73.

2. Nesse diapasão, “o art. 1º da Lei 6.839/1980 dispõe que as empresas estão obrigadas a inscrever-se nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissões em razão da atividade básica exercida ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros. A exigência de responsável técnico em posto de medicamentos de hospital é desprovida de amparo legal, haja vista que, conforme preconiza o art. 19 da Lei 5.991/1973, os postos de medicamentos estão dispensados da assistência de técnico responsável.” (AR 2003.01.00.001442-5/RO, Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Quarta Seção, e-DJF1 p.509 de 22/06/2009).

3. Em consequência, “sendo a atividade principal da Embargante a prestação de serviços médico-hospitalares, inadmissível a exigência do seu registro no Conselho Regional de Farmácia porque, na espécie, a manutenção de dispensário de medicamentos é atividade acessória, que dá suporte ao seu principal mister, tão-somente.” (AC 2000.01.99.103532-6/GO, Rel. Desembargador Federal Catão Alves, Sétima Turma, e-DJF1 p.577 de 15/05/2009). No mesmo sentido, veja-se o julgamento proferido na AC 2007.01.99.012600-8/MG, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p.518 de 29/10/2008.

4. In casu, inexistente relação jurídica entre a parte autora e os réu que obrigue o registro da empresa na autarquia ou a obrigatoriedade de manutenção de farmacêutico responsável, por possuir apenas dispensário de medicamentos.

5. Precedentes desta Corte: AR 2003.01.00.001442-5/RO, Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Quarta Seção, e-DJF1 p.509 de 22/06/2009; AC 2000.01.99.103532-6/GO, Rel. Desembargador Federal Catão Alves, Sétima Turma, e-DJF1 p.577 de 15/05/2009; AC 2007.01.99.012600-8/MG, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p.518 de 29/10/2008; AC 2007.38.14.001088-2/MG, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Rel. p/Acórdão. Juiz Federal Cleberon José Rocha (conv.), Oitava Turma, e-DJF1 p.540 de 16/09/2011.

6. Apelação não provida. Sentença mantida.

(AC 0002585-95.2008.4.01.4101/RO, Rel. Desembargador Federal REYNALDO FONSECA, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.264 de 22/03/2013)

De igual forma, interpretando os arts. 4º, XIV, e 15 da Lei 5.991/1973, a 1ª Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça, na sessão de 23/05/2012, julgando o REsp 1.110.906/SP, em sede de *recurso repetitivo* (art. 543-C do CPC), firmou entendimento no sentido de que não é exigível a presença de responsável técnico farmacêutico nos dispensários de medicamentos situados em hospitais e clínicas, exigência afeta tão somente às farmácias e drogarias.

Confira-se, a propósito, a ementa do referido julgado:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. PRESENÇA DE FARMACÊUTICO. DESNECESSIDADE. ROL TAXATIVO NO ART. 15 DA LEI N. 5.991/73. OBRIGAÇÃO POR REGULAMENTO. DESBORDO DOS LIMITES LEGAIS. ILEGALIDADE. SÚMULA 140 DO EXTINTO TFR. MATÉRIA PACIFICADA NO STJ.

1. Cuida-se de recurso especial representativo da controvérsia, fundado no art. 543-C do Código de Processo Civil sobre a obrigatoriedade, ou não, da presença de farmacêutico responsável em dispensário de medicamentos de hospitais e clínicas públicos, ou privados, por força da Lei n. 5.991/73.

2. Não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos,

conforme o inciso XIV do art. 4º da Lei n. 5.991/73, pois não é possível criar a postulada obrigação por meio da interpretação sistemática dos arts. 15 e 19 do referido diploma legal.

3. Ademais, se eventual dispositivo regulamentar, tal como o Decreto n. 793, de 5 de abril de 1993 (que alterou o Decreto n. 74.170, de 10 de junho de 1974), fixar tal obrigação ultrapassará os limites da lei, porquanto desbordará o evidente rol taxativo fixado na Lei n. 5.991/73.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos de hospital ou de clínica, prestigiando - inclusive - a aplicação da Súmula 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos. Precedentes.

5. O teor da Súmula 140/TFR - e a desobrigação de manter profissional farmacêutico - deve ser entendido a partir da regulamentação existente, pela qual o conceito de dispensário atinge somente "pequena unidade hospitalar ou equivalente" (art. 4º, XV, da Lei n. 5.991/73); atualmente, é considerada como pequena a unidade hospitalar com até 50 (cinquenta) leitos, ao teor da regulamentação específica do Ministério da Saúde; os hospitais e equivalentes, com mais de 50 (cinquenta) leitos, realizam a dispensação de medicamentos por meio de farmácias e drogarias e, portanto, são obrigados a manter farmacêutico credenciado pelo Conselho Profissional, como bem indicado no voto-vista do Min. Teori Zavascki, incorporado aos presentes fundamentos.

6. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC, combinado com a Resolução STJ 08/2008.

Recurso especial improvido.

(REsp 1110906/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 07/08/2012)

In casu, não se trata de comércio afeto diretamente ao público, mas de unidade hospitalar ou equivalente, em que o fornecimento de medicamentos se dá em virtude de prescrição de profissional médico, fato que, por si só, já dispensaria a presença de técnico em farmácia.

Ante o exposto, tenho que deve prevalecer o voto vencedor, razão pela qual *nego provimento* aos embargos infringentes do CRF/MG e da União.

É o voto.

Primeira Turma

Numeração única: 0014584-23.2008.4.01.3300

Apelação Cível 2008.33.00.014588-4/BA

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques
Apelantes: Alderson Adaes Mota Ribeiro e outros
Advogados: Dra. Ludmila Ferreira Quadros e outros
Apelada: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Publicação: e-DJF1 de 30/04/2013, p. 53

Ementa

Apelação cível. Administrativo. Pagamento de quintos incorporados antes do ingresso na magistratura. Impossibilidade. Vantagem não prevista na Loman. Direito adquirido. Inexistência. Mudança de regime jurídico.

I. Ao ingressar na magistratura, os autores (juizes do Trabalho) passaram a ser regidos por regime jurídico diverso do anterior, disciplinado pela Lei Complementar 35/1979 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional, na qual não há previsão para a percepção da pleiteada incorporação de parcelas de quintos. Estender benesses adquiridas no regime da Lei 8.112/1990 para regime jurídico diverso, que não as prevê, sob o argumento de direito adquirido, contraria o atual posicionamento do STF de que não há direito adquirido a regime jurídico em face da Constituição Federal.

II. Não é a implantação do subsídio que impede a incorporação de quintos, mas a mudança de regime jurídico do vínculo dos autores com a Administração.

III. Apelação a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação da parte autora.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 20/03/2013.

Desembargador Federal *Kassio Marques*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques: — Trata-se de recurso de apelação interposto pelos autores, membros da Magistratura do Trabalho, contra sentença que julgou prescrito o direito de ação do autor João Batista Sales de Sousa e, em relação aos demais, indeferiu o pedido de pagamento de parcelas de Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI), correspondentes aos quintos incorporados à época em que eram servidores públicos federais ocupantes do cargo de analista judiciário.

A improcedência do pedido foi declarada à consideração de que a percepção da vantagem pleiteada é incompatível com o regime jurídico de subsídio em parcela única e de que não há direito adquirido a regime jurídico em face da Constituição

Federal, além da expressa proibição na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) do recebimento de vantagem pecuniária por ela não estabelecida (art. 65, § 2º).

Irresignados, alegam os apelantes que possuem direito adquirido à incorporação das vantagens devidas pelo tempo de serviço exercido e que o subsídio nada mais é do que o valor padrão básico devido em função do exercício do cargo, sendo possível o recebimento de outras verbas remuneratórias, desde que constitucionalmente ou legalmente fixadas, consoante entendimento do STF.

Em contrarrazões, a União pugna pela improcedência da irresignação.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques: — Os autores, membros da magistratura do Trabalho, pleiteiam a percepção de quintos incorporados à época em que eram servidores públicos federais ocupantes do cargo de analista judiciário. Afirmam que possuem direito adquirido ao recebimento de tais valores e que o ingresso na Magistratura não constitui óbice à continuidade de seu pagamento, que deve ser efetivado na forma de Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada.

Ocorre que os autores, ao ingressarem na magistratura, passaram a ser regidos por regime jurídico diverso do anterior, disciplinado pela Lei Complementar 35/1979 – Lei Orgânica da magistratura Nacional, na qual não há previsão para a percepção da vantagem pleiteada. Estender benesses adquiridas no regime da Lei 8.112/1990 para regime jurídico diverso, que não as prevê, sob o argumento de direito adquirido, contraria o atual posicionamento do STF de que não há direito adquirido a regime jurídico em face da Constituição Federal.

Conforme bem consignado na sentença ora recorrida,

[...] o Supremo Tribunal Federal – que possui competência dirimente e incontestável em matéria constitucional – tem reiteradamente afirmado que não há direito adquirido a regime jurídico em face da Constituição Federal, orientação que indica, por si só, mostrar-se forçada a transmigração de parcela remuneratória própria de servidores públicos federais para magistrados da União.

Ao presente caso, deve ser aplicada a orientação adotada pelo STF no julgamento do AI 410.946/DF, cuja ementa segue abaixo transcrita:

CONSTITUCIONAL. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. QUINTOS. INCORPORAÇÃO. NOMEAÇÃO NA MAGISTRATURA. VANTAGEM NÃO PREVISTA NO NOVO REGIME JURÍDICO (LOMAN). INOVAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. 1. O Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento de que descabe alegar direito adquirido a regime jurídico. Precedentes. 2. Preservação dos valores já recebidos em respeito ao princípio da boa-fé. Precedentes. 3. Agravo regimental parcialmente provido.

(AI 410946 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-81 DIVULG 06-05-2010 PUBLIC 07-05-2010 EMENT VOL-02400-05 PP-00949)

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Néviton Guedes e Ângela Catão.

Por oportuno, confira-se o seguinte trecho do voto proferido pela ilustre Min. relatora Ellen Gracie no AI 410.946/DF, que bem ilustra o posicionamento adotado pelo Supremo:

Dessa forma, o agravado, ao ingressar no Superior Tribunal de Justiça, passou a ser regido por novo regime jurídico, diverso ao da carreira do Ministério Público. Verifica-se que a Lei Orgânica da Magistratura - LOMAN (LC 35/1979) não prevê essa vantagem, não existindo direito adquirido do recorrido de manter vantagem que lhe foi concedida antes do seu ingresso na magistratura.

3. Ante o exposto, mantendo o mesmo entendimento compartilhado pelo Ministro Gilmar Mendes quando da apreciação do agravo regimental pela Segunda Turma desta Corte, dou provimento ao presente recurso, conheço do agravo de instrumento e dou parcial provimento ao recurso extraordinário da União, invertendo-se, nessa parte, os ônus de sucumbência, para considerar:

1) a inexistência de direito adquirido do ora agravado em continuar recebendo os quintos incorporados, após a mudança de regime jurídico; [...]

Portanto, não subsiste a premissa básica das alegações autorais de que há direito adquirido à incorporação de quintos previstos no regime da Lei 8.112/1990 mesmo após ingresso na magistratura e consequente sujeição ao regime da Loman.

Não obstante haver precedentes do Superior Tribunal de Justiça em sentido diverso do ora adotado, recentes julgados vêm demonstrando uma mudança de posicionamento daquela e. Corte, conforme ementas abaixo colacionadas:

(AI 649201 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 09/10/2012, publicado em DJe-204 DIVULG 17/10/2012 PUBLIC 18/10/2012) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL. EFEITOS INFRINGENTES. POSSIBILIDADE. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS EM PERÍODO ANTERIOR AO INGRESSO NA MAGISTRATURA. IMPOSSIBILIDADE. VANTAGEM NÃO PREVISTA NA LOMAN. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. MUDANÇA DE REGIME JURÍDICO.

1. Afasta-se a incidência da Súmula 182/STJ ao agravo regimental que infirma as razões delineadas na decisão monocrática, demonstrando suficientemente a impossibilidade de incorporação de vantagens pessoais a servidor público que ingressa nos quadros da magistratura.

1. Inobstante os precedentes desta Corte reconhecerem a incorporação da parcela remuneratória decorrente do exercício de função comissionada, denominada de “quintos”, na remuneração dos magistrados, a jurisprudência mais recente da TERCEIRA SEÇÃO, em 27/04/2011, acompanhou o entendimento sufragado no Plenário

do Pretório Excelso, no sentido de que não há direito adquirido à regime jurídico, tornando-se indevida a concessão de vantagens diversas daquelas previstas na Lei Complementar nº 35/1993 - LOMAN - aos magistrados.

2. Precedentes: AgRg na AR 4.085/DF, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/04/2011, DJe 27/06/2011 e AI 410946 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-81 DIVULG 06-05-2010 PUBLIC 07-05-2010 EMENT VOL-02400-05 PP-00949.

2. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança. (EDcl no AgRg no RMS 20.971/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 16/05/2012)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDO COMO REGIMENTAL. CABIMENTO. FUNGIBILIDADE RECURSAL. APLICABILIDADE. ADMINISTRATIVO. MAGISTRADO. PERCEPÇÃO DE QUINTOS INCORPORADOS ANTES DO INGRESSO NA MAGISTRATURA. DESCABIMENTO. MUDANÇA DE REGIME JURÍDICO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. INVIABILIDADE DE PAGAMENTO DE QUINTOS A PARTIR DO INGRESSO NA MAGISTRATURA.

1. Evidenciado o manifesto caráter infringente dos embargos, recebo-os como agravo regimental, com fulcro no Princípio da Fungibilidade, uma vez que a pretensão da Embargante não se coaduna com a finalidade dos declaratórios de sanar omissão, contradição ou obscuridade que, por ventura, existam na decisão recorrida. Precedentes.

2. O servidor público, ao ingressar na carreira da magistratura, passa a ser regido por um novo regime jurídico, diverso do da carreira anterior, agora estabelecido pela Lei Orgânica da Magistratura - LOMAN (LC 35/1979), que não prevê em sua disciplina o pagamento dessa vantagem.

3. Assim, as parcelas de quintos incorporados deixam de ser devidos a partir do ingresso do servidor na magistratura, sendo descabido, contudo, a devolução dos valores já recebidos, em atendimento ao princípio da boa-fé.

4. Embargos de declaração conhecidos como regimental, a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1107032/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 11/05/2012)

Outrossim, entendo que não é a implantação do subsídio que impede a incorporação de quintos, mas a mudança de regime jurídico do vínculo dos autores com a Administração.

Conclui-se, portanto, que a partir do ingresso dos autores na carreira da magistratura eles deixaram de ter direito à percepção das parcelas relativas aos quintos, porquanto submetidos a regime jurídico diverso.

Apenas a título de esclarecimento, registro que não há contradição entre o presente julgado e outras decisões por mim proferidas em ações rescisórias, nas quais adoto posicionamento contrário ao pleito da União de suspensão do pagamento de quintos em favor de magistrados em sede de antecipação de tutela, como no julgamento da AR 17184-52.2010.4.01.0000.

Não obstante o idêntico tema – incorporação de quintos por magistrados –, nas ações rescisórias, as decisões contrárias à União edificam-se sobre a importância dada à segurança jurídica criada pela coisa julgada. A base de fundamentação para aqueles casos é completamente distinta da presente, sendo também distintos os bens jurídicos protegidos nas hipóteses, pelo que não há contradição entre os julgados.

Assim, face ao exposto, nego provimento à apelação da parte autora.

É como voto.

Primeira Turma

Numeração única: 0011232-47.2006.4.01.3811

Apelação/Reexame Necessário 2006.38.11.011247-5/MG

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Apelado: Nivaldo Raimundo dos Santos

Advogados: Dr. Raimundo Nonato de Oliveira Silva e outro
 Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Divinópolis/MG
 Publicação: e-DJF1 de 27/05/2013, p. 27

Ementa

Previdenciário. Aposentadoria por tempo de contribuição. Enquadramento profissional: vigilante armado. Laudos e formulários. Equipamentos de proteção. Reconhecimento do tempo de serviço prestado em atividade especial. Possibilidade. Reconhecimento de tempo de serviço especial anterior a dez./1980 e posterior a 28/05/1998. Cabimento. Fator de conversão. Tempo suficiente à aposentadoria pelas regras anteriores à EC 20/1998. Sentença parcialmente reformada (8).

I. O cômputo do tempo de serviço deverá observar a legislação vigente à época da prestação laboral, tal como disposto no § 1º, art. 70, do Decreto 3.048/1999, com redação do Decreto 4.827/2003.

II. Estando comprovado o exercício de atividade profissional considerada prejudicial à saúde, com a apresentação de formulários e laudos periciais fornecidos pelas empresas empregadoras, o segurado tem direito ao reconhecimento do tempo de atividade especial para fins previdenciários.

III. A atividade de vigilante, com uso de arma de fogo, deve ser enquadrada como perigosa, nos termos do item 2.5.7 do Decreto 53.831/1964, por equiparação à atividade de guarda, nos termos da jurisprudência pátria, limitado o enquadramento à edição da Lei 9.032/1995. *Ex vi*: AC 0024985-12.2003.4.01.3800/MG, rel. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado), 3ª Turma Suplementar, e-DJF1, p. 1.084, de 03/08/2012; AC 0032832-33.2004.4.01.9199/MG, rel. Des. Federal Neuza Alves, Segunda Turma, e-DJF1, p. 58, de 04/10/2010; REsp 413614/SC, rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 02/09/2002). No entanto, ressalte-se que a equiparação à atividade de guarda somente é admitida em caso de comprovação de vigilância armada.

IV. Na conversão do tempo de serviço especial em tempo comum deve ser aplicado o fator de conversão conforme o ordenamento vigente à época em que requerida a aposentadoria, utilizando-se, no presente caso, o fator de 1.4 previsto na Lei 8.213/1991.

V. É possível o reconhecimento do exercício de atividade nociva em período anterior à edição da legislação que instituiu a aposentadoria especial e a especialidade de atividade laboral (AgRg no REsp 1015694/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 1º/02/2011), bem como continua válida a conversão de tempo de serviço especial para comum mesmo após 1998 (REsp 1.151.363/MG – representativo de controvérsia).

VI. Somando-se o tempo de serviço comum e o tempo de serviço especial, com conversão do tempo pelo fator 1.4, tem-se que em 12/09/1997, o autor contava com *30 anos, 0 meses e 23 dias*, de tempo de serviço, isto é, havia cumprido os requisitos legais para a concessão da aposentadoria proporcional pelas regras vigentes antes da EC 20/1998.

VII. Apelação não provida. Remessa oficial parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e dar parcial provimento à remessa oficial.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 16/04/2013.

Desembargadora Federal *Ângela Catão*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Nivaldo Raimundo dos Santos, qualificado nos autos, ajuizou a presente ação ordinária objetivando a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, com o reconhecimento e averbação de tempo de serviço especial, com a respectiva conversão, e soma com tempo de atividade comum.

Após a instrução do processo, foi prolatada a r. sentença de fls. 144–146 julgando procedente o pedido para condenar o INSS a conceder ao autor o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, com proventos proporcionais (30 anos, 9 meses e 18 dias de contribuição), e data de início em 28/05/1997. Condenou o INSS a pagar ao autor as prestações em atraso, corrigidas monetariamente desde quando se tornaram devidas, e acrescidas de juros de 1% a.m., estes com incidência a contar da citação. Condenou o INSS aos honorários de sucumbência fixados em R\$ 400,00.

Houve remessa oficial.

O INSS interpôs recurso de apelação de fls. 149–166 sustentando a inexistência de previsão legal para enquadramento da categoria vigilante. Tece considerações sobre a impossibilidade de enquadramento pela categoria profissional, mesmo antes da Lei 9.032/1995, e sobre a inexistência de prova idônea que comprove que a parte autora utilizava arma de fogo. Diz que a parte recorrida não trouxe aos autos o seu porte de arma, razão pela qual se conclui que o mesmo sequer estava autorizado a utilizar arma de fogo.

Contrarrazões às fls. 169–172.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — O cômputo do tempo de serviço deverá observar a legislação vigente à época da prestação laboral, tal como disposto no § 1º, art. 70 do Decreto 3.048/1999, com redação do Decreto 4.827/2003.

De tal sorte, as alterações legislativas posteriores deverão resguardar a contagem do período pretérito, de forma a não subtrair direitos já assegurados ao trabalhador. Assim,

[...] o segurado que presta serviço em condições especiais, nos termos da legislação então vigente, e que teria direito por isso à aposentadoria especial, faz jus ao cômputo do tempo nos moldes previstos à época em que realizada a atividade. Isso se verifica à medida em que se trabalha. Assim, eventual alteração no regime ocorrida posteriormente, mesmo que não mais reconheça aquela atividade como especial, não retira do trabalhador o direito à contagem do tempo de serviço na forma anterior, porque já inserida em seu patrimônio jurídico (REsp 425660/SC; DJ 05/08/2002 p. 407; rel. Min. Felix Fischer).

Laudos e formulários

Todos os formulários e laudos que instruíram os autos demonstram que o autor trabalhou exposto de modo habitual e permanente, não ocasional nem intermitente, aos agentes nocivos ali descritos.

Ora, constam dos formulários declarações firmadas pelos representantes das empresas de que a exposição ao agente nocivo foi habitual, permanente, não ocasional, nem intermitente. Tais declarações possuem presunção de veracidade, haja vista que prestadas sob a recomendação de que qualquer informação falsa pode configurar infração penal.

A propósito, assim prevê o § 3º do art. 58 da Lei 8.213/1991 acrescentado pela Lei 9.528/1997:

§ 3º. A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à penalidade prevista no art. 133 desta lei.

Conclui-se que a Administração tem o dever de analisar os formulários apresentados pelo segurado – por imperativo legal –, não podendo o indeferimento basear-se em irregularidades constantes nos laudos técnicos, eis que essa questão diz respeito à empresa, cabendo ao INSS o poder de fiscalização.

Ora,

[...] constatado o exercício de atividade laboral insalubre, por laudo pericial não contemporâneo à atividade, com a afirmação de presença de agentes nocivos, mesmo com as inovações tecnológicas e de medicina e segurança do trabalho que advieram com o passar do tempo, reputa-se que, à época da prestação dos serviços que se refere, a agressão dos agentes era igual, ou até maior, dada a escassez de recursos materiais para atenuar sua nocividade e a evolução dos equipamentos utilizados no desempenho das tarefas (AC 0000951-38.2001.4.01.3801/MG, rel. Juiz Federal Miguel

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Kassio Marques e Néviton Guedes.

Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado), 3ª Turma Suplementar, *e-DJF1*, p. 144, de 14/09/2011).

Com efeito, para validade do formulário, fornecido pelo empregador, que indica a condição insalubre da atividade laboral não é condição essencial que seja contemporâneo ao exercício das atividades laborativas que se refere, podendo ser reconhecido o tempo especial nele indicado, desde que preenchidos os requisitos legais formais.

Reconhecimento do tempo de serviço especial

Até o advento da Lei 9.032/1995 é possível o reconhecimento do tempo de serviço especial em face do enquadramento na categoria profissional do trabalhador. A partir dessa lei, a comprovação da atividade especial se dá através dos formulários SB-40 e DSS-8030, expedidos pelo INSS e preenchidos pelo empregador, situação modificada com a Lei 9.528/1997, que passou a exigir laudo técnico e o preenchimento pelo empregador de formulário.

Imprescindível a comprovação da efetiva exposição a agentes nocivos, por laudo pericial, para fins de conversão de tempo de serviço comum em especial, quando a atividade desenvolvida não se enquadrar nos róis dos Decretos 53.831/1964 e 83.080/1979.

Nesse sentido, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. ENGENHEIRO ELETRÔNICO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE NOCIVA. AUSÊNCIA, IN CASU. SÚMULA 7/STJ

1. A prova do tempo de serviço exercido sob condições especiais é regida pela lei da época em que foi prestado: *tempus regit actum*.

2. Este Superior Tribunal de Justiça entende impossível o enquadramento, como insalubres ou perigosas, de outras atividades, ainda que anteriores à Lei 9.032/95, as quais não constem do rol de profissões dos Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79, exceção feita àquelas cuja especialidade seja, então, devidamente comprovada por meio de prova pericial.

3. No caso concreto, contudo, não restou comprovado o exercício da atividade de instalador de rede telefônica, sob condições especiais, pelo autor, que não se desincumbiu de tal ônus.

4. Na via especial, é vedada a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido. Súmula 07/STJ.

5. Agravo regimental a que se nega provimento

(AgRg no REsp 1255899/PR, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 22/09/2011)

Vigilante

A atividade de vigilante, com uso de arma de fogo, deve ser enquadrada como perigosa, nos termos do item 2.5.7 do Decreto 53.831/1964, por equiparação à atividade de guarda, nos termos da OS/INSS 600/1998 (item 5.1.2) e conforme jurisprudência pátria.

Ex vi: AC 0024985-12.2003.4.01.3800/MG, rel. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado), 3ª Turma Suplementar, *e-DJF1*, p. 1.084, de 03/08/2012; AC 0032832-33.2004.4.01.9199/MG, rel. Des. Federal Neuza Alves, Segunda Turma, *e-DJF1*, p. 58, de 04/10/2010; REsp 413614/SC, rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, *DJ* 02/09/2002).

No entanto, ressalte-se que a equiparação à atividade de guarda somente é admitida em caso de comprovação de vigilância armada.

Nesse sentido, confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APOSENTADORIA PROPORCIONAL. CONVERSÃO EM INTEGRAL. TEMPO ESPECIAL. VIGILANTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. O desempenho da atividade de vigilante sem o porte de arma de fogo não permite a contagem diferenciada do respectivo tempo de serviço para fins aposentadoria. Precedentes.

2. Apelação desprovida.

(AC 199934000253595, DESEMBARGADORA FEDERAL NEUZA MARIA ALVES DA SILVA, TRF1 - SEGUNDA TURMA, *e-DJF1* DATA: 09/07/2009 PAGINA: 39.)

Assim, até 28/04/1995, data da edição da Lei 9.032/1995, possível porém limitado o reconhecimento da atividade especial na categoria vigilante armado.

Fator e possibilidade de conversão

No que se refere ao fator de conversão a ser aplicado, a jurisprudência deste TRF 1ª Região adota o entendimento de que deve ser aplicado o fator previsto no ordenamento à época em que requerida a aposentadoria. Portanto, no presente caso, aplica-se a Lei 8.213/1991, que prevê o fator de conversão no patamar de 1.4. Nesse sentido: TRF 1ª Região, AC 1999.38.00.012052-6/MG, *DJ* de 30/05/2005.

Nesse mesmo sentido, o entendimento firmado pelo c. STJ, confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. FATOR DE CONVERSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. REGRA

DO DECRETO N. 3.048/1999, ART. 70. APLICAÇÃO PARA O TRABALHO DESEMPENHADO EM QUALQUER ÉPOCA (PRECEDENTES).

1. Conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, para fins de conversão do tempo de serviço especial em comum, deve ser aplicada a tabela contida no art. 70 do Decreto n. 3.048/1999 para o trabalho desempenhado em qualquer época.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 1358845/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 09/11/2011)

Ainda sobre o tema proposto, cumpre registrar que a legislação previdenciária possibilitou, também, a soma do tempo de trabalho com exposição aos agentes nocivos, após respectiva conversão, ao tempo de trabalho comum, para fins de concessão de aposentadoria por tempo de serviço.

Discute-se a possibilidade do reconhecimento do exercício de atividade especial em data anterior à legislação que teria trazido tal benefício ao mundo jurídico.

Se de fato ocorreu a especialidade do tempo de serviço, com exercício em data anterior à legislação que criou a aposentadoria especial, é possível o reconhecimento da atividade especial em período anterior a legislação instituidora.

Sobre a questão, vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ESPECIAL PARA FINS DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. LEI ORGÂNICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. ARTIGO 162 DA LEI 3.807/1960 (LOPS). RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

I - A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos está em saber se é possível o reconhecimento do exercício de atividade insalubre e perigosa, para fins de conversão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial, em período anterior à edição da Lei Orgânica da Previdência Social, Lei nº 3.807/60, diploma legal que instituiu a mencionada aposentação.

II- A Lei nº 3.807/60, em seu art. 162, traz determinação expressa no sentido de se assegurar aos beneficiários todos os direitos outorgados pelas respectivas legislações, levando, pois, à conclusão de ser possível o reconhecimento de tempo de serviço especial exercido antes do aludido diploma.

III- Tal hipótese não diz respeito à concessão retroativa do benefício de aposentadoria especial, tampouco à possibilidade de aplicação retroativa de lei nova que estabeleça restrição ao cômputo do tempo de serviço, hipóteses nas quais prevalece a aplicação do princípio do tempus regit actum.

IV- In casu, discute-se a possibilidade do reconhecimento do exercício de atividade especial em data anterior à legislação que teria trazido tal benefício ao mundo jurídico.

V- Se de fato ocorreu a especialidade do tempo de serviço, com exercício em data anterior à legislação que criou a aposentadoria especial, é possível o reconhecimento da atividade especial em período anterior a legislação instituidora.

VI- Interpretação diversa levaria à conclusão de que o segurado, sujeito a condições insalubres de trabalho, só teria direito à aposentadoria especial após 15, 20 e 25 anos de trabalho exercido depois da Lei nº 3.807/60, desconsiderando, portanto, todo o período de labor, também exercido em tal situação, porém em data anterior à lei de regência.

VII- Ademais, o objetivo da norma restaria prejudicado pois tornaria a aposentadoria por tempo de contribuição ou por idade mais célere do que a especial, vez que o segurado preencheria, com menor lapso de tempo, os requisitos para a obtenção da aposentadoria comum.

VIII- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1015694/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011)

Sem controvérsias a possibilidade de conversão entre a criação da previsão legal da especialidade do tempo de serviço até 28/05/1998.

Pois bem, o § 5º foi revogado pelo art. 28 da MP 1.663-10, de 28/05/1998, impedindo, a princípio, toda e qualquer conversão, a despeito das injustiças que iria causar o fim abrupto da conversão.

Porém, na 13ª edição da Medida Provisória 1.663, foi inserida uma norma de transição nos seguintes termos:

Art. 28. O Poder Executivo estabelecerá critérios para a conversão do tempo de trabalho exercido até 28 de maio de 1998, sob condições especiais que sejam prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos termos dos arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213, de 1991, na redação dada pelas Leis n.s 9.032, de 28 de abril de 1995, e 9.528, de 10 de dezembro de 1997, e de seu regulamento, em tempo de trabalho exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha implementado o percentual do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria especial, conforme estabelecido em regulamento.

A referida medida provisória converteu-se parcialmente na Lei 9.711, de 20/11/1998, tendo sido mantida a redação do art. 28, acima transcrito.

Ora, as leis, em regra, projetam os seus efeitos para o futuro, não podendo ser aplicadas retroativamente. Adotar as alterações promovidas

pelas leis supracitadas seria conferir efeitos retroativos ao diploma legal, restando prejudicado o princípio da segurança jurídica.

É bem de ver que o art. 58 da Lei 8.213/1991, não alterado pela Lei 9.032/1995, dispôs que “A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica”, o que significa dizer que até a edição de lei específica, o enquadramento seria efetuado de acordo com a atividade insalubre exercida.

Inclusive, firmou-se na jurisprudência o entendimento de que não importava o fato de a atividade não estar descrita em lei específica, desde que a realização de perícia comprovasse as condições especiais em que a atividade era desempenhada. Nesse sentido, a Súmula 198 do extinto TFR, *in verbis*:

Súmula 198. Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em regulamento

Por outro lado, a Emenda Constitucional 20, de 16/12/1998 assegurou a contagem do tempo de serviço cumprido, até que a lei discipline a matéria, como tempo de contribuição, tendo mantido em vigor, em seu art. 15, os arts. 57 e 58 da Lei de Benefícios, na redação vigente à data da publicação da emenda, até edição de lei complementar que discipline essas atividades, o que ainda não ocorreu.

Sendo assim, até que a lei complementar a que se refere o art. 201, § 1º, da Constituição Federal venha a ser publicada, permanece em vigor o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, na redação vigente à data da publicação da EC 20/1998.

Ou seja, o segurado ainda mantém o direito de converter o tempo de serviço especial em comum mediante a apresentação dos formulários DSS 8030 e/ou PPP e laudos periciais, já que não foi editada a lei complementar a que se refere o art. 201, § 1º, da Constituição Federal/1988.

Importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso representativo de controvérsia, firmou entendimento no sentido de que as atividades desenvolvidas em condições especiais, mesmo que posteriores a maio de 1998, devem ser convertidas em tempo comum, de forma majorada, para fins previdenciários. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO.
TEMPO ESPECIAL. CONVERSÃO. ROL

EXEMPLIFICATIVO. PRECEDENTES. PERÍODO POSTERIOR À LEI N. 9.711/1998. POSSIBILIDADE.

1. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que os róis contidos nos decretos regulamentadores do serviço de caráter especial são meramente exemplificativos, cabendo o enquadramento do labor mesmo nos casos não previstos, desde que o recorrente demonstre a efetiva exposição a fatores de risco. Precedentes.

2. No julgamento do REsp n. 1.151.363/MG, representativo de controvérsia, esta Terceira Seção confirmou o posicionamento de que continua válida a conversão de tempo de serviço especial para comum, mesmo após 1998.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1277986/AL, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 09/11/2011)

Equipamento de Proteção Individual

Com relação à utilização de Equipamento de Proteção Individual – EPI, verifico que o uso ou a existência dos EPIs não elide o direito à contagem do tempo de serviço especial. Há de se observar ainda que, como bem ressaltou o ilustre Procurador da República Antônio Carlos Alpino Bigonha, em seu parecer exarado na Apelação em Mandado de Segurança 2001.38.00.016308-7/MG, fls. 188–199,

[...] a existência de aparelhagem protetora é o mínimo que a empresa deve providenciar para que o trabalhador tenha mitigadas as adversidades decorrentes da atividade, o que não retira o caráter insalubre do trabalho, assim como, v.g., a utilização de capacetes por operários em minas de carvão não elidem a periculosidade da atividade ali exercida.

A Segunda Turma desta Corte já se posicionou no sentido de que “o uso de equipamentos de proteção não descaracteriza a situação de agressividade ou nocividade à saúde ou à integridade física, no ambiente de trabalho” (AMS 2001.38.00.017669-3/MG, rel. Des. Federal Tourinho Neto, Segunda Turma do TRF 1ª Região, DJ 24/10/2002, p. 44).

Dessa forma, não há que se falar em anulação do agente agressor e da eficácia do equipamento de proteção individual utilizado pelo autor como argumento para exclusão da contagem especial do tempo de serviço prestado.

Da aposentadoria

No que tange à matéria de fundo, verifico que a aposentadoria especial, benefício decorrente do trabalho realizado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado, era devida ao segurado que, contando no mínimo cinco anos de contribuições, tivesse trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25

(vinte e cinco) anos, pelo menos, conforme a atividade profissional, em condições que, para esse efeito, fossem consideradas penosas, insalubres ou perigosas, por decreto do Poder Executivo.

Com o advento da Lei 9.032/1995, de 28/04/1995, foram acrescentados os §§ 4º e 5º ao art. 57 da Lei 8.213/1991, passando a ser necessária a demonstração real de exposição aos agentes nocivos, químicos, físicos ou biológicos, por formulário SB 40 e laudo pericial. Possibilitou-se, também, a soma do tempo de trabalho com exposição aos agentes nocivos, após respectiva conversão, ao tempo de trabalho comum, para fins de concessão de aposentadoria por tempo de serviço.

O autor requereu a aposentadoria em data posterior à da edição da Lei 9.032/1995, que alterou o art. 57 da Lei 8.213/1991, passando a exigir a comprovação pelo segurado de tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou integridade física, o que restou implementado pelo autor conforme documentos juntados aos autos.

Por outro lado, a Emenda Constitucional 20, de 16/12/1998, ao alterar os arts. 201 e 202 da CF/1988, extinguiu a aposentadoria proporcional por tempo de serviço no âmbito do Regime Geral da Previdência Social, e assegurou a contagem do tempo de serviço cumprido, até que a lei discipline a matéria, como tempo de contribuição, tendo mantido em vigor, em seu art. 15, os arts. 57 e 58 da Lei de Benefícios, na redação vigente à data da publicação da Emenda, até edição de lei complementar que discipline essas atividades – o que ainda não ocorreu.

O direito dos segurados que, até a data da publicação da EC 20/1998, tivessem cumprido os requisitos exigidos para a obtenção dos benefícios restou assegurado na forma do seu art. 3º, que assim dispôs:

Art. 3º - É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

Art. 4º - Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.

Por sua vez, o art. 9º da EC 20/1998 criou regra de transição aplicável aos segurados filiados ao Regime

Geral de Previdência Social até a data da publicação da emenda.

Art. 9º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e *ressalvado o direito de opção* a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:

I - *contar com cinquenta e três anos de idade*, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e

II - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º - *O segurado* de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do “caput”, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, *pode aposentar-se com valores proporcionais* ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - *contar tempo de contribuição igual*, no mínimo, à soma de:

a) *trinta anos*, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e

b) *um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior*;

II - *o valor da aposentadoria proporcional será equivalente a setenta por cento do valor da aposentadoria a que se refere o “caput”, acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.* (Destaquei.)

Esta Primeira Turma firmou entendimento no sentido de que a regra de transição acima transcrita restou sem efeito para a aposentadoria integral, seja por tempo de contribuição, seja aposentadoria especial.

Tal fato se deu em decorrência da não aprovação, pelo Congresso Nacional, do estabelecimento de idade mínima para a obtenção de aposentadoria integral no âmbito do regime geral, que constava no projeto submetido àquela casa, de forma que não se pode cogitar de aplicação de pedágio e idade mínima se já satisfeitos todos os requisitos para a aposentação por tempo integral comum ou especial.

Sobre o tema, os ensinamentos de Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira (*in Reforma da Previdência*, Editora Brasília Jurídica, 1999, p. 256):

As regras de transição, assim, em relação à aposentadoria integral, restaram mesmo inócuas, já que a idade de 60 anos e 55 anos de idade, para homem e mulher, respectivamente, no texto das regras permanentes, não foi aprovada; e, assim, o segurado que não se interessar pela aposentadoria proporcional não se submeterá às regras transitórias para a integral, pois o benefício depende apenas do tempo de contribuição, que é de 35 anos e 30 anos, para homens e mulheres, respectivamente.

As regras de transição, assim, não encontram aplicação se o segurado completar tempo de contribuição necessário para a concessão de aposentadoria integral, conforme se colhe da ementa do julgado a seguir transcrito, da lavra do eminente Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, *verbis*:

PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO - TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL - EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS: RUIDO COM MÉDIA SUPERIOR AO LIMITE REGULAMENTAR E TENSÃO ELÉTRICA (250 VOLTS) - DIREITO ADQUIRIDO À FORMA DE CONTAGEM - DECRETOS Nº 53.831/64, 2.172/97 E 3.048/99 - CONVERSÃO - USO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO - FATOR DE CONVERSÃO - PRELIMINAR: INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA AFASTADA - APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.

[...]

8. O inciso I do §7º do art. 201, da CF/88, na redação do Projeto de Emenda à Constituição, associava tempo mínimo de contribuição (35 anos, para homem e 30 anos, para mulher) à idade mínima de 60 anos e 55 anos, respectivamente. Como a exigência da idade mínima não foi aprovada quando da promulgação da Emenda 20, a regra de transição para a aposentadoria integral (art. 9º, incisos I e II da EC 20) restou sem efeito, já que, no texto permanente (art. 201, §7º, Inciso I), a aposentadoria integral será concedida levando-se em conta somente o tempo de contribuição, sem exigência de idade ou “pedágio”. Precedentes: TRF 3ª Região, AG 216632/SP, Rel. Juíza Marisa Santos, Nona Turma, unânime, DJ de 22/03/2005, p. 448; TRF 4ª Região, AC 628276/RS, Rel. Juiz Celso Kipper, Quinta Turma, unânime, DJ 09/03/2005, p. 511 e TRF 4ª Região, AC 363694/RS, Rel. Juiz Luiz Carlos Cervi, Quinta Turma, unânime, DJ 07/05/2003, p. 740.

9. As exigências de idade mínima e período adicional, para a aposentadoria integral, antes previstas no art. 188 do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99), foram suprimidas pelo Decreto 4.729, de 09/06/2003, que deu nova redação ao art. 188. E a Instrução Normativa nº 118 do INSS, de 14/04/2005 (art. 109), em consonância

com o Regulamento, disciplinou a concessão da aposentadoria integral sem as exigências do art. 9º, incisos I e II da EC/20.

10. O tempo de atividade especial reconhecido (09/04/74 a 05/09/78 e 23/03/81 a 31/12/98), somado ao tempo comum reconhecido administrativamente pelo INSS (cf. Resumo de Documentos para Cálculo de fls. 36/38), perfaz um total superior a 35 anos, o que garante ao impetrante a aposentadoria integral por tempo de contribuição, como requerida.

11. Os efeitos financeiros da concessão da segurança operam-se a partir da impetração.

12. Preliminar rejeitada. Apelação e Remessa Oficial improvidas.

(TRF-1ª Região, 1ª Turma, AMS 2004.38.00.017513-2/MG, Rel. Des. Fed. Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, unânime, DJ 05.03.2007).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal concluiu, no julgamento do RE 575.089/RS (*DJ-E* 23/10/2008), pela impossibilidade de se computar tempo de serviço posterior à EC 20/1998, valendo-se das regras vigentes antes de sua edição. A essa questão foi atribuída repercussão geral.

O *leading case* restou assim ementado:

INSS. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO. DIREITO ADQUIRIDO. ART. 3º DA EC 20/98. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO POSTERIOR A 16.12.1998. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO CALCULADO EM CONFORMIDADE COM NORMAS VIGENTES ANTES DO ADVENTO DA REFERIDA EMENDA. INADMISSIBILIDADE. RE IMPROVIDO.

I - Embora tenha o recorrente direito adquirido à aposentadoria, nos termos do art. 3º da EC 20/98, não pode computar tempo de serviço posterior a ela, valendo-se das regras vigentes antes de sua edição.

II - Inexiste direito adquirido a determinado regime jurídico, razão pela qual não é lícito ao segurado conjugar as vantagens do novo sistema com aquelas aplicáveis ao anterior.

III - A superposição de vantagens caracteriza sistema híbrido, incompatível com a sistemática de cálculo dos benefícios previdenciários.

IV - Recurso extraordinário improvido. (STF, Tribunal Pleno, RE 575.089/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ-e 23.10.2008.)

Desse modo, a partir do julgamento do RE 575.089/RS entendeu-se que para obtenção de qualquer tipo aposentadoria, seja proporcional, integral ou especial, o segurado deverá submeter-se a regra de transição prevista no art. 9º da Emenda Constitucional 20/1998.

Ocorre que não se aplica ao caso concreto o referido precedente do Supremo Tribunal Federal,

com repercussão geral (RE 575089RS), tendo em vista que as premissas fáticas são diversas nos julgados em questão.

O Supremo Tribunal Federal ao apreciar o RE 575.089/RS apenas apreciou a *forma de cálculo* da Renda Mensal Inicial, não analisando quanto à possibilidade de contagem de tempo de serviço posterior a EC 20/1998 para concessão de aposentadoria por tempo integral e especial.

No relatório, bem como no voto condutor do acórdão em questão da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, a matéria restou assim analisada:

RELATÓRIO

[...]

Inconformado, o INSS interpôs recurso de apelação, no qual sustentou, em suma, que o então apelado não comprovou o tempo trabalhado em condições especiais, acrescentando, ainda, *que a forma de cálculo dos benefícios da aposentadoria estabelecida na sentença monocrática careceria de amparo legal.*

[...]

Assevera, ainda, que a redação do art. 202 da Constituição, na redação anterior à EC 20/98, assegurava o cálculo do benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição.

Sustenta, também, que não estava obrigado a requerer a sua aposentadoria até a data da publicação da EC 20/98, uma vez que esta garantiu aos segurados o direito de requerer-la, a qualquer tempo, sem prejuízo das vantagens já incorporadas.

Nesses termos, busca a reforma do acórdão recorrido, alegando que o Tribunal a quo, ao restringir o valor que receberia do INSS a apenas 76% do salário – benefício, fazendo-o corresponder a 31 anos de contribuição, feriu o seu direito à aposentadoria integral, além de vulnerar o princípio da reciprocidade estabelecido no art. 201, § 11, da Constituição (fl. 197).

[...]

O Ministério Público Federal, em manifestação subscrita pelo Subprocurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro Barros, opinou pelo desprovimento do RE (fls. 216/219), lavrando a seguinte ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. DIREITO ADQUIRIDO À APOSENTADORIA ANTES DO ADVENTO DA EC/20/98. PRETENSÃO DE CÁLCULO DO BENEFÍCIO COM BASE NOS SALÁRIOS-DE-BENEFÍCIOS POSTERIORES À REFERIDA EMENDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não é dado ao segurado o direito de mesclar sistemas previdenciários distintos, conjugando os aspectos mais favoráveis de cada regime, de forma a criar um sistema híbrido, para garantir-lhe o benefício calculado na forma pretendida. Precedente do STF.

2. Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário”.

VOTO

[...]

A matéria em debate neste RE, portanto, cinge-se a uma questão de direito, qual seja, a possibilidade, ou não, de poder o recorrente adotar, para o cálculo do benefício da aposentadoria, os critérios anteriores à vigência da EC 20/98, computado tempo de serviço posterior a ela.

Não está em discussão a contagem do tempo de serviço exercido em condições especiais, reconhecido em ambas as instâncias jurisdicionais, mesmo porque a matéria é de natureza fática e implicaria o revolvimento do contexto probatório, inviável nesta sede.

Como se sabe, a EC 20/98, em essência, transmudou o regime de aposentadoria por tempo de serviço no regime de aposentadoria por tempo de contribuição, alternando as normas de concessão de benefício, além de instituir regras de transição de um sistema a outro.

Ora, como bem assentou a douta Procuradoria – Geral da República, em seu parecer, o recorrente na verdade, pretende:

[...] mesclar regras de aposentadoria de sistemas previdenciários distintos, por meio de cálculo do benefício previdenciário com base nos trinta e seis últimos salários de contribuição (art. 202, da CF, com redação anterior à EC 20/98), levando-se em consideração o tempo de serviço prestado após a edição da EC 20/98.

[...]

A questão, de fato, não é nova nesta Corte.

Com efeito, o STF, ao apreciar situações semelhantes à presente firmou o entendimento de que não é lícito aos segurados do INSS mesclar as vantagens de dois regimes distintos de aposentadoria, beneficiando-se das vantagens decorrentes de um sistema híbrido.

[...]

Assim, caso queira o segurado incorporar tempo de serviço posterior à EC 20/98 para aposentar-se, como o fez o recorrente, não pode valer-se da legislação anterior para calcular o benefício previdenciário, pois estaria burlando as restrições contidas nas novas regras. ¹Ou seja, estaria criando um regime misto de aposentadoria, incompatível com a lógica do sistema. Em suma, se o segurado pretende agregar tempo posterior à EC 20/98, deve submeter-se ao novo ordenamento, com observância das regras de transição.

¹ Em especial as estabelecidas na Lei 9.876/1999, a qual instituiu o chamado *fator previdenciário*, que conjuga a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao aposentar-se.

O acórdão recorrido não impôs qualquer restrição à aposentadoria do recorrente, nem mesmo quanto ao cômputo do serviço exercido em condições especiais. Apenas decidiu que o cálculo do benefício só pode contemplar um dos dois critérios legais possíveis, o anterior ou posterior à EC 20/98. Ademais, determinou ao INSS que calcule o benefício segundo o critério mais favorável ao segurado, procedimento, aliás, rotineiramente observado pela autarquia em casos análogos.²

Registre-se por fim, que o acórdão recorrido, contrariamente ao alegado, também não vulnerou o art. 201, § 11, da Constituição, pois em nenhuma de suas passagens impediu a repercussão das contribuições recolhidas após a EC 20/90 no benefício do recorrente.

A decisão proferida pelo Tribunal Regional da 4ª Região, portanto, deu correta interpretação aos dispositivos constitucionais e legais aplicáveis à espécie, além de amoldar-se à jurisprudência desta Suprema Corte relativa ao tema.

Isso posto, pelo meu voto, *nego provimento* ao presente recurso extraordinário.

Ao contrário do precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal, o presente processo não trata da forma de cálculo da RMI, e sim da possibilidade de reconhecimento do tempo de serviço especial e consequente preenchimento dos requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por tempo especial ou por tempo de serviço.

Conforme se depreende da Lei 11.418/2006, o efeito vinculante em julgado de repercussão geral ocorrerá quando o caso em julgamento possuir as mesmas premissas fáticas do precedente vinculante, o que não é o caso em questão.

Dessa forma, deve permanecer o entendimento no sentido de que a regra de transição descrita no art. 9º da EC 20/1998 restou sem efeito para a aposentadoria integral, seja por tempo de contribuição, seja aposentadoria especial.

Caso concreto

Tempo de serviço especial

² Em memorial juntado aos autos, a Advocacia-Geral da União afirma o seguinte: “Caso o segurado opte por continuar a trabalhar e igualmente cumpra os requisitos do novo regime inaugurado pela EC 20/98, ser-lhe-á facultado aposentar-se pelas novas regras ou pelas regras do regime anterior, o que lhe for mais favorável” E o acórdão recorrido confirma tal assertiva, consignando “que o próprio INSS ao processar pedidos de aposentadoria faz simulações, quando necessário, considerando o tempo computado até 16/12/98, o tempo computado até 28/11/99 e o tempo computado até a DER.” Refere-se, respectivamente, à EC 20/1998, à Lei 9876/1999 e à data da entrada do requerimento da aposentadoria.

Passo à análise da situação individual do autor.

A fim de comprovar o direito alegado, o autor trouxe aos autos os seguintes documentos:

| | | | |
|-------|---------------------------------------|------------|------------|
| SEG | vigilante armado – DSS 8.030 fl. 34 | 18/04/1974 | 17/09/1976 |
| SEG | vigilante armado – DISES 5.235 fl. 35 | 26/08/1977 | 02/07/1979 |
| CJF | vigilante armado – DISES 5.235 fl. 38 | 02/07/1979 | 17/02/1984 |
| PIESV | vigilante armado – DISES 5.235 fl. 40 | 1º/03/1984 | 30/08/1987 |
| PLESV | vigilante armado – DISES 5.235 fl. 43 | 07/09/1987 | 28/04/1995 |

Como se vê, o autor esteve, nos períodos de atividade especial, sujeito a agente perigoso, por enquadramento profissional, fazendo jus à contagem do tempo de serviço como especial.

Ressalto que não procede a alegação do INSS de falta de comprovação da atividade especial, pois que, nos termos da legislação previdenciária, especialmente regulamentação administrativa própria (OS/INSS 600/1998 (item 5.1.2)), o porte de arma de fogo é comprovado pelo preenchimento dos formulários previdenciários, conforme nos autos.

Como se vê, o período a partir de 29/04/1995 deve ser considerado especial, e, portanto, excluído da contagem privilegiada de tempo de contribuição.

Contagem de tempo

Somando-se o tempo de serviço comum e o tempo de serviço especial, com conversão do tempo pelo fator 1.4, tem-se que à data da Emenda Constitucional 20/1998, o autor contava com *30 anos, 0 meses e 23 dias*, de tempo de serviço, isto é, havia cumprido os requisitos legais para a concessão da aposentadoria proporcional pelos critérios legais anteriores à reforma perpetrada pela EC 20/1998.

Consectários

O termo inicial do benefício é a partir do requerimento administrativo.

A correção monetária deve ser aplicada desde a data em que cada parcela se tornou devida (Súmula 19 do TRF 1ª Região), com a utilização dos índices constantes do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Os juros de mora ficam fixados em 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação. Quanto às parcelas vencidas posteriormente à citação, os juros incidem a partir da data em que se tornaram devidas, ocasião em que se verificou a mora.

Explicito que a correção monetária e os juros devem incidir na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

No tocante aos honorários advocatícios, considero razoável, no caso, a fixação dos honorários

advocáticos no percentual de 10% (dez por cento) sobre as parcelas vencidas até a prolação da sentença nos termos da Súmula 111/STJ. No entanto, ante a ausência de irresignação da parte autora, é de ser confirmada a sentença, em homenagem à proibição do *reformatio in pejus*.

Dispositivo

Ante todo o exposto, *nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial*, tão somente para excluir da contagem de tempo privilegiada o período a partir de 29/04/1995.

É como voto.

Segunda Turma

Agravo de Instrumento 0026941-02.2012.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (convocado)
Agravantes: Mariana Cruz Montenegro e outros
Advogados: Dr. Javam Araújo Deusdara
Dr. Bruno Costa Cavalcante
Dra. Rosilene Rosa Marques
Agravada: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Publicação: e-DJF1 de 03/05/2013, p. 233

Ementa

Administrativo. Agravo de instrumento. Concurso de promoção disciplinado pela Resolução CS-AGU 11/2008 do Conselho Superior da Advocacia-Geral da União. Critérios. Afronta à LC 73/1993 não caracterizada. Analogia com o critério estabelecido no art. 93, II, b, da CF, para a magistratura. Distinção entre a situações cotejadas. Ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Agravo provido.

I. É certo que as promoções na carreira da AGU devem observar o disposto na Lei Complementar 73/1993, que prevê, no parágrafo único de seu art. 24, a obediência aos critérios de antiguidade e merecimento, de forma alternada. Entretanto, a mesma lei complementar, em seu art. 25, atribuiu competência ao Conselho Superior da Advocacia-Geral da União para fixar *critérios objetivos* a serem preenchidos pelos candidatos à promoção *por merecimento*, tendo, por ele, sido editada a Resolução 11/2008, na qual foi exigido que o interessado figure na terça parte da lista de antiguidade da respectiva categoria.

II. A Resolução CS-AGU 11/2008, tem, portanto, como pressuposto de validade a própria Lei Complementar 73/1993, não apresentando qualquer vício de ilegalidade *estricta* ao estabelecer como critério objetivo, a ser observado na elaboração da lista para a promoção por merecimento, que os advogados da União figurem na primeira terça parte da lista de antiguidade da carreira da AGU.

III. A questão em foco tangencia exatamente a legalidade do ato – não sob o aspecto da autorização do CS-AGU para estabelecer novo critério objetivo de promoção –, mas da razoabilidade e proporcionalidade de tal critério quando aplicado no âmbito da Advocacia-Geral da União.

IV. Incabível a aplicação analógica do critério constitucionalmente previsto para a promoção de magistrados (CF, art. 93, II, b), como um critério objetivo a mais para promoção dos membros da AGU, na medida em que se tratam de situações bastante distintas, implicando tal aplicação num tratamento não isonômico entre os membros da carreira da AGU, posto que, na verdade, vedaria, sem justificativa plausível, a participação daqueles que ainda não têm implementado o requisito tempo, ao invés de *pontuar* (no critério de *merecimento*) o tempo de carreira daqueles com maior experiência profissional, com vistas a uma atuação profissional distinta e de maior responsabilidade, como é o caso da promoção dentro da carreira da magistratura.

V. A ascensão na carreira da AGU implica unicamente em efeitos financeiros, sem qualquer alteração na atuação funcional do candidato, a justificar um tratamento diferenciado (cláusula de barreira), no critério de merecimento.

VI. Agravo de instrumento provido.

Acórdão

Decide a Turma dar provimento ao agravo de instrumento, por unanimidade.

2ª Turma do TRF1ª Região – 03/04/2013.

Juiz Federal *Murilo Fernandes de Almeida*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida: — Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo ativo, interposto por Mariana Cruz Montenegro e outros, contra decisão do ilustre Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos do Mandado de Segurança 0016726-49.2012.4.01.3400, impetrado pelos ora agravantes em face do presidente do Conselho Superior da Advocacia-Geral da União, indeferiu o pedido de liminar objetivando a participação dos autores no concurso de promoção lançado pelo Edital CS-AGU 2/2012, em igualdade de condições com os outros membros da carreira (fls. 36–40).

Sustentamos agravantes, em síntese, a ilegalidade do ato do Conselho Superior da Advocacia-Geral da União que incluiu como requisito para promoção por merecimento dos membros da carreira, a necessidade do candidato figurar na primeira terça parte da lista de antiguidade da respectiva categoria.

Alegam que, embora o Conselho Superior possua competência para regulamentar as promoções na carreira da União, não pode criar requisito não contido na Lei Complementar 73/1993.

Requerem, a final, a atribuição liminar de efeito suspensivo ativo ao recurso, para suspender os efeitos da decisão agravada, e autorizar a participação dos agravantes no concurso de promoção em andamento, como elegíveis, por merecimento, afastando, no caso, o requisito de inclusão dos mesmos na primeira terça parte da lista de antiguidade na categoria, prevista no Edital CS-AGU 2, de 13 de março de 2012. No mérito, pugnam pelo provimento final do recurso (fls. 3–32).

Ao fundamento de ausência do requisito de verossimilhança da alegação, previsto no art. 558 do CPC, o pedido de concessão de efeito suspensivo formulado pelos recorrentes foi indeferido (fls. 97–98).

Contraminuta da União às fls. 103–113, datada de 11/06/2012, e, em duplicidade, às fls. 116–136, datada de 23/07/2012.

Petições das agravantes informando a juntada de lista provisória de promoção, publicada em 10/05/2012, sem que tenham sido contabilizados os pontos das agravantes, assim como que a própria União teria reconhecido a ilegalidade da cláusula de barreira ao retirar tal critério dos próximos concursos de promoção (fls. 144–153 e 156–160).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida: — Conforme relatado, os agravantes pretendem afastar norma administrativa restritiva, que autoriza a promoção por merecimento unicamente àqueles que se encontram na primeira terça parte da lista de antiguidade da carreira da AGU.

Tanto a decisão agravada, que indeferiu a liminar requerida no Mandado de Segurança 0016726-49.2012.4.01.3400 (fls. 36–40), quanto a decisão que indeferiu o pedido de concessão liminar de efeito suspensivo ativo ao presente recurso (fls. 97–98) são no sentido de que o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União, não incorreu em ilegalidade ao exigir, para fins de promoção por merecimento, que os membros da carreira da AGU integrem a terça parte da lista de antiguidade.

A decisão agravada encontra-se assim fundamentada:

A concessão da liminar em mandado de segurança subordina-se à presença concomitante do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, nos termos do inciso III do artigo 7º da Lei 12.016/2009.

Numa análise perfunctória, própria desta fase de cognição sumária, não vislumbro a presença dos requisitos supracitados.

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado).

A Lei Complementar nº 73/93, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências, dispõe no art. 24 e 25 sobre os critérios de promoção, bem como atribuiu ao Conselho Superior da Advocacia-Geral da União a competência para fixar critérios objetivos para o referido concurso.

Confira-se a integralidade dos referidos dispositivos:

Art. 24. A promoção de membro efetivo da Advocacia-Geral da União consiste em seu acesso à categoria imediatamente superior àquela em que se encontra.

Parágrafo único. As promoções serão processadas semestralmente pelo Conselho Superior da Advocacia-Geral da União, para vagas ocorridas até 30 de junho e até 31 de dezembro de cada ano, obedecidos, alternadamente, os critérios de antiguidade e merecimento.

Art. 25. A promoção por merecimento deve obedecer a critérios objetivos, fixados pelo Conselho Superior da Advocacia-Geral da União, dentre os quais a presteza e a segurança no desempenho da função, bem como a frequência e o aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento reconhecidos por órgãos oficiais.

O Conselho Superior da Advocacia-Geral da União, de acordo com a competência que lhe é atribuída pela Lei complementar nº 79/93, editou a Resolução nº 11, em 30 de dezembro de 2008, que teve por objetivo regulamentar as promoções relativas às Carreiras da Advocacia-Geral da União.

No parágrafo único do art. 10 da referida Resolução restou consignado que somente poderiam integrar as listas de promoção, por merecimento, os membros da AGU que integrem a primeira terça parte da lista de antiguidade da respectiva carreira.

Dispõe o art. 5º da Resolução nº 11/2008:

Art. 10. A apuração dos pontos para fins de elaboração da lista de classificação para a promoção por merecimento considerará, observado o disposto neste regulamento:

I - a presteza e a segurança no exercício das atribuições e no desempenho das funções do cargo;

II - a participação e o aproveitamento nos cursos de formação e aperfeiçoamento;

III - a publicação de matéria doutrinária de natureza jurídica e de gestão administrativa;

IV - o exercício das funções em local definido como de difícil provimento; e

V - o exercício de cargo em comissão e o exercício de atividades relevantes.

Parágrafo único. Somente poderá concorrer a promoção por merecimento, o membro da Advocacia-Geral da União que integre a primeira terça parte da lista de Antiguidade da respectiva categoria, salvo se não houver candidatos que se

enquadrem nesse requisito. (redação alterada pela Resolução nº 4, de 18 de junho de 2009)

Art. 5º Somente poderão integrar as listas de promoção, por antiguidade ou por merecimento, os membros da Advocacia-Geral da União que tenham cumprido o período de estágio confirmatório.

Analisando tais dispositivos, conclui-se que, embora não previsto na LC 73/93, o critério estabelecido pelo art. 5º Resolução n.11/2008 é bastante razoável, eis que estabelece critério objetivo a ser observado na elaboração da lista de promoção por merecimento dos advogados da União.

Ademais, referido critério objetivo (candidato à promoção por merecimento dever integrar a primeira terça parte da lista de antiguidade), não afronta a Carta Política, pois em caso semelhante na alínea b do inciso II do art. 93 dispõe que “a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago”, fixando, com isso, critério ainda mais restritivo no que se refere à promoção dos juízes, o qual pode ser empregado por analogia aos advogados da União, vez que as carreiras são semelhantes, principalmente no que diz respeito aos critérios de ingresso e promoção.

Assim, não confiro ilegalidade no inciso II do Anexo I do edital n. 02/2012, eis que obedece a critério objetivo e razoável fixado pela Resolução n. 11/2008 (fls. 37/39).

No mesmo sentido foi a decisão da então relatora Des. Federal Mônica Sifuentes, que indeferiu o pedido de efeito suspensivo:

Com efeito, a Lei Complementar n. 73/93, que trata sobre o regime jurídico da Advocacia-Geral da União, assim dispõe acerca dos critérios de promoção da respectiva categoria:

Art. 24. A promoção de membro efetivo da Advocacia-Geral da União

consiste em seu acesso à categoria imediatamente superior àquela em que se encontra.

Parágrafo único. As promoções serão processadas semestralmente pelo Conselho Superior da Advocacia-Geral da União, para vagas ocorridas até 30 de junho e até 31 de dezembro de cada ano, obedecidos, alternadamente, os critérios de antiguidade e merecimento.

Art. 25. A promoção por merecimento deve obedecer a critérios objetivos, fixados pelo Conselho Superior da Advocacia-Geral da União, dentre os quais a presteza e a segurança no desempenho da função, bem como a frequência e o aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento reconhecidos por órgãos oficiais.

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, depreende-se que ao Conselho Superior da Advocacia-Geral da União foi atribuída competência para fixar os critérios objetivos a serem preenchidos pelos candidatos quando pleitearem a promoção por merecimento. Então, o aludido órgão, valendo-se dos poderes que lhe foram conferidos pela LC n. 73/93, editou a Resolução n. 11/2008, que fixou parâmetros a serem observados quando da aferição do merecimento dos candidatos a promoção, exigindo que o interessado figure na terça parte da lista de antiguidade da respectiva categoria.

Feitas essas considerações, entendo que o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União, ao exigir dos membros da carreira da AGU integrar a terça parte da lista de antiguidade para fins de promoção por merecimento, não exorbitou as determinações da Lei Orgânica da AGU, sendo certo que o referido diploma legal autorizou, expressamente, o CSAGU estabelecer critérios objetivos para elaborar lista de promoção por merecimento.

Assim, o Conselho Superior da AGU atuou nos limites da competência que lhe foi atribuída, tendo adotado apenas parâmetros objetivos na regulamentação da promoção por merecimento, de modo que não procede a alegação de impossibilidade de aplicação do fator temporal para restringir a promoção por merecimento, porquanto, como bem pontuado na decisão agravada, a cláusula de barreira é utilizada na promoção da própria magistratura (art. 93 II, “b”, da CF/88).

Desse modo, se o próprio ordenamento constitucional reconhece legítimo o critério antiguidade na aferição do merecimento dos magistrados, não vislumbro, ao menos em juízo preambular, qualquer ilegalidade na restrição imposta. (fls. 97/98)

Ora, é certo que as promoções na carreira da AGU devem observar o disposto na Lei Complementar 73/1993, que prevê, no parágrafo único de seu art. 24, a obediência aos critérios de antiguidade e merecimento, *de forma alternada*. Entretanto, a mesma Lei Complementar, em seu art. 25, atribuiu competência ao Conselho Superior da Advocacia-Geral da União para fixar *critérios objetivos* a serem preenchidos pelos candidatos à promoção *por merecimento*, tendo, por ele, sido editada a Resolução 11/2008, na qual foi exigido que o interessado figure na terça parte da lista de antiguidade da respectiva categoria.

Do exposto, em uma primeira análise – conforme se vê das decisões antes transcritas –, a Resolução CS-AGU 11/2008, teria como pressuposto de validade a própria Lei Complementar 73/1993, não apresentando, sob o aspecto da legalidade *estrita*, qualquer vício de nulidade ao estabelecer o critério objetivo acima mencionado, o qual, à semelhança do dispositivo constitucional relativo à promoção de magistrados – cf. CF, art.

93, inciso II (alternância entre os critérios de antiguidade e merecimento), alínea *b* (para promoção *por merecimento* o juiz deve integrar a primeira quinta parte da *lista de antiguidade*) –, *em tese*, não descaracterizaria o critério genérico de merecimento – ainda que limitado a determinados membros constantes da lista de antiguidade –, tampouco a alternância entre os critérios de antiguidade e merecimento, prevista em lei.

Note-se, contudo, que apesar de existir previsão constitucional, à primeira vista, similar à do ato impugnado, com relação à carreira da magistratura, tal fato não implica necessariamente em equivalência das situações cotejadas.

O dispositivo constitucional prevê critério de ascensão funcional por merecimento para cargo cuja promoção implica não somente em aumento remuneratório, mas em significativa alteração na atuação funcional do candidato, o que não ocorre nos quadros da Advocacia da União, onde tal ascensão implica *exclusivamente* em efeitos financeiros dentro da carreira, sem qualquer alteração na atuação funcional do candidato, o que, a meu sentir, corresponde a distinção que não pode ser ignorada, no caso.

É de salientar-se, por outro lado, que as modernas doutrina e jurisprudência acerca do controle do ato administrativo por parte do Judiciário têm se posicionado no sentido de que a correção do ato administrativo, na via judicial, pode fundamentar-se também nos princípios jurídicos que norteiam a Administração Pública, não implicando tal correção em ofensa ao princípio da separação dos poderes do estado, a despeito da eventual *legalidade formal* da norma impugnada.

Assim, uma análise da legalidade do ato administrativo sob o prisma dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não consiste em invasão do *mérito do ato administrativo* (ou seja, o campo de liberdade reservado pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade), sendo um critério plenamente aferível pelo Judiciário.

Nesse sentido destaco os seguintes julgados do egrégio STJ:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. JUIZ SUBSTITUTO DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ. CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO. LIMITAÇÃO. OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA. EXIGÊNCIA DO ENUNCIADO DA QUESTÃO NÃO VALORADA NO ESPELHO DE CORREÇÃO DA PROVA DE SENTENÇA PENAL. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CONFIANÇA E DA MORALIDADE. INCLUSÃO DE NOVO ITEM NO ESPELHO

DE CORREÇÃO. REDISTRIBUIÇÃO DOS PONTOS. 1. É cediço que o controle judicial do ato administrativo deve se limitar ao exame de sua compatibilidade com as disposições legais e constitucionais que lhe são aplicáveis, sob pena de restar configurada invasão indevida do Poder Judiciário na Administração Pública, em flagrante ofensa ao princípio da separação dos Poderes. 2. Desborda do juízo de oportunidade e conveniência do ato administrativo, exercido privativamente pelo administrador público; a fixação de critérios de correção de prova de concurso público que se mostrem desarrazoados e desproporcionais, o que permite ao Poder Judiciário realizar o controle do ato, para adequá-lo aos princípios que norteiam a atividade administrativa, previstos no art. 37 da Carta Constitucional. 3. Mostra-se desarrazoado e abusivo a Administração exigir do candidato, em prova de concurso público, a apreciação de determinado tema para, posteriormente, sequer levá-lo em consideração para a atribuição da nota no momento da correção da prova. Tal proceder inquina o ato administrativo de irregularidade, pois atenta contra a confiança do candidato na administração, atuando sobre as expectativas legítimas das partes e a boa-fé objetiva, em flagrante ofensa ao princípio constitucional da moralidade administrativa. 4. Recurso ordinário provido.

(ROMS 200801787400, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:22/02/2010.)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROFESSOR-ADJUNTO. UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS. REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. ACUMULAÇÃO DE CARGO PÚBLICO COM OUTRO CARGO DE PROFESSOR DA REDE PRIVADA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APURAÇÃO DE ATOS DE INSUBORDINAÇÃO. PENA DE DEMISSÃO DESPROPORCIONAL E DESARRAZOADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITO MODIFICATIVO PARA CONCEDER A ORDEM DE SEGURANÇA. 1. A jurisprudência do STJ admite, excepcionalmente, a concessão de efeito modificativo ao julgado em embargos de declaração. 2. É sabido que em tema de controle judicial dos atos administrativos, a razoabilidade, assim como a proporcionalidade, fundadas no devido processo legal, decorrem da legalidade, por isso que podem e devem ser analisadas pelo Poder Judiciário, quando provocado a fazê-lo. 3. A pena de demissão deve ser revista pelo Poder Judiciário, quando desarrazoada e desproporcional ao fato apurado no PAD, o que ocorreu nos presentes autos. Precedentes do STJ. 4. Embargos de declaração acolhidos com efeito modificativo para conceder a ordem de segurança.

(EDMS 200400123568, CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA:03/08/2009.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IPI. ALÍQUOTA ZERO.

NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA COMPOSIÇÃO QUÍMICA DA MATÉRIA-PRIMA UTILIZADA NA INDUSTRIALIZAÇÃO DE PRODUTOS. REQUERIMENTO DE PROVA PERICIAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DEFERIMENTO OU INDEFERIMENTO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 18 DO DECRETO N. 70.235/72. POSSIBILIDADE DE CONTROLE PELO JUDICIÁRIO. 1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa aos arts. 131, 458 e 535, inc. II, do CPC. Neste sentido, existem diversos precedentes desta Corte. 2. Hoje em dia, parte da doutrina e da jurisprudência já admite que o Poder Judiciário possa controlar o mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade) sempre que, no uso da discricionariedade admitida legalmente, a Administração Pública agir contrariamente ao princípio da razoabilidade. Lições doutrinárias. 3. Isso se dá porque, ao extrapolar os limites da razoabilidade, a Administração acaba violando a própria legalidade, que, por sua vez, deve pautar a atuação do Poder Público, segundo ditames constitucionais (notadamente do art. 37, caput). 4. Dessa forma, por mais que o art. 18 do Decreto n. 70.235/72 diga que, em processo administrativo fiscal, a autoridade competente pode indeferir os pedidos de perícia formulados pelo interessado sempre que considerá-los prescindíveis para o deslinde da questão, se o Judiciário, apreciando pretensão ventilada pelo contribuinte, observa que “[a] matéria objeto do auto de infração envolve conhecimentos técnicos específicos que implicam no necessário auxílio de produção de prova pericial, pois se discute a composição química da matéria-prima e dos produtos industrializados pela impetrante, para fins de comprovação de que estariam sujeitos à alíquota zero” (fl. 214), então, por meio do controle de legalidade, o pedido de produção de prova deve ser deferido. 5. Note-se que a subsunção de determinado insumo ou matéria-prima ao regime de alíquota zero, isenção ou não-tributação não é uma questão de conveniência e oportunidade da Administração, vale dizer, se o produto está enquadrado na hipótese fática descrita na lei, então devem incidir as consequências nela previstas. 6. Se o único modo de se demonstrar o cumprimento do substrato fático da norma é através da realização de perícia (conforme conclusão da origem), fica fácil concluir que eventual oposição da Administração acaba violando o direito subjetivo constitucional do administrado-contribuinte ao devido processo legal (art. 5º, inc. LIV). 7. Na verdade, mais do que malferir o citado dispositivo constitucional, a Administração fere a própria regra vertida pelo art. 18 do Decreto n. 70.235/72 (que supostamente embasaria sua pretensão recursal), pois ficou constatado que não há caso de prescindibilidade da prova pericial - ao contrário, ela é decisiva. Como dito anteriormente, tem-se aqui clássica situação em que, a pretexto de um juízo de conveniência e oportunidade, o Poder Público

acaba indo de encontro à legalidade. 8. Recurso especial não-provido.

(RESP 200501463957, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:01/12/2008.)

A meu sentir, a questão em foco tangencia exatamente a legalidade do ato – não sob o aspecto da autorização do CS-AGU para estabelecer novo critério objetivo de promoção –, mas da razoabilidade e proporcionalidade de tal critério quando aplicado no âmbito da Advocacia-Geral da União.

Nesse raciocínio, tenho como incabível a aplicação analógica do critério constitucionalmente previsto para a promoção de magistrados, como um critério objetivo a mais para promoção dos membros da AGU, na medida em que se tratam de situações bastante distintas, implicando tal aplicação num tratamento não isonômico entre os membros da carreira da AGU, posto que, na verdade, vedaria, sem justificativa plausível, a participação daqueles que ainda não têm implementado o requisito tempo, ao invés de *pontuar* (no critério de *merecimento*) o tempo de carreira daqueles com maior experiência profissional, com vistas a uma atuação profissional distinta e de maior responsabilidade em instância superior, como é o caso da promoção dentro da carreira da magistratura.

Desborda-se, na hipótese, a meu sentir, os limites da razoabilidade e proporcionalidade devidos no caso,

eis que, conforme já dito, a ascensão na carreira da AGU implica unicamente em efeitos financeiros, sem qualquer alteração na atuação funcional do candidato, a justificar um tratamento diferenciado (cláusula de barreira), no critério de merecimento.

Note-se ainda que, em qualquer hipótese, permaneceria inalterada a possibilidade de ascensão do candidato mais antigo pelo critério alternado da *antiguidade*, conforme prevêem a Lei Complementar 73/1993 e a própria Resolução 11/2008 do CS-AGU.

Por outro lado, a despeito do fato da própria AGU ter posteriormente retirado a cláusula de barreira impugnada (Resolução 15/2001, art. 5º - fls. 21–22 e 159–161), ela o fez apenas com relação aos próximos certames, sem influência sobre o certame sob análise que corresponde ao período avaliativo de 30 de junho a 31 de dezembro de 2011. Assim sendo, ante a patente ilegalidade da referida cláusula – conforme razões acima expostas –, que continua efetivamente aplicada pela Administração ao certame em foco, impõe-se o deferimento da autorização judicial para participação dos agravantes no concurso de promoção lançado pelo Edital CS-AGU 2/2012, em igualdade de condições com os outros membros da carreira, conforme requerido na inicial.

Em razão do exposto, dou provimento ao agravo.

É o voto.

Segunda Turma

Numeração única: 0000476-19.2005.4.01.3809

Apelação Cível 2005.38.09.000476-1/MG

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves
 Apelante: José Jorge Velela
 Advogado: Dr. David Gaspri
 Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Publicação: e-DJF1 de 27/05/2013, p. 682

Ementa

Previdenciário. Constitucional. Revisão de benefício concedido na vigência da Lei 8.213/1991. Renda mensal inicial. Arts. 29 e 31 da Lei 8.213/1991 e alterações subsequentes. Segurado exercente de mandato eletivo. Lei 9.506/1997. Reajustamento do benefício. Critérios de reajuste. Preservação do valor real.

I. A Lei 8.213/1991, em seu art. 29, estabeleceu a sistemática de cálculo da Renda Mensal Inicial dos benefícios previdenciários considerando a média dos salários de contribuição referentes aos últimos 36 (trinta e seis) meses, com a devida atualização monetária.

II. O Demonstrativo de Cálculo da Renda Mensal Inicial da aposentadoria do autor revela que o INSS apurou o valor inicial do benefício corrigindo monetariamente todos os 36 (trinta e seis) salários de contribuição utilizados no período básico de cálculo em conformidade com a legislação de regência, não havendo, por conseguinte, ilegalidade na fixação da RMI do benefício.

III. A legislação em vigor na data da concessão da aposentadoria do autor não considerava o ocupante de cargo eletivo segurado obrigatório da Previdência Social e somente com a edição da Lei 9.506/1997, que acrescentou a alínea *h* ao inciso I do art. 12 da Lei 8.212/1991, é que o exercente de mandato eletivo passou a ser considerado segurado obrigatório do RGPS, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social.

IV. O benefício do autor foi concedido após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, portanto, não foi alcançado pela determinação inserta no art. 58 do ADCT, que assegurou, aos benefícios concedidos até 05/10/1988, o direito à equivalência do seu valor com o número de salários-mínimos estabelecido na ocasião da concessão. Assim, inaplicável a revisão do art. 58 do ADCT.

V. O reajustamento dos benefícios previdenciários, a partir da entrada em vigor do novo Plano de Benefícios da Previdência Social, deve observar o disposto no art. 41, II, da Lei 8.213/1991 e alterações subsequentes, atendendo à determinação constitucional de que a preservação do valor real dos benefícios se dá com a aplicação dos critérios de reajuste previstos em lei.

VI. Previsão inserida na Lei 11.430, de 26 de dezembro de 2006, que atualizou a Lei 8.213/1991 estabelecendo que: “O valor dos benefícios em manutenção será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário-mínimo, *pro rata*, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. [...]”.

VII. A preservação do valor real dos benefícios previdenciários ocorre com observância aos critérios e índices estabelecidos em lei, defeso ao Poder Judiciário estabelecer a aplicação de índices de reajuste diferentes, não havendo falar, pois, em ofensa às garantias de irredutibilidade do valor dos benefícios e da preservação do seu valor real, bem assim em qualquer inconstitucionalidade na Lei 8.213/1991.

VIII. Apelação desprovida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 08/05/2013.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Trata-se de apelação interposta pelo segurado (fls. 135–154) contra sentença (fls. 127–132) proferida pelo Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Varginha/MG, que, em ação pelo rito ordinário, julgou improcedente o pedido de revisão do seu benefício previdenciário, condenando-o ao pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado, fixados em R\$ 300,00 (trezentos reais), cuja cobrança ficou suspensa por ser beneficiário da justiça gratuita.

O suplicante sustenta, em resumo, que lhe foi concedida aposentadoria em 25/03/1992 e o INSS, por ocasião do cálculo da renda mensal inicial do benefício, não observou as disposições legais previstas na Lei 8.213/1981, o que importou na fixação do valor inicial da aposentadoria em quantia inferior à efetivamente devida; e que os critérios de reajuste adotados pelo INSS na via administrativa não foram suficientes para garantir o efetivo cumprimento da determinação constitucional inserta no art. 201, §2º, da CF/1988, que assegura aos beneficiários da Previdência Social o direito ao reajuste dos benefícios com vista à preservação do seu valor real.

Em contrarrazões (fls. 157–158), o INSS pugna pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Voto^{*}

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — A pretensão trazida a este juízo refere-se à revisão do cálculo da renda mensal inicial do benefício do autor, bem assim a correção dos valores nos termos da lei em vigor, insurgindo-se contra os critérios adotados pelo INSS na via administrativa, mais especificamente da forma indicada expressamente na peça inicial, *verbis*:

SEJA POR VEXA RECEBIDO E JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO, MANDANDO AO REQUERIDO:

a) a revisão, o reajuste e a atualização do cálculo da RMI (Renda Mensal Inicial) que, por força legal, deverá ser calculada sobre a média dos salários do requerente à época, ou seja, de 30 (trinta) salários mínimos, mais o INPC acumulado desde a data do cálculo feito erradamente, com os índices determinados por lei e a devida correção sobre o valor final do benefício;

b) que o benefício revisado e reajustado e corrigido seja pago desde a data da concessão, com os índices previstos pela lei, mandando que se pague todas as parcelas que foram sonegadas de uma só vez, acrescidas de correção monetária e juros de mora e honorários advocatícios na base de 20% (vinte por cento) fixados sobre o total a ser pago, acrescidos de 12 prestações vincendas, e as custas do processo reembolsadas ao requerente. (fl. 14)

O autor é titular do benefício de aposentadoria por idade concedido em 25/03/1992, portanto na vigência da Lei 8.213/1991.

O art. 202 da Constituição Federal de 1988, em sua redação original vigente na data da concessão da aposentadoria do autor, estabeleceu que o cálculo da renda mensal inicial dos benefícios tomaria por base a média aritmética dos últimos 36 (trinta e seis) salários de contribuição devidamente atualizados, nos seguintes termos:

É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de

contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições.

O art. 29 da Lei 8.213/1991, por sua vez, em sua redação original, ao dispor sobre a sistemática de cálculo dos benefícios, estabeleceu que:

O salário de benefício consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários de contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses.

Por outro lado, o art. 31 da citada Lei 8.213/1991 (na redação original) previu que

[...] todos os salários de contribuição computados no cálculo do valor do benefício serão ajustados, mês a mês, de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), referente ao período decorrido a partir da data de competência do salário de contribuição até a do início do benefício, de modo a preservar os seus valores reais.

A partir de janeiro de 1993 o Índice de Reajuste do Salário Mínimo – IRSM substituiu o INPC/IBGE para todos os fins previstos nas Leis 8.212/1991 e 8.213/1991, por força do disposto no art. 9º, §3º, da Lei 8.542/1992.

Para os benefícios concedidos sob a égide da Lei 8.213/1991, portanto, o cálculo do seu valor inicial deveria observar o disposto no art. 31 da Lei 8.213/1991, e alterações subsequentes, com a atualização monetária de todos os 36 (trinta e seis) salários de contribuição computados no período básico de cálculo.

O documento de fl. 61, consistente no Demonstrativo de Cálculo da Renda Mensal Inicial, evidencia que o INSS promoveu o cálculo da RMI da aposentadoria do autor corrigindo monetariamente todos os 36 (trinta e seis) salários de contribuição utilizados no período básico de cálculo (de março/1989 a fevereiro/1992) em conformidade com a legislação de regência, apurando, assim, o salário de benefício sobre o qual incidiu o coeficiente de cálculo de 77% (setenta e sete por cento) para a fixação da Renda Mensal Inicial.

Por outro lado, não há previsão legal para a pretensão do autor de inclusão, nos salários de contribuição que compuseram o período básico de cálculo de sua aposentadoria, dos valores por ele percebidos a título de subsídios da Prefeitura Municipal de São Gonçalo do Sapucaí, pelo exercício do mandato eletivo de prefeito daquela municipalidade.

^{*}Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Murilo Fernandes de Almeida e Cleberson José Rocha (convocados).

É que a legislação em vigor na data da concessão da aposentadoria do autor não considerava o ocupante de cargo eletivo segurado obrigatório da Previdência Social e no período em que ele exerceu o mandato de prefeito (de 1989 a 1992) não foram recolhidas contribuições para a Previdência Social, conforme informação prestada pelo INSS à fl. 126.

Somente com a edição da Lei 9.506/1997, que acrescentou a alínea *h* ao inciso I do art. 12 da Lei 8.212/1991, é que o exercente de mandato eletivo passou a ser considerado segurado obrigatório do RGPS, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social.

Diante desse quadro, a prova dos autos revela que não houve ilegalidade na apuração da RMI da aposentadoria do autor, pois tanto a utilização dos salários de contribuição que integraram o período básico de cálculo quanto os índices de correção monetária adotados pelo INSS estavam em conformidade com a legislação então em vigor.

No tocante ao reajustamento dos benefícios, após a edição da Lei 8.213/1991 os benefícios previdenciários passaram a ser reajustados com base no seu art. 41, inciso II, em sua redação original, o qual determinou que

[...] os valores dos benefícios em manutenção serão reajustados, de acordo com suas respectivas datas de início, com base na variação integral do INPC, calculado pelo IBGE, nas mesmas épocas em que o salário-mínimo for alterado, pelo índice da cesta básica ou substituto eventual.

O inciso II do art. 41 da Lei 8.213/1991 foi revogado pela Lei 8.542/1992, que estabeleceu o fator de correção quadrimestral em substituição ao INPC, conforme previsto no art. 9º, *verbis*:

Art. 9º A partir de maio de 1993, inclusive, os benefícios de prestação continuada da Previdência Social terão reajuste quadrimestral pela variação acumulada do IRSM, sempre nos meses de janeiro, maio e setembro.

§ 1º Os benefícios com data de início posterior a 31 de janeiro de 1993 terão seu primeiro reajuste calculado pela variação acumulada do IRSM entre o mês de início, inclusive, e o mês imediatamente anterior ao do referido reajuste.

§ 2º A partir da referência janeiro de 1993, o IRSM substitui o INPC para todos os fins previstos nas Leis nºs 8.212, e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991.

Ainda sobre o tema foi editada a Lei 8.700/1993, que alterou alguns artigos da Lei 8.542/1992, dentre eles o art. 9º, preservando o reajuste quadrimestral

e as datas-base para reajustamento dos benefícios previdenciários e determinando, ainda, a concessão de antecipações, a partir de agosto de 1993, nos meses de fevereiro, março, abril, junho, julho, agosto, outubro, novembro e dezembro, em percentual correspondente à parte da variação do IRSM que excedesse a 10% (dez por cento) no mês anterior ao de sua concessão.

Posteriormente, foi editada a Medida Provisória 434/1994, reeditada e convertida na Lei 8.880/1994, que revogou o art. 9º da Lei 8.542/1992 e a Lei 8.700/1994, estabelecendo, conforme a previsão do seu art. 20, a conversão dos benefícios em Unidade Real de Valor – URV, no dia 1º/03/1994, e prevendo, ainda, o reajustamento do salário-mínimo e dos benefícios previdenciários, no mês de maio de 1995, pela variação acumulada do IPC-r entre o mês da primeira emissão do real e o mês de abril de 1995.

Em seguida, a Medida Provisória 1.415/1996 determinou o reajustamento dos benefícios previdenciários, no mês de maio de 1996, pela variação acumulada do Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna – IGP-DI, apurado pela Fundação Getúlio Vargas. A referida medida provisória, após sucessivas reedições, foi convertida na Lei 9.711/1998.

Por outro lado, nos meses de junho/1997, junho/1999, junho/2000 e junho/2001, o reajustamento dos benefícios previdenciários se deu com base em índices específicos legalmente estabelecidos pelas Medidas Provisórias 1.572-1/1997 (7,76%), 1.824-2/1999 (4,61%), 2.022-17/2000 (5,81%) e pelo Decreto 3.826/2001 (7,66%), respectivamente, em cumprimento à determinação constitucional de concessão de reajustamentos periódicos aos benefícios com vista à preservação do seu valor real.

A Lei 10.699, de 9 de julho de 2003, reafirmou o comando de que o reajuste dos benefícios previdenciários seria realizado com base em percentual definido em regulamento e deu nova redação ao *caput* do art. 41 da Lei 8.213/1991:

Art. 41. Os valores dos benefícios em manutenção serão reajustados a partir de 2004, na mesma data de reajuste do salário-mínimo, *pro rata*, de acordo com suas respectivas datas de início ou do seu último reajustamento, com base em percentual definido em regulamento, observados os seguintes critérios: [...]

Com fundamento na Lei 10.699/2003, foram editados os Decretos 4.709, de 29 de maio de 2003, 5.061, de 30 de abril de 2004, e 5.443, de 9 de maio de 2005, os quais determinaram o reajuste dos benefícios previdenciários, naqueles anos, nos percentuais de

19,71% (dezenove inteiros e setenta e um centésimos por cento), 4,53% (quatro inteiros e cinquenta e três centésimos por cento) e 6,35% (seis inteiros e trinta e cinco centésimos por cento), respectivamente.

A Medida Provisória 316, de 11 de agosto de 2006, por meio de seu art. 7º, revogou o art. 41 da Lei 8.213/1991. Ainda, a mencionada medida provisória foi convertida na Lei 11.430, de 26 de dezembro de 2006, que estabeleceu a forma de reajuste na forma adiante transcrita:

O valor dos benefícios em manutenção será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário-mínimo, pro rata, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

§ 1º Nenhum benefício reajustado poderá exceder o limite máximo do salário-de-benefício na data do reajustamento, respeitados os direitos adquiridos.

§ 2º Os benefícios serão pagos do 1º (primeiro) ao 5º (quinto) dia útil do mês seguinte ao de sua competência, observada a distribuição proporcional do número de beneficiários por dia de pagamento.

§ 3º O 1º (primeiro) pagamento de renda mensal do benefício será efetuado até 45 (quarenta e cinco) dias após a data da apresentação pelo segurado da documentação necessária a sua concessão.

§ 4º Para os benefícios que tenham sido majorados devido à elevação do salário-mínimo, o referido aumento deverá ser compensado no momento da aplicação do disposto no caput deste artigo, de acordo com normas a serem baixadas pelo Ministério da Previdência Social.

Determinada a forma de reajuste em obediência ao texto constitucional, por meio da Lei 8.213/1991, como demonstrado pelo art. 41, acima transcrito.

De outra banca, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 201, § 2º, com redação anterior à Emenda Constitucional 20/1998, estabeleceu que *“É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”*.

O reajustamento dos benefícios previdenciários, portanto, a partir da entrada em vigor do novo Plano de Benefícios da Previdência Social, deve ocorrer com base na Lei 8.213/1991 e suas alterações subsequentes, atendendo à determinação constitucional de que a preservação do valor real dos benefícios se dá com a aplicação dos critérios de reajuste previstos em lei.

Com efeito, a regra vigente afasta a equivalência dos benefícios previdenciários ao número de salários-mínimos.

E quanto à aplicação dos preceitos insertos no art. 58 do ADCT, a regra trazida no referido dispositivo constitucional vigorou apenas no período de março/1989 até a implantação do novo Plano de Benefícios da Previdência Social, que se deu com a edição da Lei 8.213/1991.

Vê-se que o benefício do autor foi concedido em momento bem posterior ao alcançado pela determinação inserta no art. 58 do ADCT, obtendo, assim, tratamento expresso na Lei 8.213/1991, conforme previsão constitucional.

Ademais, o art. 7º da Constituição Federal de 1988 é claro quanto à impossibilidade de vinculação do salário-mínimo, estabelecendo que:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - *salário-mínimo*, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, *sendo vedada sua vinculação para qualquer fim*;

[...]

Assim, não assiste razão ao autor quanto ao pleito inaugural, pelo que mantenho a sentença na sua íntegra.

Ante o exposto, *nego* provimento à apelação, conforme fundamentação acima delineada.

É o meu voto.

Terceira Turma

Habeas Corpus 0015338-92.2013.4.01.0000/GO

Relator: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado)
Impetrante: Dr. Maurício de Melo Cardoso
Impetrado: Juízo Federal da 11ª Vara/GO
Paciente: Massatoshi Sérgio Katayama
Publicação: e-DJF1 de 26/04/2013, p. 846

Ementa

Penal e Processo Penal. Habeas corpus. Operação Monte Carlo. Paciente militar. Delito de corrupção passiva. Competência da Justiça Militar estadual. Delito de formação de quadrilha. Competência da Justiça Federal. Nulidades afastadas. Interceptações telefônicas. Legalidade. Medida cautelar de afastamento do cargo. Manutenção.

I. Tratando-se de competências absolutas e, portanto, não prorrogáveis, verifica-se a competência da Justiça Militar estadual para processar e julgar o delito de corrupção passiva, previsto como crime no art. 308 do Código Penal Militar, e a competência da Justiça Federal para processar e julgar o delito de formação de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do Código Penal.

II. Não é possível o julgamento conjunto em razão de conexão ou continência, pois o art. 102, *a*, do CPP dispõe que não haverá unidade de processo em caso de concurso entre a jurisdição militar e a comum.

III. A licitude e legalidade das interceptações telefônicas realizadas na operação Monte Carlo foi atestada nos autos do HC 0026655-24.2012.4.01.0000/GO, impetrado em favor de Carlos Augusto de Almeida Ramos (e-DJF1 29/09/2012).

IV. Os fundamentos da medida cautelar de afastamento temporário do agente público militar de sua função subsistem e visam evitar que continue utilizando de suas funções para vazar informações e interferir na conclusão das investigações.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, conceder parcialmente ordem de *habeas corpus*, apenas para determinar desmembrado o feito, designando-se a competência da Justiça Militar estadual para processar e julgar o paciente pela prática do delito de corrupção passiva, previsto como crime no art. 308 do Código Penal Militar.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 16/04/2013.

Juiz Federal Renato Martins Prates, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martins Prates: —

1. Maurício de Melo Cardoso, advogado, inscrito na OAB/GO, sob n. 21.852, com escritório na Rua 88-A, n. 32, Setor Sul, Cidade de Goiânia, Estado de Goiás, impetra *habeas corpus* em favor de Massatoshi Sérgio Katayama, Coronel da Polícia Militar do Estado de Goiás, residente na Rua 16-A, n. 627, Ap. 1.302, Setor Aeroporto, Cidade de Goiânia/GO, contra ato do MM. Juiz Federal Substituto da 11ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, Daniel Guerra Alves, que, apesar de absolutamente incompetente recebeu denúncia contra o ora paciente.

Alega que o ora paciente foi denunciado pelo Ministério Público Federal, na operação denominada Monte Carlo, como participante da organização criminosa chefiada por Carlos Augusto Ramos, conhecido por Carlinhos Cachoeira. Segundo a denúncia, o paciente

[...] atuava na organização criminosa repassando informações sigilosas e relevantes sobre operações policiais, mediante o pagamento regular de propina.

O paciente era chefe do Comando de Policiamento da capital.

Diz o impetrante que, recebida a denúncia, a autoridade apontada como coatora determinou

[...] o imediato afastamento [do paciente] do cargo de Comandante do Comando do Policiamento da Capital, o recolhimento de suas credenciais do posto de coronel da Polícia Militar, a devolução do armamento e sua imediata agregação do quadro de oficiais.

Argumenta o impetrante que

[...] tais medidas, exceto o afastamento do cargo, revestem-se de caráter antecipatório de condenação, uma vez que o paciente sequer pode se identificar como oficial da Polícia Militar.

Sustenta:

Segundo a denúncia, o paciente praticou o crime de corrupção passiva no exercício da função, crime próprio que exige a condição de ser o agente servidor público. No caso militar.

O delito de corrupção passiva praticado por militar (em razão da função) tem previsão especial no Estatuto Penal Militar, no art. 308 e parágrafos.

[...] A Carta Magna prescreve no art. 125, § 4º, que compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Alega, outrossim, que o juiz que proferiu a decisão ora em estudo é juiz federal substituto da 15ª Vara de Goiás, e não há nenhum ato normativo designando-o para atuar como substituto na 11ª Vara. Assim, houve violação ao princípio do juiz natural. Afirma que a interceptação telefônica foi procedida de forma ilícita.

Pede o impetrante liminarmente: a) reconhecimento da incompetência da Justiça Federal para julgar o crime militar imputado ao paciente; b) reconhecimento da violação ao princípio da identidade física do juiz; c) reconhecimento da nulidade da prova colhida por meio de interceptação telefônica; d) trancamento da ação; e) revogação das medidas cautelares impostas ao paciente. No mérito, requer que se confirme a liminar (fls. 2–14).

2. Informações prestadas às fls. 195–205.

3. O Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República Guilherme Malgadi, opina pela concessão parcial da ordem, para que seja desmembrado o feito, designando-se a competência da Justiça Militar estadual processar e julgar o paciente pela prática do delito de corrupção passiva, previsto

como crime no art. 308 do Código Penal Militar (fls. 209–217).

4. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martins Prates —

1. Maurício de Melo Cardoso, advogado, *impetra habeas corpus* em favor de Massatoshi Sérgio Katayama, Coronel da Polícia Militar do Estado de Goiás, contra ato do MM. Juiz Federal Substituto da 11ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, Daniel Guerra Alves, que, apesar de absolutamente incompetente recebeu denúncia contra o ora paciente.

2. Competência

O Ministério Público Federal denunciou o impetrante, na operação denominada Monte Carlo, por participar da organização criminosa chefiada por Carlos Augusto Ramos, conhecido por Carlinhos Cachoeira, repassando informações sigilosas e relevantes sobre operações policiais, mediante o pagamento regular de propina enquanto chefe do Comando de Policiamento da capital. Assim, ele teria praticado o crime de corrupção passiva no exercício da função de militar, previsto no art. 317, §1º, do CP, e o delito de formação de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do CP.

Em razão de tais fatos, foi ordenado o afastamento do paciente do cargo.

O art. 125, § 4º, da Constituição Federal dispõe que compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei.

Em consonância com a Constituição Federal, o Código Penal Militar dispõe:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (convocado).

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) *por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;*

O delito de corrupção passiva praticado por militar em razão da função está previsto como crime no art. 308 do Código Penal Militar, veja:

Corrupção passiva

Art. 308. Receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, mas em razão dela vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Aumento de pena

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

Diminuição de pena

§ 2º Se o agente pratica, deixa de praticar ou retarda o ato de ofício com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

No que tange ao delito de formação de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do Código Penal, não há dispositivo similar previsto no Código Penal Militar.

Nesse diapasão, tratando-se de competências absolutas e, portanto, não prorrogáveis, verifica-se a competência da Justiça Militar estadual processar e julgar o paciente pela prática do delito de corrupção passiva, previsto como crime no art. 308 do Código Penal Militar, e a competência da Justiça Federal para processar e julgar o paciente pela prática do delito de formação de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do Código Penal.

Ressalte-se não ser possível o julgamento conjunto em razão de conexão ou continência, pois o art. 102, *a*, do CPP dispõe que não haverá unidade de processo em caso de concurso entre a jurisdição militar e a comum.

Assim, impõe-se o desmembramento do feito.

3. Nulidades

Sustenta o impetrante que o juiz federal substituto da 15ª Vara de Goiás prolatou a decisão impugnada em substituição na 11ª Vara, sem, contudo, ter designação para tanto, fato que violou o princípio do juiz natural.

Não houve qualquer violação a esse título, eis que o juiz que recebeu a denúncia era o legalmente designado para o feito conforme as regras do art. 101 do Provimento 38/2009 da Corregedoria, consoante consta das informações prestadas às fls. 195–205.

A afirmação de que a interceptação telefônica foi procedida de forma ilícita tampouco procede. Consta das informações prestadas às fls. 195–205 todos os fundamentos apresentados pelo magistrado acerca da legitimidade da realização dessa prova, os quais não merecem qualquer reparo.

Além disso, as alegações acerca da ilicitude das interceptações telefônicas realizadas na operação Monte Carlo, em discussão, já foram devidamente analisadas e refutadas uma a uma por este Tribunal, sendo constatada a legalidade dessas provas nos autos do HC 0026655-24.2012.4.01.0000/GO, impetrado em favor de Carlos Augusto de Almeida Ramos, (*e-DJF1 29/09/2012*).

Esse voto contém fundamentação suficiente para refutar as argumentações do ora paciente. Veja a ementa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NOTÍCIA CRIMINIS ANÔNIMA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. IMPOSSIBILIDADE DE COLHEITA DA PROVA POR OUTROS MEIOS. PECULIARIDADES E EXCEPCIONALIDADES ENVOLVENDO A INVESTIGAÇÃO POLICIAL EM SUA FASE INICIAL. LEGALIDADE OBSERVADA. PRISÃO PREVENTIVA. DENÚNCIA RECEBIDA. AÇÃO PENAL INSTAURADA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE DESENTRANHAMENTO DAS PROVAS COLHIDAS COM O MONITORAMENTO TELEFÔNICO E DAQUELAS DELAS DERIVADAS. ORDEM DENEGADA.

Admite-se, ainda que extraordinariamente, que se inicie procedimento investigatório a partir de denúncia anônima, uma vez que as Cortes Superiores abrandaram uma interpretação mais rigorosa para, em casos excepcionais, permitir o desencadeamento do inquérito policial a partir do anonimato.

Não é usual iniciar uma investigação criminal por meio de uma interceptação telefônica, abrindo mão, desde logo, de outros meios de colheitas de provas, até porque, nos termos do art. 2º da Lei 9.296/1996, que regulamenta a parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; e o fato investigado

constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Contudo, justifica-se pela excepcionalidade dar início à investigação, por meio de interceptação telefônica, quando, entre os investigados, já se vislumbra a presença de policiais militares, civis e federais, dentre os quais delegados, na logística de segurança e no fornecimento de informações para a suposta organização criminosa, a comprometer a eficácia dos demais meios de prova.

A lei processual penal permite a privação da liberdade, pela via da custódia temporária, no interesse da investigação, até quando não se conhece a verdadeira identidade do investigado, circunstância essa que se equivale à necessidade de se interceptar um aparelho telefônico, sem conhecimento sobre o titular ou usuário, cuja habilitação ocorreu no exterior, o que dificulta a identificação.

Fundamentação deficiente em decisão que decreta a quebra do sigilo telefônico não pode ser considerada, por si só, como se inexistente fosse, por mais precários que sejam os seus fundamentos. O indispensável é que estejam demonstrados indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punível com pena de reclusão e a indisponibilidade de outros meios para a colheita eficaz da prova.

Diante das razões da impetração, não se vislumbra, até aqui, nulidade nas interceptações impugnadas, o que não significa que, mais adiante, não se possa deparar com possível ilegalidade dessas escutas, à medida que, no caso, segundo tem sido noticiado pela imprensa, em decorrência de vazamentos, existem diálogos gravados entre o paciente e autoridades com prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal, sendo que, até o momento, não se tem notícias acerca da habitualidade ou não de tais conversas, e se estão ou não ao nível do que acontecera em caso anterior, na chamada Operação Vegas, que de imediato fora declinada a competência e remetido os autos à Procuradoria Geral da República, a fim de que, se fosse o caso, a investigação pudesse ser submetida ao Juízo natural, na hipótese, à Suprema Corte, de modo a impedir possível descaso com as garantias individuais asseguradas na Constituição Federal.

Por enquanto, à míngua dos elementos existentes e colocados para apreciação neste habeas

corpus, não se apresenta possível visualizar tal desvio e, se ocorrente, qual a sua extensão e efeitos.

Ordem denegada.

Portanto, não se constata as nulidades alegadas.

4. Mérito

O paciente foi afastado do cargo de comandante do Comando do Policiamento da capital, com o recolhimento de suas credenciais do posto de coronel da Polícia Militar, a devolução do armamento e sua imediata agregação do quadro de oficiais.

Acerca dessa medida cautelar que suspendeu o paciente da sua função, as razões para sua decretação encontram-se nas informações prestadas às fls. 195–205, sendo uma delas a utilização do cargo para a prática dos delitos que lhe são imputados, eis que utilizou de informações sigilosas obtidas no exercício da função, para repassar a quadrilha, colaborando, assim, com o crime organizado.

Portanto, esse afastamento temporário dos agentes públicos visa a evitar que continuem utilizando de suas funções para vazarem informações e interferir na conclusão das investigações.

Ademais, foi dito que

[...] enquanto estiverem em plena atividade, utilizando viaturas, armas e roupas da corporação, mantém-se imaculada sua capacidade intimidatória junto a testemunhas, demais investigados e eventuais corréus e autoridades envolvidas com o processo. No entanto, se afastado, sentirão o enfraquecimento de seus poderes e os males que deles possam surgir.

5. Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem, apenas para determinar o desmembrado o feito, tendo em vista a competência da Justiça Militar estadual para processar e julgar o paciente pela prática do delito de corrupção passiva, tipificado no art. 308 do Código Penal Militar.

Proceda-se à extração de cópia da ação penal de origem para remessa à Justiça Militar estadual competente.

6. É o voto.

Terceira Turma

Habeas Corpus 0020696-38.2013.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Catão Alves
Impetrante: José Alves Costa Neto
Impetrada: Juíza da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais
Paciente: Sigiloso (réu preso)
Publicação: e-DJF1 de 29/05/2013, p. 263

Ementa

Habeas Corpus. Furto Qualificado. Código Penal, art. 155, § 4º, II. Prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública. Manutenção para evitar continuidade delitiva decorrente de fácil acesso a computador em qualquer local em que ele esteja. Habeas Corpus denegado.

a) *Habeas Corpus*.

b) Matéria – Revogação de Prisão Preventiva. Constrangimento ilegal porque, além de ausentes os pressupostos que autorizam tal prisão e presentes os requisitos necessários à obtenção de liberdade provisória, o Paciente tem endereço certo, profissão definida, é primário e a necessidade da prisão cautelar não fora fundamentada.

c) Ministério Público Federal – Denegação do *Habeas Corpus*.

I. Cometidos os delitos pela internet, sendo hábil à continuidade delitiva o fácil acesso do Paciente a computador em qualquer local, sua segregação é necessária para impedir que prossiga, reiteradamente, na prática delituosa, perturbando, assim, a ordem pública.

II. *Habeas Corpus* denegado.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, denegar a ordem de *Habeas Corpus*.

Teceira Turma do TRF 1ª Região – 21/05/2013.

Desembargador Federal *Catão Alves*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: —

Vistos, etc.

1. José Alves Costa Neto, qualificado nos autos, impetra *habeas corpus* (fls. 2–8) a favor de André Francisco de Castro Soares, identificado na inicial, à asserção de que a decisão proferida pela autoridade apontada como coatora, Juíza da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, ao decretar sua prisão preventiva por ter cometido, em tese, o delito tipificado no art. 155, § 4º, do Código Penal (fls. 292–294), infligira ao Paciente constrangimento ilegal porque, além de ausentes os pressupostos que autorizam tal prisão e presentes os requisitos necessários à obtenção de liberdade provisória, ele tem endereço

certo, profissão definida, é primário e a necessidade da prisão cautelar não fora fundamentada.

2. Pede a revogação da prisão preventiva.

3. À inicial foram acostados os documentos de fls. 37–275.

4. Notificada, a autoridade apontada como coatora prestou as informações de fls. 278–279, esclarecendo que, existentes indícios de prática de crimes de furto qualificado pela fraude e de quadrilha ou bando, acolhera representação da autoridade policial, após parecer favorável do Ministério Público Federal, e decretara a prisão preventiva do Paciente e busca domiciliar, com fundamento na garantia da ordem pública por terem as investigações policiais apurado que o Paciente lidera quadrilha especializada no cometimento de fraudes eletrônicas pela internet

para subtração de vultuosas quantias depositadas em diversas contas bancárias em agências da Caixa Econômica Federal, justificando o encarceramento a periculosidade do agente diante da possível reiteração da atividade criminosa pela facilidade de uso de programas destinados a tal atividade criminosa.

5. Ouvida, a Procuradoria-Regional da República opinou pela denegação da ordem de *Habeas Corpus*, subscrevendo as informações da autoridade apontada como coatora e acrescentando que, solto, o Paciente poderá, por meio de simples notebook, facilmente, prosseguir na conduta delitativa. (fls. 287–289.)

6. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: —

1. Ao decretar a prisão preventiva do Paciente, a autoridade apontada como coatora deduziu os seguintes fundamentos:

“Primeiramente, observo que os elementos de prova coligidos aos autos, substancialmente explicitados com minudência nos relatórios de análise nº 272/11 (anexado às fls. 04/37 do IPL 004/12 em apenso) e de informação nº 158/2013 (fls. 173/174 do IPL 1.493/2010 em apenso) atestam que o requerido André vêm(sic) praticando de maneira iterativa crimes de furto pela internet, possivelmente com o auxílio de comparsas, tendo como alvo correntistas de diversas instituições bancárias, entre as quais se destaca a Caixa Econômica Federal.

Segundo as diligências promovidas pela Polícia Judiciária, a potencial lesão ao patrimônio da empresa pública federal ultrapassa o montante de oitenta e quatro mil reais.

Os indícios de autoria, que recaem sobre André, foram corroborados pelo depoimento de sua companheira Fernanda Patrícia Lopes da Conceição, o que só reforça a presença do *fumus commissi delicti*.

O *periculum libertatis*, por sua vez, encontra lastro no risco que a liberdade do requerido representa, no momento, para a manutenção da ordem pública.

Com efeito, o curso das investigações evidencia que André Francisco de Castro Soares lidera uma quadrilha especializada no cometimento de fraudes eletrônicas, dispondo de equipamentos tecnológicos e programas espíões inseridos em computadores ligados à internet, de modo a propiciar a subtração de vultuosas quantias depositadas em

diversas contas bancárias mantidas em agências da Caixa Econômica Federal.

Nesse contexto, considerando a prática delitativa reiterada e a facilidade na execução dos atos fraudulentos, mediante o uso de programas capazes de capturar dados bancários e transferir valores para outras contas, efetuar pagamentos de boletos e adquirir créditos para telefone celular, mostra-se justificada a segregação cautelar para a garantia da ordem pública.

Em casos similares ao dos autos, o STJ possui diversos precedentes que respaldam a legitimidade da prisão cautelar para a preservação da ordem pública. A propósito, colaciono o seguinte aresto, cuja ementa segue transcrita:

[...] Hipótese na qual o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime de furto qualificado, pois seria integrante de grupo organizado com o fim de(sic) praticar fraudes por meio da Internet, concernentes na(sic) subtração de valores de contas bancárias, em detrimento de diversas vítimas e instituições financeiras, entre elas a Caixa Econômica Federal, a partir da utilização de programa de computador denominado TROJAN. Não há ilegalidade na decretação da custódia cautelar do paciente, tampouco no acórdão confirmatório da segregação, pois a fundamentação encontra amparo nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e na jurisprudência dominante. As peculiaridades concretas das práticas supostamente criminosas revelam que a liberdade do réu poderia ensejar, facilmente, a reiteração da atividade delitativa, indicando a necessidade de manutenção da custódia cautelar. As eventuais fraudes podem ser perpetradas na privacidade da residência, do escritório ou, sem muita dificuldade, em qualquer lugar em que se possa ter acesso à rede mundial de computadores. A real possibilidade de reiteração criminosa, constatada pelas evidências concretas do caso em tela, é suficiente para fundamentar a segregação do paciente para garantia da ordem pública. Ordem denegada. EMEN: (HC 200700878118, GILSON DIPP, STJ – QUINTA TURMA, DJ DATA: 06/8/2007 PG: 00598. DTPB.)

A despeito da graduação das medidas cautelares de índole pessoal, convém ressaltar que, para tutelar o regular andamento da persecução penal, a contumácia do requerido na atividade delitativa não recomenda, por enquanto(sic), a substituição da prisão por outras medidas cautelares, disciplinadas no art. 319 do CPP, com redação conferida pela Lei nº 12.403/2011.” (Fls. 292/294.)

2. De outro lado, ao indeferir o relaxamento da prisão preventiva, asseverou a aludida autoridade:

“O requerido, através(sic) de pedido deduzido nos autos do procedimento de nº(sic) 13219-10.2013.4.01.3800, postulou a revogação da prisão preventiva e, alternativamente, a concessão de liberdade provisória. O pleito foi indeferido em

*Participaram do julgamento o Exmo. Srs. Des. Federal Cândido Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado).

08/4/2013, haja vista que os argumentos declinados no pedido não foram aptos a infirmar a validade do decreto prisional, tendo em conta a subsistência dos motivos autorizadores da segregação cautelar.” (Fls. 279.)

3. Verifica-se, pelas transcrições feitas nos itens anteriores, que, ao contrário do que alega o Impetrante, o decreto de prisão preventiva foi, exaustivamente, fundamentado.

4. Não fora isso, este Tribunal tem decidido que “o fato de o paciente possuir bons antecedentes, ter residência fixa e residir com a família não é razão suficiente para a concessão da ordem pleiteada”. (HC 2004.01.00.047314-8/MG – Rel. Juiz Federal Marcus Vinicius Bastos (convocado) – TRF 1ª Região – Quarta Turma – Unânime – DJ 03/02/2005 – p. 58.) (Grifei e destaquei.)

5. E mais, “o prazo para conclusão do inquérito não é peremptório, podendo se dilatar em casos

de investigações mais complexas, observando-se o princípio da razoabilidade”. (HC 0061017-57.2009.4.01.0000/AP – Rel. Juiz Federal Cesar Jatahy Fonseca (convocado) – TRF1ª Região – Terceira Turma – Unânime – e-DJF1 27/11/2009 – p. 70.) (Grifei e destaquei.)

6. Finalmente, como os delitos são cometidos pela internet, sendo hábil à continuidade delitiva o fácil acesso do Paciente a computador em qualquer local, sua segregação é necessária para impedir que prossiga, reiteradamente, na prática delituosa, perturbando, assim, a ordem pública.

Pelo exposto, denego a ordem de Habeas Corpus.

É o meu voto.

Quarta Turma

Habeas Corpus 0064497-38.2012.4.01.0000/DF

Relatora: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada)
Impetrante: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Impetrado: Promotor de Justiça Militar
Paciente: Jefferson Hernandes
Publicação: e-DJF1 de 26/04/2013, p. 852

Ementa

Penal. Processo Penal. Habeas corpus. Inquérito policial militar. Requisição pelo Ministério Público Militar. Habeas corpus. Autoridade coatora membro do Ministério Público da União. Competência originária do Tribunal Regional Federal. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada.

I. “O Ministério Público Militar integra o Ministério Público da União, nos termos do disposto no art. 128, I, c, da Constituição Federal, sendo que compete ao Tribunal Regional Federal processar e julgar os membros do Ministério Público da União (art. 108, I, a, CF). Consoante já decidiu esta Corte, “em matéria de competência para o *habeas corpus*, o sistema da Constituição Federal – com a única exceção daqueles em que o coator seja Ministro de Estado (CF, arts. 105, I, c, e 102, I, e) –, é o de conferi-la originariamente ao Tribunal a que caiba julgar os crimes da autoridade que a impetração situe como coator ou paciente (CF, arts. 102, I, d; 105, I, c).” (RE 141.209, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20/03/1992). 4. Desse modo, se o IPM foi instaurado por requisição de membro do Ministério Público Militar, este deve figurar como autoridade coatora (RHC 64.385/RS, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 07/11/1986), cabendo ao Tribunal Regional Federal o julgamento de eventual *habeas corpus* impetrado contra a instauração do inquérito. 5. Recurso provido” (RMS 27872, Ellen Gracie, STF).

II. Os fatos em apuração foram levados ao conhecimento do impetrado pelo próprio paciente do HC, não havendo que se falar em denúncia anônima. De forma açodada, a impetrante, sem que sequer indiciamento formalizado, aponta o próprio comunicante dos fatos junto ao MPM como paciente, sem indicar qualquer ato do

impetrado a impor-lhe risco à liberdade ambulatorial. Trata-se de apuração, em fase inicial, de fatos considerados graves e noticiados por meio de missiva subscrita pelo paciente e e-mail dirigido ao Ministério Público, por pessoa já identificada. *Destarte, contrapõe-se ao virtual direito invocado pela impetrante, o dever do Estado de apurar os fatos, em tese, cometidos contra a Administração Pública e seus autores.*

III. “Havendo notícia de fatos que, em tese, caracterizam infração penal, não há falar em ilegalidade da requisição ministerial de instauração de inquérito policial, que não se compromete formalmente pela ausência de expressa tipificação penal, até recomendável em obséquio da formação do juízo da autoridade policial, em nada estranho à disciplina da requisição, como é da essência do Estado de Direito, na perspectiva dos direitos fundamentais” (HC 15.115/MS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 11/12/2001, DJ 25/02/2002, p. 447).

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 09/04/2013.

Juíza Federal *Rosimayre Gonçalves de Carvalho*, relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — A União impetrou a presente ordem de habeas corpus em benefício de Jefferson Hernandes, identificado na inicial, contra ato do eminente Promotor de Justiça Militar, Dr. Adriano Alves, ocasião em que postulou a concessão da ordem “[...] para que seja determinado o imediato trancamento do IPM 49/2012 (Doc. 1), da 6ª Região Militar do Exército Brasileiro [...]” (fl. 22).

Em defesa de sua pretensão, alega a impetrante, em resumo, que:

[...] a autoridade coatora é representante do Ministério Público Militar (o Promotor de Justiça Militar Adriano Alves), o qual requisitou a continuidade do Inquérito Policial Militar 49/2012 (fl. 3);

O representado, militar honesto e obediente às leis, sofre clara tentativa de desqualificação pessoal, valendo-se o denunciante do anonimato e de uma conta de correio eletrônico como guarida para não ser punido civil ou criminalmente (fl.15);

[...] é um absurdo a eventual instauração de procedimentos administrativos com base única em denúncias anônimas ou apócrifas (fl.16);

[...] conclui-se ser clara a inexistência de indícios de autoria e materialidade de qualquer tipo de delito, denotando a falta de justa causa penal para a continuidade do IPM 49/2012 requisitada pelo Ministério Público Militar [...] (fl. 21).

Por meio da decisão de fl. 632, a análise da possibilidade de concessão liminar da ordem foi postergada para após as informações a serem prestadas pela eminente autoridade impetrada, o que ocorreu às fls. 634–636 e documentos de fls. 637–684.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer às fls. 982–988, manifestando-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, se conhecido, pela denegação da ordem.

Às fls. 997–1.000, manifestou o promotor de Justiça Militar, autoridade apontada coatora, no sentido de que “[...] seja ratificada a competência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região para julgamento, sendo conhecido e denegado o writ interposto pelo paciente” (fl. 1.000).

Por meio da decisão de fls. 1.002–1.003 foi indeferido o pedido de concessão liminar da ordem.

Indo os autos novamente ao d. Ministério Público Federal, manifestou o *Parquet* Federal às fls. 1.018–1.024 [...] pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, se conhecido, pela denegação da ordem (fl. 1.024).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — Objetiva a impetrante, em síntese, a concessão da ordem para que se determine o trancamento do Inquérito Policial Militar 49/2012 (doc. 1), da 6ª Região Militar do Exército Brasileiro.

Impende, inicialmente, definir acerca da competência para julgar o presente *habeas corpus*.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Olindo Menezes e Hilton Queiroz.

Em mandado de segurança e *habeas corpus*, como é sabido, a competência define-se em razão da autoridade apontada coatora e, mais,

[...] em matéria de competência para o *habeas corpus* o sistema da Constituição Federal – com a única exceção daqueles em que o coator seja Ministro de Estado (CF, arts. 105, I, c e 102, I, e) – é o de conferi-la originariamente ao Tribunal a que caiba julgar os crimes da autoridade que a impetração situe como coator ou paciente (STF-RMS 27.872, rel. Min. Ellen Gracie, 19/03/2010).

No caso, a autoridade é membro do Ministério Público Militar, haja vista o documento de fls. 23–24, consistente na requisição de instauração inquérito policial militar, assim redigido:

O MPM recebeu a Representação nº 01/2012, relatando supostas irregularidades nessa OM, à época do Comando do Cel Jefferson Hernandez, que, se confirmados, podem configurar crimes de naturezas diversas e, caso contrário, podem caracterizar crime contra a honra ou contra a Administração da Justiça Militar.

Assim sendo, O MPM requisita a V.Exa, com fundamento no artigo 129, inciso VIII, da Constituição Federal, c/c o artigo 7º, inciso II, da Lei Complementar nº 75/93, a instauração de Inquérito Policial Militar em que devem ser realizadas, necessariamente, as diligências que se seguem, sem prejuízo de outras necessárias:

(...) (fl. 23)

Com efeito, em relação à justiça castrense, dispõe o art. 124 da Constituição Federal: “À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”. Todavia, essa competência, em razão do disposto nos artigos 108, I, “a” cede espaço à definição específica quando a autoridade apontada coatora for membro do *Ministério Público da União*, excetuando apenas os crimes eleitorais.

Com efeito, esse tem sido o entendimento que vem prevalecendo nesta Corte e perante o eg. STF e STJ, a conferir:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. APURAÇÃO. REQUISIÇÃO POR REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. PLEITO DE TRANCAMENTO. INCONSISTÊNCIA.

1. Competência do TRF/1ª Região para processar e julgar o Habeas Corpus, fundada em jurisprudência oriunda do egrégio STF. Precedente.

2. Fundamentação que se não coaduna com as hipóteses elencadas no artigo 43 do Código de Processo Penal, que, por injunção análoga, se apropositam à espécie.

3. Mera existência de questão prejudicial não abona o trancamento de inquérito.

4. Constrangimento ilegal inócidente. Ordem denegada.

(TRF 1ª Região-HC0029737-73.2006.4.01.0000 /DF, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, 4ª TURMA, julgado por unanimidade em 22/08/20062 publicado no DJ de 01/09/2006, p. 20)

COMPETÊNCIA CRIMINAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. REQUISIÇÃO POR PROMOTOR DE JUSTIÇA MILITAR. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR EVENTUAL HABEAS CORPUS. ART. 108, I, a, c/c ART. 128, I, c, DA CF. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

1. O presente recurso ordinário em mandado de segurança visa ao reconhecimento da incompetência do Superior Tribunal Militar para determinar o trancamento de inquérito policial militar instaurado por requisição do Ministério Público Militar.

2. O Ministério Público Militar integra o Ministério Público da União, nos termos do disposto no art. 128, I, c, da Constituição Federal, sendo que compete ao Tribunal Regional Federal processar e julgar os membros do Ministério Público da União (art. 108, I, a, CF).

3. Consoante já decidiu esta Corte, “em matéria de competência para o habeas corpus, o sistema da Constituição Federal - com a única exceção daqueles em que o coator seja Ministro de Estado (CF, arts. 105, I, c, e 102, I, e) -, é o de conferi-la originariamente ao Tribunal a que caiba julgar os crimes da autoridade que a impetração situe como coator ou paciente (CF, arts. 102, I, d; 105, I, c).” (RE 141.209, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20.03.1992).

4. Desse modo, se o IPM foi instaurado por requisição de membro do Ministério Público Militar, este deve figurar como autoridade coatora (RHC 64.385/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 07.11.1986), cabendo ao Tribunal Regional Federal o julgamento de eventual habeas corpus impetrado contra a instauração do inquérito.

5. Recurso provido.

(STF - RMS 27872, relatora Ministra ELLEN GRACIE, 2ª Turma, julgado por unanimidade em 02/03/2010, publicado no DJe – 050 de 19/03/2010, p 164).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 1º, INCISOS II E V, DA LEI Nº 8.137/90. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. COMPETÊNCIA DO E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO PARA APRECIAR E JULGAR HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA ATO ATRIBUÍDO A MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO

FEDERAL E TERRITÓRIOS. CONFLITO APARENTE DE NORMAS QUE SE RESOLVE PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. A DISCUSSÃO NA ESFERA CÍVEL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, PER SE, NÃO SERVE PARA ELIDIR A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL MORMENTE QUANDO SE TEM NA FIGURA TÍPICA A DESCRIÇÃO DE FRAUDE.

I - O aparente conflito de normas estabelecido entre o art. 96, III, e o art. 108, I, a, c/c art. 128, I, d, todos da CF, que se coloca quando se discute a quem compete apreciar e julgar habeas corpus impetrado contra ato atribuído à membro do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, se resolve pela aplicação do princípio da especialidade.

II - Não cabe ao e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, mas, sim, ao e. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, conhecer de habeas corpus onde se aponta como autoridade coatora membro do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

(Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte).

III - O simples fato de haver sido ajuizada uma ação de consignação em pagamento, ou ainda, a eventual possibilidade de haver a extinção do crédito tributário a partir da compensação, per se, não elide a caracterização do crime de sonegação fiscal, mormente quando se tem na figura típica a descrição de fraude.

IV - Não se pode, na hipótese, tomar tais fatos, como questões prejudiciais heterogêneas facultativas (art. 93 do Código de Processo Penal) da questão penal, porquanto, até aqui, o que se tem é apenas uma investigação preliminar, um inquérito policial e não a persecutio criminis in iudicio propriamente dita.

V - A prejudicial heterogênea não obriga a suspensão da ação penal.

Vale dizer, não obsta automaticamente a persecutio criminis (art. 93 do CPP).

Habeas corpus denegado.

(STJ - HC 67.416/DF, relator Ministro FELIX FISCHER, 5ª TURMA, julgado por unanimidade em 26/06/2007, publicado no DJ 10/09/2007, p. 259)

Em *habeas corpus*, conforme pacífico magistério jurisprudencial, somente se admite o trancamento de inquérito policial, por falta de justa causa, quando desponta indubitavelmente a inocência do indiciado, a atipicidade da conduta ou se acha extinta a punibilidade, circunstâncias não demonstradas na hipótese em exame.

Nessa diretriz, conluo que não há constrangimento ilegal a ser afastado.

Acerca dos fatos, a autoridade impetrada esclareceu que:

1. Sobre o fato de a investigação ter sido iniciada por representação do próprio paciente do HC que, agora, não quer que ela prossiga

Ao longo de 13 anos recém completados no MPM, este HC, de muitos que estudei acompanhei ou observei, é o que causa mais estranheza, já que foi o próprio paciente que se dirigiu ao MPM visando a uma investigação. O paciente do HC, Cel Jefferson Hernandez, contactou o Procurador, Dr. Samuel Pereira. Em seguida, o paciente enviou o ofício n.072-S2 de 21 de dezembro de 2011, que foi protocolado nesta Procuradoria em 9 de janeiro de 2012, com o protocolo 001 do ano e dirigido ao Procurador, Dr. Samuel Pereira. O citado ofício (na íntegra, abaixo) relata ameaças que se teriam concretizado na forma de denúncias anônimas à pessoa do Cel Jefferson.

Como se vê, são diligências baseadas nos documentos e investigações existentes nos autos e na falta destes, isto é, na falta de diligências e documentos essenciais ao entendimento de cada fato e, por isso, dentro de dever-poder de requisição atribuído na Constituição e na Lei Complementar n. 75 ao MPU.

2. Independente da discussão sobre legalidade e legitimidade de notitia criminis inqualificada, o MPM nada instaurou com base em “denúncia anônima”

Já sobre “denúncia anônima”, notitia criminis inqualificada, sequer há que se falar. Embora convicto com base em doutrina e jurisprudência que o MP não só pode como deve apurar notícias cujo autor é desconhecido, o MPM nada iniciou neste caso com base em uma “denúncia anônima”. Neste caso quem trouxe os fatos, mencionou e-mail apócrifo é, inclusive, peça essencial para uma denúncia por crime contra a honra ou contra a administração da Justiça, caso se conclua que o autor de tal e-mail tenha cometido tais crimes.

3. Sobre o Princípio da Verdade real e a necessidade de apurar os fatos a despeito que apontem contra civil, militar, inferior ou superior. (diligências)

Sobre isto pouco há que se falar. Uma investigação oficial não pode ser feita com o fim de concluir contra ou a favor de certa pessoa. Ela deve apurar a verdade real dos fatos, apontem eles contra autoridade, contra uma pessoa humilde do povo, contra um superior ou inferior hierárquico. Não pode quem representa ao MPM ou à autoridade policial judiciária militar pretender que, em lugar de busca a verdade, seja investigado apenas o que determinar o representante.

4. Sobre o MPM não estar vinculado às conclusões de um encarregado de IPM

Além do problema específico de falta de especialização da autoridade policial judiciária militar, que vimos acima, sequer na atividade comum, onde o Delegado hoje é Bacharel em Direito e com experiência diária em investigação, a doutrina e a jurisprudência aceitam que sua opinião

vincula a opinio delicti do Promotor. Pouco há que se acrescentar.

Sobre a incontestância da possibilidade de o MP requisitar diligências à Autoridade Policial Judiciária Militar

A requisição de diligências pelo MPM tem fundamento na Constituição – art. 129, VIII – na Lei Complementar n.75 – art. 7º, II e no Código de Processo penal Militar – 8º, “b”. Não há qualquer equívoco neste procedimento e não pode o MP estar vinculado ao encarregado do IPM, como pretende o paciente. Aqui não se trata de investigação direta, em que há ainda alguma controvérsia, mas de IPM.

6. Sobre a legalidade de oitiva de testemunhas segundo o CPPM

Observância no inquérito

Art. 301. Serão observadas no inquérito as disposições referentes às testemunhas e sua acareação, ao reconhecimento de pessoas e coisas, aos atos periciais e a documentos, previstas neste Título, bem como quaisquer outras que tenham pertinência com a apuração do fato delituoso e sua autoria. (grifei)

Como se vê acima, as normas relativas a testemunhas são igualmente aplicáveis no Inquérito e no Processo. Sobre testemunhas, o CPPM é bem claro:

Capacidade para ser testemunha

Art. 351. Qualquer pessoa poderá ser testemunha. (grifei)

Não há vedação, portanto não há que se dizer que o inferior hierárquico não pode depor acerca de fatos ligados a um superior, a te porque impediria, na maioria das vezes, a apuração dos fatos, além de ser fato comum em inquérito e processo na Justiça Militar.

7. Conclusão

Como visto, o MPM requisitou IPM e diligências nos termos da Lei e foi próprio paciente que provocou a ação ministerial em representação que mencionava os documentos que foram usados como base. Vale dizer que o paciente sequer está na condição de indiciado no IPM, não existindo qualquer restrição ao seu direito de ir e vir, e não podendo o MP deixar de apurar a verdade real.

Assim sendo, o MPM requer a V. Exa. que seja indeferido o pedido de liminar para trancar o IPM, que traria prejuízos para uma investigação que está absolutamente legal, bem como o prosseguimento devido até decisão final negando a concessão do próprio habeas corpus (fls. 634–636).

De forma açodada a impetrante, sem que haja qualquer indiciamento formalizado, aponta o próprio comunicante dos fatos junto ao MPM como paciente, sem indicar qualquer ato do impetrado a impor-lhe risco à liberdade ambulatorial. Trata-se de apuração, em fase inicial, de fatos considerados graves e noticiados por meio de missiva subscrita pelo paciente e e-mail dirigido ao Ministério Público, por pessoa já

identificada. *Destarte, contrapõe-se ao virtual direito invocado pela impetrante, o dever do Estado de apurar os fatos, em tese, cometidos contra a Administração Pública e seus autores.*

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ADVOCATÍCIO. REQUISIÇÃO DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. CRIME EM TESE. LEGALIDADE.

1. No sistema de direito positivo vigente, não pode a Polícia Civil, que tem a função constitucional de apurar infrações penais, exceção feita aos crimes militares (Constituição Federal, artigo 144, parágrafo 4º), inatender requisição de instauração de inquérito policial, feita pelo Ministério Público (Código de Processo Penal, artigo 5º, inciso II), a quem a Constituição da República atribuiu a ação penal, com exclusividade (artigo 129, inciso I), estabelecendo evidente subordinação institucional.

2. É também de nosso sistema de direito positivo que as questões de legalidade da dimensão inquisitorial da persecutio criminis do Estado são próprias da competência do Poder Judiciário, fazendo-se indubitosa a vinculação da autoridade policial ao Juízo criminal com competência para a actio poenalis, salvo regra legal diversa.

3. Atendida a requisição ministerial, ficam-lhe exauridos os efeitos, estabelecendo-se a relação autoridade policial – autoridade judiciária, para o devido controle da legalidade do procedimento inquisitorial, do qual não se subtrai o próprio ato policial de sua instauração.

4. Havendo notícia de fatos que, em tese, caracterizam infração penal, não há falar em ilegalidade da requisição ministerial de instauração de inquérito policial, que não se compromete formalmente pela ausência de expressa tipificação penal, até recomendável em obséquio da formação do juízo da autoridade policial, em nada estranho à disciplina da requisição, como é da essência do Estado de Direito, na perspectiva dos direitos fundamentais.

5. Ordem denegada.

(STJ - HC 15.115/MS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, 6ª TURMA, julgado por unanimidade em 11/12/2001, DJ 25/02/2002, p. 447).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES MILITARES. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. BIS IN IDEM. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 90 e 172 DO STJ. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO REALIZADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL. IMPEDIMENTO DO PROMOTOR. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 234/STJ. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PACIENTE EM LIBERDADE. QUESTÃO PREJUDICADA. PERDA DE OBJETO.

1. No que diz respeito à incompetência da Justiça Comum e à ocorrência de bis in idem, a

decisão combatida encontra-se em harmonia com os enunciados das Súmulas 90 e 172 deste Tribunal.

2. O Ministério Público, por expressa previsão constitucional, possui a prerrogativa de instaurar procedimento administrativo e conduzir diligências investigatórias, para colheita de informações e documentos com vistas ao oferecimento de posterior denúncia, sendo-lhe defeso, apenas, inaugurar e presidir o Inquérito Policial. ncidência da Súmula 234 desta Corte.

3. A denúncia descreve, de forma satisfatória e objetiva, os elementos necessários à instauração da ação penal, em atenção ao que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal.

4. Não é cabível, em regra, o trancamento da ação penal na via do habeas corpus, mormente porque a alegação de falta de justa causa demanda o reexame do material cognitivo constante nos autos.

5. Há de ser julgado prejudicado o remédio heroico cujo mérito está relacionado à prisão preventiva, quando os processos já foram julgados e encontram-se em grau de recurso, tendo os pacientes sido postos em liberdade.

6. Writ conhecido em parte e, nesta parte, denegada a ordem.

(STJ - HC 106.046/SC, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), 5ª TURMA, julgado por unanimidade em 27/03/2012, publicado no DJe de 27/04/2012)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO POR REQUISIÇÃO DA CHEFIA DA PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA. PECULATO. DESVIO DE VERBAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). PREFEITO MUNICIPAL. PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.

1. Em sede de habeas corpus, conforme pacífico magistério jurisprudencial, somente se admite o trancamento de inquérito policial, por falta de justa causa, quando desponta indubitavelmente

a inocência do indiciado, a atipicidade da conduta ou se acha extinta a punibilidade, circunstâncias não demonstradas na hipótese em exame.

2. Ademais, não caracteriza constrangimento ilegal a simples instauração de inquérito policial destinado a apurar fatos em tese delituosos.

3. Por outro lado, a prerrogativa de função ostentada pelo paciente não obsta a prática de atos de investigação a serem promovidos pela autoridade policial, quando requisitados por membro do Ministério Público com atuação perante o Tribunal competente para processar e julgar eventual ação penal originária, sob pena de inviabilizar a adoção das medidas pré-processuais de persecução penal, no âmbito do procedimento investigatório em curso perante o órgão judiciário competente.

4. Por fim, conforme decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, "(...) A competência originária para o processo e julgamento de crime resultante de desvio, em repartição estadual, de recursos oriundos do Sistema Único de Saúde – SUS, é da Justiça Federal, a teor do art. 109, inc. IV, da Constituição Federal" (RE 196.982/PR, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ de 27/06/1997, p. 30.247), pois, "(...) Além do interesse inequívoco da União, na espécie, em se cogitando de recursos repassados ao Estado, os crimes, no caso, são também em detrimento de serviços federais, pois a estes incumbe não só a distribuição dos recursos, mas ainda a supervisão de sua regular aplicação, inclusive com auditorias no plano dos Estados" (RE 196.982/PR, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ 27/6/1997, p. 30.247).

5. Ordem denegada.

(STJ - HC 35.996/RJ, rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, 5ª TURMA, julgado por unanimidade em 04/11/2004, publicado no DJ de 06/12/2004, p. 345)

Isto posto, denego a ordem.

É o voto.

Quarta Turma

Agravo de Instrumento 0076333-08.2012.4.01.0000/GO

Relator : Desembargador Federal Hilton Queiroz
 Agravante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Agravados: Dr. Alfredo Caiado Paranhos Filho e outro

Advogados: Dr. Onilton Alves Pinto
Dr. Olavo Marsura Rosa
Dra. Maria Izabel de Melo Oliveira dos Santos
Dra. Marielza Fernandes da Silva

Publicação: e-DJF1 de 03/06/2013, p. 32

Ementa

Agravo de instrumento. Ação cautelar preparatória. Sobrestamento ação expropriatória. Processo administrativo. Ausência de periculum in mora. Pedido de reconsideração rejeitado. Alegação de fato novo. Situação de inexpropriabilidade. Imóvel possivelmente produtivo. Função social. Exigência de favorecimento do bem-estar dos trabalhadores. Fiscalização que encontrou irregularidades. Prática de trabalho humano degradante. Ausência de previsão de desapropriação de propriedades nessas hipóteses.

I. Alega o Incra a existência de fato novo para ter requerido a reconsideração da decisão do juiz, mantida por este Tribunal quando do julgamento do AG 0053216.22.2011.4.01.0000, que determinou a suspensão da desapropriação enquanto não há definição sobre a produtividade do imóvel. Alegou a autarquia expropriante que houve fiscalização por parte da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego que apontou ter encontrado na propriedade a prática de trabalho humano degradante, em situação análoga à condição escrava. Nessas hipóteses, as penas previstas são de natureza criminal. Não há previsão legal de desapropriação como sanção, se mantida a constatação de produtividade (art. 185, II, da Constituição). Correta a decisão agravada.

II. Agravo desprovido.

Acórdão

Decide a Turma, negar provimento ao agravo de instrumento, por unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 07/05/2013.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra contra decisão que, nos autos da ação cautelar preparatória proposta por Alfredo Caiado Paranhos Filho e Nathália Amanda Leal Caiado Paranhos, processo 3219-67.2011.4.01.3500, manteve decisão que suspendeu a tramitação do Processo Administrativo expropriatório 54150.002106/2006-19, até que seja proferida sentença na ação de produtividade.

Sustenta o agravante ter levado ao conhecimento do juiz fato novo. Afirma ter sido informada, pela Superintendência Regional do Trabalho e Emprego do Estado de Goiás, da ocorrência de fiscalização que resultou na constatação de existência, no imóvel rural em discussão, de situação de “extrema calamidade”, relativa à prática de trabalho humano degradante, em situação análoga à condição escrava. Teriam sido

resgatados 8 (oito) trabalhadores rurais mantidos em situação de indignidade humana.

Foi negado o pedido de atribuição do efeito suspensivo ao presente recurso (fl. 145).

O Incra embargou de declaração. Pediu:

Pelo exposto, a autarquia expropriante, ora embargante, requer a prolação de decisão integrativa no presente feito, com fulcro no art. 535, I e II do CPC, a fim de que seja aclarada a obscuridade apontada, bem como superada a aparente contradição oferecida pela r. decisão embargada no tocante à interpretação sistemática da disciplina constitucional insculpida pelos arts. 184, 185 e 186 da CF. (fl. 154).

Não houve contrarrazões.

Parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Procurador Regional da República Dr. Carlos Frederico Santos, pelo conhecimento e desprovemento do agravo de instrumento.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: —

O juiz suspendeu o processo expropriatório nestes termos:

Trata-se de ação cautelar preparatória proposta por ALFREDO CAIADO PARANHOS FILHO e NATHALIA AMANDA LEAL CAIADO PARANHOS, em face do INCRA - INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA, em que se busca seja sobrestado o curso da ação expropriatória a ser promovida, bem como a imissão do INCRA na posse do Imóvel objeto do processo administrativo n. 54150.002106/2008-19, denominado Fazenda Tesouras ou Ubirajara.

Pleiteiam os autores, ainda, seja revogada a classificação operada de ofício pelo INCRA no cadastro do Imóvel, sob código 929.093.009.245-3, e deferida a produção antecipada de prova, consistente na realização de perícia com vistas a apurar a produtividade do Imóvel.

Dentre outros, merecem destaque os seguintes fundamentos alegados pelos autores: a) são proprietários do imóvel rural denominado Fazenda Tesouras ou Ubirajara, com área registrada de 1.227,7097 ha, localizada no Município de Araguapaz/GO; b) em 30/10/2008, mediante pressão dos trabalhadores Sem Terra, ofereceram o imóvel para venda ao INCRA, sendo formalizado, naquela data, o Processo Administrativo n. 54150.002106/2008-19; c) em 06/02/2009, receberam o Ofício/INCRA/SR/04/T/Nº 028, 29 e 32/2009, comunicando que o imóvel seria objeto de fiscalização, com objetivo de aferir o grau de produtividade e o cumprimento da sua função social; d) o INCRA classificou o imóvel como sendo improdutivo, apontando GUT de 21,18% e GEE de 81,29%; e) os índices apontados pelo INCRA não são verdadeiros, conforme laudo técnico divergente ora apresentado; f) o imóvel rural é produtivo, como restará provado no curso do processo principal, através da produção antecipada de provas; g) o INCRA considerou que mais de 84% da área total do imóvel encontra-se com cobertura vegetal primária, dos quais 20,06% destinados para reserva legal, 58,96% (sic) de vegetação nativa de cerrado, e 4,98% de áreas de preservação permanente h) o INCRA enquadrou a área de vegetação nativa de cerrado, correspondente a 58,96% da área total do imóvel, como sendo área aproveitável e não utilizada, distorcendo, assim, a classificação fundiária; i) conforme laudo técnico ora colacionado, deduzidas as áreas ocupadas com benfeitorias, reserva legal,

preservação permanente e áreas de preservação ambiental, as áreas aproveitáveis totalizam o remanescente de 612,20 ha, das quais 532,1529 ha são efetivamente utilizadas para apascentamento de gado bovino ou para locatários de pastos, e 80,05 ha constituem as verdadeiras áreas aproveitáveis mas não utilizadas do imóvel; j) há sérias divergências entre a vistoria do INCRA e o laudo técnico feito pelo assistente técnico dos autores, o que demanda a realização da perícia judicial que ora se pleiteia.

A inicial veio instruída com parecer técnico firmado por engenheiro agrônomo (fls. 28/49) e os documentos de fls. 50/373.

Decido.

Inicialmente, cabe destacar que tramita neste juízo a medida cautelar n. 17899-36.2011.4.01.3500, também ajuizada pelos autores, em que apontam supostas irregularidades no processo expropriatório e postulam a suspensão do andamento do processo administrativo, bem como de eventual ação de desapropriação.

Na presente cautelar, além dos autores se insurgirem contra os cálculos de que se valeu o INCRA para concluir pela improdutividade do imóvel, reiteram também as alegações anteriormente deduzidas na medida cautelar n. 17899-36.2011.4.01.3500.

Contudo, essas alegações já foram analisadas e refutadas em sede de cognição sumária, pela decisão que indeferiu a liminar na ação cautelar referida.

Assim, somente serão analisadas pela presente decisão as alegações remanescentes, concernentes à classificação da propriedade como improdutiva.

Para a concessão da medida liminar é imprescindível que se façam presentes seus pressupostos autorizadores, quais sejam, a plausibilidade jurídica da tese esposada pelo autor (*fumus boni iuris*) e o perigo de ineficácia da medida, caso venha a ser deferida ao final do processo (*periculum in mora*).

Os autores questionam o Laudo de Vistoria e Avaliação n. 018/2010, realizado no âmbito do PA expropriatório n. 54150.002106/2008-19, que tem por objeto o imóvel rural de sua propriedade, denominado Fazenda Tesouras, localizado no município de Arapaguaz/GO.

O inconformismo dos autores, em síntese, diz respeito ao cálculo do Grau de Utilização da Terra - GUT e do Grau de Eficiência da Exploração - GEE feito pela vistoria do INCRA.

Questionam os autores o fato do INCRA ter enquadrado como área aproveitável e não utilizada área de vegetação nativa do cerrado, correspondente a 721,6279 ha, ou 58,96% da área total do imóvel, quando, no seu entendimento, a área com cobertura florestal primária não poderia ter sido computada para o cálculo do grau de utilização da terra.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes e a Exma. Sra. Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (convocada).

Desse modo, o cerne da discussão posta em juízo, que será analisado com mais profundidade na ação declaratória de produtividade a ser intentada pelos autores, diz respeito aos critérios legais para considerar uma propriedade rural como improdutiva e, portanto, suscetível de desapropriação para fins de reforma agrária.

A Lei 8.629/93, regulamentou os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária e, em seu art. 6º dispôs sobre a metodologia adotada para se averiguar a produtividade da propriedade rural, nos seguintes termos:

Art. 6º Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente.

§ 1º O grau de utilização da terra, para efeito do caput deste artigo, deverá ser igual ou superior a 80% (oitenta por cento), calculado pela relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável total do imóvel.

§ 2º O grau de eficiência na exploração da terra deverá ser igual ou superior a 100% (cem por cento), e será obtido de acordo com a seguinte sistemática:

I - para os produtos vegetais, divide-se a quantidade colhida de cada produto pelos respectivos índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea;

II - para a exploração pecuária, divide-se o número total de Unidades Animais (UA) do rebanho, pelo índice de lotação estabelecido pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea;

III - a soma dos resultados obtidos na forma dos incisos I e II deste artigo, dividida pela área efetivamente utilizada e multiplicada por 100 (cem), determina o grau de eficiência na exploração.

§ 3º Considera-se efetivamente utilizadas;

I - as áreas plantadas com produtos vegetais;

II - as áreas de pastagens nativas e plantadas, observado o índice de lotação por zona de pecuária, fixado pelo Poder Executivo;

III - as áreas de exploração extrativa vegetal ou florestal, observados os índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea, e a legislação ambiental;

IV - as áreas de exploração de florestas nativas, de acordo com plano de exploração e nas condições estabelecidas pelo órgão federal competente;

V - as áreas sob processos técnicos de formação ou recuperação de pastagens ou de culturas permanentes, tecnicamente conduzidas e devidamente comprovadas, mediante documentação e Anotação de Responsabilidade

Técnica. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

§ 4º No caso de consórcio ou intercalação de culturas, considera-se efetivamente utilizada área total do consórcio ou intercalação.

§ 5º No caso de mais de um cultivo no ano, com um ou mais produtos, no mesmo espaço considera-se efetivamente utilizada a maior área usada no ano considerado.

§ 6º Para os produtos que não tenham índices de rendimentos fixados, adotar-se-á a área utilizada com esses produtos, com resultado do cálculo previsto no inciso I do § 2º deste artigo.

§ 7º Não perderá a qualificação de propriedade produtiva o imóvel que, por razões de força maior, caso fortuito ou de renovação de pastagens tecnicamente conduzida, devidamente comprovados pelo órgão competente, deixar de apresentar, no ano respectivo, os graus de eficiência na exploração, exigidos para a espécie.

§ 8º São garantidos os incentivos fiscais referentes ao Imposto Territorial Rural relacionados com os graus de utilização e de eficiência na exploração, conforme o disposto no art. 49 da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964.

De acordo com o disposto em seu art. 6º, a propriedade rural é considerada produtiva quando atinge, de forma simultânea, os percentuais mínimos fixados para o grau de utilização da terra (GUT) e para o grau de eficiência na exploração da terra (GEE), correspondentes, respectivamente, a 80% e 100%.

O grau de utilização da terra, conforme reza o § 1º do dispositivo legal em análise, deve ser igual ou superior a 80%, e calculado pela relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável total do imóvel.

O § 3º desse mesmo dispositivo legal, define quais áreas devem ser consideradas como efetivamente utilizadas para fins de cálculo do grau de utilização da terra.

Ainda para efeito de averiguar a produtividade da propriedade rural, a Lei 8.629/93, considera como 'não aproveitáveis' as áreas arroladas em seu art. 10:

Art. 10. Para efeito do que dispõe esta lei, consideram-se não aproveitáveis:

I - as áreas ocupadas por construções e instalações, excetuadas aquelas destinadas a fins produtivos, como estufas, viveiros, sementeiros, tanques de reprodução e criação de peixes e outros semelhantes;

II - as áreas comprovadamente imprestáveis para qualquer tipo de exploração agrícola, pecuária, florestal ou extrativa vegetal;

III - as áreas sob efetiva exploração mineral;

IV - as áreas de efetiva preservação permanente e demais áreas protegidas por legislação relativa à

conservação dos recursos naturais e à preservação do meio ambiente.

O INCRA, interpretando os critérios legais fixados pela Lei 8.629/93, entendeu que a propriedade rural dos autores classificava-se como improdutiva.

Indispensável, portanto, que se analise o laudo agrônomo de fiscalização que deu ensejo à classificação do imóvel como grande propriedade improdutiva.

O laudo agrônomo de fiscalização n. 13/09, referente ao processo administrativo n. 54150.002106/2008-19, de fls. 144/167, foi elaborado em 1º/04/2009, e diz respeito ao imóvel denominado Fazenda Tesouras, matriculado sob o n. 1.036 no CRI, com área registrada de 1.277,7097 ha, e área medida pelo INCRA de 1.223,7719 ha, sendo esta última levada em consideração pelo INCRA quando da vistoria realizada.

Ao analisar o uso do solo, o laudo destaca as áreas com restrição legal/técnica, apontando uma área de reserva legal averbada de 245,5419 ha e áreas de preservação permanente correspondentes a um total de 60,9890 ha.

A vistoria indica como áreas utilizadas 1,6519 ha, onde foram realizadas benfeitorias, e 193,9622 ha de área de pastagens, num total de 195,6141 ha de áreas utilizadas, concluindo, por outro lado, pela existência de áreas aproveitáveis não utilizadas correspondentes a 721,6269 ha.

Ao analisar os aspectos ambientais do imóvel no item 5.7 do laudo (fl. 162), o engenheiro agrônomo responsável por sua elaboração, após ressaltar a existência de reserva legal averbada na matrícula do imóvel, correspondente a 245,5419 ha, asseverou que a maior parte do imóvel se apresenta sob a forma de vegetação de cerrado em seu estágio primário, num total de 967,1688 ha, incluída aí a área de reserva legal averbada.

Importante destacar, ainda que o engenheiro agrônomo responsável pela confecção do laudo, além de, uma erosão em fase inicial e compactação do solo, restritas à área de pastagem existente no imóvel, não observou nenhum indicativo de degradação do meio ambiente, como se nota nas respostas negativas ao questionário de fls. 162/163.

Conclui-se, portanto, que toda a extensão da área que foi considerada pelo INCRA como 'aproveitável e não utilizada', correspondente a 721,6269 ha cobertos por vegetação de cerrado em estágio primário, à época da vistoria se encontrava totalmente preservada.

Por fim, após concluir que o imóvel vistoriado se classificava como improdutivo, por apresentar GUT inferior a 80% e GEE inferior a 100%, o engenheiro agrônomo ressaltou que o imóvel vistoriado possuía uma área de cerrado, com cobertura primária, em 721 ha, correspondente a 58,96% da área total do imóvel, já descontada a área de reserva legal, sugerindo fosse feita uma análise

por parte da procuradoria federal especializada sobre a interpretação da legislação ambiental.

Quando já notificados os proprietários acerca do resultado da vistoria, na qual o imóvel foi classificado como grande propriedade improdutiva (fls. 184/185) o processo administrativo foi encaminhado à Procuradoria Jurídica Regional do INCRA, para manifestar-se sobre a viabilidade jurídica expropriatória. Referido órgão exarou parecer atestando o cabimento da desapropriação, deixando de analisar todavia, as preocupações de ordem ambiental manifestadas pelo engenheiro agrônomo que realizou a vistoria. Sobre o aspecto ambiental, o parecer cingiu-se a observar que o INCRA havia requerido junto ao órgão ambiental competente a expedição de Licença Prévia - LP, para criação do projeto de assentamento (fls. 222/229).

Referido parecer foi acolhido e os atos consecutivos do processo administrativo em questão culminaram na expedição do Decreto de 04/06/2010, que declarou de interesse social, para fins de reforma, o imóvel rural em questão (fl. 296).

A vistoria realizada pelo INCRA, como visto, aponta um total de 917,241 ha de áreas aproveitáveis, das quais, segundo afirma, apenas 195,6141 ha estariam sendo efetivamente utilizadas, concluindo pela existência de 721,6269 ha de áreas 'aproveitáveis não utilizadas', que resultaram no cálculo de um grau de utilização da terra inferior a 80%.

Ocorre que, conforme ressalva feito pelo próprio engenheiro agrônomo responsável pela vistoria, toda a extensão da área considerada aproveitável e não utilizada pelo INCRA, correspondente a 721,6269 ha, ou 58,96% da área total do imóvel, é coberta por vegetação de cerrado, com cobertura primária, não computado nesse percentual a área de reserva legal já averbada.

E o inconformismo dos autores, como já esclarecido, reside justamente no fato do INCRA ter levado em consideração para o cálculo do GUT, áreas cobertas por vegetação de cerrado primária como sendo 'áreas aproveitáveis e não utilizadas'.

Entretanto, entendo que o cálculo realizado pela autarquia partiu de interpretação da Lei n. 8.629/93 que se distancia das diretrizes fixadas pela Constituição Federal a respeito.

Prescreve o art. 225, caput da Constituição Federal, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Em face do que dispõe o art. 184, caput, da Constituição Federal, são passíveis de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, os imóveis rurais que não estejam cumprindo, sua função social. Vejamos:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel

rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Entende-se por cumprida a função social quando a propriedade atende aos requisitos elencados pelo art. 186, também da CF/88, abaixo transcritos, donde destacamos a 'utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente'.

Art. 186 - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Por fim, o art. 185, CF/88, afasta a possibilidade de desapropriação quando a propriedade rural for considerada produtiva (art. 185, inciso II).

Não se ignora que os autores poderiam, em tese, na condição de proprietários do imóvel rural ter explorado a área que foi considerada aproveitável e não utilizada pelo INCRA, correspondente a 721,6269 ha, ou 58,96% da área total do imóvel, coberta por vegetação de cerrado, com cobertura primária.

Entretanto, em consonância com a legislação ambiental vigente no âmbito do Estado de Goiás, a exploração de área com cobertura florestal, ainda que não se trate de área de reserva legal, não é feita de forma livre, devendo observar a várias condicionantes, e realizada sob a forma de manejo florestal.

O art. 15, caput, do Decreto Estadual n. 4.593/95, que regulamenta a Lei n.º 12.596/1995, que institui a política florestal do Estado de Goiás, permite, nas propriedades que possuem mais de 50% de sua área total ocupada por cobertura florestal, o uso alternativo de 50% do solo, facultando a utilização da área remanescente, ressalvadas as áreas de preservação permanente, sob a forma de manejo florestal sustentado, em consonância com o art. 9.º, do mesmo decreto estadual. Vejamos:

Art. 15 - Nas propriedades rurais que possuem mais de 50% (cinquenta por cento) de sua área total ocupada por adensamentos florestais, será permitido o uso alternativo do solo em até 50% da área da propriedade, sendo o remanescente, ressalvada as áreas de preservação permanente, destinado a utilização através de plano de manejo sustentado.

Assim, ainda que em tese possível a exploração da área com cobertura florestal primária

por parte do proprietário, a opção por não explorá-la não pode conduzir à precipitada conclusão de que os autores deixaram de realizar o aproveitamento racional e adequado da propriedade rural e de que a propriedade deva ser classificada como improdutivo.

Ao optarem por não explorar essa área, deixando a cobertura florestal intacta, os autores sem dúvida alguma contribuíram para a preservação do meio ambiente, em observância a requisito constitucionalmente exigido para o cumprimento da função social da propriedade rural.

A desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, prevista no art. 184, da Constituição Federal, não se pode perder de vista, constitui uma desapropriação-sanção, voltada àquelas propriedades rurais que não cumprem sua função social.

Ao meu entender, contudo, a propriedade que explora racional e adequadamente as áreas já desmatadas, e mantém intacta a cobertura florestal primária existente na área remanescente, cumpre sua função social, respeitando o meio ambiente, na forma dos arts. 185, inciso I, c/c 186, incisos I e II, da Constituição Federal, e não se sujeitando, por essa razão, à desapropriação-sanção, pois longe está de ser considerada improdutivo e descumpridora de sua função social.

Essa propriedade rural está a merecer, na verdade, tratamento especial por parte do poder público.

Acrescente-se que a inclusão da área com cobertura florestal preservada como área aproveitável, como pretende a autarquia federal, induz os proprietários à exploração da vegetação aludida, contrariando o que prescreve o art. 225, da Constituição Federal.

Depreende-se, pois, que ao aferir a produtividade de um imóvel rural, os índices técnicos não podem se afastar da determinação constitucional de preservação do meio ambiente. Trago à colação, o seguinte julgado:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. NULIDADE DO DECRETO EXPROPRIATÓRIO. O art. 186 da Constituição Federal determina o aproveitamento da terra de forma adequada e racional, utilizando os recursos naturais e preservando o meio ambiente. A produtividade da área está demonstrada pelos índices técnicos levantados em perícia, que devem ser interpretados em conjunto com a determinação constitucional de preservação do meio ambiente. 3. Embargos infringentes improvidos. (TRF4, EAC 91.04.18586-2, Segunda Seção, Relatora Sílvia Maria Gonçalves Goraieb, D.E. 25/04/2007)

No rumo desse entendimento, presente se encontra o *fumus boni iuris*.

O *periculum in mora*, no caso, reside na possibilidade do INCRA, uma vez finalizado o

processo administrativo, ser imitado na posse do imóvel de propriedade dos autores.

Assim, considerando que não há informação de que a ação expropriatória já tenha sido proposta, a liminar deve ser deferida para suspender o andamento do processo administrativo.

Por outro lado, não vislumbro necessária a produção antecipada de prova.

Embora as partes divirjam sobre o total das áreas de preservação permanentes aferidas pelo INCRA e o GEE calculado, a controvérsia mais importante reside no fato da autarquia federal ter considerado como aproveitáveis e não utilizadas áreas com cobertura florestal primária existentes no imóvel rural, em face de interpretação legal dada.

A solução da controvérsia, nesse ponto, prescinde da realização de prova pericial.

Também deve ser indeferido o pedido de alteração da classificação do imóvel no Cadastro de Imóveis Rurais, providência essa que poderá perfeitamente aguardar o contraditório na ação principal.

Em face do exposto, *DEFIRO PARCIALMENTE* a liminar, apenas para determinar a suspensão do Processo Administrativo n. 54150.002106/2008-19, até que seja proferida sentença na principal a ser ajuizada pelos autores.

Intime-se com urgência o INCRA da presente decisão, oportunidade em que também deverá ser citado.

Intimem-se.

Goiânia, 12 de agosto de 2011. (fls. 54/66).

Contra essa decisão, o Incra interpôs agravo de instrumento que foi desprovido pela Quarta Turma. A ementa do julgado foi a seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVODEINSTRUMENTO.DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. DECISÃO EM AÇÃO CAUTELAR. LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA. SUSPENSÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE.

1. Merece prestígio a decisão agravada. Estão presentes os requisitos legais. É possível que haja erro na classificação do imóvel rural. Logo, deve ser garantida a eficácia de ação ordinária para comprovação da produtividade do imóvel.

2. Agravo desprovido. (Acórdão publico no e-DJF1 do dia 12/12/12).

O Incra peticionou na origem alegando fato novo. Alegou que, conforme noticiado no Relatório de Fiscalização da DRT/GO, foram resgatados do imóvel de propriedade dos agravados 8 (oito) trabalhadores submetidos a condições degradantes. Assim, estaria demonstrado o não cumprimento da função social da propriedade. Pediu a autarquia expropriante a reconsideração da decisão agravada.

Houve, então, a decisão agravada:

Como o pedido destes autos diz respeito à suspensão do processo expropriatório até que seja decidido o pedido de declaração de produtividade do imóvel nos autos principais (Processo n. 38474-65.2011.4.01.3500), indefiro o pedido de fls. 513/514.

Intime-se.

Após, cumpra-se, no que faltar, o despacho de fl. 498 (fl. 140).

Não tem razão o agravante.

Os arts. 184,185 e 186 da Constituição preveem:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º - O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º - Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º - O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º - São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Embora a questão da exploração, que favoreça o bem-estar dos trabalhadores, esteja prevista, no inciso IV do art. 186 da Constituição, como um dos requisitos para o cumprimento da função social da propriedade rural, o inciso II do art. 185 é claro ao indicar a propriedade produtiva como insuscetível da desapropriação sanção.

Logo, é importante ressaltar que, comprovada a prática de trabalho humano degradante, em situação

análoga à condição escrava, os proprietários estarão sujeitos às sanções de natureza criminal. Entretanto, não há lei que preveja a desapropriação como mais uma forma de penalizar proprietário.

Por essa, razão, agiu corretamente o juiz ao manter a decisão anterior.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento e julgo prejudicados os embargos de declaração opostos contra decisão que indeferiu o pedido de atribuição do efeito suspensivo.

É como voto.

Quinta Turma

Numeração única: 0027124-60.2009.4.01.3400

Apelação Cível 2009.34.00.027640-7/DF

Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus
Relator p/ acórdão: Desembargador Federal João Batista Moreira
Apelantes: Samy Staretz e outros
Advogado: Dr. Edson Kawahara
Apelada: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Publicação: e-DJF1 de 07/02/2012, p. 108

Ementa

Direito Administrativo. Concurso público. Ministério Público da União. Cargo de técnico em segurança. Atividade exercida, inclusive, por técnicos administrativos e servidores requisitados. Nomeação de candidatos aprovados. Necessidade e possibilidade. Interesse legítimo. Proteção perante a competência discricionária.

I. Os impetrantes são candidatos aprovados em concurso para o cargo de técnico em segurança do Ministério Público da União. Pretendem ser nomeados e empossados nesse cargo ou no cargo similar de técnico administrativo.

II. Um dos fundamentos do pedido é a alegada existência de vagas no cargo de técnico em segurança. Segunda possibilidade de nomeação e posse seria para o cargo de técnico administrativo.

III. Portaria do Ministério Público da União estabelece: “Nos casos de vacância de cargo de técnico de apoio especializado, fica a administração autorizada a efetuar o aproveitamento da respectiva vaga para nomeação de servidor habilitado em concurso público para outro cargo da carreira de técnico do Ministério Público da União”.

IV. Se não houve mais vagas no período de validade do concurso, houve, no mínimo, a necessidade e possibilidade de criação de vagas ou do aproveitamento dos impetrantes nas vagas de técnico administrativo.

V. Seja por nomeação no cargo de técnico em segurança, seja pela possibilidade de nomear para o cargo de técnico administrativo, o interesse qualificado dos impetrantes deve ser protegido.

VI. Provimento à apelação.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, dar provimento à apelação.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 12/12/2011.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator p/ o acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Samy Staretz e outros contra ato imputado ao Secretário-Geral do Ministério Público da União, objetivando sua nomeação em cargo de técnico do MPU, em virtude de aprovação em concurso público, regido pelo Edital PGR/MPU 18/2006, de 23/10/2006.

Afirmam, em suma, que:

a) há urgente necessidade de nomeação de servidores para o cargo de técnico de apoio especializado/segurança, alegadamente demonstrada por meio de correspondências enviadas por promotores de justiça à coordenadoria competente, e existência de servidores requisitados ocupando funções, inclusive na área de segurança;

b) há cargos vagos, a saber, de técnico administrativo, técnico de informática, técnico de apoio especializado – edificações e técnico de apoio especializado – orçamento, sendo certo que “existe possibilidade de aproveitamento de vaga de técnico de apoio especializado por servidor habilitado em concurso público para outro cargo de carreira de técnico do MPU” (fls. 04), conforme Portaria PGR/MPU 286, de 12/06/2007;

c) a Lei 11.768/2008 criou 560 cargos de técnico, cujas vagas surgiram no prazo de validade do certame no qual foram aprovados.

O pedido de liminar foi indeferido. Fundamentou-se a magistrada na assertiva de que os impetrantes “Pretendem (...) ser nomeados por meio de ordem de natureza temporária, passível de revogação a qualquer tempo, cuja precariedade contamina o ato pretendido” (fls. 106), além de implicar percepção de vencimentos, o que desafia vedação legal, em sede de liminar (Lei 8.437/92, art. 1º, *caput* e § 3º). Obtemperou, ainda, que os impetrantes não demonstraram que foram preteridos mediante a ocupação de cargos a que concorreram.

A autoridade impetrada apresentou informações, alegando, no essencial, que “O fato de ser possível a transformação de cargos de Técnico de uma especialidade para outra, não implica surgimento do direito subjetivo aos autores de nomeação, tendo em vista que qualquer transformação decorre da conveniência e oportunidade administrativa, sendo, portanto, ato discricionário” (fls. 116, grifos retirados).

O Ministério Público Federal, atuante em primeira instância, opinou pela denegação da ordem, corroborando o argumento da autoridade, acrescentando que “os autores participaram do certame, sendo aprovados para o quadro de reserva, da 40ª a 47ª colocação. Desse modo, o direito subjetivo à nomeação só existe quando o candidato passa dentro do número de vagas oferecidas” (fls. 127).

Os impetrantes apresentaram cópia de edital de novo concurso realizado pela Administração, a fim de demonstrar a necessidade da nomeação de técnicos de apoio especializado/segurança do MPU, o que é reforçado pelo fato de terem sido convocados 10 vezes mais candidatos para a prova física, em relação ao certame anterior.

Posteriormente, apresentaram cópia do edital de remoção de servidores no âmbito do MPU.

Formularam pedido de antecipação de tutela incidental.

Em seguida, a ilustre juíza de primeiro grau, acolhendo o parecer ministerial, denegou a segurança.

Inconformados, apelam os impetrantes, reproduzindo os argumentos deduzidos na inicial e no curso da lide, acrescentando que “o novo concurso promovido pelo Ministério Público da União proveu sete vagas de técnico de apoio especializado na área de segurança por novos candidatos, denotando extrema necessidade de ocupar as vagas citadas pelos recorrentes” (fl. 193). Pleitearam antecipação da tutela recursal.

Foram apresentadas as contrarrazões.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento do apelo, obtemperando que os “apelantes não lograram aprovação dentro do número de vagas oferecidas no edital, buscando compelir a Administração a nomeá-los para cargos distintos daquele para o qual foram aprovados, em evidente ofensa ao princípio da discricionariedade, cabendo ao MPU verificar a conveniência e oportunidade de nomeação dos candidatos aprovados fora do número estipulado de vagas.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: —

Os impetrantes não lograram demonstrar, mediante a apresentação, com a inicial, de prova pré-constituída dos fatos alegados. Com efeito, não há demonstração de existência de cargos vagos, a que concorreram, durante o prazo de validade do respectivo certame, (que se destinou à formação de cadastro de reserva, fls. 24, e cujo prazo de validade se expirou em 17/08/2009, fls. 12 e 93), em ordem a alcançar sua ordem de classificação, cabendo ressaltar que a Lei 11.768, de 14 de agosto de 2008, a qual “dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2009”, apenas “autorizou”, em seu art. 84, a “criação de cargos, empregos e funções, alterações de estrutura de carreiras, bem como admissões ou contratações de pessoal a qualquer título, até o montante das quantidades e limites orçamentários constantes de anexo discriminativo específico da Lei Orçamentária de 2009, cujos valores serão compatíveis com os limites da Lei Complementar 101, de 2000”. Ou seja, a aludida norma invocada pelos impetrantes para defender o que buscam não criou os cargos almejados, nem mesmo mencionou cargo de técnico, quanto mais da especialidade concorrida pelos impetrantes. A Portaria 70, de 11 de fevereiro de 2009, do procurador-geral do Ministério Público da União (fls. 7 e 86), por sua vez, apenas publica “demonstrativo dos saldos das autorizações para admissões no âmbito do Ministério Público da União, mencionadas no caput do art. 84 da Lei 11.768/2008” e “descreve” o total de 560 vagas para o cargo de técnico. Não especifica, contudo, a existência de cargos de técnico apoio especializado/segurança.

Por isso, não há como se amparar o alegado direito líquido e certo defendido na peça exordial, visto que os impetrantes, que alcançaram entre a 40ª à 47ª colocação, para o cargo de técnico apoio especializado/segurança, não se desincumbiram de comprovar, cabalmente, as alegações deduzidas na inicial do mandado de segurança, relevando anotar que este writ constitucional constitui ação que não comporta dilação probatória.

De outra parte, simples correspondências emitidas por promotores de justiça (fls. 69), solicitando à autoridade competente a lotação de técnico de apoio especializado na área de segurança também

não atestam a existência de cargos vagos dessa especialidade, mas apenas a carência de pessoal, tanto é que, em agosto/2009, em resposta à consulta realizada pelo secretário-geral do MPU, a chefe do Departamento de Gestão de Pessoas informou que o “MPDFT não possui cargos vagos na referida especialidade” (fl. 70).

Ademais, a circunstância de haver servidores requisitados no âmbito do MPU, e que não são do quadro de pessoal efetivo da aludida instituição, de igual modo, não atesta a existência de cargos efetivos, de técnico em segurança, vagos durante o prazo de validade do concurso. Servidores requisitados exercem funções de confiança ou ocupam cargos em comissão, nos termos da lei, de livre investidura e exoneração, a critério de conveniência e oportunidade da Administração (CF, art. 37, II¹).

Relevante destacar que, segundo estatuído no art. 37, inciso III, da Constituição da República, “o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez por igual período”. A seu turno, no inciso IV, do mesmo texto constitucional, é instituído o caráter improrrogável do prazo de validade dos concursos públicos, isto é, daquele expressamente previsto no edital de convocação.

Ainda, o fato de haver a possibilidade de se prover cargo de técnico de apoio especializado com servidor habilitado para outro cargo da carreira de técnico do MPU também está sob o alvedrio da Administração, a teor de legislação interna do MPU, Portaria PGR/MPU 286, de 12/06/2007, *in verbis*:

Art. 5º. Nos casos de vacância de cargos de Técnico de Apoio Especializado, fica a Administração autorizada a efetuar o aproveitamento da respectiva vaga para nomeação de servidor habilitado em concurso público para outro cargo da Carreira de Técnico do Ministério Público da União.

Por fim, a realização de novo concurso público, edital de 30/06/2010 (fls. 139), após o término do prazo de validade do certame anterior, sem que haja prova da existência de vaga no período de eficácia do processo seletivo precedente, não gera direito subjetivo à nomeação e posse. Vale registrar que o aludido regulamento previa a existência de apenas

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Selene Almeida e Fagundes de Deus.

1 Art. 37. [...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998).

uma vaga para o cargo de técnico apoio especializado/segurança, mais a formação de cadastro de reserva (fls. 160).

Ante o exposto, nego provimento ao apelo dos impetrantes.

É o meu voto.

Voto-Vista Vencedor

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Senhora presidente, pretendia elaborar de forma escrita o voto-vista, mas aproxima-se o final do ano judiciário de 2011 e, diante da possibilidade de algum imprevisto, decidi votar oralmente nesta sessão, considerando que teremos apenas mais uma sessão da Turma.

Vários candidatos aprovados em concurso para o cargo de técnico em segurança do Ministério Público da União ingressaram com mandado de segurança pretendendo ser nomeados e empossados nesse cargo ou no cargo similar de técnico administrativo. Esses candidatos fazem parte de uma lista denominada *cadastro de reserva* para a formação da qual fora aberto concurso em 2006. Um dos fundamentos do pedido é a alegada existência de vagas no cargo de técnico em segurança. A existência de vagas estaria revelada por expedientes dirigidos à administração do Ministério Público da União solicitando a distribuição de técnicos em segurança para diversos setores, nos quais a função de segurança estaria sendo exercida por técnicos administrativos. Outro indício da existência de vaga e da necessidade de admissão de técnicos em segurança seria a presença de servidores requisitados exercendo como função de confiança a atividade de segurança.

Segunda possibilidade de nomeação e posse seria para o cargo de técnico administrativo, no qual, aí sim, estaria claramente demonstrada a existência de vagas, isso porque uma portaria do Ministério Público da União, de 12 de junho de 2007, art. 5º, permite: “Nos casos de vacância de cargo de técnico de apoio especializado, fica a Administração autorizada a efetuar o aproveitamento da respectiva vaga para nomeação de servidor habilitado em concurso público para outro cargo da carreira de técnico do Ministério Público da União”.

Portanto, dois são os fundamentos da pretensão dos impetrantes: a existência de vaga, especificamente, no cargo de técnico em segurança – o que não provam claramente, mas argumentam com a presença de servidores requisitados e técnicos administrativos exercendo a função em setores do Ministério Público da União, setores estes que solicitavam a distribuição de técnicos em segurança para atender a necessidade

premente – e a possibilidade de aproveitamento em cargos de técnico administrativo, de acordo com portaria interna do Ministério Público da União.

Examinando os autos, constatei que a administração não afirma incisivamente a inexistência de vaga; apenas insiste em que o concurso foi feito para cadastro de reserva e que para as vagas surgidas durante a vigência do concurso foram nomeados candidatos desse cadastro. Alega, também, que os servidores requisitados exercem função de confiança. Não preenchem cargos no Ministério Público da União.

Todavia, em meu ponto de vista, se não houve mais vagas no período de validade do concurso, houve, no mínimo, a possibilidade de criação de vagas ou do aproveitamento dos impetrantes nas vagas de técnico administrativo. Essa possibilidade está revelada no fato de que, logo que expirou o prazo de validade do anterior, abriu-se novo concurso, em que pese também para cadastro de reserva e constando no edital apenas uma vaga de técnico em segurança. O novo concurso foi aberto em junho de 2010 e os apelantes demonstram que já em setembro de 2010 havia, declaradamente, seis cargos vagos. Outro ponto a considerar é que o concurso anterior foi prorrogado apenas por um ano, sem motivação expressa para o fato de não se ter optado pelo prazo constitucional máximo de dois anos.

É público e notório que a Administração, ultimamente, utiliza essa figura do cadastro de reserva para fugir à nova orientação jurisprudencial de que o aprovado em concurso, havendo vaga, tem direito subjetivo a nomeação. Até há pouco vigora sem restrições a Súmula 15 do Supremo Tribunal Federal, que dizia ter o aprovado em concurso público apenas expectativa de direito a nomeação, mas essa orientou mudou desde aquele caso paradigmático originário do Estado do Piauí, de que foi relator o Ministro Marco Aurélio, no qual ficou afirmado não ter a administração a faculdade de deixar expirar o prazo de validade de um concurso público para, logo em seguida, realizar outro e só então nomear candidatos aprovados. Isso revela que, na prática, as vagas já existem e que foi proposital (desvio de finalidade) a omissão em nomear os candidatos do concurso anterior. Essa conduta causa prejuízo à administração, que tivera gastos com o concurso, e causa prejuízo aos candidatos que se prepararam para ser aprovados. Sabemos que o cadastro de reserva tem sido utilizado com essa finalidade: se vier ação judicial, a administração simplesmente diz que não havia vaga formalmente

aberta e que, portanto, ainda que se aplique a nova orientação, não é caso de nomeação e posse dos candidatos aprovados no concurso.

Indício forte de que havia vaga ou, no mínimo, necessidade imediata e possibilidade de sua criação era a utilização de técnicos administrativos na atividade de segurança e de agentes de segurança requisitados, em função de confiança, um desvio de finalidade, *data venia*, porque a atividade na prática exercida por esses requisitados não é típica de função de confiança; a requisição, mediante o pagamento de gratificação, é um arranjo, um artifício, para contornar a burocracia, em que pese a boa intenção.

Poder-se-ia dizer que indícios, suposições contrárias à presunção de legitimidade, não são suficientes para impetração de mandado de segurança, o qual exige direito líquido e certo. Acontece que no desvio de finalidade, um dos piores vícios do ato administrativo, quase sempre não existe prova positiva, objetiva, tanto que só se demonstra pelo chamado “feixe convergente de indícios”, a que se refere Cretella Júnior. Na França, inicialmente, não se aceitava a demonstração do desvio de finalidade por meio de indícios, mas chegou-se à conclusão que, se não for aceita sua demonstração por meio de indícios, será impossível, na maioria dos casos, o controle judicial e a prestação jurisdicional. No Brasil, admite-se a demonstração por indícios inclusive em mandado de segurança, como naquele caso originário Piauí, a que já me reportei. Ali só havia indícios do desvio e a proteção foi dada em mandado de segurança, pelo Supremo Tribunal Federal. A presunção de legitimidade – diz-se – transfere para o particular o ônus da prova de vício no ato ou na omissão administrativa. Ora, no desvio de finalidade, regra geral, não há prova, mas apenas indícios e se o particular não pode fazer prova (não pode demonstrar direito líquido e certo, indispensável ao mandado de segurança), então, não se tem como afastar o ato eivado de desvio de finalidade. Esse silogismo é insustentável no Estado Democrático de Direito.

A Administração insiste em poder discricionário, seja para a nomeação no cargo de técnico em segurança, porque só havia cadastro de reserva, seja para aproveitar os candidatos nas vagas de técnico administrativo. Reitero aqui a nova orientação, predominante na doutrina, quanto à discricionariedade. Primeiro, admite-se hoje a proteção dos interesses legítimos do cidadão perante a competência discricionária. É verdade que o cidadão não tem direito subjetivo à prática do ato discricionário, direito

subjetivo no sentido estrito da expressão, mas tem interesse legítimo e a Administração, por sua vez, tem uma obrigação de comportamento, deve agir, dentro de sua competência discricionária, de modo a melhor atender à finalidade pública. Isso pode ser reivindicado judicialmente por quem ostenta interesse legítimo na prática do ato. É posição defendida, entre outros, por Kasuo Watanabe, Cândido Dinamarco e Juarez Freitas. De certa maneira, o interesse legítimo, nesse caso, transforma-se em direito subjetivo, de modo a permitir proteção judicial. Nos países em que há dualidade de jurisdição, como é o caso da França e da Itália, principalmente a Itália – que faz bem essa distinção –, a proteção do interesse legítimo perante a competência discricionária é feita na jurisdição administrativa. Lá existe o Conselho de Estado para dar essa proteção. Como não temos, no Brasil, dualidade de jurisdição, devemos aceitar a proteção na jurisdição comum, sob pena de deixarmos os interesses legítimos do cidadão perante a competência discricionária sem qualquer proteção. Fomos levados a admitir essa possibilidade para suprir o que lá fazem por meio da jurisdição administrativa. Acontece, conosco, que copiamos o modelo de Direito Administrativo francês e, por outro lado, copiamos o modelo de jurisdição americano, de unidade de jurisdição. Por isso, devemos compatibilizar as duas situações para poder dar proteção ao interesse legítimo do cidadão perante a competência discricionária, na jurisdição comum, aceitando a ideia de que não só o direito subjetivo merece proteção, mas também o interesse legítimo, e de que a administração tem obrigação de comportamento em relação ao interesse legítimo, judicialmente exigível. Dessa forma, conseguimos “costurar” orientação que permite aplicar a disposição constitucional de que não será excluída da apreciação judicial qualquer lesão ou ameaça a direito quando praticada, inclusive, pela administração sob o pálio da discricionariedade.

Orientação que leva a esse mesmo fim é a de que a administração não tem, na realidade, poder discricionário. Na verdade, a Administração não tem poder; tem poder-dever. Celso Antônio chega a dizer que é dever-poder. O poder é instrumental e ancilar ao cumprimento do dever. Isso, aliás, já fora dito há mais de um século por Carlos Maximiliano, segundo o qual, na maioria dos casos, quando a lei dá poder à Administração está atribuindo dever. Para deixar de praticar o ato com base no poder que lhe é atribuído por lei, a Administração deve declinar motivos razoáveis; deve motivar objetivamente sua omissão. Aplicando essa orientação ao caso específico, se existe norma interna do Ministério Público da União que

dá o poder de aproveitar os candidatos no cargo de técnico administrativo, a omissão em aproveitá-los depende de motivação expressa e razoável. Quando a Administração estabeleceu essa norma interna vinculou-se ao imperativo democrático “suporta a lei que fizeste”, de modo que só poderia deixar de cumpri-la mediante motivação expressa, suficiente e adequada.

Existe norma interna estabelecendo que, no caso de vacância de cargo de técnico de apoio especializado, fica a Administração autorizada (poder-dever) a efetuar o aproveitamento da respectiva vaga para nomeação de servidor habilitado em concurso público para outro cargo da carreira de técnico do Ministério Público da União. É uma possibilidade, mas o poder discricionário para deixar de fazer isso exige motivação. Se a administração tivesse objetivamente motivado sua omissão, se tivesse dito, mesmo em sua resposta aqui no mandado de segurança, que não aproveitou os candidatos porque o concurso para técnico em segurança não avalia na devida forma a qualificação do candidato para exercer cargo de técnico administrativo – o que, aliás, não parece verdade, porque o concurso é o mesmo, com um *plus* de exigência de capacidade física para os técnicos em segurança, além de que os impetrantes demonstram já ter halvido nomeação de técnico em segurança para técnico administrativo –, ou apresentado outra razão plausível, sua conduta poderia ser tida como válida. Mas não: escora-se simplesmente

no “poder discricionário”. É comum vermos isso, a Administração escorar-se pura e simplesmente na discricionariedade; dizer que não fez porque era poder, faculdade livre de justificativa; não era dever.

Então, em conclusão, apesar de admitir que é orientação inovadora, apesar de que já bem sucedida especialmente nos casos de concursos públicos, ousou divergir do voto do ilustre relator, que, aliás, na linha tradicional, está bem fundamentado. Minha posição a respeito é uma tese que defendo nos trabalhos que escrevo e que publico; não é inovação para este caso. Entendo que, seja por nomeação no cargo de técnico em segurança, seja pela possibilidade de nomear para o cargo de técnico administrativo, o interesse qualificado dos impetrantes deve ser protegido.

Dirirjo, portanto, do ilustre relator e dou provimento à apelação.

Quinta Turma

Apelação Cível 0039115-62.2011.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira
 Apelante: Adail Aires Cirqueira
 Advogados: Dra. Kássia Maria Silva e outro
 Apelada: União Federal
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
 Publicação: e-DJF1 de 26/04/2013, p. 864

Ementa

Direito Administrativo. Anistia da Lei 8.878/1994. Servidor admitido sem concurso público. Menos de cinco anos de atividade. Readmissão. Mera liberalidade. Ausência de direito subjetivo ou de interesse legítimo. Demora no respectivo processo. Direito à indenização. Ausência.

I. Em 14 de outubro de 1994, a Subcomissão Setorial de Anistia Conab/Matriz entendera que “a demissão do requerente ocorreu sem justa causa em 25/06/1990, portanto, dentro do período de abrangência estabelecido no art. 1º da Lei 8.878 de 11/05/1994 (16/03/1990 a 30/09/1992)”.

II. Acrescentou-se:

[...]

2 – o requerente atendeu os requisitos do art. 5º do Decreto 1.153, de 08/06/1994, no que concerne à apresentação do requerimento acompanhado da documentação pertinente, bem como no que se refere ao cumprimento do prazo estabelecido;

3 – a situação enquadra-se no Inciso I do art. 1º da Lei 8.878/1994, pois houve violação de dispositivo constitucional, caracterizada pela não observância dos princípios de legalidade, moralidade e impessoalidade prescritos no art. 37 da Constituição Federal, por sua vez, consubstanciados em pressupostos de validade para todo e qualquer ato administrativo. Neste sentido, destacam-se os seguintes aspectos:

3.1 – o Princípio da Legalidade impõe que nenhum ato administrativo poderá ser praticado à revelia da Lei, ou das exigências do bem comum, sob pena de tornar-se inválido. No ato de rescisão em análise, está óbvio que não foram observadas as exigências inerentes à preservação do bem comum, de 4s de que as demissões do 'período Collor' foram implementadas com total ausência de critérios uniformes para a redução do quadro do pessoal do Setor Público, que culminou até mesmo na desestabilização da paz social. Estabelecendo o Princípio da Legalidade que o Administrador só pratique o ato para o seu fim legal, e essa finalidade sendo inafastável do interesse público, claro está que houve desvio dessa regra, traduzido em insidiosa modalidade de abuso de poder.

3.2 – o Princípio da Moralidade Administrativa não traduz o sentido de moralidade comum, mas de moralidade jurídica, consistente no conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina da Administração. O descumprimento desse princípio ficou caracterizado com as demissões imotivadas, 'em massa', implementadas no período, mediante o pretexto de resgatar a moralidade do serviço público e viabilizar o perfeito funcionamento do Estado.

3.3 – o Princípio da Impessoalidade Impõe que o Administrador deve atuar exclusivamente em função do interesse público, e nunca com finalidades próprias ou de pessoas em particular. No caso em análise, ficou evidente que o Executivo Nacional não atentou para esse princípio, agindo pela expressão de sua vontade em detrimento da vontade do Estado, fazendo prevalecer compromissos de sua campanha política, contrários aos objetivos públicos.

4 – a campanha pública encetada pelo Governo Collor contra a máquina do Estado e seus servidores visava, segundo seus protagonistas, uma profunda reforma administrativa, com o objetivo de reduzir o tamanho do Estado e imprimir indispensável moralidade em suas atividades. Sustentados neste discurso, milhares de servidores do setor público vinculados à Administração Direta e Indireta foram sumariamente demitidos, enquanto a imprensa falada, escrita e televisada noticiava, com riqueza de detalhes, a existência de negócios escusos implementados pela nova administração dos negócios do Estado. Com a implantação dos conflitos na cúpula do poder, exsurgiu a Comissão Parlamentar de Inquérito e, com ela, a cassação do Presidente da República, oportunidade em que vieram à tona as reais intenções do alto comando executivo da Nação, não deixando dúvidas de que tais demissões tinham, exclusivamente, finalidade de dar satisfação ao seu 'eleitorado' e angariar simpatia. Concluiu-se, portanto, que a iniciativa foi motivada por objetivos políticos e não para atendimento dos reais interesses e necessidades da Nação, cabendo, portanto, o enquadramento do ato na situação de motivação política, de que trata o inciso III, do art. 1º, da Lei 8.878/1994.

5 – a ausência de planejamento e critérios previamente definidos para a demissão caracterizou a arbitrariedade do ato praticado, sendo que o art. 3º da Lei 8.878/1994, favorece a quem esteve submetido a tal condição.

III. Ocorre que tal apreciação omitiu que o autor fora admitido na Fundação de Tecnologia Industrial, sem concurso público, em 6 de abril de 1988, na função de motorista. Dessa fundação transferira-se, por convênio, para o Ministério da Ciência e Tecnologia, do qual foi demitido em 28/04/1991, portanto, com apenas três anos de atividade.

IV. Não se submetera a concurso público, nem possuía, pois, o mínimo de cinco (5) anos de trabalho, que poderia dar ensejo à aplicação retroativa do art. 54 da Lei 9.784/1999. Sua admissão ao Serviço Público era inválida e ainda não havia transcorrido o tempo mínimo que, salvo comprovada má-fé, impede anulação do ato de que decorra efeitos favoráveis ao particular.

V. Desse modo, descaracterizado fica o poder-dever da Administração de anular o ato de demissão, em face da Lei 8.878/1994, uma vez que no momento da demissão já havia, em sentido oposto, o poder-dever de anular a admissão, sem concurso, ao Serviço Público.

VI. Poder-se-ia alegar que a aplicação da Súmula 473-STF não dispensa o devido processo legal, de modo que a demissão do autor teria sido de qualquer modo ilegal, uma vez que desprovida desse requisito. Acontece que a desatenção ao devido processo legal não justificaria reintegração de servidor admitido sem concurso, mas apenas indenização específica pela omissão em si mesma, no caso, suscetível de reivindicação perante a justiça trabalhista, direito esse prescrito dois anos após a demissão.

VII. Em resumo, a *anistia* da Lei 8.878/1994 não poderia criar o poder-dever da Administração de reintegrar ex-servidor que fora admitido sem concurso público e ainda não possuía, no momento da demissão, cinco anos de atividade. Sua reintegração foi, pois, uma mera liberalidade.

VIII. Se não havia direito subjetivo ou interesse legítimo à reintegração, muito menos há direito a indenização pela demora na decisão do respectivo processo.

IX. Negado, por isso, provimento à apelação.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 17/04/2013.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Trata-se de ação ajuizada por Adail Aires Cirqueira em face da União, objetivando condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 560.000,00 (quinhentos e sessenta mil reais), referente aos salários mensais que deixou de receber da Fundação de Tecnologia Industrial – FTI, bem como indenização por danos morais no montante de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) pela paralisação indevida de seu processo de anistia.

Na sentença, de fls. 330–334, julgou-se improcedente o pedido.

Apela o autor, às fls. 335–345, alegando que: a) a reintegração concedida “em 1994 é válida e eficaz, uma vez que inexistente qualquer ato de cancelamento, revogação ou anulação da anistia pelas comissões revisoras dos processos, criadas pelos Decretos 1.498 e 1.499”; b) o art. 6º da Lei 8.878/1994 é inconstitucional, pois viola direito adquirido e ato jurídico perfeito, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana e o dos valores sociais do trabalho; c) “os pedidos formulados na inicial não são de pagamento de remuneração retroativa e sim de indenização por danos morais e materiais, com base na responsabilidade objetiva do Estado”, motivo pelo qual o art. 6º da Lei 8.878/1993 não constitui óbice a sua pretensão; d) “não há nos autos qualquer prova de que a União não” o readmitiu “em razão da inexistência de disponibilidade orçamentária e financeira, ônus que lhe incumbia”; e) “a ação da União de demitir injustamente o apelante lhe provocou danos de natureza moral, eis que sua dignidade e honra” foram atingidas.

Foram oferecidas contrarrazões (fls. 348–358).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: —

Prescrição

Não há prescrição porque a suposta mora administrativa, em razão da qual se pede indenização, perdurou até a reintegração do autor ao serviço público, o que ocorreu em abril de 2009. A ação é de 15/07/2011.

Mérito

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — A Lei 8.878, de 11 de maio de 1994, que “dispõe sobre a concessão de anistia nas condições que menciona”, estabeleceu:

Art. 1º É concedida anistia aos servidores públicos civis e empregados da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sob controle da União que, no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992, tenham sido: I – exonerados ou demitidos com violação de dispositivo constitucional ou legal; II – despedidos ou dispensados dos seus empregos com violação de dispositivo constitucional, legal, regulamentar ou de cláusula constante de acordo, convenção ou sentença normativa; III – exonerados, demitidos ou dispensados por motivação política, devidamente caracterizada, ou por interrupção de atividade profissional em decorrência de motivação grevista.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, ao servidor titular de cargo de provimento efetivo ou de emprego permanente à época da exoneração, demissão ou dispensa.

Art. 2º O retorno ao serviço dar-se-á, exclusivamente, no cargo ou emprego anteriormente ocupado ou, quando for o caso, naquele resultante da respectiva transformação e restringe-se aos que formulem requerimento fundamentado e acompanhado da documentação pertinente no prazo improrrogável de sessenta dias, contado da instalação

*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado).

da comissão a que se refere o art. 5º, assegurando-se prioridade de análise aos que já tenham encaminhado documentação à Comissão Especial constituída pelo Decreto de 23 de junho de 1993.

[...]

Art. 3º Observado o disposto nesta Lei e de acordo com as necessidades e disponibilidades orçamentárias e financeiras da Administração, o Poder Executivo deferirá o retorno ao serviço dos servidores ou empregados despedidos arbitrariamente no período a que se refere o art. 1º.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput, será assegurada prioridade de retorno ao serviço aos que: I – estejam comprovadamente desempregados na data da publicação desta Lei; II – embora empregados, percebam, na data da publicação desta Lei, remuneração de até cinco salários mínimos.

[...]

Art. 5º Para os fins previstos nesta Lei, o Poder Executivo, no prazo de até trinta dias, constituirá Comissão Especial de Anistia e Subcomissões Setoriais, com estrutura e competência definidas em regulamento. ...

§2º O prazo para conclusão dos trabalhos dessas comissões será fixado no ato que as instituir.

Art. 6º A anistia a que se refere esta Lei só gerará efeitos financeiros a partir do efetivo retorno à atividade, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo.

Embora a citada lei trate da questão como *anistia*, a medida deve ser situada, independentemente dessa denominação, dentro do sistema de Direito Administrativo.

À época da *anistia* instituída pela Lei 9.784/1999, prevalecia a orientação da Súmula 473-STF:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Essa súmula foi posteriormente reproduzida pelo art. 53 da Lei 9.784/1999:

A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

O verbo *poder* foi, como visto, substituído pelo verbo *dever*, o que, na realidade, não traduziu modificação substancial, uma vez que, para a Administração, consoante antiga doutrina, o *poder* quase sempre tem o sentido de *dever*.

Não há decadência para o exercício desse dever, pela Administração, exceto na situação prevista pelo art. 54 da Lei 9.784/1999:

O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Como se deve interpretar, então, o comando da Lei 8.878/1994? Essa lei, na verdade, com o rótulo de *anistia*, determinou à Administração que exercitasse seu poder-dever de anular as demissões injustas, ocorridas no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992. Não havia mais direito dos ex-servidores à reintegração, uma vez que prescritas as respectivas pretensões perante a Justiça do Trabalho, mas a Administração conservava o poder-dever de anular os atos de demissão, exoneração, despedida ou dispensa ilicitamente praticados.

Em face do poder-dever da Administração de anular seus atos ilícitos, uma vez prescrita a pretensão do particular, não há direito subjetivo deste, podendo-se falar apenas em interesse legítimo perante a competência discricionária. Era o que já acontecia na generalidade dos casos e foi reforçado com a edição da Lei 8.878/1994. Em razão dessa lei, a Administração, que já estava sujeita aos princípios que resultaram na Súmula 473-STF, tornou-se obrigada, especificamente, a anular os atos de desligamento de servidores, injustamente (na substância) cometidos no período crítico compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992.

Já sustentei neste Tribunal e escrevi em trabalho doutrinário¹ que a dicotomia liberal *expectativa de direito* e *direito adquirido*, a que correspondem simetricamente *interesses* e *direitos subjetivos*, não é satisfatória no campo do Direito Administrativo-Constitucional. Constata-se que há, na prática, posições intermediárias (*direitos imperfeitos*, *direitos fracos*,² *interesses legítimos*, *quase direitos*) entre uma e outra modalidade, que merecem ser consideradas e protegidas. A doutrina italiana, particularmente, é rica em estudos sobre a distinção entre *direito subjetivo* e *interesse legítimo* porque, na Itália, a dualidade de

¹ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo*: da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 261.

² Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. O Concurso Público e o Direito à Nomeação. In: *Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 17.

jurisdição se firma nessas duas classes.³ Se não há, a rigor, direito subjetivo, pode haver, no entanto, obrigação de comportamento (categoria colhida do Direito Administrativo francês) da Administração em face dos princípios que lhe são inerentes, em conexão com interesse legítimo do particular, suscetível, este, por isso, de proteção judicial.

Revela-se tendência, tanto do ângulo material como do processual, de legitimação também individual do cidadão atingido para correção judicial de atos e omissões em princípio discricionários. Essa teoria surge junto com a teoria da efetividade do processo, na qual se verificam várias posições pela abertura da *legitimatio ad causam*, seja para dar um elastério maior ao significado da locução *direito individual*, contida na garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, nela incluindo o *interesse legítimo*, seja repudiando o individualismo da regra tradicional.⁴

A falta de razoabilidade da omissão ou da atividade em princípio discricionárias desperta o interesse legítimo do cidadão prejudicado para pleitear-lhe judicialmente a correção. A competência vinculada dá ensejo ao direito subjetivo, e a competência discricionária, ao interesse legítimo, cuja lesão pode ser objeto de reclamação ante os tribunais administrativos,⁵ nos sistemas em vigora a dualidade de jurisdição. No Brasil, onde, diferentemente da Itália, não há contencioso administrativo, a equiparação a direito subjetivo é maneira de dar proteção ao interesse legítimo. O Poder Judiciário é competente para todas as espécies de litígios,

[...] inclusive entre o administrado ou o funcionário e a administração e mesmo que se litigue com fundamento em meros interesses legítimos e não direitos subjetivos.⁶

O Decreto 1.499, de 24 de maio de 1995, interrompeu o cumprimento de uma *obrigação de comportamento* da Administração, em prejuízo dos *anistiados*. O motivo teria sido a suspeita de fraude

em alguns dos respectivos processos. Em nenhum momento alegou-se falta de recursos financeiros para a readmissão, portanto, a *reserva do possível* (cuja prova é ônus da Administração) não constituiu obstáculo ao ato.

A Administração poderia, por suspeita de fraude, suspender a apreciação dos casos, como medida cautelar. Conforme já escrevi,

[...] no processo administrativo, como no processo judicial, pode acontecer a necessidade de imposição de medidas urgentes, sem prévio contraditório, o qual, entretanto, não fica excluído, mas apenas postergado.⁷ Justificam-se certas providências, antecipadamente à conclusão do processo, em face do risco de lesão grave e irreparável ao interesse público.

No entanto, acrescento:

Não se cuida de um poder autônomo, mas instrumental, restrito e proporcional à finalidade de preservar a eficácia da tutela principal. É, por isso, um poder-dever implícito na norma de competência administrativa, o que não nega a conveniência de que se exercício seja expressamente disciplinado, no intuito de evitar abuso da discricionariedade que lhe é inerente.⁸

No caso da suspensão dos processos de *anistia*, o poder-dever cautelar, além de desprovido de qualquer manifestação do interessado antes ou depois de seu exercício, extrapolou o limite de tempo razoável. Aliás, mesmo quando regularmente exercido, o poder-dever cautelar implica indenização de dano anormal e especial, injusto, causado ao particular, como é próprio da responsabilidade por ato lícito do Estado.

A Lei 8.878/1994 dispôs que os efeitos financeiros dar-se-iam só “a partir do efetivo retorno à atividade, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo”. Esse dispositivo não impede, entretanto, condenação da União em indenização pelo dano injusto que o retardamento causou aos *anistiados*. Nem se impede que o cálculo de tal indenização tome por base o valor dos vencimentos a que o servidor teria direito se readmitido no devido tempo, observada a prescrição quinquenal e abatidas as rendas advindas do trabalho, que efetivamente tiver obtido no período, as

³ Cf. FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 119.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 26.

⁵ RANELLETTI apud FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.119. Cf., também referindo-se à doutrina italiana, BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 28–31.

⁶ DANAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 81.

⁷ Cf. DANAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 133.

⁸ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 361.

quais não obteria concomitantemente com a atividade no Serviço Público.

Feitas essas considerações gerais, passa-se à apreciação do caso específico do autor.

Em 14 de outubro de 1994, a Subcomissão Setorial de Anistia Conab/Matriz entendera que

[...] a demissão do requerente ocorreu sem justa causa em 25/06/90, portanto, dentro do período de abrangência estabelecido no Artigo 1º da Lei 8.878 de 11/05/94 (16/03/90 a 30/09/92).

Acrescentou-se:

2 – o requerente atendeu os requisitos do Artigo 5º do Decreto nº 1.153, de 08/06/94, no que concerne à apresentação do requerimento acompanhado da documentação pertinente, bem como no que se refere ao cumprimento do prazo estabelecido;

3 – a situação enquadra-se no Inciso I do Artigo 1º da Lei nº 8.878/94, pois houve violação de dispositivo constitucional, caracterizada pela não observância dos princípios de legalidade, moralidade e impessoalidade prescritos no Artigo 37 da Constituição Federal, por sua vez, consubstanciados em pressupostos de validade para todo e qualquer ato administrativo. Neste sentido, destacam-se os seguintes aspectos:

3.1 – o PRINCÍPIO DA LEGALIDADE impõe que nenhum ato administrativo poderá ser praticado à revelia da Lei, ou das exigências do bem comum, sob pena de tornar-se inválido. No ato de rescisão em análise, está óbvio que não foram observadas as exigências inerentes à preservação do bem comum, desde que as demissões do ‘período COLLOR’ foram implementadas com total ausência de critérios uniformes para a redução do quadro do pessoal do Setor Público, que culminou até mesmo na desestabilização da paz social. Estabelecendo o Princípio da Legalidade que o Administrador só pratique o ato para o seu fim legal, e essa finalidade sendo inafastável do interesse público, claro está que houve desvio dessa regra, traduzido em insidiosa modalidade de abuso de poder.

3.2 – o PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA não traduz o sentido de moralidade comum, mas de moralidade jurídica, consistente no conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina da Administração. O descumprimento desse princípio ficou caracterizado com as demissões IMOTIVADAS, ‘em massa’, implementadas no período, mediante o pretexto de resgatar a moralidade do serviço público e viabilizar o perfeito funcionamento do Estado.

3.3 – o PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE impõe que o Administrador deve atuar exclusivamente em função do interesse público, e nunca com finalidades próprias ou de pessoas em particular. No caso em análise, ficou evidente que o Executivo Nacional não atentou para esse princípio, agindo pela expressão de sua vontade em detrimento da vontade do Estado, fazendo prevalecer compromissos de sua campanha política, contrários aos objetivos públicos.

4 – a campanha pública encetada pelo Governo Collor contra a máquina do Estado e seus servidores visava, segundo seus protagonistas, uma profunda reforma administrativa, com o objetivo de reduzir o tamanho do Estado e imprimir indispensável moralidade em suas atividades. Sustentados neste discurso, milhares de servidores do setor público vinculados à Administração Direta e Indireta foram sumariamente demitidos, enquanto a imprensa falada, escrita e televisada noticiava, com riqueza de detalhes, a existência de negócios escusos implementados pela nova administração dos negócios do Estado. Com a implantação dos conflitos na cúpula do poder, exurgiu a Comissão Parlamentar de Inquérito e, com ela, a cassação do Presidente da República, oportunidade em que vieram à tona as reais intenções do alto comando executivo da Nação, não deixando dúvidas de que tais demissões tinham, exclusivamente, finalidade de dar satisfação ao seu ‘eleitorado’ e angariar simpatia. Concluiu-se, portanto, que a iniciativa foi motivada por objetivos políticos e não para atendimento dos reais interesses e necessidades da Nação, cabendo, portanto, o enquadramento do ato na situação de MOTIVAÇÃO POLÍTICA, de que trata o inciso III, do Artigo 1º, da Lei nº 8.878/94.

5 – a ausência de planejamento e critérios previamente definidos para a demissão caracterizou a arbitrariedade do ato praticado, sendo que o artigo 3º da Lei nº 8.878/94, favorece a quem esteve submetido a tal condição.

Ocorre que tal apreciação omitiu que o autor fora admitido na Fundação de Tecnologia Industrial, sem concurso público, em 6 de abril de 1988, na função de motorista. Dessa fundação transferiu-se, por convênio, para o Ministério da Ciência e Tecnologia, do qual foi demitido em 28/04/1991, portanto, com apenas três anos de atividade.

Não se submetera a concurso público, nem possuía, pois, o mínimo de cinco (5) anos de trabalho, que poderia dar ensejo à aplicação retroativa do art. 54 da Lei 9.784/1999.⁹ Sua admissão ao Serviço Público era inválida e ainda não havia transcorrido o tempo mínimo que, salvo comprovada má-fé, impede anulação do ato de que decorra efeitos favoráveis ao particular.

⁹ O STJ entende que “os atos administrativos praticados anteriormente ao advento da Lei 9.784/1999 também estão sujeitos ao prazo decadal quinzenal de que trata seu art. 54. Todavia, nesses casos, tem-se como termo *a quo* a entrada em vigor de referido diploma legal” (MS 8.762-DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, unânime, julgado em 23/11/2005). Ocorre que esse prazo já fora aplicado, no caso específico de servidor admitido sem concurso público, pelo art. 19 do ADCT, razão pela qual o critério é aqui considerado, retroativamente, como suscetível de afastar aplicação, mesmo à época, da Súmula 473-STF.

Desse modo, descaracterizado fica aquele poder-dever da Administração de anular o ato de demissão, mesmo em face da Lei 8.878/1994, uma vez que no momento da demissão já havia, em sentido oposto, o poder-dever de anular a admissão, sem concurso, ao Serviço Público.

Poder-se-ia alegar que a aplicação da Súmula 473-STF não dispensa o devido processo legal, de modo que a demissão do autor teria sido de qualquer modo ilegal, uma vez que desprovida desse requisito. Acontece que a desatenção ao devido processo legal não justificaria reintegração de servidor admitido sem concurso, mas apenas indenização específica pela omissão em si mesma, suscetível de reivindicação perante a justiça trabalhista, direito esse prescrito dois anos após a demissão.

Em resumo, a *anistia* da Lei 8.878/1994 não poderia criar, no caso, poder-dever da Administração de reintegrar ex-servidor que fora admitido sem concurso público e ainda não possuía, no momento da demissão, cinco anos de atividade. Sua reintegração foi, pois, uma mera liberalidade.

Se não havia direito subjetivo ou interesse legítimo à reintegração, muito menos há direito a indenização pela demora na decisão do respectivo processo.

Por isso, nego provimento à apelação.

Quinta Turma

Apelação Cível 0002379-38.2012.4.01.3100/AP

Relatora : Desembargadora Federal Selene Almeida
 Apelante: Marcilene Mendes Rodrigues
 Advogados: Dr. César Farias da Rosa e outros
 Apelada: União Federal
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
 Publicação: e-DJF1 de 05/06/2013, p. 267

Ementa

Responsabilidade civil. Danos morais e materiais. Reparação decorrente de acidente sofrido em embarcação. Cobrança deduzida contra a União. Omissão na fiscalização e edição de normas de segurança de navegação. Ocorrência da prescrição.

I. A autora menor na ocasião do acidente (11 anos) em 1998, atingiu a maioridade (18 anos) em 2005, mas a ação só foi ajuizada em 2012.

II. Afasta-se o argumento de que somente na data da elaboração do laudo pericial (providenciado a pedido da Defensoria Pública), é que correria a prescrição. A autora não ficou sabendo da extensão dos danos que afetaram a sua saúde e aparência a partir dessa data, e sim da ocasião do acidente, quando ela passou pelos tratamentos médicos e cirurgias reparadoras.

III. Mesmo considerando que a cientificação só ocorreu a partir da sua maioridade, ainda assim houve o transcurso do lapso temporal, como já foi especificado.

IV. Apelação da autora improvida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação da autora.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 29/05/2013.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Trata-se de apelação interposta por Marcilene Mendes Rodrigues contra sentença proferida em ação de rito ordinário, ajuizada em desfavor da União, na qual restou reconhecida a prescrição quinquenal quanto aos pedidos formulados de indenização por danos morais, materiais e estéticos, além do custeio de tratamento de saúde, requeridos em face de acidente que sofrera.

Alega a apelante que a sentença está equivocada quanto à decretação da prescrição, pois a hipótese refere-se a danos perpetrados contra a sua integridade física e que violaram seus direitos da personalidade e da vida, os quais sendo fundamentais são protegidos pela Constituição Federal (art. 1º) e, portanto, imprescritíveis.

Narra que sofreu acidente a bordo de pequena embarcação que lhe transportava em rio no Estado do Pará, quando tinha 11 (onze anos) de idade, tendo sido brutalmente atingida pelo eixo descoberto entre o motor e a hélice da embarcação, que prendeu os seus cabelos ocasionado grande lesão no couro cabeludo (escalpelamento), atingindo ainda as sobrancelhas e a pele do rosto.

Afirma que sofreu deformações em razão desse acidente e sofrimento físico que ainda perduram. O acidente também lhe afetou psíquica e moralmente, em face da deformidade, tendo sua autoestima afetada em razão, também, do preconceito que sofre no relacionamento social.

Aduz que, caso seja considerada hipótese de ocorrência de prescrição, de fato, não decorreu o lapso temporal, haja vista que o cômputo do termo inicial não é da data do evento danoso e sim da data do laudo pericial, realizado em 06/12/2010, a pedido da Defensoria Pública da União, a partir de quando se tomou conhecimento da real extensão do dano.

Sustenta que a União tem o dever de reparar o dano, em razão de sua omissão na fiscalização do tráfego fluvial e da implementação de normas de segurança para as embarcações, a despeito do que já previam a Lei Complementar 97, de 09/06/1999, a Lei 9.537, de 11/12/1997 e o seu Decreto regulamentador 2.596, de 18/05/1998.

Alega que, recentemente, foi editada a Portaria 85 da Diretoria de Portos e Costas, de 14/10/2005, que disciplinou especificamente a segurança para os equipamentos da embarcação (cf. Anexo 3-0), justamente, em razão dos inúmeros acidentes verificados na região amazônica, tendo sido editada

também a Lei 11.970, de 06/07/2009, que promoveu alteração na citada mencionada Lei 9.537/1997, tornando obrigatório o uso de proteção para o eixo do motor.

Requer a reforma da sentença e a condenação da União na verba de sucumbência, incluindo os honorários advocatícios.

Contrarrazões apresentadas pela União.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Nos presentes autos, a autora formulou pedido de indenização por danos morais e materiais contra a União, por suposta omissão da Administração Pública, em relação ao acidente que sofrera em pequena embarcação que navegava em rio, no Estado do Pará, e que lhe causou danos físicos e estéticos de grandes proporções, sendo que o episódio atingiu também a sua integridade moral, motivada pela deformidade e o abalo da sua autoestima.

A sentença apelada, no caso, reconheceu a ocorrência da prescrição quinquenal, com base no art. 1º do Decreto-Lei 20.910/1992, do seguinte teor:

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.

Conforme pontuou a sentença, o acidente que desencadeou as graves sequelas sofridas pela autora ocorreu em 1998, o que demonstra ter sido superado em muito o prazo de cinco anos que rege a prescrição das pretensões a serem deduzidas contra a União, pois a ação só foi ajuizada em maio de 2012.

Mesmo considerando a hipótese que a autora era menor na ocasião do episódio, pois ela contava com 11 anos em 1998, ela atingiu a maioridade (18 anos) em 2005, tendo transcorrido do mencionado ano até 2012 exatamente 7 (sete) anos.

Os argumentos da autora quanto à responsabilização da União são relevantes, em decorrência de sua omissão na fiscalização e elaboração de normas de segurança de navegação.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado).

A análise da pretensão indenizatória, contudo, não pode se desvencilhar do prazo prescricional definido em legislação que rege especificamente os pedidos de reparação contra a União.

Está demonstrado nos autos que a autora sofreu graves sequelas do acidente que afetou a sua integridade física e moral, porém, o fundamento do seu pedido de reparação não se assemelha à exceção legal instituída pela jurisprudência para afastamento das regras de prescrição, como ocorre nas lides que envolvem os crimes militares.

A exceção tratada nos julgados do STJ tem por fundamento a ofensa aos direitos fundamentais do cidadão, decorrente da situação específica de crimes políticos, em que o direito das vítimas foi objeto de tratamento no Ato das Disposições Constitucionais Provisórias e da posterior lei editada para esse fim.

Não obstante o pedido dos autos estar pautado na violação da integridade física da autora, em razão de acidente, culpa é imputável ao Poder Público, a situação não se assemelha às hipóteses em que a União tem o dever moral de reparar, independentemente do transcurso do tempo, as vítimas dos crimes políticos e hediondos identificadas, posteriormente, em razão da vigência do regime militar.

Não sendo insensível à situação da autora, não há como afastar a ocorrência, no caso, da prescrição prevista no Decreto-Lei 20.910, de 1932.

Sobre o tema da prescrição, são pertinentes os esclarecimentos feitos pela Min. Eliana Calmon quando do julgamento dos Embargos de Divergência 816.209/RJ de sua relatoria (julgamento em 10/11/2009 pela Primeira Seção do STJ).

Confirmam-se:

Tem-se, na origem, demanda visando à reparação de danos morais e materiais, oriundos da suposta prática de atos de tortura e prisão ilegal cometidas à época do Regime Militar.

Nos presentes embargos, discute-se exclusivamente a questão da prescrição das ações tendentes a reparar a violação dos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, bem como os danos materiais.

O acórdão embargado, proferido pela Primeira Turma no Recurso Especial 816.209/RJ, concluiu que tanto os danos materiais quanto os morais, na hipótese, são imprescritíveis, por terem violado direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana. Pretende-se com a ação proteger a dignidade lesada pela tortura e pela prisão por delito de opinião cometido quando do Regime Militar de exceção, o dá à ação de reparação ex delicto, com amparo constitucional no art. 8º, § 3º,

do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias” (fl. 224) o caráter de imprescritível, sem distinguir dano moral de material.

O aresto paradigma (REsp 475.625/PR), diferentemente, ao tratar das lesões aos direitos humanos fundamentais, considera-os imprescritíveis, mas, em relação à reparação de natureza patrimonial, aplica o prazo prescricional do Decreto 20.910/1932.

Assim, percebo que a divergência objeto dos presentes embargos restringe-se à discussão sobre o prazo prescricional aplicável aos danos materiais advindos das arbitrariedades perpetradas por militares durante o regime de exceção, uma vez que ambos os acórdãos confrontados concluíram que as ações de reparação por danos morais por ofensa aos direitos humanos são imprescritíveis.

Em pesquisa jurisprudencial neste Tribunal, constata-se que a tese da imprescritibilidade das ações reparatórias por danos morais na hipótese específica de que se trata, apesar de majoritária, não é unânime.

Há vários precedentes no sentido de que a prescrição quinquenal, prevista no Decreto 20.910/1932, não se aplica aos danos decorrentes de violação de direitos da personalidade – considerados imprescritíveis – ocorrida no período da ditadura militar, quando os jurisdicionados não podiam buscar a contento as suas pretensões. Neste sentido são os julgados seguintes: REsp 1075616/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009; REsp 1002009/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJ 21/02/2008 p. 58; REsp 845.228/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 18/02/2008 p. 25; e REsp 890.930/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 14/06/2007 p. 267.

Na pesquisa uma peculiaridade chama atenção: vários julgados mencionam nas indexações das ementas a expressão DANOS MORAIS E MATERIAIS, dando a entender que em ambos os casos, estar-se-ia diante de uma ação imprescritível.

Pesquisando o conteúdo dos votos, a fim de verificar se também discutiram danos materiais verifiquei, como resultado, que na maioria dos casos, os particulares pleiteavam apenas indenização por danos morais, dentro de um cenário de de arbitrariedades e circunstâncias fáticas envolta na neblina do tempo e das provas (muitas ainda desconhecidas), dificultando a comprovação de eventuais danos patrimoniais ocorridos no curso do Regime Militar. Destaco também que, mesmo nos casos de indenização por danos morais sofridos por militares, alguns julgados registram a questão do prazo prescricional do Decreto 20.910/1932, como, por exemplo, o Recurso Especial 972.770/RS, da relatoria do eminente Ministro Teori Zavascki, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS SOFRIDOS DURANTE O REGIME MILITAR. PRESCRIÇÃO. PRAZO. TERMO A QUO.

1. A divergência jurisprudencial, ensejadora do conhecimento do recurso especial pela alínea c, deve ser devidamente demonstrada conforme as exigências dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255 do RISTJ, o que não ocorreu no caso. (REsp 796272/MS, 1ª Turma, Min. Denise Arruda, DJ de 02.08.2007; REsp 897839/MG, 2ª Turma, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 06.08.2007).

2. É de cinco anos o prazo prescricional da ação de indenização contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição de “todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza”. Na fixação do termo a quo desse prazo, deve-se observar o universal princípio da actio nata.

3. No caso, a ação foi ajuizada em 06.08.2003, cerca de trinta e nove anos após a ocorrência do evento danoso que constitui o fundamento do pedido, o que evidencia a ocorrência da prescrição.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 972.770/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/09/2007, DJ 08/10/2007 p. 244)

Assim, é imperiosa a necessidade de uniformizar-se o entendimento referente ao prazo prescricional aplicável aos casos em que se discute reparação de danos patrimoniais decorrentes de atos governamentais cometidos durante o Regime Militar.

A regra, para as postulações judiciais contra o Estado, é que o interessado tem cinco anos para exercer em juízo o seu direito, nos moldes previstos no art. 1º do Decreto 20.932/1932, in verbis :

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 do fato do qual se originarem. À luz desse dispositivo, as ações de reparação por dano material praticado durante a ditadura militar no Brasil estariam prescritas, todas elas, até 1985, considerando-se a possível prática de tortura ou desrespeito aos direitos humanos ocorridos, presumivelmente, até 1979, quando teve fim o regime militar no país.

Pergunta-se então: será que em 1979 as condições políticas e jurídicas então existentes no Brasil, permitiam o exercício integral do direito de reparação dos danos sofridos?

O País ainda estava regido pela Emenda Constitucional 1/1969 à Constituição Federal de 1967 e continuava sob à égide das leis de Segurança Nacional. Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 e, depois com a Lei 9.140/1995

(diploma que reconheceu como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação ou acusação de participação em atividades políticas no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979), foi possível encarar a ordem jurídica sem camuflagem da problemática, conferindo aos seus familiares das vítimas direito a uma reparação patrimonial.

A Lei 9.140/1995 criou uma comissão para tratar do reconhecimento das vítimas do regime de exceção (art. 4º) e estabeleceu o montante de três mil reais por ano (art. 11), até o limite de cem mil reais (§ 11º do art. 11) de indenização. O mesmo diploma fixou o prazo de cento e vinte dias para o requerimento administrativo de indenização, a contar de sua publicação, prazo revigorado pela Lei 10.536/2002, que veio a dilatar o prazo dos acontecimentos passíveis de reconhecimento estatal para abraçar os acontecimentos ocorridos de agosto de 1979 (termo final indicado na Lei 9.140/95) a 1988.

A partir desses fatos, a Segunda Turma, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 651.512/GO, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, adotou o surgimento da Lei 9.140/1995 como marco inicial da contagem da prescrição, consoante se observa da ementa seguinte:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REGIME DE EXCEÇÃO. PESSOAS DESAPARECIDAS. ATIVIDADE POLÍTICA. PRISÃO E TORTURA. INDENIZAÇÃO. LEI N. 9.140/1995. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA N. 284 DO STF. DANOS MORAIS. REDUÇÃO DO VALOR. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Lei n. 9.140/95 reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988. Assim, houve reabertura dos prazos prescricionais para propositura de ações que visem obter indenizações fundadas em tais fatos.

2. A interposição de recurso especial fundado na alínea “a” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal exige a indicação da lei federal entendida como violada e de seu respectivo dispositivo, sob pena de não-conhecimento do apelo em razão de fundamentação deficiente. Incidência da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

3. Não se justifica a intervenção do STJ para rever valor fixado a título de indenização por danos morais em quantia razoável.

4. Recurso especial conhecido parcialmente e improvido. (REsp 651512/GO, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 25/04/2007 p. 304, grifei)

Por mais coerente que esse critério possa parecer, entendo que não é possível sua aplicação a todos os casos que envolvam atos de tortura, por exemplo, quando não houver lei posterior reconhecendo práticas de violação a direitos

humanos. Poderíamos nos perguntar: se não tivesse sido editada a Lei 9.140/1995 estaria perdido o direito de postular a reparação?

Assim, entendo plausível que, na hipótese de ofensa aos direitos fundamentais, como o que ocorre com a tortura – um dos mais hediondos e abomináveis delitos –, estejamos diante de pretensão indenizatória imprescritível.

Sabemos que a regra é a prescrição, e que o seu afastamento deve apoiar-se em previsão legal. É o caso da imprescritibilidade de ações de reparação dos danos causados ao patrimônio público, regra prevista na Constituição Federal de 1988, no art. 37, § 5º.

O direito ao pedido de reparação de danos patrimoniais decorrentes da prática de tortura, dentro da logicidade hermenêutica, também está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial a afirmação dos povos, independentemente de estar expresso ou não em texto legal.

Oportuno destacar que o Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas – incorporado ao ordenamento jurídico pelo Decreto-Legislativo 226/1991 (promulgado pelo Decreto 592/1992) – que traz a garantia de que ninguém será submetido a tortura, nem a pena ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (Artigo 7).

Ressalto, também, que o referido pacto previu a proteção judicial para os casos de violação dos direitos humanos, no art. 2º, in verbis:

Art. 2º. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a: a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais; b) Garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do

Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; c) Garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso. (grifei).

Ademais, a Constituição da República dispõe nos artigos 1º, III, e 5º, III, sobre a dignidade da pessoa humana – fundamento do Estado Democrático de Direito –, a vida, bem como, nessa esteira, a proibição da tortura, respectivamente:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes; (...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou

degradante; (grifei)

Dessa forma, entendo que reconhecer como imprescritível o pedido de indenização por danos, sejam morais ou materiais, decorrentes dos atos de tortura arbitrariamente ministrados por agentes do regime ditatorial brasileiro, é uma das formas de dar efetividade à missão de um Estado Democrático de Direito, assegurando proteção e, sobretudo, reparação à dignidade do ser humano.

Com essas considerações, conheço dos embargos de divergência, mas nego-lhes provimento.

É o voto.

A jurisprudência desta Corte é firme quanto ao reconhecimento da prescrição em casos como tais.

Nesse sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. O entendimento jurisprudencial assente nesta Corte é no sentido que, em se tratando de ação objetivando a indenização por danos morais em face da Administração Pública são aplicáveis as disposições do Decreto nº 20.910/1932 quanto ao prazo prescricional quinquenal, a contar da ocorrência do evento danoso.

2. No caso em exame o acidente que acarretou dano à parte ocorreu em 1994 e ação somente foi ajuizada em 2002 - quando já transcorrido o prazo prescricional para pleitear judicialmente indenização para reparação de danos.

3. Dá-se provimento ao recurso de apelação e à remessa oficial tida por interposta para extinguir o

processo com julgamento do mérito com fulcro no artigo 269 IV do CPC.

(AC 2002.34.00.038929-4 / DF, Relator Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira, 5ª Turma Suplementar, 27/07/2011 e-DJF1 P. 279)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CPRM. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO N. 20.910/1932.

1. Pelo disposto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, “as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem”.

2. Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “no caso de ação indenizatória em que se postula o pagamento de pensão mensal, em razão de dano causado pelo Estado, ocorre a prescrição do fundo do direito, a teor do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, porquanto não se trata de relação jurídica de trato sucessivo, a ensejar a aplicação da Súmula nº 85/STJ”.

3. “Tratando-se de empresa pública integrante da administração indireta, responsável pela prestação de serviços públicos próprios do Estado, com o fim de atender as necessidades essenciais da coletividade, sem que apresente situação de exploração de atividade econômica, deve ser aplicada a prescrição quinquenal, conforme o Decreto 20.910/32” (STJ, REsp nº 1.196.158/SE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 30/08/2010).

4. Tendo em conta que o acidente que vitimou fatalmente o cônjuge varão ocorreu em 19/08/1994 e que a ação foi proposta apenas em 28/06/2001, houve prescrição da pretensão de indenizatória por danos materiais.

5. Provimento à apelação e à remessa oficial para, reformando-se a sentença, reconhecer a prescrição da pretensão de indenização por danos materiais. (AC 0002677-23.2001.4.01.4100/RO, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Conv. Juiz Federal Evaldo De Oliveira Fernandes, Filho (conv.), Quinta Turma, e-DJF1 p.172 de 04/10/2010)

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL INTERROMPIDA. DECRETO Nº 20.910/32, ARTS. 8º E 9º.

1. Gilson Rocha Melo ajuizou anteriormente a esta ação nº 89.00.04820-1, em 20.10.89, havendo o TRF dado parcial provimento à apelação do INCRA para reduzir a indenização concedida a título de danos materiais. O acórdão transitou em julgado em 14.05.96 não havendo, contudo, se manifestado acerca do pedido de danos morais.

2. O autor ajuizou a presente ação objetivando a condenação dos réus em danos morais em 20.07.2001 (fls. 02).

3. Rezam os arts. 8º e 9º do Decreto 20.910/32, que trata da prescrição geral no âmbito da Administração Pública, que: Art. 8º. - A prescrição somente poderá ser interrompida uma vez; Art. 9º. - A prescrição interrompida recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo.

4. Havendo a prescrição sido interrompida pela primeira vez com a citação válida na ação nº 89.00.04820-1, e havendo seu acórdão transitado em julgado em 14.05.96, aplicando-se os artigos supracitados, o prazo fatal para ajuizamento desta ação seria de dois anos e meio após essa data, ou seja, o dia 14.11.98; havendo a ação sido ajuizada em 20.07.2001, encontra-se prescrita.

5. Remessa e apelações da réis providas para extinguir o processo, com julgamento do mérito nos termos do art. 269, IV do CPC. (AC 0012786-71.2001.4.01.3300/BA, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 p.600 de 10/09/2010)

DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ADMINISTRATIVO. DANOS CAUSADOS POR ÍNDIOS. RESPONSABILIDADE DA FUNAI. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIAO. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/1932. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Não prospera a alegação de legitimidade passiva da União. Assim como assevera a sentença do juízo “a quo”, a FUNAI, como fundação pública, é entidade da administração indireta que detém personalidade jurídica própria e, havendo condenação, arcará com a indenização respectiva sem que haja interferência da União. Portanto, a FUNAI, como órgão competente de assistência aos silvícolas, é que deve responder por eventual dano causado pelos mesmos.

2. “O prazo prescricional para propositura da ação de indenização por danos morais segue aquele previsto para pleitear a reparação dos prejuízos patrimoniais” (STJ, REsp. 288.724/PR, DJ 01.07.2002, p. 292).

3. É de cinco anos o prazo para a propositura de ação de indenização por danos morais em face da Fazenda Pública (Decreto 20.910/32). Precedentes.

4. Apelação não provida. (AC 2006.36.00.017284-6/MT, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Conv. Juiz Federal Avio Mozar Jose Ferraz de Novaes, Quinta Turma, e-DJF1 p. 314 de 31/07/2008).

Não pode ser acolhida, ainda, a alegação da autora de que só tomou conhecimento da extensão dos danos por ocasião da elaboração do laudo pericial por médico legista do Departamento de Polícia do Estado do Amapá, em 2010, e assim considerar o cômputo do

prazo prescricional dessa data, consoante orientação extraída da Súmula 278 do STJ.

A autora submeteu-se a tratamento médico por longo período, inclusive, com a realização de cirurgia reparadora, desde a ocorrência do acidente, no ano de 1998, ocasião em que ficou cientificada da gravidade de suas lesões.

Caso assim não se entenda, a autora teve ciência da real situação na época em que completou maioridade e, como já foi dito, dessa data também decorreu o lapso temporal para o ajuizamento da ação.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Sexta Turma

Numeração única: 0001399-51.2010.4.01.4300

Apelação Cível 2010.43.00.000749-6/TO

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
 Apelante: Associação Indígena Akwê – AIA
 Advogado: Dr. Guilherme de Araripe Nogueira
 Apelada: Fundação Nacional do Índio – Funai
 Procuradores: Dra. Adriana Maia Venturini
 Dr. Luiz Fernando Villares e Silva
 Apelada: Investco S.A.
 Advogados: Dra. Priscila Santos Artigas e outros
 Publicação: e-DJF1 de 08/05/2013, p. 548

Ementa

Ação civil pública. Programa de Compensação Ambiental Xerente – Procambix. Legitimidade da Funai para compor a relação processual. Coisa julgada material reconhecida. Relativização da coisa julgada não acatada.

I. Consoante determina os arts. 1º, I e 3º, I, da Lei 5.371/1967, cabe à Funai, entre outras finalidades e objetivos, garantir o cumprimento da política indigenista e prosseguir na emancipação econômica das tribos. De acordo com o art. 3º do Estatuto da Fundação Nacional do Índio, aprovado pelo Decreto 7.778/2012, “compete à Funai exercer os poderes de assistência jurídica aos povos indígenas”. Por essas razões, a Funai possui legitimidade para compor a relação processual em demanda que discute programa de compensação ambiental criado para mitigar os impactos causados por empreendimento hidroelétrico no que toca à sobrevivência física e cultural de comunidades indígenas, bem como à integridade das reservas autóctones.

II. Associação Indígena Akwê ajuíza ação civil pública com a finalidade de restabelecer o Programa de Compensação Ambiental Xerente – Procambix, implementado em face da construção e funcionamento da Usina Hidrelétrica Luís Eduardo Magalhães, no Estado do Tocantins e para fazer frente aos impactos ambientais causados pelo empreendimento hidroelétrico.

III. Sentença que julgou extinto o processo sem resolução do mérito, em razão do reconhecimento da coisa julgada material decorrente da ACP 2001.43.00.002187-5 que homologou o termo de compromisso ajustado entre as partes, cujo conteúdo abrange o mesmo pedido e a mesma causa de pedir desta demanda judicial.

IV. Não merece prevalecer o argumento recursal de não configuração da coisa julgada pelo fato da litigante não ter participado da relação processual anterior. Isso porque, a coisa julgada *ultra partes* nas ações civis públicas não acompanha o mesmo regime individualizado do Código de Processo Civil, posto que seus efeitos estendem-se a terceiros, ainda que não tenham participado da relação processual, consoante se extrai do art. 103, II, do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 7.347/1985, cujo art. 5º apresenta o rol taxativo de legitimados à tutela coletiva e o § 6º, do mesmo dispositivo legal, permite a formalização do compromisso de ajustamento de conduta às

exigências legais, exatamente como ocorreu na ocasião em que o juízo homologou a transação entabulada na ACP 2001.43.00.002187-5.

V. Pedido de relativização da coisa julgada que não merece amparo. Isso porque o legislador constituinte conferiu especial proteção à segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, CF/1988), de modo que a relativização da coisa julgada só se admite em casos excepcionalíssimos, de que são exemplos a ação rescisória, a revisão criminal e os embargos à execução ajuizados na forma do parágrafo único do art. 741 do CPC.

VI. Inaplicável a relativização da coisa julgada para o caso em julgamento porque inexistente conflito entre o princípio da segurança jurídica e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo presente que não há nos autos evidências concretas do alegado dano ambiental que não tenha sido observado pelo Programa de Compensação Ambiental Xerente – Procambix.

VII. Desconstituir a coisa julgada a partir do argumento genérico de que a construção e funcionamento da usina hidrelétrica produzem efeitos deletérios permanentes ao meio ambiente é retirar da decisão judicial transitada em julgado sua principal característica: a imutabilidade. E, ainda, é contribuir para a insegurança das relações jurídicas, em confronto com o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

VIII. É certo que a instalação e o funcionamento de usinas hidrelétricas alteram a paisagem natural e influenciam no desenvolvimento das comunidades adjacentes ao empreendimento. Conquanto, os estudos dos impactos ambientais levados a efeito pelas autoridades competentes conduziram, no caso dos autos, à elaboração do programa de compensação pelos danos causados às populações em razão da construção e funcionamento da Usina Hidroelétrica Luís Eduardo Magalhães, no Estado do Tocantins. Presume-se, por óbvio, a regularidade do implemento, tanto que não há impugnação à sentença na parte que atesta o cumprimento integral do termo de compromisso avençado entre as partes e homologado em juízo.

IX. Nada a prover no tocante ao pedido de antecipação dos efeitos da tutela, dada a ausência de verossimilhança das alegações recursais, hipótese que também conduz à inaplicabilidade da teoria da causa madura de que trata o art. 515, § 3º, do CPC.

X. Apelação da Associação Indígena Akwê a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 05/04/2013.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — A Associação Indígena Akwê – AIA propôs ação civil pública, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, em face da Investco S.A. (empresa concessionária da Usina Hidroelétrica Luiz Eduardo Magalhães) e da Fundação Nacional do Índio – Funai com a finalidade de restabelecer o Programa de Compensação Ambiental Xerente – Procambix, criado em 20/12/2001 por intermédio do convênio 7/2001 – AJC 15007-95/2001 (fls. 762–766), para fazer frente aos impactos ambientais causados pelo empreendimento hidroelétrico e garantir a sobrevivência física e cultural da comunidade Akwê, bem como a integridade das Reservas Indígenas Xerente e Funil, no Estado do Tocantins.

2. Depois de colher manifestação da Funai (fls. 654–664) e da Investco S.A. (fls. 665–1665), bem como opinião do Ministério Público (fls. 1.666–1.667), o MM. juiz federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Tocantins julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 267, V, 301, § 1º e 2º, e 474, do Código de Processo Civil, por entender presente o instituto da coisa julgada material decorrente da sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública 2001.43.00.002187-5 que homologou transação extrajudicial consistente em termo de compromisso (fls. 1.183–1.187) avençado entre a Investco S.A. e a Funai, com interveniência do Ministério Público Federal, com a finalidade de cumprir o Programa de Compensação Ambiental Xerente – Procambix.

3. Inconformada com a decisão da primeira instância, a Associação Indígena Akwê – AIA interpõe apelação, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela (fls. 1.678–1.701), ao fundamento de que o caso dos autos não comporta a aplicação do instituto da coisa julgada material por falta de identidade entre as partes integrantes da relação processual. Sustenta que a construção de usina hidroelétrica produz dano ambiental de efeitos deletérios permanentes e insuscetíveis de transação extrajudicial. Assevera que os dez milhões de reais de que trata o termo de compromisso homologado por sentença seriam apenas para fazer frente às despesas de implantação e execução do Procambix no prazo de oito anos.

4. Alega que no caso do reconhecimento de coisa julgada material – conforme estatuído na sentença recorrida – é imperioso considerar que ela só se operou em relação ao prazo de vigência que criou o Procambix. Defende a relativização da decisão judicial que, no seu entendimento, confere à coisa julgada valoração superior ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Requer a reforma da sentença e a inversão do ônus da sucumbência, bem como a aplicação da teoria da causa madura e a antecipação dos efeitos da tutela, ainda que irreversível, a fim de receber os recursos provenientes do convênio atualizados monetariamente.

5. Após o recebimento do recurso no duplo efeito (fl. 1.759), os autos subiram a esta Corte com as contrarrazões da Funai (fls. 1.770–1.781), em que suscita, entre outras preposições, inépcia da inicial, ilegitimidade passiva para a causa e falta de interesse processual, porque embora indicada como litisconsorte não lhe foi dirigido nenhum pedido na inicial. Por sua vez, a Investco S.A. ofereceu suas contrarrazões às fls. 1.782–1.835, pugnando pelo indeferimento do pedido de antecipação de tutela e pela manutenção da sentença recorrida.

6. Nesta instância, o Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso para que o feito retorne à origem e retome o seu curso regular (fls. 1.842–1.845).

É o relatório.

Voto *

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:
— Inicialmente, registro que não há falar em inépcia

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves e José Amílcar Machado.

da inicial, falta de interesse processual e ilegitimidade passiva para a causa em relação à Funai conforme suscitado em suas contrarrazões diante do argumento de que a exordial não lhe dirigiu pedido algum. Com efeito, a petição inicial encontra-se redigida de modo a proporcionar a compreensão da pretensão estatuída em juízo. Por outro lado, a configuração dos arts. 1º e 3º da Lei 5.371/1967 consagra amplo leque de responsabilidade dirigido à fundação pública em relação aos interesses indígenas:

Art. 1º Fica o Governo Federal autorizado a instituir uma fundação, com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil, denominada “Fundação Nacional do Índio”, com as seguintes finalidades:

I - estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados:

a) respeito à pessoa do índio e as instituições e comunidades tribais;

b) garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes;

c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contacto com a sociedade nacional;

d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução sócio-econômica se processe a salvo de mudanças bruscas;

II - gerir o Patrimônio Indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização;

III - promover levantamentos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre o índio e os grupos sociais indígenas;

IV - promover a prestação da assistência médico-sanitária aos índios;

V - promover a educação de base apropriada do índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional;

VI - despertar, pelos instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indigenista;

VII - exercer o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio.

Parágrafo único. A Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais.

Art. 3º As rendas do Patrimônio Indígena serão administradas pela Fundação tendo em vista os seguintes objetivos:

I - emancipação econômica das tribos;

II - acréscimo do patrimônio rentável;

III - custeio dos serviços de assistência ao índio.

2. Como se vê, cabe à Funai, entre outras finalidades e objetivos, garantir o cumprimento da política indigenista e prosseguir na emancipação econômica das tribos. De acordo com o art. 3º do Estatuto da Fundação Nacional do Índio, aprovado pelo Decreto 7.778/2012, “*competete à Funai exercer os poderes de assistência jurídica aos povos indígenas*”. Por essas razões, a Funai possui legitimidade para compor a relação processual em demanda que discute programa de compensação ambiental criado para mitigar os impactos causados por empreendimento hidroelétrico no que toca à sobrevivência física e cultural de comunidades indígenas adjacentes, bem como à integridade física das reservas autóctones.

3. Superada as questões preliminares, passa-se ao tema de fundo trazido para julgamento.

4. Para melhor compreensão da controvérsia anoto que a elaboração do programa de compensação pelos danos causados às populações indígenas em razão da construção e funcionamento da Usina Hidroelétrica Luís Eduardo Magalhães, no Estado do Tocantins, decorre do processo de licenciamento ambiental em que foram ajustados compromissos e programas em favor das comunidades indígenas (fls. 768–778).

5. A fim de dar cumprimento aos compromissos ambientais assumidos no processo de licenciamento para a construção da usina, o Ministério Público Federal ingressou com a Ação Civil Pública 2001.43.00.002187-5 (fls. 1.276–1.294). Porém, no curso da demanda, o *Parquet* Federal requereu a extinção do processo em razão de transação extrajudicial entabulada em termo de compromisso celebrado entre a Investco S.A. e a Fundação Nacional do Índio com interveniência do MPF a fim de assegurar a execução do Programa de Compensação Ambiental Xerente – Procambix (fls. 1.183/1.187).

6. O acordo foi homologado e o processo extinto, com resolução do mérito, nos termos da sentença de fls. 1.596–1.598.

7. Assim, diante do julgamento da referida ação civil pública, ao examinar esta ACP, o MM. juízo de primeiro grau concluiu pela presença do instituto da coisa julgada material, dada a similitude do pedido e da causa de pedir desta demanda em relação à sentença que homologou judicialmente o termo de compromisso. Na ocasião, conformou seu entendimento com os seguintes fundamentos (fls. 1.673–1.674):

In casu, a causa de pedir da Ação Civil pública n. 2001.43.00.2187-5 eram os impactos da construção da Usina Luís Eduardo Magalhães que seriam suportados pelo Povo Xerente e os pedidos: a) proibição da expedição de licença ambiental; e b) a integral reparação de danos ambientais, econômicos, sociais e culturais, através do Programa de Compensação Ambiental Xerente - PROCAMBIX (caderno nº 27 do Plano Básico Ambiental da UHE Lajeado).

O pedido da presente Ação Civil Pública é, por natureza, reparatório (manutenção dos repasses financeiros do PROCAMBIX), tendo como causa de pedir os efeitos dos danos ambientais, econômicos, sociais e culturais sofridos pelo Povo Xerente em razão da construção da Usina Luís Eduardo Magalhães.

Temos, portanto, a mesma causa de pedir (danos ambientais decorrentes da construção da Usina Luís Eduardo Magalhães) e idêntico pedido reparatório (Programa de Compensação Ambiental Xerente – PROCAMBIX) em ambas as demandas coletivas, só que, na primeira, há sentença de mérito irrecorrível.

Tal quadro evidencia a existência de coisa julgada material (CPC, art. 301, § 1º e 2º), com efeitos *ultra partes* (CDC, art. 103, II).

Com o trânsito em julgado da sentença proferida na Ação Civil Pública nº 2001.43.00.2187-5 proposta pelo Ministério Público Federal, ficou estabelecido, através de termo de compromisso homologado judicialmente, um valor fixo (R\$ 10.105.000,00) para reparação integral de danos (ambientais, econômicos, sociais e culturais) causados à comunidade Indígena Xerente decorrente da construção da Usina Hidroelétrica Luís Eduardo Magalhães, transação esta que foi ratificada por representantes do Povo Xerente.

Nesse contexto, não cabe o ajuizamento de outra ação civil pública para rediscutir a matéria, ainda que proposta por outro legitimado extraordinário, que não fez parte da primeira ação, tendo em vista a imutabilidade da coisa julgada.

8. O recurso de apelação da Associação Indígena Akwê não impugna a conclusão do julgador no tocante à similitude entre o pedido e a causa de pedir extraídos das duas ações civis públicas, apenas defende que a coisa julgada não ficou configurada porque não participou da relação processual formalizada na ACP 2001.43.00.002187-5. E, mais adiante, pleiteia a relativização da coisa julgada diante do dano ambiental decorrente dos efeitos deletérios permanentes advindos da construção e funcionamento da Usina Hidrelétrica Luís Eduardo Magalhães.

9. No entanto, os argumentos recursais da apelante não merecem amparo judicial. Com efeito, a coisa julgada *ultra partes* nas ações civis públicas não acom-

panha o mesmo regime individualizado do Código de Processo Civil, posto que seus efeitos estendem-se a terceiros, ainda que não tenham participado da relação processual, consoante se extrai do art. 103, II, do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 7.347/1985, cujo art. 5º apresenta o rol taxativo de legitimados à tutela coletiva e o § 6º, do mesmo dispositivo legal, permite a formalização do compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais:

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

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

III – a Defensoria Pública;

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V – a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico

[...].

§ 6º - Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

10. Assim, a ausência da Associação Indígena Akwê na relação processual da primeira demanda coletiva não ilide o instituto da coisa julgada quando configurado o mesmo pedido e a mesma causa de pedir em tutela coletiva ajuizada por outro ente autorizado pelo art. 5º da Lei 7.347/1985, tendo presente que os demais legitimados ficam sujeitos aos efeitos da coisa julgada decorrente, no caso, do termo de compromisso homologado pela sentença transitada em julgado.

11. O outro pedido de relativização da coisa julgada também não merece prevalecer. Isso porque o legislador constituinte conferiu especial proteção à segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, CF/1988), de modo que a relativização da coisa julgada só se admite em casos excepcionais, de que são exemplos a ação rescisória, a revisão criminal e os embargos à execução ajuizados na forma do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil.

12. Só se admite a desconsideração da coisa julgada por critérios atípicos em situações específicas, dado o risco de violação a direitos fundamentais, como

bem demonstra Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *in: Curso de Direito Processual Civil*. Editora Jus Podivm, 7. ed., v. 2, p. 456–7:

Mas a coisa julgada ainda pode ser encarada sob outro enfoque. Ela é um limite ao exercício da função jurisdicional e, pois, uma garantia do cidadão. Se a decisão jurisdicional é a última e é inevitável, é preciso que haja um momento em que nem mesmo os órgãos jurisdicionais possam rever aquilo que foi decidido. A coisa julgada impede o reexame da questão pela lei, por ato administrativo e, principalmente, pelo próprio Poder Judiciário.

Permitir a revisão da coisa julgada por um critério atípico é perigosíssimo. Esquecem os adeptos desta corrente que, exatamente por essa especial característica do direito litigioso, àquele que pretende rediscutir a coisa julgada bastará alegar que ela é injusta/desproporcional/inconstitucional. E, uma vez instaurado o processo, o resultado é incerto: pode o demandante ganhar ou perder. Ignora-se esse fato. O resultado do processo não se sabe antes do processo; a solução é, como disse, construída. É por isso que a ação rescisória (instituto que é a síntese de vários meios de impugnação das sentenças desenvolvidos em anos de história da civilização contemporânea) é atípica e tem um prazo para ser ajuizada.

A coisa julgada é instituto construído ao longo dos séculos e reflete a necessidade humana de segurança. Ruim com ela, muito pior sem ela. Relativizar a coisa julgada por critério atípico é exterminá-la.

13. Na jurisprudência existe firme resistência à mutabilidade da coisa julgada, só admitindo o instituto em casos legalmente permitidos ou em caráter excepcional. Esse é o tom dos seguintes arestos colhidos da orientação jurisprudencial do colendo Supremo Tribunal Federal:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO. LEI 11.722/95. COISA JULGADA. RELATIVIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

2. A relativização da coisa julgada é medida excepcional dependente de previsão legal, como ocorre na ação rescisória e revisão criminal, sendo vedado ao Poder Judiciário conferir aumento aos servidores públicos com fundamento no princípio da isonomia, máxime quando a majoração foi rejeitada em decisão transitada (Súmula 339 do STF, *in verbis*: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia).

3. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: Apelação – servidor público municipal – reajuste de fevereiro de 1995 – os efeitos da coisa julgada em relação a doze autores, e os efeitos prescricionais, em relação aos demais, não restaura o direito à ação, nem tampouco, reabre o prazo prescricional – acolhimento parcial do apelo, para a fixação da verba honorária em 10% do valor da ação. Dá-se parcial provimento ao recurso, exclusivamente em relação à verba honorária.

4. Embargos declaratórios rejeitados.

(Negritei). (RE 603188 AgR-ED, Relator: Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, julgado em 27/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 24-04-2012 PUBLIC 25-04-2012).

EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE VENCIMENTOS. LEI 11.722/1995 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. IMPOSSIBILIDADE.

Impossibilidade de relativização da coisa julgada, diante da natureza do direito pleiteado. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.

(Negritei). (RE 606041 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012).

14. O Superior Tribunal de Justiça tem expressado a mesma linha de precaução no sentido de que

A preservação da coisa julgada constitui garantia fundamental consagrada no art. 5º, XXXVI, da CF/1988, de modo que a sua relativização, mesmo para aqueles que defendem a aplicação do referido instituto em nosso ordenamento jurídico, só pode ser permitida em hipóteses absolutamente excepcionais [...] (REsp 1048586/SP, rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, julgado em 04/06/2009, DJe 01/07/2009).

15. Essa é a compreensão que se extrai do seguinte precedente daquela Corte:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENDIDA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. ADMISSIBILIDADE SOMENTE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONALÍSSIMAS, DE COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. INEXISTÊNCIA NA ESPÉCIE. CAUTELAR EXTINTA.

- Somente na hipótese de colisão entre direitos fundamentais é que se deve admitir, pelo menos em tese, a chamada "relativização da coisa julgada", fazendo-se uma ponderação dos bens envolvidos, com vistas a resolver o conflito e buscar a prevalência daquele direito que represente a proteção a um bem jurídico maior.

- Apenas nas situações de colisão entre direitos fundamentais é que é cabível suspender, via provimento cautelar, a execução da decisão rescindenda, a fim de que outro direito fundamental em jogo, que represente a proteção a um bem jurídico maior do que aquele da segurança jurídica decorrente da coisa julgada, prevaleça.

- Agravo não provido.

(Negritei). (AgRg na MC 12.581/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2011, DJe 15/06/2011).

16. Nesta Corte Regional de Justiça prevalece a preocupação no tocante à relativização da coisa julgada, como se pode acompanhar pela leitura dos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. COBRANÇA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. REPETIÇÃO DE AÇÃO IDÊNTICA. OCORRÊNCIA DE COISA JULGADA. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. IMPOSSIBILIDADE.

I - A "sentença de mérito, com trânsito em julgado, proferida nos embargos opostos pelo devedor em ação monitoria, faz coisa julgada material, sendo defeso o reexame de questões já decididas" (REsp 966.688/BA, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 29/03/2010).

II - A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, embora possível, "a relativização da coisa julgada é medida excepcional dependente de previsão legal, como ocorre na ação rescisória e revisão criminal (...)" (RE 603188 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/04/2011, DJe de 13-05-2011), hipótese não ocorrida, no caso concreto.

III - Apelação desprovida. Sentença confirmada.

(Negritei). (AC 0011703-41.2011.4.01.3600 / MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS (CONV.), QUINTA TURMA, e-DJF1 p.60 de 19/09/2012).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCLUSÃO DE JUROS DE MORA NOS CÁLCULOS DE PRECATÓRIO COMPLEMENTAR EM RAZÃO DE DECISÃO JUDICIAL DESTA TRIBUNAL TRANSITADA EM JULGADO. PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA COISA JULGADA.

.....
2. A relativização ou flexibilização da coisa julgada é instituto que somente deve ser utilizado como medida excepcional e quando há previsão legal, a exemplo da ação rescisória e revisão criminal, o que não é o caso dos autos. A existência de jurisprudência dominante sobre a questão não tem o condão de

conferir ao agravo de instrumento a natureza daquelas duas ações. Prevalência do princípio da coisa julgada e segurança jurídica.

3. Agravo de instrumento desprovido.

(Negritei). (AG 0034040-67.2005.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA (CONV.), OITAVA TURMA, e-DJF1 p.294 de 20/01/2012).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO. SENTENÇA. COISA JULGADA. EXECUÇÃO. PRECATÓRIO. QUESTIONAMENTO: PREÇO DE MERCADO. VALOR SUPERIOR. NOVA AVALIAÇÃO. LIMINAR. MANUTENÇÃO EM DEPÓSITO DOS VALORES RELATIVOS A BENFEITORIAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TDA'S. EXPEDIÇÃO. RESGATE. SUSPENSÃO. SEGURANÇA JURÍDICA.

1. A relativização da coisa julgada permitindo a renovação de questões, quando sequer não é mais cabível a ação rescisória, por decurso do tempo, gera clima de insegurança jurídica.

2. A coisa julgada é a chave de abóbada que mantém o Judiciário como uma das três cúpulas do Estado de Direito brasileiro. Retirada a chave, todo o edifício arruína-se (Min. Humberto Gomes de Barros).

3. *A relativização da sentença, malgrado os ilustres acadêmicos que a advogam, só pode ser recebida de lege ferenda. Só depois de alterada a Constituição Federal e as leis processuais que a complementam seria possível, sem maior cerimônia, permitir que o descontentamento do juiz executor desconstitua a sentença e produza outra (Idem).*

4. Hipótese em que não se encontra configurada excepcionalidade nem peculiaridade, a justificar, conforme precedentes jurisprudenciais, nova avaliação de imóvel objeto de desapropriação, regularmente processada, sentenciada e reexaminada por esta Corte, em que foi assegurado o exercício da ampla defesa e do contraditório e em fase final de execução (cf. AI 2001.01.00.043158-5/ MA - Julg. 14.11.2006).

5. O provimento do presente agravo se impõe como consequência do julgado em referência.

(Negritei). (AG 0044936-14.2001.4.01.0000 / MA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, QUARTA TURMA, DJ p.22 de 29/11/2007).

17. Assim postos os fatos, é inaplicável a relativização da coisa julgada para o caso em julgamento. Até porque inexistente conflito entre o princípio da segurança jurídica e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo presente que não há nos autos evidências concretas do alegado dano ambiental que não tenha sido observado pelo Programa de Compensação Ambiental Xerente – Procambix. A propósito, desconstituir a coisa julgada a partir do argumento genérico de que a construção e funcionamento da usina hidrelétrica produzem efeitos deletérios permanentes ao meio ambiente é retirar da decisão judicial transitada em julgado sua principal característica: a imutabilidade. E, ainda, é contribuir para a insegurança das relações jurídicas, em confronto com o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

18. Demais disso, é certo que a instalação e o funcionamento de usinas hidrelétricas alteram a paisagem natural e influenciam no desenvolvimento das comunidades adjacentes ao empreendimento. Conquanto, os estudos dos impactos ambientais levados a efeito pelas autoridades competentes conduziram, no caso dos autos, à elaboração do programa de compensação pelos danos causados às populações em razão da construção e funcionamento da Usina Hidroelétrica Luís Eduardo Magalhães, no Estado do Tocantins. Presume-se, por óbvio, a regularidade do implemento, tanto que não há impugnação à sentença na parte que atesta o cumprimento integral do termo de compromisso avençado entre as partes e homologado em juízo.

19. Por essas razões, nada a prover no tocante ao pedido de antecipação dos efeitos da tutela, dada a ausência de verossimilhança das alegações recursais, hipótese que também conduz a inaplicabilidade da teoria da causa madura de que trata o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, *nego provimento à apelação da Associação Indígena Akwê.*

É como voto.

Sexta Turma

Numeração única: 0027624-05.2004.4.01.3400

Apelação Cível 2004.34.00.027691-6/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Apelante: Ruy da Cruz Tavares
Advogados: Dr. Paulo Fernando da Silva Souza e outros
Apelada: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Publicação: e-DJF1 de 27/05/2013, p. 818

Ementa

Concurso público. Inocorrência do direito de 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.

I. Efeitos da nomeação e posse tardia de concursando em cargo público devido a ato administrativo anulado pelo Poder Judiciário em decisão transitada em julgado, hipótese na qual a jurisprudência desta Corte sinalizava, com força em precedente do STJ, 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, § 6^a, da Constituição Federal.” (REsp 1117974/RS).

II. Alteração do entendimento do STJ, via Corte Especial em julgamento de embargos de divergência entre a 1^a e 3^a 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. (EREsp 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.

III. 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, 2^a Turma, relator Ministro 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 01/08/2012, 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 7/11/2011, public 8/11/2011; e, AI 721595, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 04/06/2012, publicado em DJe-112, divulg 08/06/2012, public 11/06/2012, entre outras.

IV. 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.

V. 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.

VI. Apelação desprovida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 13/05/2013.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:
— Trata-se de recurso de apelação interposto por Ruy da Cruz Tavares em face da sentença de fls. 352–359, de lavra da MM. juíza federal substituta em exercício na 14ª Vara Federal do Distrito Federal, que julgou improcedente o pedido de indenização por danos materiais e morais decorrentes do período de 8 (oito) anos que demorou para ser nomeado e empossado no cargo de agente da polícia federal em virtude do trâmite da ação judicial que reconheceu a nulidade de sua eliminação no certame.

2. Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação de fls. 361–369 onde defende que sua eliminação foi decorrente de ato ilegal e unilateral da Administração e que, por tal motivo, faz jus ao recebimento de indenização por danos materiais no patamar equivalente aos salários que deixou de receber pela demora em sua nomeação, danos morais no mesmo valor e retroação dos efeitos funcionais.

3. Contrarrazões de fls. 373–379.

É o relatório.

Voto *

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — O ponto controvertido da presente demanda reside em verificar a possibilidade de retroação dos efeitos financeiros e funcionais decorrente da demora de oito anos na nomeação de candidato indevidamente eliminado do concurso público para o provimento de cargo de agente da Polícia Federal.

2. Acerca do tema, vinha decidindo, em sintonia com a jurisprudência deste Tribunal e com força em precedente do Superior Tribunal de Justiça, 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).

3. 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.

4. 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, 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).*

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,

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Vallisney de Souza Oliveira e Renato Martins Prates (convocados).

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). (REsp 1117974/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/09/2011, DJe 19/12/2011).

5. 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 improvimento.

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 Correia, DJ de 29.08.97; RE-AgRg 437.403, 2ª Turma, Min. Gilmar Mendes, DJe de 05.05.06; AI-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).

6. 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.

7. 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 Ministro Joaquim Barbosa, cuja ementa tem a seguinte redação:

EMENTA: AGRAVO 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).

8. No Excelso Pretório, esse entendimento vem se consolidando por intermédio de sucessivas decisões que examinam questão essencialmente idêntica à 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, publicado 13/08/2012; AI 704216, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 24/10/2011, publicado em DJe-212, divulgado 07/11/2011, publicado 08/11/2011; e, AI 721595, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 04/06/2012, publicado em DJe-112, divulgado 08/06/2012, publicado 11/06/2012, entre outras.

9. Desse modo, retifico meu posicionamento proferido em votos anteriores e 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.

Pelo exposto, *nego provimento ao recurso de apelação* e mantenho a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Sétima Turma

Numeração única: 0000593-89.1999.4.01.3301

Apelação Cível 1999.33.01.000592-9/BA

Relator : Desembargador Federal Tolentino Amaral
 Apelante: Viana Braga Indústria e Comércio Ltda.
 Advogados: Dr. Néelson Wilians Fratoni Rodrigues e outros
 Apelada: Fazenda Nacional
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
 Publicação: e-DJF1 de 10/05/2013, p. 834–835

Ementa

Processual Civil e Tributário. Ação ordinária. IRPJ, CSLL e IRRF. Superavaliação dos custos da empresa. Redução do imposto a pagar. Fraude. Intrincada operação contábil. Notas fiscais inidôneas. Glosa dos valores tidos por excessivos. Lisura do procedimento administrativo de apuração das irregularidades. Provas irrefutáveis da fraude.

I. Autoriza-se a glosa de valores referentes a custo da empresa, para fins de recolhimento a menor de impostos na modalidade “Lucro Real”, entendidos pelo Fisco como irregulares ou resultantes de fraude, uma vez que o contribuinte não pode se beneficiar de sua própria torpeza.

II. Se as notas fiscais apresentadas pela autora (contribuinte) têm diversas irregularidades – tais como ausência de visto nos postos de fiscalização tributária estadual; ausência de dados do transportador; lapso temporal excessivamente prolongado entre a remessa das mercadorias e seu recebimento no estabelecimento comprador, tanto mais quando essas mercadorias são altamente perecíveis (hortifrutigranjeiro); preenchimento das notas fiscais pela mesma pessoa, ainda que de empresas diferentes; ausência de recibo de pagamento feito à vista e em espécie etc. –, a conclusão por sua inidoneidade é medida que se impõe.

III. Havendo provas nos autos de que a autora se beneficiou ao lançar, em suas escritas fiscais, custos superavaliados dos que realmente suportou, irregularidade apurada, inclusive, mediante depoimento em interrogatório policial, onde o interrogado afirmou nunca ter tido relação comercial com a empresa autora, mesmo tendo sido apresentadas diversas notas fiscais da empresa do interrogado como ocorrida a relação comercial, a glosa desses valores se mostra condizente com a situação fática apresentada nos autos.

IV. Os lucros a que a empresa alega ter obtido no período em questão não foram confirmados pelo *expert*, restando, portanto, considerados os apurados na perícia como efetivamente obtido pela empresa, que não diferem dos apurados pela Receita Federal.

V. A correção monetária das demonstrações financeiras, do ano base 1990, referente à variação entre o IPC e o BTNF, só poderia ter sido usada a partir de 1993, nos termos do art. 3º da Lei 8.200/1991.

VI. A construção a qual a empresa autora considerou a depreciação a partir de 1991 só obteve seu *habite-se* em 1996, afastando a conclusão de que a obra teria sido finalizada em 1990.

VII. Apelação não provida.

VIII. Peças liberadas pelo relator, Brasília, 30 de abril de 2013, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Turma negar provimento à apelação por unanimidade.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 30/04/2013.

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Viana Braga Ind. e Com. Ltda. ajuizou AO, com antecipação de tutela, contra a FN, objetivando anular os Autos de Infração 02251073, 02251062 e 02304676, referentes a IRPJ, IRRF e CSLL, anos base 1992, 1993 e 1994, no valor de, à época, R\$ 12.940.005,76, em razão de a fiscalização ter considerado inidôneas suas notas fiscais de compras de mercadorias (hortifrutigranjeiros), o que teria levado à conclusão de que houve superavaliação de seus custos, com conseqüente irreal redução do lucro tributável; depreciação de bens não depreciáveis (linha telefônica; construção em andamento; terrenos e fazendas); e inexistência de despesas com a Fazenda Ariana, pois não teria havido qualquer exploração econômica nessa fazenda.

Alegou que as conclusões do Fisco seriam equivocadas, pois a só ausência de *visto* nas notas fiscais dos postos interestaduais de fiscalização não ensejaria a inidoneidade das notas fiscais; que não houve *visto*, porque os produtos que adquiriu (hortifrutigranjeiros) são isentos de ICMS, daí porque muitas vezes os caminhões não eram parados; quando eram parados os caminhões, o fiscal, logo ao ver as mercadorias, liberava os caminhões; que algumas notas foram emitidas pela Secretaria da Fazenda do Estado do Espírito Santo, o que importaria reconhecer sua idoneidade, porque documento emitido por órgão público; incongruente a conclusão de que inidôneas as notas fiscais depois de considerados corretos os lançamentos em seus livros fiscais e comerciais (que constam as entradas e saídas das mercadorias); que a fiscalização desconsiderou os recolhimentos de Funrural como prova de aquisição dos hortifrutigranjeiros, o que, a seu ver, comprovaria a legitimidade da aquisição das mercadorias que vende; que o pagamento em espécie pelas mercadorias é comum no ramo de hortifrutigranjeiros; que a transferência dos valores de um estabelecimento para outro, da mesma empresa, nominada como “reforço de caixa”, seguiu as normas legais (art. 177 da Lei 6.404/1976); que os valores gastos com frete, que a autora concorda não serem compatíveis com a quantidade de mercadorias que adquiriu, se deu em razão de ela possuir três caminhões que fazem o transporte das mercadorias do Espírito Santo para a Bahia, razão pela qual suas despesas com frete são esporádicas; houve equívoco na apuração de seus lucros pela fiscalização, pois não computados nesse cálculo “os tributos sobre os valores das entradas e saídas de mercadorias” (*sic*); possui espaço físico suficiente e equipamentos de refrigeração suficientes para armazenar os produtos que vende;

seus fornecedores não necessitam ter estabelecimentos ou produção compatível com suas vendas, pois são intermediários dos negócios; infundada a alegação de longo lapso de tempo entre a data das notas e os respectivos registros, uma vez que o atraso só prejudicaria a empresa, porque não poderia compensar o ICMS, restando evidente que os registros foram feitos de acordo com a legislação, no menor tempo possível; correta a depreciação de seu imóvel, considerado como em construção, porque já teria finalizado a construção em 1990, o que autorizaria a depreciação desde essa data; que legal a utilização da correção monetária dos encargos de depreciação correspondentes à diferença do IPC/BTNF/1990 no ano base 1992; e que indevido o IRRF, uma vez que esse imposto só incide quando o contrato social dispõe a distribuição de lucros automática, que não é o caso; e os lucros não foram distribuídos, mas utilizados para majoração do capital social.

$VC = R\$ 12.940.005,76.$

Antecipação de tutela indeferida (fls. 554–5), mantida no AI 1999.01.00.05802-3 (fls. 1.163–4, minha relatoria – trânsito em julgado em 24 jul. 2001).

Em contestação (fls. 619–33), a FN sustentou que os atos da fiscalização foram “*praticados em perfeita consonância com os dispositivos legais vigentes*”; que os custos com produtos vendidos não se respaldam em documentos idôneos; e que, pela leitura do auto de infração, a conclusão por glosar as parcelas ora impugnadas é medida que se impõe.

Com réplica (fls. 635–47), sem fatos novos.

A perícia (fls. 679–722) concluiu que os livros contábeis da empresa encontram-se regular; os livros e notas fiscais encontram-se arquivados na empresa; as notas fiscais dos anos de 1991 a 1994 foram devidamente escrituradas nos livros fiscais, mas o Fisco teria entendido que algumas notas fiscais não seriam regulares; os lançamentos contábeis não apresentam divergências com relação às entradas e saídas de mercadorias da empresa; que seriam possíveis indicadores de fraude documental a caligrafia idêntica em várias notas fiscais de empresas diferentes e a falta de *visto* dos postos fiscais nas notas fiscais de mercadorias oriundas de outros estados; houve baixa na contabilidade dos pagamentos realizados pela empresa; que havia disponibilidade de caixa para pagamento das mercadorias, que normalmente (não em sua totalidade) era feito em espécie; houve indícios de que reais o “reforço de caixa”, pois feito nos moldes autorizados pela “*doutrina Fisco-Contábil*”; ausentes dados do transportador e dos volumes transportados nas notas fiscais avulsas emitidas pela Secretaria de

Estado do Espírito Santo; que a empresa teve lucro de 6,4% em 1991, 3,3% em 1992, 5,1% em 1993 e 6,5% em 1994; foram corretamente recolhidas as contribuições sociais sobre a aquisição de hortifrutigranjeiros; os lançamentos ora impugnados estão fundados nas irregularidades encontradas pela receita estadual, por prova emprestada; os estabelecimentos da empresa autora, situados em Guaratinga/BA (Matriz), Itamaraju/BA e Eunápolis/BA, têm, respectivamente, 678,86 m², 491 m² e 1.791 m²; não houve distribuição de lucros na contabilidade da empresa.

Com impugnação do laudo pericial só pela autora (fls. 1.019–36).

Memoriais da autora (fls. 1.266–91) e da FN (fls. 1.292–4), sem fatos novos.

Por sentença datada de 15 ago. 2003 (fls. 1.356–74), o MM. Juiz Federal Pedro Alberto Calmon Holliday, da Vara Única da SSJ de Ilhéus/BA, julgou improcedente a ação, pois, pelas provas dos autos, não há como afastar as glosas efetuadas pelo Fisco em relação às mercadorias (hortifrutigranjeiros) adquiridas pela autora, bem como afastar as demais conclusões do Fisco. Condenou a autora em custas e honorários advocatícios de R\$ 20.000,00.

A autora apela (fls. 1.385–401), repisa suas alegações.

Em contrarrazões (fls. 1.404–13), a FN pugna pela manutenção da sentença.

Autos recebidos em gabinete em 24 jan. 2013.

É o relatório.

Voto^{*}

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Os créditos ora discutidos são oriundos de denúncia formalizada pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia à Receita Federal, uma vez que encontradas diversas irregularidades nas escritas fiscais da autora, no tocante ao ICMS, com possível repercussão nos tributos de âmbito federal.

A fiscalização federal, com os elementos da receita estadual, glosou os valores correspondentes à compra de hortifrutigranjeiro pela autora, lançados em sua escrita fiscal como custos, por entender não ter havido circulação de tais mercadorias, porque a autora não teria comprovado o ingresso da mercadoria em suas dependências. Também glosou a depreciação,

tida por havida pela autora, em seus imóveis situados em Eunápolis/BA, pois não comprovada a conclusão das obras nos imóveis na data em que aplicada a depreciação. Por fim, considerou ilegal o aproveitamento, em 1992, da correção monetária da diferença entre IPC e BTNF, referente ao ano de 1990, uma vez que só autorizada a ocorrer a partir de 1993.

A CSLL e o IRRF seriam decorrências dessas glosas.

Consta do Termo de Verificação e Constatação (fls. 209–19):

[...]

As notas fiscais de compras que foram consideradas como inidôneas estão como adquiridas na modalidade À VISTA, curiosamente em espécie, apesar de valores substanciais das notas, muitas vezes caminhão fechado de mercadorias; mesmo assim sem emitir cheque, ordem de pagamento ou depósito em conta do beneficiário, recibo ou outro documento equivalente firmado pelo beneficiário ou seu portador, aonde nele fizesse referência à nota fiscal envolvida, coincidentes em datas e valores;

Estranhamente não tem listagem individualizada de FORNECEDORES;

As transferências de recursos de caixa, de um estabelecimento para outro, tem sido contabilizadas como “REFORÇO DE CAIXA”;

Os conhecimentos de frete e prêmios de seguros são infinitamente reduzidos, em relação ao grande volume de compras e não guardam relação com as notas em apreço;

Não existe nas notas qualquer referência a nome do transportador e veículo;

O lucro bruto que vem apurando nos anos examinados está por volta de 4% e 6%, sem levar em conta o volume de despesas que deve ter os três estabelecimentos, constituindo-se em margem bastante reduzida para o setor, indiciadora de custo superavaliado.

Examinando os estabelecimentos localizados em Guaratinga, Itamaraju e Eunápolis, verifica-se que não dispõem estes de instalações compatíveis com o volume de produtos hortifrutigranjeiros representados pelas notas fiscais de compras que, em sai grande maioria, são desses produtos; não só no aspecto de espaço para exposição à venda, como, também, de armazenamento e de equipamentos de conservação adequados.

As suas empresas fornecedoras sediadas em Itamaraju, conforme tivemos a oportunidade de constatar in loco, são realmente muito pequenas e não teriam suporte para fornecer o volume de produtos representados pelas notas fiscais respectivas. Acreditamos até que, no caso, deveria ser ao contrário, porque se tratam, em sua maioria, de verdadeiras “bibocas”, para exprimir melhor a condição delas.

^{*} Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes (convocado).

Como verificaremos adiante, existem, também, lapsos de tempo muito grande (30 dias ou mais) entre as datas de emissão das notas e as datas dos registros de suas entradas nos respectivos estabelecimentos adquirentes, não comum em produtos altamente perecíveis como os citados, pelas razões óbvias. Isso pode ser constatado nas diversas notas, onde se encontram corimbo com data dos lançamentos.

[...]

O perito ressaltou (fl. 732) que uma das irregularidades encontradas nas escritas e notas fiscais apresentadas pela autora consubstancia-se no

[...] *fato de todas as notas fiscais* (fls. 733–40 e 801–85) *anteriormente citadas, embora pertencentes a 7 empresas diferentes, foram emitidas pela mesma pessoa, ou, em linguagem técnica, 'por um único punho escritor', conforme laudo pericial (verificação de unicidade de punho) número 6367/95, folha 04, realizado pelo Instituto de Criminalística Afrânio Peixoto – Laudo pericial anexo* (fls. 742–8).

Interrogatório (fls. 768–70) do proprietário da empresa “o verdurão” (empresa que teria emitido notas fiscais consideradas inidôneas), colhido pela Delegacia dos Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, afirmou:

[...]

A referida empresa (O VERDURÃO) chegou a realizar alguma venda para a empresa Viana Braga Indústria e Comércio Ltda.? Resp.: Negativamente, esclarecendo que a sua empresa era de pequeno porte e não tinha condições de manter relações comerciais com a Viana Braga, em razão de que a mesma é de grande porte, possuidora de três supermercados [...].

[...]

Só veio tomar conhecimento das fraudes referidas por ocasião da fiscalização [...]. Informa, ainda, que os talonários de notas fiscais ficavam em poder do Contador [...] que, quando realizadas as vendas, o interrogada procurava o contador o qual providenciava o preenchimento das notas fiscais.

[...]

Aduz, também, que, uma certa feita, foi alertado por um funcionário de seu contador que o interrogado mudasse de contador, porque existiam coisas erradas, que não foram especificadas por ele.

[...]

Informa, ainda, que, numa certa ocasião, o interrogado procurou NETÉRCIO (sócio da Viana Braga) com o objetivo de obter uma solução para o problema que o envolvia, tendo NETÉRCIO dirigindo-lhe ameaça, dizendo-lhe que tomasse muito cuidado com que falasse, pois o contador poderia fazer-lhe algum mal, bem como contra sua família. Disse ter sido procurado pelo advogado AGILEU BATISTA DOS

SANTOS que propôs ao interrogado que assinasse um documento atestando que realizou as vendas para a empresa Viana Braga, e, caso isso acontecesse, a empresa quitaria seu débito.

[...]

Prosseguindo na perícia (fls. 773–4), foram constatadas outras irregularidades:

[...]

A título de exemplo, anexamos 2 dessas notas fiscais:

- Nota fiscal 910695 [...];

- Nota fiscal 910511 [...];

Da análise dessas notas fiscais, constatamos que, embora conste os carimbos “mercadorias recebidas”:

- não existe carimbo dos postos de fronteira indicando o trânsito da mercadoria;

- não existe comprovação documental do pagamento das mercadorias, pois a empresa afirma que pagava à vista, embora os valores das notas fiscais sejam de mais de seis mil reais, uma grande soma em dinheiro para alguém ter no bolso;

- não existe indicação dos dados do caminhão que transportou a mercadoria.

Como quarta e derradeira evidencia, constatamos que nessas notas fiscais constam as seguintes mercadorias: TOMATES, BETERRABAS e BANANAS.

Em que estado teriam chegado na Bahia tomates, beterrabas e bananas constantes nessas notas fiscais, tendo em vista que:

- os produtos da nota fiscal 910511 saíram do Espírito Santo em 21/08/1994 (nota fiscal emitida em 19/08/1994) e só chegaram na Bahia, na empresa Viana Braga no dia 10/09/1994 (20 dias depois);

- já os produtos da nota fiscal 910695 saíram do Espírito Santo dia 24/08/1994 (mesmo dia da emissão da nota fiscal) e só chegaram aqui na Bahia, na empresa Viana Braga, no dia 17/10/1994 (54 dias depois) conforme carimbo de “mercadorias recebidas” constante na nota fiscal.

Milita, ainda, contra a autora, a constatação referente a compra e venda de ovos em dez. 1994:

[...]

A título de prova da fraude, anexo está a nota fiscal 16140 de WALDEMIRO BERGER – GRANJAS SANTA MARIA – emitida em 16/09/1994, com 600 caixas de ovos, no valor de R\$ 13.200,00 [...].

Da análise dessa nota fiscal, constatamos que, embora conste carimbo “mercadorias recebidas”:

Primeiro: não existe carimbo dos postos de fronteira indicando o trânsito da mercadoria;

Segundo: não existe comprovação documental do pagamento das mercadorias, pois

a empresa afirma que pagava à vista, embora os valores das notas fiscais sejam de mais de TREZE MIL REAIS, uma grande soma em dinheiro para alguém ter no bolso;

Terceiro: não existe indicação dos dados do caminhão que transportou a mercadoria;

Quarto: São 600 caixas de ovos, cada caixa com 30 dúzias. Segundo a nota fiscal, a mercadoria saiu do Espírito Santo, em 16/09/1994 e chegou na empresa Viana Braga, aqui na Bahia, em 10/11/1994, conforme carimbo de “mercadoria recebida em”. Ou seja, foi uma viagem de 55 dias transportando ovos. Após 55 dias no calor da estrada, teriam os chegados apenas os ovos ou já os PINTOS chocados?

Como quinto e derradeiro indício sobre a FRAUDE DO OVOS, a Fazenda Estadual demonstra na página 1732 do Auto de Infração a seguinte situação:

Procedemos ao levantamento da quantia de OVOS comercializada no mês de dezembro de 1994 pela empresa Viana Braga Ind. e Com. Ltda., filial de Eunápolis.

Durante o mês de dezembro de 1994, a empresa adquiriu 37.122 caixas de OVOS. Cada caixa contém 30 dúzias de ovos. No estoque final de dezembro/94, conforme registro de inventário da empresa, não restaram nenhuma caixa de ovos. Sendo assim, todos os ovos adquiridos teriam sido vendidos.

Assim, temos que a empresa teria comercializado ao longo do mês de dezembro de 1994 a astronômica quantia de 1.113.660 dúzias de ovos.

Se levarmos em consideração a população da cidade de Eunápolis, estimada em 95.000 habitantes, temos uma relação de 11,7 dúzias de ovos vendidas para cada habitante da cidade durante o mês de dezembro/94. O que seriam 140 ovos por pessoa. O que seria o mais alto consumo ‘per capita’ de ovos do Brasil em um único mês.

Salientando que outros estabelecimentos da cidade também vendem OVOS, e que a empresa Viana Braga atua no varejo (supermercado), não no atacado de ovos.

Os argumentos defendidos pela autora – de que o pagamento das mercadorias em espécie era a *praxis*; que a falta de *visto* da fiscalização não é elemento suficiente a derruir a presunção de legitimidade e legalidade das notas fiscais emitidas pelo Estado do Espírito Santo; e que o frete também não ensejaria concluir ela inidoneidade das notas fiscais –, considerados individualmente, até teriam algum fundamento. Tais argumentos, todavia, são derruídos pela massiva evidência nos autos, que, apuradas em conjunto, outra conclusão não nos autoriza, senão a mesma que o Fisco teve: houve simulação na compra de mercadorias para que, superavaliadas, possam resultar em impostos menores a serem recolhidos, por intrincadas operações contábeis, aparentemente até

com cometimentos de outros crimes além dos contra a ordem pública (ameaça; como relatado por um interrogado).

Por óbvio, a única conclusão da perícia favorável à autora – a de que ela mantinha seus livros atualizados e devidamente escriturados –, não influencia em nada sua defesa, pois, para valer-se da operação contábil que realizou, seus livros e escrituras tinham que estar perfeitos, sem qualquer mácula. Ocorre que os documentos que dariam suporte aos lançamentos em tais livros não podem ser considerados confiáveis, daí porque a fraude fora descoberta.

Os lucros a que a empresa alega ter obtido no período em questão não foram confirmados pelo *expert*, restando, portanto, considerados os apurados na perícia como efetivamente obtido pela empresa, que não diferem dos apurados pela Receita Federal.

A correção monetária das demonstrações financeiras, do ano base 1990, referente à variação entre o IPC e o BTNF, só poderia ter sido usada a partir de 1993, nos termos do art. 3º da Lei 8.200/1991:

[...]

Art. 3º A parcela da correção monetária das demonstrações financeiras, relativa ao período-base de 1990, que corresponder à diferença verificada no ano de 1990 entra a variação do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) e a variação do BTN Fiscal, terá o seguinte tratamento fiscal:

I - Poderá ser deduzida, na determinação do lucro real, em seis anos-calendário, a partir de 1993, à razão de 25% em 1993 e de 15% ao ano, de 1994 a 1998, quando se tratar de saldo devedor.

Nesse contexto, glosados esses valores, dispõe o art. 44 da Lei 8.541/1992 que eles serão considerados como recebidos pelos sócios, incidindo, pois, o IRRF:

Art. 44. A receita omitida ou a diferença verificada na determinação dos resultados das pessoas jurídicas por qualquer procedimento que implique redução indevida do lucro líquido será considerada automaticamente recebida pelos sócios, acionistas ou titular da empresa individual e tributada exclusivamente na fonte à alíquota de 25%, sem prejuízo da incidência do imposto sobre a renda da pessoa jurídica.

No mais, a construção a qual a empresa autora considerou a depreciação a partir de 1991 só obteve seu *habite-se* em 1996, afastando a conclusão de que a obra teria sido finalizada em 1990.

Pelo exposto, *nego provimento* à apelação.

É como voto.

Sétima Turma

Numeração única: 0007048-54.2005.4.01.3400

Apelação Cível 2005.34.00.007049-6/DF

Relator: Juiz Federal Arthur Pinheiro Chaves (convocado)
Apelante: Fundação Banco Central de Previdência Privada – Centrus
Advogados: Dra. Débora Júnia de Moraes Leone e outros
Apelada: Fazenda Nacional
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Publicação: e-DJF1 de 07/06/2013, p. 1.005

Ementa

Tributário e Constitucional. Imposto de Renda Pessoa Jurídica. Juros sobre capital próprio. Natureza jurídica de remuneração. Inaplicabilidade da isenção permitida pela Medida Provisória 2.222/2001. §§ 2º e 7º da Lei 9.249/1995. Embasamento legal. Precedentes. Sentença mantida.

I. Relativamente ao Imposto sobre a Renda o Código Tributário Nacional, em seu art. 43, especifica que “O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. § 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. § 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (Incluído pela LCP 104, de 10/01/2001).”

II. Nesse sentido, é clara a determinação do Código Tributário Nacional quanto à definição do fato gerador do Imposto de Renda: a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza.

III. A Medida Provisória 2.222/2001, em seu art. 6º, estabeleceu a isenção do Imposto de Renda *para os rendimentos e ganhos auferidos nas aplicações de recursos de provisões, reservas técnicas e fundos referentes a planos de benefícios e Fapi, constituídos exclusivamente com recursos de pessoa física ou destas e de pessoa jurídica imune.*

IV. Entendeu a autora se enquadrar nas disposições do citado art. 6º, ressaltando que seus planos de benefícios são constituídos com recursos dos participantes (pessoas físicas), bem como do patrocinador – Banco Central do Brasil.

V. Assim, cumpre reconhecer que o Banco Central do Brasil visando à composição de planos de benefícios mantidos pela apelante, contribui com parte da arrecadação para o fundo, e, para tal fim persiste o enquadramento de imunidade à referida autarquia, como bem exige o § 2º do art. 150 da Constituição Federal, que trata da vedação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, de instituição de imposto sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros, com extensão às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

VI. Contudo, vale destacar que a imunidade ora tratada somente se limita à autarquia, em nada repercutindo nas atividades da Fundação Banco Central de Previdência Privada – Centrus.

VII. De fato, a Medida Provisória 2.222/2001 trouxe isenção relativa ao imposto de renda, sobre os rendimentos e ganhos auferidos nas aplicações de recursos de provisões, reservas técnicas e fundos referentes a planos de benefícios e Fapi, nos limites ali fixados.

VIII. Cumpre destacar que, conquanto o art. 6º da Medida Provisória 2.222/2001 tenha determinado a isenção do Imposto de Renda sobre os citados rendimentos e ganhos, cuja constituição tenha sido exclusivamente com recursos de pessoa física ou destas e de pessoa jurídica imune, *observa-se que houve expressa limitação às rendas advindas de rendimentos e ganhos auferidos nas aplicações de recursos de provisões, reservas técnicas e fundos referentes a planos*

de benefícios e Fapi, o que não possui sintonia com a renda decorrente de juros sobre capital próprio, conforme bem demonstrado acima, uma vez que a natureza jurídica dos citados juros não é a de dividendos.

IX. Tem reconhecido a jurisprudência a coerência do alcance da tributação incidente sobre os Juros sobre Capital Próprio, uma vez que sua natureza jurídica não é a de dividendos, mas possui como função remunerar o capital do investidor, cujo cálculo é feito sobre as contas do patrimônio líquido da pessoa jurídica

X. “[...] 1. Juros sobre Capital Próprio são proventos que o acionista recebe da empresa são os juros sobre capital próprio. 2. Estes valores são sujeitos à incidência do Imposto de Renda na Fonte – IRRF pela alíquota de 15%. Sendo o beneficiário pessoa jurídica tributada pelo lucro real, a fonte será considerada como antecipação do devido ou compensada com o que houver retido por ocasião do pagamento ou crédito de juros, a título de remuneração do capital próprio, a seu titular, sócios ou acionistas. 3. A Lei 9.249/1995 trata como receita financeira para o beneficiário, devendo integrar a apuração do IRPJ e, despesa financeira ao seu pagador, mesmo que imputado ao valor recebido a título de dividendos. 4. Não se vislumbra, pois, hipótese legal para a antecipação de retenção e recolhimento do Imposto de Retido na Fonte, ainda que antecipadamente, pelo beneficiário dos valores referentes aos Juros de Capital Próprio, ou mesmo exclusão da responsabilização da pessoa física pagadora por esta inversão na contabilização do tributo. 2. Apelação não provida”. (TRF 3ª Região, Terceira Turma, AMS 0033246-54.2007.4.03.6100, rel. Des. Federal Nery Júnior, julgado em 09/09/2010, e-DJF3 Judicial 1, Data: 20/09/2010, p. 514.)

XI. Apelação não provida. Sentença mantida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 28/05/2013.

Juiz Federal Arthur Pinheiro Chaves, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Arthur Pinheiro Chaves: — Trata-se de apelação interposta pela Fundação Banco Central de Previdência Privada – Centrus (fls. 113–118) contra sentença proferida pelo Juízo Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que julgou improcedente o pedido, por meio do qual se busca o reconhecimento da ilegalidade da retenção na fonte do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, em razão de alegada isenção a contar de 1º/01/2002, sendo que o incremento patrimonial somente ocorreu em 1º/02/2002 e 1º/03/2002.

Condenação da autora ao pagamento das custas processuais e da verba honorária, esta fixada em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa.

A parte autora, em suas razões de apelação, sustenta, em síntese, que:

[...]

Ora, de se ver que, independente de se constituírem em dividendos ou juros de capital próprio, o que é produzido pela aplicação dos recursos de provisões da apelante é, da mesma forma, um rendimento ou ganho por ela obtido, sendo, portanto, incidente a hipótese de isenção assim disciplinada na Medida Provisória nº 2.222/2001. Assim, os juros de capital próprio recebidos pela

apelante são, claramente, uma forma de rendimento ou ganho produzido pela aplicação de recursos de provisões referentes a planos de benefícios, constituídos exclusivamente com recursos de pessoa física ou destas e de pessoa jurídica imune, sendo este último o caso da apelante, que tem como patrocinador o Banco Central do Brasil(...). [cf. fl.117]

Acrescenta decisão que entende favorável à tese que defende.

Contrarrazões da Fazenda Nacional às fls. 128–131.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Arthur Pinheiro Chaves: — A Fundação Banco Central de Previdência Privada – Centrus ajuizou a presente ação de repetição de indébito, buscando a restituição de valores retidos a título de Imposto de Renda, entendendo que estava albergada por isenção à época da retenção indevida,

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes (convocado).

por força da já revogada Medida Provisória 2.222, de 4 de setembro de 2001.

Em contestação ofertada pela Fazenda Nacional, foi destacado que:

[...]

Em outras palavras, para fins de exclusão da base de cálculo, quando a lei se refere a dividendos e ao resultado positivo da avaliação de investimentos, é unicamente aos dividendos e a esse tipo de avaliação que o legislador objetivou excluir dessa incidência, e não às receitas sobre os JCP (juros sobre o capital próprio), como quer a autora. (...) [cf. fl. 86]

Prossegue a Fazenda Nacional discorrendo sobre a comparação entre juros sobre o capital próprio e demais institutos, que entende permitirem a elucidação da questão em análise.

E, em sentença, o magistrado *a quo* embasou sua decisão denegatória, concluindo que:

[...]

De todo o exposto, não há permissivo legal para a equiparação dos juros de capital próprio – JCP com dividendos, para fins da não inclusão destes na base de cálculo do Imposto de Renda nos termos propostos. Incide *in casu* as vedações acima reveladas, não se podendo em matéria de tributos aplicar interpretação extensiva para abranger tributos não alcançados pela norma de isenção.

Da análise da matéria posta em Juízo é possível concluir que *os JCP e os dividendos são institutos com regime fiscal diverso, o que conduz a tratamento fiscal distinto*. A concessão do pedido, na forma proposta, consistiria em ofensa aos princípios constitucionais tributários, vedada que está a concessão de isenção sem norma específica que regule todas as especificidades da exclusão do crédito tributário. [...] [cf. fls. 109] (Sem destaque no original)

Relativamente ao Imposto sobre a Renda o Código Tributário Nacional, em seu art. 43, especifica que

O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. § 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. § 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de

incidência do imposto referido neste artigo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001).

Nesse sentido, é clara a determinação do Código Tributário Nacional quanto à definição do fato gerador do Imposto de Renda: a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou de proventos de qualquer natureza.

Como já dito, em suma, o tema ora em análise trata da verificação da regularidade da retenção do Imposto de Renda Pessoa Jurídica sobre os juros de capital próprio pagos à autora, no período de 09/01/2002 a 06/02/2002.

A mencionada Medida Provisória 2.222, de 4 de setembro de 2001, estabeleceu, em seu art. 6º, que:

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os rendimentos e ganhos auferidos nas aplicações de recursos de provisões, reservas técnicas e fundos referentes a planos de benefícios e FAPI, constituídos exclusivamente com recursos de pessoa física ou destas e de pessoa jurídica imune.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos rendimentos e ganhos produzidos a partir de 1º de janeiro de 2002.

Como visto, a norma estabelece a isenção do Imposto de Renda *para os rendimentos e ganhos auferidos nas aplicações de recursos de provisões, reservas técnicas e fundos referentes a planos de benefícios e Fapi, constituídos exclusivamente com recursos de pessoa física ou destas e de pessoa jurídica imune*.

Entendeu a autora se enquadrar nas disposições do citado art. 6º, ressaltando que seus planos de benefícios são constituídos com recursos dos participantes (pessoas físicas), bem como do patrocinador – Banco Central do Brasil.

De fato, observo que a autora obtém, para composição dos seus recursos, preponderantemente, receitas advindas de pessoa física e de pessoa jurídica.

No entanto, cumpre observar que o Banco Central do Brasil, instituído pela Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, possui personalidade jurídica de autarquia, como pode ser constatado dos preceitos abaixo indicados:

Do Banco Central da República do Brasil

Art. 8º *A atual Superintendência da Moeda e do Crédito é transformada em autarquia federal, tendo sede e foro na Capital da República, sob a denominação de Banco Central da República do Brasil, com personalidade jurídica e patrimônio próprios este constituído dos bens, direitos e valores que lhe são transferidos na forma desta Lei e ainda da apropriação dos juros e rendas resultantes, na*

data da vigência desta lei, do disposto no art. 9º do Decreto-Lei número 8495, de 28/12/1945, dispositivo que ora é expressamente revogado.

Parágrafo único. Os resultados obtidos pelo Banco Central do Brasil, consideradas as receitas e despesas de todas as suas operações, serão, a partir de 1º de janeiro de 1988, apurados pelo regime de competência e transferidos para o Tesouro Nacional, após compensados eventuais prejuízos de exercícios anteriores. *(Redação dada pelo Del nº 2.376, de 25/11/87)*

Assim, cumpre reconhecer que o Banco Central do Brasil visando à composição de planos de benefícios mantidos pela apelante, contribui com parte da arrecadação para o fundo, e, para tal fim persiste o enquadramento de imunidade à referida autarquia, como bem exige o § 2º do art. 150 da Constituição Federal, que trata da vedação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, de instituição de imposto sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros, com extensão às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Cumpra a inserção do dispositivo constitucional citado. *Verbis*:

DAS LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR

Art. 150. *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; *(Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)*

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)*

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

VI - instituir impostos sobre: *(Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)*

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

§ 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)*

§ 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

§ 5º - A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)*

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)*

Vale destacar que a imunidade ora tratada somente se limita à autarquia, em nada repercutindo nas atividades da Fundação Banco Central de Previdência Privada – Centrus.

No entanto, de fato, a Medida Provisória 2.222/2001 trouxe isenção relativa ao imposto de renda, sobre os rendimentos e ganhos auferidos nas aplicações de recursos de provisões, reservas técnicas e fundos referentes a planos de benefícios e Fapi, nos limites ali fixados.

Dessa forma, reconhecida a isenção mencionada, convém a verificação da natureza jurídica dos *Juros sobre o Capital Próprio* e dos *dividendos* para definição da questão. Senão vejamos.

Juros sobre capital próprio (JSCP) é uma das formas de se distribuir o lucro entre os *acionistas*, titulares ou sócios de uma *empresa*, a outra é sob a forma de *dividendos*. Esse pagamento é tratado como despesa no resultado da empresa, enquanto o dividendo não. Neste caso, o investidor terá que pagar o Imposto de Renda sobre o capital recebido. *Essa questão fiscal é justamente o benefício da companhia, como esse pagamento é contabilizado como despesa da empresa, antes do lucro, ela não arca com os tributos repassando este ônus ao investidor.* A opção entre dividendos e juros sobre capital próprio compete à assembleia geral, ao conselho de administração ou à diretoria da empresa.

Como exemplo, uma empresa pode decidir remunerar os acionistas da seguinte forma: R\$0,50 por ação sob a forma de dividendos (*lucro líquido*) e R\$0,50 por ação sob a forma de JSCP (*lucro bruto*). Sobre os dividendos não incide tributação, assim os acionistas estão isentos, mas sobre o JSCP incide 15% de Imposto de Renda retido na fonte (R\$0,075), ou seja, os acionistas receberão na prática R\$0,425 por ação (*lucro líquido*).

http://pt.wikipedia.org/wiki/Juro_sobre_capital_pr%C3%B3prio

Dividendos é a parcela do lucro apurado pela empresa, que é distribuída aos acionistas por ocasião do encerramento do exercício social (balanço). Pelo § 2º, do art. 202 da Lei das sociedades anônimas.¹

Pode-se então optar pelo reinvestimento automático do dividendo para comprar mais ações. O dividendo só será distribuído após ter sido efectuado os devidos descontos a favor do estado, tendo em conta que a lei 6.404 obriga as sociedades a distribuírem pelo menos 25% dos lucros. Os dividendos podem ter periodicidade diversa: mensal, trimestral, semestral, anual, etc., desde que conste no estatuto da empresa o período determinado. A Assembleia Geral Ordinária (AGO) é quem determina a parcela a ser distribuído como dividendo, de acordo com os interesses da empresa, através da manifestação de seus acionistas. O montante a ser distribuído deverá ser dividido pelo

número de ações emitidas pela empresa, de forma a garantir a proporcionalidade da distribuição. Resumindo, a política de dividendos trata-se de uma decisão sobre a dimensão ou a proporção de resultados líquidos apurados num determinado período, que devem ser distribuídos pelos acionistas em vez de haver lugar a reinvestimento na actividade da empresa. Todos os acionistas tem direito a receber dividendos, normalmente na mesma proporção em que participam no capital, salvo algumas exceções, como por exemplo: uma pessoa que detenha ações representativas de 10% do capital social, receberá 10% dos lucros totais da empresa. A mesma sociedade pode pertencer a categorias diferentes e conferir direitos diversos quanto aos dividendos.

As ações preferenciais sem voto conferem o direito de um dividendo prioritário, cujo valor não pode ser inferior a 5% do respectivo valor nominal. No caso do dividendo prioritário não ser integralmente pago durante dois exercícios, as ações preferenciais passam a conferir o direito de voto e só o perdem no exercício seguinte aquele em que tiverem sido pago os dividendos prioritários em atraso. As sociedades cujas ações estão admitidas à negociação devem informar o público sobre a distribuição de dividendos referentes a ações admitidas à negociação, o que deve ser feita mediante a publicação, com 15 dias de antecedência, indicando o prazo para o exercício do direito aos dividendos.

O principal indicador para o investidor que quer apostar nessa categoria de renda variável é o chamado *dividend yield*, que mostra o retorno em dividendos frente ao preço da ação. Quanto mais alto esse índice, maior o valor do dividendo pago. No Brasil, o índice foi de 4,75% em 2005. O professor Ari Ferreira de Abreu, da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto, da USP diz que: “o investimento em dividendos pode ser uma boa opção para quem quer diversificar o portfólio com papéis de menor volatilidade e que funcionem como uma poupança”.²

A vantagem de investir em papéis de empresas com o fito de obter bons dividendos é que além desses proventos, os papéis tendem a se valorizar ao longo dos anos, como um efeito normal do setor produtivo. Mesmo no caso de haver uma iminente queda nas bolsas, a rentabilidade destas aplicações não tende a ser muito penalizada, apesar de ocorrer uma possível desvalorização no preço das ações. Neste caso, o *dividend yield* aumenta, mas por conta da queda do preço da ação e não pelo aumento na distribuição dos lucros. Além disso, para o investidor, a diferença básica é que ao receber dividendos ele não é tributado, pois a empresa já o foi quando da apuração de seu lucro líquido. *Outra forma de distribuir o lucro entre os acionistas é através de juros sobre capital próprio.* Esse pagamento é tratado como despesa no resultado da empresa, enquanto o dividendo não. Neste caso, o investidor terá que pagar o Imposto de Renda sobre o capital recebido. *Essa questão fiscal é justamente*

o benefício da companhia, como esse pagamento é contabilizado como despesa da empresa, antes do lucro, ela não arca com os tributos repassando este ônus ao investidor. A opção entre dividendos e juros sobre capital próprio compete à assembleia geral, ao conselho de administração ou à diretoria da empresa.

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Dividendo>

Conquanto a definição acima já conclua pela incidência do imposto de renda sobre os citados Juros sobre Capital Próprio, é conveniente a análise da questão sob a ótica legal e segundo o entendimento jurisprudencial acerca do tema.

A Instrução Normativa SRF 11, de 21 de fevereiro de 1996, dispõe sobre a apuração do Imposto de Renda e da contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas a partir do ano-calendário de 1996, fixando em seu art. 29 que:

Juros Sobre o Capital Próprio

Art. 29. Para efeito de apuração do lucro real, observado o regime de competência, poderão ser deduzidos os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata die, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP.

§ 1º À opção da pessoa jurídica, o valor dos juros a que se refere este artigo poderá ser incorporado ao capital social ou mantido em conta de reserva destinada a aumento de capital.

§ 2º Para os fins do cálculo da remuneração prevista neste artigo, não será considerado, salvo se adicionado ao lucro líquido para determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro, valor:

- a) da reserva de reavaliação de bens e direitos da pessoa jurídica;
- b) da reserva especial de trata o art. 428 do RIR/94;
- c) da reserva de reavaliação capitalizada nos termos dos arts. 384 e 385 do RIR/94, em relação às parcelas não realizadas.

§ 3º O valor dos juros pagos ou creditados, ainda que capitalizados, não poderá exceder, para efeitos de dedutibilidade como despesa financeira, a cinquenta por cento de um dos seguintes valores:

- a) do lucro líquido correspondente ao período-base do pagamento ou crédito dos juros, antes da provisão para o imposto de renda e da dedução dos referidos juros; ou
- b) dos saldos de lucros acumulados de períodos anteriores.

§ 4º Os juros a que se refere este artigo, inclusive quando exercida a opção de que trata o § 1º ou quando imputados aos dividendos, auferidos por

beneficiário pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no:

a) lucro real, serão registrados em conta de receita financeira e integrarão lucro real e a base de cálculo da contribuição social sobre o lucro;

b) lucro presumido ou arbitrado, serão computados na determinação da base de cálculo do adicional do imposto.

§ 5º Os juros serão computados nos balanços de suspensão ou redução (art. 10)

§ 6º Os juros remuneratórios ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento, na data do pagamento ou crédito.

§ 7º O imposto de renda incidente na fonte:

a) no caso de beneficiário pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real, será considerado antecipação do devido na declaração de rendimentos ou compensado com o que houver retido por ocasião do pagamento ou crédito de juros, a título de remuneração do capital próprio, a seu titular, sócios ou acionistas.

b) será considerado definitivo, no caso de beneficiário pessoa física ou pessoa jurídica não submetida ao regime de tributação com base no lucro real, inclusive isenta;

c) no caso de beneficiária sociedade civil de prestação de serviços, submetida ao regime de tributação de que trata o art. 1º do Decreto-lei nº 2.397, de 1987, poderá ser compensado com o retido por ocasião do pagamento de rendimentos a seus sócios;

d) deverá ser pago até o terceiro dia útil da semana subsequente à do pagamento ou crédito dos juros.

§ 8º A pessoa jurídica que exercer a opção de que trata o § 1º assumirá o ônus do imposto incidente na fonte sobre os juros.

§ 9º O valor do imposto será determinado sem o reajuste da respectiva base de cálculo e não será dedutível para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro.

§ 10. O imposto incidente na fonte, assumido pela pessoa jurídica, será recolhido no prazo de quinze dias contados do encerramento do período-base em que tenha ocorrido a dedução dos juros, sendo considerado:

a) definitivo, nos casos de beneficiário pessoa física ou jurídica não submetida ao regime de tributação com base no lucro real, inclusive isentas;

b) como antecipação do devido na declaração, no caso de beneficiário pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real.

§ 11. Na hipótese da alínea b do § anterior, a pessoa jurídica beneficiária deverá registrar, como receita financeira, o valor dos juros capitalizados

que lhe couber e o do imposto de renda na fonte a compensar.

§ 12. O valor do imposto registrado como receita poderá ser excluído do lucro líquido para determinação do lucro real.

[...]

Convém destacar que o art. 202 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, prescreve a sistemática para o recebimento dos dividendos, quando obrigatório. Senão vejamos:

Art. 202. *Os acionistas têm direito de receber como dividendo obrigatório, em cada exercício, a parcela dos lucros estabelecida no estatuto ou, se este for omissivo, a importância determinada de acordo com as seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001) (Vide Medida Provisória nº 608, de 2013)*

I - metade do lucro líquido do exercício diminuído ou acrescido dos seguintes valores: *(Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)*

a) importância destinada à constituição da reserva legal (art. 193); e *(Incluída pela Lei nº 10.303, de 2001)*

b) importância destinada à formação da reserva para contingências (art. 195) e reversão da mesma reserva formada em exercícios anteriores; *(Incluída pela Lei nº 10.303, de 2001)*

II - o pagamento do dividendo determinado nos termos do inciso I poderá ser limitado ao montante do lucro líquido do exercício que tiver sido realizado, desde que a diferença seja registrada como reserva de lucros a realizar (art. 197); *(Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)*

III - os lucros registrados na reserva de lucros a realizar, quando realizados e se não tiverem sido absorvidos por prejuízos em exercícios subsequentes, deverão ser acrescidos ao primeiro dividendo declarado após a realização. *(Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)*

§ 1º O estatuto poderá estabelecer o dividendo como porcentagem do lucro ou do capital social, ou fixar outros critérios para determiná-lo, desde que sejam regulados com precisão e minúcia e não sujeitem os acionistas minoritários ao arbítrio dos órgãos de administração ou da maioria.

§ 2º Quando o estatuto for omissivo e a assembleia-geral deliberar alterá-lo para introduzir norma sobre a matéria, o dividendo obrigatório não poderá ser inferior a 25% (vinte e cinco por cento) do lucro líquido ajustado nos termos do inciso I deste artigo. *(Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)*

§ 3º A assembleia-geral pode, desde que não haja oposição de qualquer acionista presente, deliberar a distribuição de dividendo inferior ao obrigatório, nos termos deste artigo, ou a retenção de todo o lucro líquido, nas seguintes sociedades: *(Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)*

I - companhias abertas exclusivamente para a captação de recursos por debêntures não conversíveis em ações; *(Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)*

II - companhias fechadas, exceto nas controladas por companhias abertas que não se enquadrem na condição prevista no inciso I. *(Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)*

§ 4º O dividendo previsto neste artigo não será obrigatório no exercício social em que os órgãos da administração informarem à assembleia-geral ordinária ser ele incompatível com a situação financeira da companhia. O conselho fiscal, se em funcionamento, deverá dar parecer sobre essa informação e, na companhia aberta, seus administradores encaminharão à Comissão de Valores Mobiliários, dentro de 5 (cinco) dias da realização da assembleia-geral, exposição justificativa da informação transmitida à assembleia.

§ 5º Os lucros que deixarem de ser distribuídos nos termos do § 4º serão registrados como reserva especial e, se não absorvidos por prejuízos em exercícios subsequentes, deverão ser pagos como dividendo assim que o permitir a situação financeira da companhia.

§ 6º Os lucros não destinados nos termos dos arts. 193 a 197 deverão ser distribuídos como dividendos. *(Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)*

Ainda, em esclarecimento inserido no sítio da Receita Federal na internet foi destacado que:

566 Como se dá a tributação dos juros sobre o capital próprio pagos ou creditados aos beneficiários pessoas jurídicas ou físicas?

Os juros sobre o capital social estão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de 15%, na data do pagamento ou crédito, os quais terão o seguinte tratamento no beneficiário (RIR/1999, art. 347):

no caso de pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, o valor dos juros deverá ser considerado como receita financeira e o imposto retido pela fonte pagadora será considerado como antecipação do devido no encerramento do período de apuração ou, ainda, poderá ser compensado com aquele que houver retido, por ocasião do pagamento ou crédito de juros a título de remuneração do capital próprio, ao seu titular, sócios ou acionistas;

em se tratando de pessoas jurídicas tributadas pelo lucro presumido ou lucro arbitrado, a partir de 1º/1/1997, os juros recebidos integram a base de cálculo do imposto de renda e o valor do imposto retido na fonte será considerado antecipação do devido no período de apuração (Lei nº 9.430, de 1996, art. 51). No ano-calendário de 1996 a tributação era considerada definitiva; o valor dos juros não integrava a base de cálculo e somente era computado para efeito de determinação do

adicional do imposto (Lei n.º 9.249, de 1995, art. 9.º, § 3.º, inciso II, e § 4.º);

no caso de pessoas jurídicas não tributadas com base no lucro real, lucro presumido ou arbitrado, inclusive isentas, e de pessoas físicas, os juros são considerados como rendimento de tributação definitiva, ou seja, os respectivos valores não serão incluídos nas declarações de rendimentos nem o imposto de renda que for retido na fonte poderá ser objeto de qualquer compensação.

NOTAS:

No caso de pessoa jurídica imune não há incidência do imposto de renda sobre o valor dos juros pagos ou creditados (IN SRF n.º 12, de 1999, art. 3.º);

Aos juros e outros encargos pagos ou creditados pela pessoa jurídica a seus sócios ou acionistas, calculados sobre os juros remuneratórios do capital próprio e sobre os lucros e dividendos por ela distribuídos, aplicam-se as normas referentes aos rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa, inclusive quanto ao informe a ser fornecido pela pessoa jurídica (IN SRF n.º 12, de 1999, art. 1.º).

<http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/DIPJ/2004/PergResp2004/pr565a570.htm>

Relativamente ao ponto, a Instrução Normativa SRF 12, de 10 de fevereiro de 1999, estabelece que:

Art. 1.º—Os juros e outros encargos pagos ou creditados pela pessoa jurídica a seus sócios ou acionistas, calculados sobre os juros remuneratórios do capital próprio e sobre os lucros e dividendos por ela distribuídos, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte por cento.

Parágrafo único. Aos juros e encargos referidos neste artigo aplicam-se as normas referentes aos rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa, inclusive quanto ao informe a ser fornecido pela pessoa jurídica.

Art. 2.º—O valor do imposto de renda retido na fonte sobre lucros e dividendos recebidos pela pessoa jurídica, relativos aos períodos de apuração encerrados em 1994 e 1995, que a beneficiária não puder compensar em virtude da inexistência, em sua escrituração contábil, de saldo lucros sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte quando distribuídos, poderá ser compensado com o imposto que esta retiver na distribuição, a seus sócios ou acionistas, de bonificações em dinheiro e outros interesses, inclusive com o retido sobre os valores pagos ou creditados a título de juros remuneratórios do capital próprio.

Art. 3.º—A incidência do imposto de renda na fonte sobre os juros remuneratórios do capital próprio não se aplica à parcela correspondente a pessoa jurídica imune, mesmo na hipótese referida no § 9.º do art. 9.º da Lei n.º 9.249, de 1995, revogado pelo art. 88 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

§ 1.º—O pedido de restituição ou de compensação do imposto, no caso de retenção indevida, somente poderá ser formulado pela entidade imune.

§ 2.º—Relativamente ao imposto pago na hipótese do § 9.º do art. 9.º da Lei n.º 9.249, de 1995, o pedido de restituição ou de compensação poderá ser formulado pela pessoa jurídica que houver assumido o ônus do imposto, mediante autorização formal da entidade imune, anexada ao processo.

A citada Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995, em seu art. 9.º, estabelece que:

Art. 9.º A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP.

§ 1.º O efetivo pagamento ou crédito dos juros fica condicionado à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados. (Redação dada pela Lei n.º 9.430, de 1996)

§ 2.º Os juros ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento, na data do pagamento ou crédito ao beneficiário.

§ 3.º O imposto retido na fonte será considerado:

I - antecipação do devido na declaração de rendimentos, no caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real;

II - tributação definitiva, no caso de beneficiário pessoa física ou pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, inclusive isenta, ressalvado o disposto no § 4.º;

§ 5.º No caso de beneficiário sociedade civil de prestação de serviços, submetida ao regime de tributação de que trata o art. 1.º do Decreto-Lei n.º 2.397, de 21 de dezembro de 1987, o imposto poderá ser compensado com o retido por ocasião do pagamento dos rendimentos aos sócios beneficiários.

§ 6.º No caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real, o imposto de que trata o § 2.º poderá ainda ser compensado com o retido por ocasião do pagamento ou crédito de juros, a título de remuneração de capital próprio, a seu titular, sócios ou acionistas.

§ 7.º O valor dos juros pagos ou creditados pela pessoa jurídica, a título de remuneração do capital próprio, poderá ser imputado ao valor dos dividendos de que trata o art. 202 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sem prejuízo do disposto no § 2.º.

§ 8º Para os fins de cálculo da remuneração prevista neste artigo, não será considerado o valor de reserva de reavaliação de bens ou direitos da pessoa jurídica, exceto se esta for adicionada na determinação da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido.

Conforme indicado no art. 3º da IN SRF 12/1999, anteriormente transcrito, o § 9º do art. 9º da Lei 9.249/1995 foi revogado, no qual existia previsão de

[...] § 9º À opção da pessoa jurídica, o valor dos juros a que se refere este artigo poderá ser incorporado ao capital social ou mantido em conta de reserva destinada a aumento de capital, garantida sua dedutibilidade, desde que o imposto de que trata o § 2º, assumido pela pessoa jurídica, seja recolhido no prazo de 15 dias contados a partir da data do encerramento do período-base em que tenha ocorrido a dedução dos referidos juros, não sendo reajustável a base de cálculo nem dedutível o imposto pago para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido. (Revogado pela Lei nº 9.430, de 1996).

Nesse contexto, não mais persiste nem mesmo a possibilidade de dedução do importe relativo aos Juros sobre Capital Próprio, conforme antes permitido pela norma.

Ainda, dos preceitos transcritos, cumpre destacar que, conquanto o art. 6º da Medida Provisória 2.222/2001, tenha determinado a isenção do Imposto de Renda cuja constituição tenha sido exclusivamente com recursos de pessoa física ou destas e de pessoa jurídica imune, *observe que houve expressa limitação às rendas advindas de rendimentos e ganhos auferidos nas aplicações de recursos de provisões, reservas técnicas e fundos referentes a planos de benefícios e FAPI*, o que não possui sintonia com a renda decorrente de juros sobre capital próprio, conforme bem explicitado acima, uma vez que a natureza jurídica dos citados juros não é a de dividendos.

Desse modo, contrariamente ao que sustentou a apelante, ao defender que:

[...] independente de se constituírem em dividendos ou juros de capital próprio, o que é produzido pela aplicação dos recursos de provisões da apelante é, da mesma forma, um rendimento ou ganho por ela obtido, sendo, portanto, incidente a hipótese de isenção assim disciplinada na Medida Provisória 2.222/2001. [...]

como já explicitado, verifico que os Juros sobre capital próprio (JSCP) consistem em forma de pagamento, sendo tratado como despesa no resultado da empresa, enquanto o dividendo não. A opção entre dividendos e Juros sobre Capital Próprio compete à assembleia

geral, ao conselho de administração ou à diretoria da empresa.

Como dito, os *dividendos* são parcelas do *lucro* apurado pela *empresa*, que é distribuída aos *acionistas* por ocasião do encerramento do exercício social (*balanço*).

Vale lembrar que a Centrus é acionista do Banco Bradesco S.A., e como tal, recebeu os valores referentes aos Juros sobre o Capital Próprio nessa condição.

Assim, os juros de capital próprio recebidos pela apelante são, claramente, uma forma de rendimento ou ganho produzido pela aplicação de recursos de provisões referentes a planos de benefícios, constituídos exclusivamente com recursos de pessoa física ou destas e de pessoa jurídica imune, sendo este último o caso da apelante, que tem como patrocinador o Banco Central do Brasil.

Nesse sentido, tem reconhecido a jurisprudência quanto à coerência do alcance da tributação incidente quanto aos Juros sobre Capital Próprio, uma vez que sua natureza jurídica não é a de dividendos, mas tem como função remunerar o capital do investidor, cujo cálculo é feito sobre as contas do patrimônio líquido da pessoa jurídica, como bem explanado nos arestos adiante transcritos:

TRIBUTÁRIO. COFINS. PIS. JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO QUE A PESSOA JURÍDICA INVESTE EM OUTRA EMPRESA. INCIDÊNCIA.

1. Os juros recebidos de capital próprio investido pela sociedade empresarial em outra empresa constituem receitas financeiras.

2. Juros de capital próprio investido não se confundem com dividendos. Entidade com configurações jurídicas e efeitos não assemelhados. Regime jurídico diferenciado a eles praticado.

3. As Leis ns. 10.637, de 2002, e 10.883, de 2003, determinam, expressamente, os acontecimentos negociais que não compõem a base de cálculo da Cofins e PIS. Inexiste previsão excluindo a receita dos juros sobre o capital próprio da referida base de cálculo.

4. Impossibilidade do Poder Judiciário criar situação de não incidência tributária por interpretação analógica da lei. Obediência a princípio da legalidade.

5. Os juros sobre o capital próprio tem por finalidade remunerar o capital do investidor. São calculados sobre as contas do patrimônio líquido da pessoa jurídica. Os dividendos representam parcela do lucro distribuído pela empresa aos seus sócios. Entidades que, pelas suas próprias características, não se confundem a que recebem tratamento tributário diferenciado.

6. *Os juros recebidos por capital próprio empregado em outra empresa integram a receita bruta do favorecido.* Incide sobre eles Cofins e PIS.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 952.566/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2007, DJ 25/02/2008, p. 284)

MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO DISTRIBUÍDOS AOS SÓCIOS/ACIONISTAS. INCIDÊNCIA DE PIS E COFINS. NATUREZA DE DIVIDENDOS. IMPOSSIBILIDADE. ISENÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ART. 111 DO CTN. OMISSÃO QUANTO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO.

I - Incabível a análise de omissão quanto à análise de dispositivo constitucional, em razão da falta de interesse da parte, eis que suficiente a oposição de embargos declaratórios para ensejar o questionamento na via do recurso extraordinário. Precedente: AgRg no Ag nº 799.362/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 05/03/07.

II - Discute-se, nos presentes autos, a incidência na base de cálculo do PIS e da COFINS dos juros sobre capital próprio (JCP), com base no Decreto nº 5.164/2004, o qual reduziu a zero a alíquota das referidas contribuições, excluindo as receitas decorrentes dos JCP e de operações de hedge.

III - *Os juros sobre capital próprio não possuem natureza de lucro ou dividendo, mas de receita financeira.*

IV - De acordo com a Lei nº 9.249/95, apresentam-se os juros sobre capital próprio como uma faculdade à pessoa jurídica, que pode fazer valer de seu crédito sem que ocorra o efetivo pagamento de maneira imediata, aproveitando-se da capitalização durante esse tempo. Além do mais, ao contrário dos dividendos, os JCP dizem respeito ao patrimônio líquido da empresa, o que permite que sejam creditados de acordo com os lucros e reservas acumulados.

V - As normas instituidoras de isenção (art. 111 do CTN), por preverem exceções ao exercício de competência tributária, estão sujeitas à regra de hermenêutica que determina a interpretação restritiva, dada à sua natureza. Não prevista, expressamente, a hipótese de exclusão dos juros de capital próprio da base de cálculo do PIS e da COFINS, pelas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, incabível fazê-lo por analogia.

VI - Recurso especial improvido.

(REsp 921.269/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/05/2007, DJ 14/06/2007, p. 272 RDDT vol. 144, p. 119)

TRIBUTÁRIO - COFINS E CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS - JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO (ART. 9º, DA LEI 9.249/95) - INCIDÊNCIA DEVIDA.

1. *De fato, tanto o e. S.T.J. quanto esta Turma já assentaram que os juros sobre o capital próprio e dividendos têm natureza jurídica diversa* (RESP n. 921269, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma do e. S.T.J., DJ de 14/06/2007, pág. 272) e (AMS n. 20053300006046, Rel. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (Conv.), 7ª Turma do T.R.F. da 1ª Região, e DJF1 de 10/07/2009, pág. 238).

2. As normas instituidoras de isenção (art. 111 do CTN), por tratarem de exceções ao exercício de competência tributária, estão sujeitas às regras de hermenêutica que determinam interpretação restritiva, dada à sua natureza. Incabível, pois, na interpretação deste tipo de norma, que prevê favor legal a uma gama de contribuintes em detrimento dos demais, fazer uso da analogia.

3. Tivesse o legislador a intenção de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores decorrentes de pagamento de juros sobre o capital próprio, constaria expressamente do texto legal como o fez com relação àqueles decorrentes da venda de ativo imobilizado, por exemplo.

4. Apelação e remessa oficial providas.

5. Peças liberadas pelo Relator, em 08/08/2011, para publicação do acórdão.

(AMS 0012099-55.2005.4.01.3300 / BA, Rel. JUIZ FEDERAL ANDRE PRADO DE VASCONCELOS, 6ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.277 de 17/08/2011)

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. JUROS DE CAPITAL PRÓPRIO. ANTECIPAÇÃO DA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO PELA PESSOA JURÍDICA BENEFICIÁRIA. ILEGALIDADE

1. *Juros sobre Capital Próprio são proventos que o acionista recebe da empresa são os juros sobre capital próprio.*

2. *Estes valores são sujeitos à incidência do Imposto de Renda na Fonte - IRRF pela alíquota de 15%. Sendo o beneficiário pessoa jurídica tributada pelo lucro real, a fonte será considerada como antecipação do devido ou compensada com o que houver retido por ocasião do pagamento ou crédito de juros, a título de remuneração do capital próprio, a seu titular, sócios ou acionistas.*

3. A Lei nº 9.249/95 trata como receita financeira para o beneficiário, devendo integrar a apuração do IRPJ e, despesa financeira ao seu pagador, mesmo que imputado ao valor recebido a título de dividendos.

4. Não se vislumbra, pois, hipótese legal para a antecipação de retenção e recolhimento do Imposto de Retido na Fonte, ainda que antecipadamente, pelo beneficiário dos valores referentes aos Juros de Capital Próprio, ou mesmo exclusão da responsabilização da pessoa física pagadora por esta inversão na contabilização do tributo.

2. Apelação não provida

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0033246-54.2007.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR

FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 09/09/2010,
e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/09/2010 PÁGINA: 514)

Desse modo, verifico que bem tratou da questão o magistrado *a quo*, reconhecendo que não há ilegalidade a ser imputada relativamente à incidência do Imposto de Renda sobre os Juros sobre Capital Próprio, mesmo na vigência da Medida Provisória 2.222/2001.

Assim, à vista das razões apresentadas, verifico que a decisão recorrida não merece reparos, uma vez que está em plena consonância com o ordenamento jurídico e com o entendimento desta Corte.

Do exposto, *nego provimento* à apelação.

É como voto.

Oitava Turma

Apelação 0016106-37.2012.4.01.3400

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Apelante: *Ecotrading* Importação Exportação e Logística S.A.
Advogada: Dra. Ilana Benjo
Apelada: Fazenda Nacional
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Publicação: e-DJF1 de 10/05/2013, p. 1.250

Ementa

Tributário. Administrativo. Apreensão de mercadorias importadas. Subfaturamento. Falsa declaração quanto à natureza do produto. Pena de perdimento. Não cabimento. Pena de multa. Art. 108 do Decreto-Lei 37/1966.

I. A suposta ocorrência de subfaturamento em relação ao preço do produto importado ou a falsa declaração quanto à natureza da mercadoria, por si só, não constituem hipóteses de aplicação da pena de perdimento dos bens. A infração administrativa sujeita a importadora ao pagamento de multa de 100% da diferença entre o preço declarado e o preço efetivamente praticado na importação ou arbitrado pelas autoridades aduaneiras, nos termos do art. 108 do Decreto-Lei 37/1966.

II. A conduta de falsidade ideológica relativa ao valor declarado (subfaturamento) está tipificada no art. 108 do Decreto-Lei 37/1966, o que afasta a aplicação do art. 105, VI, do mesmo diploma legal, em razão do princípio da especialidade, da prevalência do disposto no referido decreto sobre o procedimento especial previsto na IN SRF 206/2002, e da aplicação do princípio da proporcionalidade (STJ, REsp 1217708/PR, DJe de 08/02/2011 – sem grifo no original).

III. As despesas com a armazenagem das mercadorias, devidas em razão da permanência por força de apreensão determinada em auto de infração correrão a expensas da Fazenda Pública, em face da ilegalidade da pena de perdimento (art. 927 CC/2002).

IV. Não há de se falar em lucros cessantes, se não demonstrado nos autos quanto eventualmente deixou-se de lucrar em virtude do ato ilegal praticado (art. 333, I, do CPC não cumprido).

V. Ônus da sucumbência invertidos, com majoração da condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

VI. Apelação da autora a que se dá provimento para julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 1º/04/2013.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Esta apelação foi interposta por *Ecotrading Importação, Exportação e Logística S.A.* à sentença proferida pelo Juízo Federal da 15ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da Ação de Conhecimento 16106-37.2012.4.01.3400, julgou improcedentes os pedidos formulados na petição inicial.

A apelante sustenta que adquiriu 79.200 tapetes de um fabricante localizado na República Popular da China, que estariam devidamente identificados no conhecimento de transporte BL NBRI01704305 e na *invoice* SKY 1146, que demonstrariam os valores e as características da operação.

Narra que, por ocasião do despacho aduaneiro, as mercadorias foram submetidas a procedimento especial de fiscalização, com parametrização para o canal cinza de conferência aduaneira, notadamente em razão de suspeitas de subfaturamento verificadas pelos agentes alfandegários da Receita Federal do Brasil – RFB.

Descreve que o processo administrativo fiscal resultou na decretação de pena de perdimento das mercadorias, aplicada pela RFB em conformidade com o art. 608, VI, do Decreto 4.543/2002.

Afirma que, a despeito da presunção de legalidade do ato administrativo, a decretação da pena de perdimento incorreria em ilegalidade na medida em que, entre outras razões, *utiliza como parâmetro a média de importação de outros países/continentes sem qualquer relação com o caso concreto, quais sejam: EUA, Europa e Argentina [...] (fl. 349).*

Assevera que a sentença merece reforma, especialmente em razão da *inexistência de subfaturamento e de falsa declaração na composição (que sequer foi utilizada como motivação do ato administrativo que pretende aplicar a pena de perdimento) (fl. 353) e da ilegalidade na aplicação da pena de perdimento por falsidade ideológica no valor (subfaturamento) (fl. 355).*

Salienta a impossibilidade de atribuição da pena de perdimento quando comprovado o subfaturamento da operação de importação, passível apenas de pena de multa, ainda que no montante de 100% do valor das mercadorias apreendidas.

Anota, por fim, que *restou provado que não houve declaração imprecisa da composição dos tapetes, pois pela simples leitura de fl. 265 (DI) e 266 (invoice) verifica-se que a apelante declarou trazer “tapetes sintéticos aveludados com forro de PVC reconstituído”, sem indicar*

o percentual de cada matéria-prima na composição dos tapetes, sendo certo que o outro material encontrado no tapete é justamente a resina (de PVC), consoante simples leitura do laudo às fls. 276–279 (fl. 360).

Pleiteia, ainda, a majoração dos honorários advocatícios no caso de procedência da apelação.

Requer, assim, o conhecimento e o provimento do recurso de apelação, a fim de que sejam julgados procedentes os pedidos formulados na petição inicial da ação de conhecimento, para que seja anulada a pena de perdimento e condenada a Fazenda Nacional ao pagamento de honorários advocatícios não inferiores a 5% do valor da causa.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões às fls. 367-369, em que requer a manutenção da sentença.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Discute-se nestes autos a legalidade do Auto de Infração 0717600/00040/12, lavrado pela Receita Federal do Brasil – RFB – Alfândega do Porto do Rio de Janeiro contra a sociedade apelante, que resultou na pena administrativa de perdimento de bens.

De fato, no Auto de Infração 0717600/00040/12, a autoridade fiscal concluiu que houve apresentação de documento com informações falsas (subfaturamento) para o registro da Declaração de Importação 11/2152028-8 (fls. 38–47).

Foi imputada à apelante a pena de perdimento de mercadoria, de acordo com o art. 618, VI, do Decreto 4.543/2002 (Regulamento Aduaneiro vigente à data da autuação):

Art. 618. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-lei nº 37, de 1966, art. 105, e Decreto-lei no 1.455, de 1976, art. 23 e § 1º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59):

VI - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembarco tiver sido falsificado ou adulterado;

A RFB relatou que *o que motivou a parametrização do despacho para o canal cinza foi o fato de a empresa*

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova e o Exmo. Sr. Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado).

estar importando mercadorias declaradas a preços aparentemente baixos demais para sua classe de produtos (fl. 41), que contou, ainda, com laudo técnico emitido pela Associação Brasileira da Indústria de Tecidos e de Confecções – ABIT, em cooperação.

Por essa razão, as mercadorias importadas pela apelante foram submetidas às análises técnica – com o objetivo de verificar a sua composição – e merceológica – a fim de estimar o seu custo.

As conclusões adotadas pela RFB indicam a ocorrência de falsidade ideológica da documentação e das informações prestadas pela apelante em relação à operação de importação em análise (fls. 45-46), notadamente em relação ao valor atribuídos à mercadoria e sua composição.

Segundo a constatação da fiscalização (fl. 43), o produto (tapete) informado como composto 100% em poliéster tem como composição correta 16,61% de superfície têxtil (100% em poliéster), 8,59% de base não tecido (100% em polipropileno), 4,58% de resina (materiais não têxteis) e 70,12% de base resinada (materiais não têxteis).

Quanto ao valor, constatou-se que o *custo mínimo de produção da mercadoria seria de US\$ 2,84 por quilograma da mercadoria, equivalente a US\$ 1,21 por unidade do produto* (verso da fl. 43).

A propósito das conclusões acerca da constituição das mercadorias, a apelante não produziu contra-prova técnica apta a demonstrar a veracidade das informações prestadas para a operação de importação e o desembaraço aduaneiro.

Embora alegue a parcialidade do laudo produzido pela ABIT, ausente contralaudo nestes autos que ateste que os tapetes importados são constituídos 100% em poliéster, o que conduz à presunção de legitimidade das conclusões adotadas pela RFB nesse ponto. Ademais, as informações constantes do contrato celebrado com o exportador chinês não se prestam a essa comprovação técnica.

Todavia, no que diz respeito à análise merceológica, não podem ser desprezadas as alegações da apelante. É notório que importações oriundas da República Popular da China correspondem a valores inferiores aos praticados por outros fornecedores mundiais, até mesmo por produtores brasileiros. Uma importação em larga escala da China, grande exportadora de produtos elaborados em condições de custo baixíssimo, não pode ser comparada à média das importações gerais em determinado período. E as informações utilizadas no laudo da ABIT e, conseqüentemente, pela RFB,

consideram apenas os preços normalmente praticados por países americanos e europeus (fls. 272–279).

Ressalto que nestes autos não estão em discussão políticas *antidumping* ou mesmo a forma de produção utilizada pela República Popular da China.

Assim, a partir da análise dos próprios fundamentos do auto de infração, não há indícios de adulteração material de documentos fiscais com o intuito de promover o recolhimento a menor dos tributos devidos pela apelante, tampouco de falsidade ideológica no que diz respeito aos valores indicados para a operação.

Impõe-se, portanto, a exclusão da tipificação de subfaturamento da importação, uma vez que os valores e mercados utilizados pela RFB como parâmetro não podem ser integral e fielmente aplicáveis ao presente caso, que envolve importação de mercadoria adquirida de fornecedor localizado na República Popular da China.

A presunção da legitimidade da constatação referente à constituição das mercadorias, por si só, não constitui hipótese de aplicação da pena de perdimento com fundamento no art. 618, VI, do Decreto 4.543/2002, então vigente. A hipótese alinha-se ao cometimento de infração administrativa consistente na falsa declaração da natureza da mercadoria importada, cuja ocorrência sujeita a importadora ao pagamento de multa de 100% da diferença de imposto apurado em relação à realidade da operação, nos termos do art. 108, parágrafo único, do Decreto-Lei 37/1966.

Não se trata, *in casu*, de análise de mérito de ato administrativo discricionário. Ao contrário, o ato administrativo que possa resultar na pena de perdimento de bens de contribuinte é, em todos os seus elementos, plenamente vinculado ao princípio da legalidade, uma vez que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV e XLVI, b, da CF/1988).

Conforme o pedido formulado na inicial (fl. 11), e nos termos dos arts. 516 e 515, § 1º, ambos do CPC, as despesas com a armazenagem das mercadorias, devidas em razão da permanência por força de apreensão determinada em auto de infração, confirmada em processo administrativo fiscal, correrão a expensas da Fazenda Pública, em face da ilegalidade da pena de perdimento (art. 927 CC/2002).

Por fim ante a inexistência de informação e comprovação de que as mercadorias tenham perecido, incabível a indenização postulada. Não se desincumbiu a apelante de provar fato constitutivo de seu direito

que tenha surgido durante o período da armazenagem (art. 333, I, do CPC).

Ante o exposto, dou provimento à apelação da autora para julgar parcialmente procedente o pedido formulado na inicial e declarar a nulidade da pena de perdimento determinada pelo Auto de Infração 0717600/00040/12 (Processo Administrativo 10711.720621/2012-92). Em consequência, determino a liberação dos bens identificados na Declaração de Importação 11/2152028-8. A apelada arcará

com as despesas de armazenagem dos produtos indevidamente apreendidos.

Invertido o ônus da sucumbência, fica a Fazenda Nacional condenada à restituição das custas e despesas processuais adiantadas pela apelante, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo de 5% do valor atribuído à causa, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

É como voto.

Oitava Turma

Numeração única: 0009379-70.2005.4.01.3800

Apelação Cível 2005.38.00.009453-8/MG

Relatora : Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
 Apelante: Agência de Turismo Bárbara Bela Ltda.
 Advogados: Dr. Warley da Silva Martins e outro
 Apelada: Fazenda Nacional
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
 Publicação: e-DJF1 de 29/05/2013, p. 390

Ementa

Tributário. Aduaneiro. Multa por embarço à fiscalização. Participação em comboio. Presunção de legalidade e de legitimidade do ato administrativo. Não demonstração de vício. Sentença mantida.

I. Para a conduta descrita no art. 107, inciso IV, alínea c, do Decreto-Lei 37/1966, com a nova redação dada pelo art. 77 da Lei 10.833/2003, a existência de mercadoria ilegal no interior do veículo é indiferente. Pune-se a intenção de embarçar, dificultar ou impedir a ação de fiscalização aduaneira.

II. A formação de comboio entre os ônibus de turismo vindos da região de Foz de Iguaçu, todos no mesmo horário, formando fila e causando tumulto na região caracteriza a intenção de embarçar, dificultar e impedir a ação da fiscalização aduaneira.

III. A aplicação da multa após a lavratura do auto de infração não fere os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, uma vez que o procedimento administrativo de autuação foi devidamente cumprido, com a intimação da autuada para impugnar o auto de infração no prazo de 30 dias.

IV. A presunção de veracidade que milita em prol dos atos administrativos e a ausência de prova inequívoca apta a afastar a conduta do autuado impedem a declaração de nulidade do ato.

V. Apelação a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 03/05/2013.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Esta apelação foi interposta pela Agência de Turismo Bárbara Bela Ltda. à sentença que julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade de auto de infração e da consequente multa aplicada pela Receita Federal em razão de o veículo da autora ter participado de comboio para dificultar ou impedir a ação de fiscalização aduaneira, conduta tipificada no art. 107, inciso IV, alínea c, do Decreto-Lei 37/1966, com a nova redação dada pelo art. 77 da Lei 10.833/2003.

Entendeu o juízo *a quo* que a autuação da parte autora decorreu de exercício regular do poder de polícia por parte da Administração, insculpida no art. 237 da Constituição Federal, em autuação repressiva, considerando-se a intenção da parte autora e de todos os demais participantes do chamado *comboio*.

Em exame perfunctório, deferi a antecipação da tutela recursal para suspender a exigibilidade da multa, bem como para que a União se abstinhasse de inscrever o débito na dívida ativa, até o julgamento desta ação (fls. 102–103).

Informa a apelante que se encontrava em um engarrafamento na região da fronteira, originado pela fiscalização perpetrada pelos agentes da Receita Federal. Entende que caberia aos agentes comprovar o fato de a autora ter participado deliberadamente de comboio ou notificá-la para apresentar defesa sobre os referidos fatos. Considera que a aplicação da multa baseada unicamente na presunção representa abuso de autoridade e do poder de polícia, o que, a seu ver, fere os princípios da inocência e do devido processo legal.

Alega que as fotos juntadas aos autos, do suposto comboio, não permitem deduzir que todos os veículos estavam transportando mercadorias ilegais ou estavam ali intencionalmente.

Requer, por fim, o provimento da apelação com a procedência do pedido.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 135–137).
É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Insurge-se a apelante contra julgado que considerou válido auto de infração e a consequente

multa aplicada em razão de o veículo da autora ter participado de comboio para dificultar ou impedir a ação de fiscalização aduaneira, conduta tipificada no art. 107, inciso IV, alínea c, do Decreto-Lei 37/1966, com a nova redação dada pelo art. 77 da Lei 10.833/2003.

Assim dispõe o art. 107 do Decreto-Lei 37/1966, na parte que interessa:

Art. 107. Aplicam-se ainda as seguintes multas:

[...]

IV - de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais):

[...]

c) a quem, por qualquer meio ou forma, omissiva ou comissiva, embarçar, dificultar ou impedir ação de fiscalização aduaneira, inclusive no caso de não apresentação de resposta, no prazo estipulado, a intimação em procedimento fiscal;

É de ver-se, inicialmente, que, para a conduta descrita no item c acima transcrito é indiferente o fato de autora ter ou não mercadoria ilegal no interior de seu veículo. Pune-se a intenção de embarçar, dificultar ou impedir a ação de fiscalização aduaneira, o que se caracteriza com a simples formação do comboio. O ingresso de mercadoria ilegal ou sem a devida documentação no território nacional é conduta tipificada em outro dispositivo legal e independente do que ora se discute.

A autora apresenta em sua apelação, como motivo para anulação do auto de infração, basicamente a falta do devido processo legal.

Embora tenha suspenso a exigibilidade da multa em análise perfunctória, em observância ao art. 5º, LIV e LV, da CF, em análise mais profunda verifica-se que os princípios do contraditório e da ampla defesa no procedimento administrativo foram devidamente observados. A autora foi intimada para recolher a multa ou *impugnar* o auto de infração, conforme se verifica às fls. 23–24. Às fls. 50–63, apresentou recurso cabível, que não foi conhecido por ter sido apresentado a destempo, o que ensejou a cobrança de fls. 76–77.

A formação do comboio está demonstrada pelas fotos à fl. 42, que permitem visualizar diversos ônibus enfileirados e próximos um do outro. Não procede a afirmação de que se tratava de um engarrafamento, pois o fato foi tão irregular a ponto de ser amplamente noticiado pela imprensa (fls. 45–46).

Assim, diante da presunção de veracidade que milita em prol dos atos administrativos, e ante a falta de prova inequívoca apta a afastar a conduta que ora se discute, não merece reforma a sentença.

Nesse sentido os seguintes julgados:

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova e o Exmo. Sr. Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado).

ADMINISTRATIVO. FISCALIZAÇÃO ADUANEIRA. VEÍCULO EM COMBOIO. INTUITO DE DIFICULTAR A FISCALIZAÇÃO. AUTUAÇÃO. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE VÍCIO. APELAÇÃO. DESPROVIMENTO.

Os atos administrativos em geral gozam de presunção de legalidade e de legitimidade, razão pela qual cabe ao interessado demonstrar a ocorrência de vícios capazes de invalidá-lo.

Caso em que a parte autora, autuada por formação de comboio com intuito de dificultar a fiscalização aduaneira, não logrou êxito em elidir os atributos que militam em prol do ato de fiscalização, o qual, ao contrário, foi lavrado com base em indícios suficientes da prática do ato ilícito.

Sentença confirmada.

Apelação desprovida.

(TRF1ª, AC 0009378-85.2005.4.01.3800/MG, rel. desembargador federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, e-DJF1, p. 85, de 30/5/2011).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA AFASTAR MULTA POR EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO (FORMAÇÃO DE COMBOIO) - TRANSPORTE DE MERCADORIAS PASSÍVEIS DE PERDIMENTO - SEGUIMENTO NEGADO - AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

[...]

2 - Já diante das presunções que militam em prol dos atos administrativos, já diante do “histórico” da autora (noticiado pelo julgador primário), que em outras oportunidades já sofrera apreensões de veículos (por transporte de mercadorias importadas desacompanhadas da documentação legal) em contexto congênere, não se vislumbra

prova inequívoca a afastar a aplicação da multa legalmente prevista (art. 77 da Lei nº 10.833/2001) por “embarço à fiscalização” (termo amplo que abarca, sim, a formação de comboio), tanto menos quando ao fato objetivo (comboio) se agrega o fato subjetivo (evidenciado pelos antecedentes da empresa e pela prática usual das empresas do setor) da intenção de dificultar ou impedir a fiscalização, fora o fato de que apreendidos, na oportunidade, diversas mercadorias transportadas ilegalmente.

[...]

(TRF1ª, AGTAG 0045744-43.2006.4.01.0000/MG, rel. desembargador federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, DJ de 13/4/2007, p.120).

TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. MULTA POR EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO. PARTICIPAÇÃO EM COMBOIO. LEGITIMIDADE.

Aplicável a multa prevista no art. 107, IV, “c”, do Decreto-Lei n. 37/66 por “embarço à fiscalização”, termo amplo que abarca, sim, a formação de comboio.

Na hipótese, está provado que o ônibus da apelante estava integrado à prática ilícita do comboio, através das imagens registradas pela fiscalização, aliada à autuação, que goza de presunção de veracidade somente elidida por prova inequívoca em sentido contrário, ausente nos autos.

Ademais, o comboio de que participou o ônibus foi amplamente noticiado na imprensa, sendo, com efeito, de conhecimento corrente no meio fiscal e jurídico.

(TRF4ª, AC 200671180028048, rel. desembargador federal Eduardo Vandré Oliveira Lema Garcia, Primeira Turma, D.E. de 10/11/2010).

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Primeira Turma Suplementar

Numeração única: 0009570-97.2004.4.01.3300

Apelação Cível 2004.33.00.009571-7/BA

Relator: Juiz Federal Márcio Luiz Coêlho de Freitas (convocado)
 Apelante: Ucar Produtos de Carbono S.A.
 Advogados: Dra. Cynthia Maria Tavares da Fonseca Lima e outros
 Apelada: Fazenda Nacional
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
 Publicação: e-DJF1 de 26/04/2013, p. 1.410

Ementa

Tributário e Processual Civil. Imposto de Importação e IPI. Regime de admissão temporária. Autotransformador. Equipamento utilizado no processo de fabricação de outros bens. Apelação provida.

I. A admissão temporária para utilização econômica é cabível nos casos de importação por prazo determinado de bens empregados na prestação de serviços ou na produção de outros bens. Sob os bens admitidos temporariamente para utilização econômica incide tributação, porém proporcional ao seu tempo de permanência no território aduaneiro.

II. Nos termos do § 1º do art. 75 do Decreto-Lei 37/1966, a aplicação do regime de admissão temporária ficará sujeita à prestação de garantia, à identificação do bem e à sua utilização dentro do prazo da concessão e exclusivamente nos fins previstos;

III. O Decreto 2.889/1998, vigente à época dos fatos, admitia a importação, em regime de admissão temporária, de bens destinados à utilização econômica no País, assim entendida como aqueles destinados à prestação de serviços ou à produção de outros bens.

IV. Hipótese em que os elementos de prova colhidos nos autos, em especial a prova pericial, demonstram que o autotransformador importado pela autora é utilizado no processo industrial da produção de grafite.

V. Não é requisito para a concessão do regime especial de admissão temporária que o equipamento somente possa ser utilizado para a produção do bem específico a ser industrializado, sendo suficiente que fique demonstrada sua efetiva utilização do processo produtivo.

VI. Apelação provida, com inversão do ônus da sucumbência.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

1ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 09/04/2013.

Juiz Federal *Márcio Luiz Coêlho de Freitas*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Márcio Luiz Coêlho de Freitas*: — Cuidam os autos de apelação interposta por *Ucar Produtos de Carbono S.A.* contra sentença proferida pelo Juízo da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia, que julgou improcedente o pedido de anulação do ato que indeferiu a importação de equipamento pelo regime especial de admissão temporária, por considerar que houve erro da autora ao protocolar pedido sem instruí-lo corretamente por entender que o bem importado não se enquadra na categoria de bens destinados à produção de outros bens, “*que se refere expressamente a bens destinados a servir de modelo industrial, como moldes, matrizes, chapas e ferramentas industriais*”.

Alega o apelante, em suma, que a sentença é nula, por não haver fundamentado as razões pelas quais deixou de acolher o laudo pericial. Aduz, ainda, que a questão relativa à utilização do bem para a produção de outros bens foi apreciada pela autoridade administrativa, de modo que sua discussão em recurso administrativo não significaria inovação. Por fim, afirma ter direito ao regime temporário, conforme demonstrado pela instrução do feito.

Contrarrazões às fls.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Márcio Luiz Coêlho de Freitas*: — De início, cumpre afastar a tese de nulidade da sentença por falta de fundamentação. Com efeito, a sentença atacada demonstra suficientemente as razões em que se fundou a i. magistrada *a quo* para julgar improcedente o pedido da autora. Ora, é cediço que o juiz não está vinculado ao laudo pericial, de modo que a transcrição do laudo do assistente da União, contestando, fundamentadamente, o laudo do perito do juízo é suficiente para fundamentar a decisão judicial.

No mérito, inicialmente cumpre notar que a autora propôs ação visando a ver declarada a nulidade do ato administrativo que indeferiu seu pedido de internação de bem sob o regime de admissão temporária. Tal regime tem previsão legal no Decreto-Lei 37/1966, que assim dispõe:

Art.75 - Poderá ser concedida, na forma e condições do regulamento, suspensão dos tributos

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado).

que incidem sobre a importação de bens que devam permanecer no país durante prazo fixado.

§ 1º - A aplicação do regime de admissão temporária ficará sujeita ao cumprimento das seguintes condições básicas:

I - garantia de tributos e gravames devidos, mediante depósito ou termo de responsabilidade;

II - utilização dos bens dentro do prazo da concessão e exclusivamente nos fins previstos;

III - identificação dos bens.

Por seu turno, regulamentando o regime de admissão temporária, vigia à época dos fatos o Decreto 2.889/1998, que assim regulamentava a questão:

Art. 1º Poderão ser importados, em regime de admissão temporária, bens destinados à utilização econômica no País.

Parágrafo único. Considera-se utilização econômica a destinação dos bens à prestação de serviços ou à produção de outros bens.

Art. 2º Os bens submetidos ao regime de admissão temporária sujeitam-se ao pagamento dos impostos federais exigidos na importação, proporcionalmente ao seu tempo de permanência no território nacional.

§ 1º A proporcionalidade a que se refere este artigo será obtida pelo percentual representativo do tempo de permanência do bem no País em relação ao seu tempo de vida útil, determinado nos termos da legislação do imposto de renda. (Renumerado pelo Decreto nº 3.328, de 05/01/2000)

Assim, para que o bem internado temporariamente se caracterize como bem destinado à utilização econômica, permitindo o pagamento dos tributos de forma proporcional ao tempo de permanência do bem no país, é necessário que ele se caracterize como bem destinado à prestação de serviço ou à produção de outros bens.

Na hipótese, o ato administrativo atacado indeferiu o pedido de inclusão no regime temporário porque apesar da autora haver fundado sua solicitação na alegação de que o bem seria utilizado para a prestação de serviço, deixou de apresentar documentos que comprovassem tal condição, em especial o contrato de prestação de serviços.

Assim, me parece correta a sentença quando afirmou não ter havido qualquer nulidade no ato administrativo que indeferiu a admissão do bem importado em comodato pela autora sob o regime especial de admissão temporária. De fato, a análise da documentação juntada aos autos demonstra que efetivamente o fundamento do pedido da autora foi a prestação de serviço, e não a produção de outros

bens, de sorte que era ônus da autora ter instruído corretamente sua pretensão na esfera administrativa, não sendo suficiente para inquirir de nula a decisão proferida o fato de, em sede de recurso administrativo voluntário, haver a interessada alterado o fundamento de seu pedido, juntando novos documentos.

Vale notar, ainda, que o fato de ter a autoridade administrativa feito remissão aos dois fundamentos não é suficiente para demonstrar que a autora buscou amparar seu pedido administrativo em dois fundamentos (utilização em prestação de serviço e para a produção de outros bens)

Isto não obstante, é de se ter claro que, na forma como foi judicializada, a pretensão da autora não se limitou à declaração da nulidade do ato administrativo, de vez que constou expressamente da inicial o pedido de que fosse declarado o direito da autora à concessão do regime de admissão temporária, como pagamento proporcional dos impostos. Nestas condições, mesmo não havendo nulidade a ser declarada na atuação da autoridade fazendária (já que a modificação do fundamento da solicitação em sede de recurso administrativo não teria o efeito de tornar a decisão anteriormente proferida nula), é de se concluir que a questão relativa à existência ou não do direito à admissão temporária do bem foi integralmente trazida ao conhecimento do Judiciário, independentemente das causas determinantes da decisão administrativa.

Nesse aspecto, penso que a interpretação dada pela sentença guerreada à locução “bens destinados à produção de outros bens” merece reforma. Com efeito, entendeu a i. juíza *a quo* que tal expressão “*se refere expressamente a bens destinados a servir de modelo industrial, como moldes, matrizes, chapas e ferramentas industriais*”, de modo que o autotransformador importado pela autora não poderia ser assim caracterizado.

A meu sentir, todavia, a expressão tem um significado mais amplo, de modo a abranger todo equipamento utilizado no processo industrial de outros equipamentos. Isso porque o fim de tal norma, na realidade é criar um regime que favoreça a produção industrial, de modo que os bens que fossem importados por tempo determinado e utilizados para a produção de riquezas pudessem receber um tratamento tributário menos oneroso. Nesse aspecto, a interpretação dada à locução deve ser aquela que inclua todos os bens necessários à produção industrial, e não somente aqueles que sejam exclusivos àquela linha de produção específica. Daí porque, a meu sentir, o laudo

do assistente da ré, em que se louvou a sentença, deve ser afastado.

De fato, o assistente, em suma, entende que bens destinados à produção de outros bens somente seriam aqueles específica e exclusivamente utilizados para essa finalidade, em relação a um produto específico, o que fica evidente a partir do exemplo por ele utilizado: afirma o sr. assistente que uma tesoura adquirida por uma costureira não poderia ser considerada como bem destinado à produção, já que poderia ser utilizada no corte de tecidos, papéis e outros materiais,

[...] o fato da costureira utilizá-la no corte de tecidos, para a confecção de roupas, não modifica sua destinação própria, qual seja, cortar, para a destinação de confeccionar roupas.

Ora, nesse exemplo, penso que o encaminhamento correto seria justamente em sentido contrário, ou seja, o fato da tesoura poder ser utilizada para outras finalidades não faz com que, quando utilizada na função própria da costureira, ela não possa (e deva) ser

considerada um bem destinado à produção de outros bens.

Com efeito, não se exige, para tanto, que o equipamento somente possa ser utilizado para a produção do bem específico a ser industrializado, sendo suficiente que fique demonstrada sua efetiva utilização do processo produtivo.

Assim, deve ser *provida a apelação*, com inversão dos ônus da sucumbência.

Ressalte-se que o presente provimento somente tem o efeito garantir à autora o direito de ver reconhecido seu direito a internar o bem sob o regime de admissão temporária, com pagamento de impostos proporcionalmente ao tempo constante do primeiro contrato de comodato por ela juntado aos autos, com duração de 180 dias. Questões outras, como a relativa à prorrogação do prazo ou extinção do regime com a nacionalização do bem são absolutamente estranhas ao presente processo.

É o voto.

Primeira Turma Suplementar

Numeração única: 008011-70.1998.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 1998.38.00.008115-5/MG

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)
Apelante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Júlio Sérgio Barbosa Figueiredo
Apelada: Egesa Engenharia S.A.
Advogado: Dr. Mário Augusto Giannerini
Remetente: Juízo Federal da 20ª Vara/MG
Publicação: e-DJF1 de 29/05/2013, p. 474

Ementa

Tributário. Processual Civil. Pagamento de aluguel de empregado. Condição para o exercício da profissão. Natureza indenizatória. Verba que não compõe base de incidência de contribuição previdenciária.

I. Cinge-se a controvérsia à verificação se os valores pagos a título de aluguel de imóvel a empregado constitui parcela de natureza salarial, a incidir a contribuição previdenciária, ou de natureza indenizatória, a afastar a exigência do recolhimento da exação.

II. O Tribunal Superior do Trabalho, na Orientação Jurisprudencial 131, SDI, assim posta: “As vantagens previstas no art. 458 da CLT, quando demonstrada a sua indispensabilidade para o trabalho, não integram o salário do empregado.” A legislação previdenciária também consagra esse entendimento, consoante o art. 28, § 9º, alínea m, da Lei 8.212/1991. (AC 0017905-65.2001.4.01.3800, 1ª Turma Suplementar, e-DJF1, p. 1.308, de 30/11/2012.)

III. *In casu*, a apelada é empresa do ramo de construção civil e possuía obras de engenharia em diversos municípios do Estado de Minas Gerais, o que demonstra a necessidade de constante deslocamento de seus

funcionários aos diversos canteiros de obra. O simples fato de empresa destinar a seus empregados habitações diferenciadas conforme a hierarquia ou por mais de três meses não desnatura o caráter indenizatório da verba, pois são destinadas a moradia temporária dos funcionários.

IV. Restou plenamente demonstrado o caráter indenizatório da verba, a afastar a incidência de contribuição previdenciária nos termos do Decreto 612/1992, em seu art. 37, § 9º, alínea *m* já que tais imóveis eram destinados à moradia provisória dos funcionários da recorrida e tinham como função viabilizar o exercício de suas funções nos canteiros de obra, independentemente da hierarquia.

V. Nega-se provimento à apelação e à remessa oficial.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.

1ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 07/05/2013.

Juiz Federal *Alexandre Buck Medrado Sampaio*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio: — Trata-se de remessa necessária e de apelação apresentada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, em face de sentença exarada nos autos de ação ordinária que julgou parcialmente procedente o pedido para

[...] reconhecer a nulidade da NLFD 35.504.174-1, exceto quanto ao empregado Waldemir Teixeira Veloso (fl. 6), bem como o direito da autora de não se sujeitar ao recolhimento das contribuições devidas à Seguridade Social, incidentes sobre os valores pagos a título de aluguel de imóveis residenciais destinados à instalação de seu quadro funcional, em cidades ligadas às suas frentes de obra, em condições idênticas às de que tratam os autos, inclusive no tocante a autuações futuras.

O INSS foi condenado ao pagamento de honorários de sucumbência no valor de R\$ 2.000,00 e ao reembolso das custas processuais e honorários periciais, tendo em vista que a autora decaiu de parte mínima do pedido.

O INSS em sua apelação alega a presunção de legitimidade dos lançamentos fiscais e que somente não houve a execução fiscal dos débitos em virtude de depósito que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário. Sustentou que as isenções tributárias somente decorrem de lei e que as convenções particulares não podem ser opostas à Fazenda Pública. Defende que os aluguéis foram pagos com habitualidade, pois muitos foram por tempo superior a três meses e que os empregados de alto escalão residiam com seus familiares.

Contrarrazões à apelação apresentadas às fls. 427–429.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio: — Cinge-se a controvérsia à verificação se os valores pagos a título de aluguel de imóvel a empregado constitui parcela de natureza salarial, a incidir a contribuição previdenciária, ou de natureza indenizatória, a afastar a exigência do recolhimento da exação.

Em julgado recente esta Turma exarou o seguinte entendimento:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PAGAMENTO DE ALUGUEL DE EMPREGADO. CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. VERBA QUE NÃO COMPÕE BASE DE INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. 1. Quando não se tratar de sentença líquida, inaplicável o § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil, posto que desconhecido o conteúdo econômico do pleito. Também não incide o § 3º desse artigo, tendo em vista que a sentença não se fundamentou em jurisprudência do plenário ou súmula do Supremo Tribunal Federal, ou do tribunal superior competente. Assim, quando ausente a determinação de remessa pelo juízo a quo, o Tribunal deverá conhecê-la de ofício. 2. O Tribunal Superior do Trabalho, na Orientação Jurisprudencial nº 131, SDI, assim posta: “As vantagens previstas no art. 458 da CLT, quando demonstrada a sua

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado).

indispensabilidade para o trabalho, não integram o salário do empregado.” A legislação previdenciária também consagra esse entendimento, consoante o art. 28, § 9º, alínea m, da Lei nº 8.212/91: 3. No caso em comento, o pagamento do aluguel do imóvel em favor do empregado é condição para o exercício da profissão, isto é, não é fornecido ao empregado pela prestação dos serviços, mas para que possa exercê-los. Conforme informado nos autos, e não contestado pela parte ré, o empregado da autora era pessoa domiciliada em Uberlândia/MG, e teve que mudar-se para Belo Horizonte/MG para ocupar o cargo de Vice-Presidente na empresa autora, não possuindo imóvel próprio na cidade de destino. 4. Apelação e remessa, tida por interposta, desprovidas.

(AC 0017905-65.2001.4.01.3800 / MG, Rel. JUIZ FEDERAL ALEXANDRE BUCK MEDRADO SAMPAIO, 1ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.1308 de 30/11/2012) g.n.

In casu, a apelada é empresa do ramo de construção civil e possuía obras de engenharia em diversos municípios do Estado de Minas Gerais, o que demonstra a necessidade de constante deslocamento de seus funcionários aos diversos canteiros de obra. O simples fato de empresa destinar a seus empregados habitações diferenciadas conforme a hierarquia não desnatura o caráter indenizatório da verba, pois são destinadas à moradia temporária dos funcionários.

Outro ponto de destaque é a alegação da recorrente de que os empregados de escalão superior residiam com suas famílias nos imóveis alugados por períodos superiores a três meses, também descaracterizando a natureza eventual da verba. Todavia, tal argumento não pode ser acolhido, eis que mesmo superior a três meses a residência não era permanente e os aluguéis não eram pagos diretamente ao funcionário beneficiado, mas sim aos proprietários ou administradores dos imóveis.

Para melhor elucidação da situação fática, trago à colação trechos do laudo pericial elaborado nos autos e transcrito na sentença às fls. 406–407:

A perícia constatou que vários funcionários são temporariamente transferidos para o local da obra onde devem trabalhar. São transferidos para o local da obra onde devem trabalhar (sic). São transferidos funcionários de todas as graduações dentro da empresa, desde o funcionário do escalão inferior até o funcionário mais graduado hierarquicamente.

Foi constatado que os funcionários são alocados na cidade onde se encontra o campo de obra em função do grau hierárquico dentro da empregadora, os funcionários que se encontram na base (hierarquia inferior) são alocados em

alojamentos coletivos ou repúblicas de caráter provisório e temporário.

Para os funcionários de hierarquia média são alugados imóveis próximos ao canteiro de obras, nos quais são montadas repúblicas, porém como menor número de pessoas.

Para os funcionários graduados são alugados imóveis individuais visando à preservação da hierarquia, dos aspectos de segurança, bem como a discrição que tais cargos require. Esses imóveis são chamados “casa de visita” visto que servem para receber quaisquer funcionários de alto escalão que porventura tenha que ir até o canteiro de obras. (fls. 112)

[...]

A perícia examinou os documentos contábeis da Autora (contratos de locação, cópias de cheques e livro Razão) e constatou que os contratos foram realizados entre a Autora e as Administradoras/Proprietários, bem como os pagamentos de aluguéis foram realizados pela Engesa S/A diretamente para as Administradoras/Proprietários dos imóveis alugados.

A perícia constatou ainda que os valores pagos pela Autora a título de aluguel não foram descontados dos funcionários quando de suas estadias nos canteiros de obras. (fls. 113)

[...]

Examinando os contratos de locação fornecidos pela autora, a perícia constatou que não há qualquer vinculação expressa entre o imóvel alugado e a pessoa que irá utilizá-lo. Essa ausência de vinculação justifica-se visto que, conforme demonstrado em resposta dada ao quesito anterior, os funcionários da Autora não exercem suas atividades em somente um canteiro de obras, conforme demonstram os contracheques anexados ao final do presente laudo. (fls. 115)

Nesse contexto, pode-se perceber que tais imóveis eram destinados à moradia provisória dos funcionários da recorrida e tinham como função viabilizar o exercício de suas funções nos canteiros de obra, independentemente da hierarquia.

Assim, resta plenamente demonstrado o caráter indenizatório da verba, a afastar a incidência de contribuição previdenciária nos termos do Decreto 612/1992, em seu art. 37, § 9º, alínea m. Excetuando-se o benefício pago ao funcionário Waldemir Teixeira Veloso, conforme explicitado na sentença, pois o mesmo residia em Belo Horizonte e a própria empresa admite o caráter remuneratório da verba paga.

Em face do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Segunda Turma Suplementar

Numeração única: 0005006-12.2003.4.01.3300

Apelação Cível 2003.33.00.004988-4/BA

Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado)
 Apelante: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Danilo Pinheiro Dias
 Apelante: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Apelante: União Federal
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
 Apelado: Projet Comércio e Serviços Náuticos Ltda.
 Advogados: Dr. Izaak Broder e outros
 Publicação: e-DJF1 de 29/05/2013, p. 484

Ementa

Administrativo. Ambiental. Processual Civil. Ação civil pública. Construções erigidas em área de manguezal. Terreno de marinha. Admissão da União apenas como assistente litisconsorcial do MPF. Danos ambientais apurados em perícia. Responsabilidade da ré afastada no laudo pericial porque efetivados antes de sua aquisição da propriedade. Obrigação propter rem. Precedentes da Corte e do STJ. Manutenção parcial das conclusões do perito. Apelações do MPF, do Ibama, e da União tidas como tempestivas, providas. Sentença reformada.

I. A União, proprietária dos terrenos de marinha, cuja área é objeto de discussão nestes autos, é parte legítima para figurar como litisconsorte passivo, não apenas como assistente litisconsorcial do MPF, em ação civil pública na qual se pretende apurar a existência de danos ambientais causados em região de manguezal.

II. Tanto a Fazenda Pública, nela incluída a União, suas autarquias e fundações, quanto o Ministério Público, possuem prazo em dobro para o manejo do recurso de apelação (CPC, art. 108).

III. Laudo pericial aproveitado parcialmente nesta Instância, em obséquio aos comandos contidos nos arts. 436 e 515, § 3º, ambos do CPC, para aferição do efetivo dano ambiental ocorrido na espécie, afastada, no ponto, apenas a irresponsabilidade da ré-apelada concluída pelo perito, sob pena de transbordamento do campo da análise pericial, e de ingerência na seara do Poder Judiciário.

IV. Comprovada em laudo pericial a ocorrência de danos ambientais a região de manguezal, o trabalho técnico deve ser confirmado.

V. A despeito das conclusões do *expert*, encampadas pelo juízo *a quo* como razões de decidir na sentença apelada, a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais se adere à propriedade, como obrigação *propter rem*, sendo possível cobrar também do atual proprietário, possuidor ou detentor da área degradada condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários anteriores. A fonte da responsabilidade civil, na espécie, é a prática do ato ilícito – que se aderiu, fundiu-se à coisa adquirida – e não o direito de propriedade isoladamente considerado. Precedentes do TRF1 e do STJ.

VI. Apelações, do MPF, do Ibama e da União, que se conhece e às quais se dá provimento. Sentença reformada.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, conhecer das apelações do MPF, do Ibama e da União e dar-lhes provimento.

2ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 21/05/2013.

Juiz Federal *Marcelo Dolzany da Costa*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa: — Trata-se de apelação de sentença proferida em ação civil pública que julgou improcedente o pedido formulado do Ministério Público Federal, tendente a: paralisar as atividades náuticas da ré-apelada Projet Comércio e Serviços Náuticos Ltda.; retirada de equipamentos da área de preservação permanente; reparação de dano ambiental; a proceder ao reflorestamento de área equivalente, na impossibilidade fática de reparação do manguezal, total ou parcial, ao *status quo ante*; a não mais proceder a nenhum desmatamento ou aterro no mangue; ressarcimento de danos ambientais identificados em perícia técnica; perda de incentivos e benefícios fiscais; pagamento de custas e despesas processuais.

Apelaram da sentença o Ministério Público Federal, o Ibama e a União.

Sustenta o Ministério Público Federal que a aludida empresa, não obstante realizasse atividade potencialmente causadora de dano ambiental, não possuía licença dos órgãos ambientais federal, estadual ou municipal, e que restou apontada, quando da realização da prova técnica, a existência de irregularidades e omissões que tornariam a perícia imprestável para o fim a que se destinava. Esclarece que o juízo *a quo*, porém, indeferiu o pedido de realização de novo exame técnico, o que, inclusive, deu ensejo à interposição de agravo de instrumento não julgado, a tempo e modo, pelo TRF1. Assevera, ainda, que, no local do fustigado empreendimento, teria sido realizado aterro com areia e desmatamento constatado pelo CRA em inspeção datada de dezembro de 1997 e consignada no relatório de inspeção de fls. 296–297 (fls. 16 do apenso).

O Ibama, em seu apelo, impugna os fundamentos adotados pelo juízo *a quo* como razões de decidir, baseados na inexistência de responsabilidade da ré pelo prejuízo causado ao meio ambiente, porque adquirida de terceiros, de forma degradada, a área em comento, cuja culpa, assim, segundo concluiu aquele juízo, seria de difícil determinação. Impugna, também, o fundamento de que as atividades da ré não configurariam dano ambiental, uma vez que, efetivamente incompatíveis com o local em que realizadas. Sobre este aspecto, atento à função socioambiental da propriedade, tratar-se-ia de hipótese de responsabilidade objetiva, a impedir que se perquiria sobre quem teria, de fato, degradado a área mencionada nos autos.

A União, por seu turno, na condição de assistente litisconsorcial, apela da sentença sob o fundamento de que o juízo *a quo* teria laborado em erro ao defender posição contrária ao seu ingresso na lide como litisconsorte, admitindo-o, apenas, como assistente litisconsorcial do MPF. Tratando-se de reparação de dano ambiental perpetrado em área de sua propriedade, teria legitimidade plena para o pleito de reparação de danos. Quanto ao dano ao meio ambiente, assevera que ele seria notório porque vinculado diretamente às atividades desenvolvidas pela ré com o ato de navegação em área de mangue, além de guarda, depósito e conservação, na aludida área, de embarcações, máquinas, turbinas e motores marítimos, necessários à circulação de lanchas e *jet-skies* no Rio Jacuípe.

Contrarrazões às fls. 509–513, com preliminar de intempestividade dos apelos da União, Ibama e MPF, e, no mérito, pela manutenção da sentença recorrida.

Parecer do Ministério Público Federal nesta Instância, pelo provimento dos recursos de apelação (fls. 521–528)

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa: — Inicialmente, verifico que a União, em seu apelo, defende a tese de que sua intervenção neste feito se dá por conta de ser efetiva litisconsorte ativa da lide, não mera assistente litisconsorcial do MPF.

Com razão, no ponto, a União.

A presente ação tem por desiderato a reparação de danos relativos ao corte e aterro de manguezal, em área de propriedade da União, como se pode observar do documento de fl. 118, que assim define o “imóvel denominado Fazenda Barra de Jacuípe, no Município de Camaçari, no Estado da Bahia, *terreno de marinha*, em regime de ocupação, com direito preferencial ao aforamento na forma do art. 105, item 1º, do Decreto-Lei 9.760/1946, *terreno que encontra dentro da faixa de 100,00m da orla marítima* e fora do círculo de 1.320m em torno de qualquer fortificação militar federal, com área de 10.820,80m².”

Assim, indubitável o interesse da União, que, no caso, não se limita à mera assistência litisconsorcial do

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado).

MPF, devendo ser considerada litisconsorte ativa neste feito.

Outra questão que antecede o mérito é a análise da tempestividade, ou não, dos recursos de apelação interpostos pelo MPF, Ibama e União.

Neste aspecto, observo que, a despeito do alegado pela ré/apelada, não há que se falar em intempestividade daqueles apelos.

Vejamos:

A sentença apelada, embora prolatada em 31/03/2006, estava sujeita à remessa para vista tanto ao MPF, Ibama e União. Estas pessoas de direito público, por amparo legal, têm direito à vista pessoal, é dizer, com a remessa dos autos, não pela mera publicação no órgão oficial (alínea *h*, inciso II, do art. 18 da Lei Complementar 75/1993; e art. 38 da Lei Complementar 73/1993).

Na hipótese, os autos foram remetidos apenas ao MPF, e, lá recebidos em 28/06/2006, propiciou a interposição do recurso de fls. 472–478 em 25/07/2006, é dizer, a tempo e modo, uma vez que dentro do prazo de 30 (trinta) dias de que dispunha o aludido órgão para manejar a via recursal.

O Ibama, intimado em 07/08/2006 (fl. 480), apresentou seu recurso em 21/08/2006, portanto, também dentro do prazo legalmente previsto.

A União, por sua vez, intimada em 28/08/2006, apresentou seu apelo em 27/09/2006, ou seja, dentro do prazo que lhe era permitido.

Ao que parece, a ré-apelada olvidou a regra inscrita no art. 108 do Código de Processo Civil, que prevê, em casos tais, a contagem do prazo em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública (nela incluída suas fundações e autarquias) ou o Ministério Público.

No mérito, razão assiste aos apelantes MPF, Ibama e União.

O juízo *a quo* fundamentou a sentença recorrida no fato de que a prova pericial produzida às fls. 237–238 e 365–369, bem assim a prova testemunhal de fls. 429 e 433–434 não teriam sido suficientes para comprovar a existência de prejuízo ao meio ambiente praticado pela ré-apelada.

Entretanto, labora em equívoco o juízo *a quo*. Explico.

Em momento algum, o *expert* negou a existência de prejuízos ao meio ambiente.

Apesar de a ré-apelada informar em sua contestação que sua atividade comercial estaria

restrita a “um barzinho e o aluguel de espaço físico, de um pequeno galpão aos proprietários de pequenas embarcações, em sua maioria denominadas *jet-skis*” (fl. 39), e que “não explora qualquer atividade ligada ao uso dos equipamentos náuticos, limitando-se à guarda dos mesmos em suas instalações, mediante o recebimento de um aluguel mensal” (fl. 40), o documento de fls. 46–50 – alteração de seu contrato social – por ela mesma juntado, demonstra realidade outra, qual seja, a de que seu objeto social consiste em muito mais do que o alegado, a saber, além do comércio do bar e restaurante, serviços em embarcações de pequeno porte (fl. 46, cláusula 1ª) também a construção, comercialização e reparação de embarcações e reboques diversos de grande, médio e pequeno porte, barcos, farol, dragas, desembarcadouros, diques, boias, caldeiras, máquinas, turbinas e motores marítimos (fl. 47, cláusula terceira).

Todavia, a singela resposta do perito ao quesito de número 1 (fl. 464), a saber, “queira informar a atividade desenvolvida pela parte ré, se ela produz danos ambientais? Em caso afirmativo, queira responder”, está calcada, tão somente, em parte da atividade desenvolvida pela ré-apelada, bar e área de guarda de equipamentos, atividade esta que o *expert* atesta que, em si [?], não implicam dano ambiental, sendo compatíveis com o local onde se localizam.

Não explicita, aquele profissional, o complemento do termo “compatível”, pois, sabedouro – ou pelo menos deveria saber, pois é professor de Botânica na UFBA, especialista em biomonitoramento de ambientes aquáticos (fls. 230 e 237) – de que se trata de área de manguezal, deveria informar o que fundamenta sua conclusão no sentido de que a atividade desempenhada pela ré-apelada, em sua integralidade – e não apenas parcela diminuta do objeto social daquela sociedade empresária – seria compatível com a área examinada.

O aludido perito, após concluir [?] que as atividades da ré-apelada “*em si*” não implicariam danos ambientais, esclareceu, ou, melhor dizer, *afirmou*, que a área presentemente ocupada fora outrora área de manguezal, portanto área de preservação permanente, *de acordo com a legislação ambiental em vigor*.

Ato contínuo, ao invés de continuar na senda da aferição pura e própria do trabalho técnico, passa o perito nomeado pelo juízo a tecer comentários e impressões próprias, ultrapassando o exame sobre a existência ou não de dano ao meio ambiente, como, por exemplo, a alegação de que

[...] quando da instalação da ré, esta área, e outra muito maior adjacente que se segue ao longo da margem esquerda do Rio Jacuípe –

que, ressalto, sequer é objeto destes autos – em sua região estuarina, já havia sido modificada sobremaneira, com a remoção das árvores do mangue e subsequente aterro com argila e areia, na região o entre-marés, e, em efetiva defesa da ré, que ela adquirira a área apenas a partir da degradação existente.

Sobre a possibilidade de recuperação da área danificada, respondeu o *expert* que isso é possível, por meio de remoção do aterro em toda a extensão da área, bem como a recomposição da paisagem.

Ora, se há como recuperar a área é porque restou aferido, confirmado, e indene de dúvidas, a existência de degradação ambiental.

Continuando, em efetiva e nova defesa da ré-apelada, o *perito* noticia que, primeiro, não se pode atribuir a ela o dever de recomposição do meio ambiente degradado, uma vez que instalou-se na região após os danos existirem, e, em segundo lugar, que não haveria clara determinação da culpa de terceiros, que efetivamente causaram o dano, e, ainda que “atualmente já existem diversas outras construções no curso do rio e na mesma situação da ré” (fl. 465).

Outro ponto a considerar é a alegação do *perito* no sentido de que

[...] desde a [...] compra [do imóvel pela ré], não foram efetuadas alterações que criassem algum impacto ambiental, tendo a construção a necessária licença municipal.

A que construção teria se referido o *perito*? Não estaria em questão apenas as atividades por ela desempenhadas?

Não fora isso, a alegação do *perito*, de que a ré-apelada estaria licenciada para explorar as atividades acima listadas, “com todas as autorizações estaduais e municipais pertinentes” (último parágrafo do item 1 de fl. 237) é contrastada cabalmente pelo documento de fl. 327, ementa do acórdão proferido no agravo de instrumento interposto pela ré-apelada, no qual entendeu a relatora do aludido recurso que

[...] não tendo a agravante comprovado possuir licença regular do Poder Público para explorar a locação de espaço para guarda de pequenas embarcações em área de preservação ambiental, confirma-se a liminar que determinou a suspensão de suas atividades.

Observa-se, das conclusões do *perito*, inúmeros relatos desinfluentes ao exame para o qual fora contratado judicialmente para levar a cabo.

Como bem asseverado pelo Ministério Público Federal em sua apelação, aquela perícia merece ser

parcialmente relegada a segundo plano. Não no que diz respeito à existência de danos ao meio ambiente, que restou cabalmente comprovado, mas sim no que tange à responsabilidade da ré-apelada no episódio. Tanto é assim que manejou agravo de instrumento para refutá-la, recurso este que somente não foi julgado pelo TRF1 porque a sentença apelada foi prolatada antes de sua análise, o que provocou sua prejudicialidade, longe de se ter a questão, assim, como efetivamente resolvida.

Contudo, não é o caso de se anular, por completo, a perícia realizada nestes autos. Embora imprestável o exame pericial no que concerne à ausência de responsabilidade da ré-apelada na espécie, ela se presta cabalmente à comprovação dos danos ambientais ocasionados, em concreto, ao bioma manguezal.

Além disso, a diligência (anulação parcial da perícia) implicaria devolução dos autos – ajuizados no ano de 2003 e incluídos na Meta 2 do CNJ – à primeira instância para o complemento de perícia e prolação de nova sentença.

Se é certo que a questão se restringe à quantificação dos prejuízos causados ao meio ambiente, uma vez que já comprovada a existência efetiva do dano, desinfluyente, neste ponto, saber quem é o responsável pelo ressarcimento, também é correto que a providência seria desnecessária na hipótese. Primeiro, porque o art. 436 do CPC preleciona não estar o juízo adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos. Em segundo lugar, porque o laudo pericial deve ser acolhido no tocante à comprovação do dano ambiental, desacolhendo-o, tão somente, no que diz respeito à conclusão pericial sobre a falta de responsabilidade da ré-apelada no episódio, até porque ultrapassa o campo de sua aferição e invade seara de competência deste juízo. Terceiro, porque, se trata de causa que versa questão exclusivamente de direito e que está em condições de imediato julgamento, aplicação da teoria da causa madura pela Corte (CPC, art. 515, § 3º).

Com efeito, afastado a argumentação sustentada tanto pela ré-apelada quanto pelo *perito* em apoio à tese de que, praticada a lesão antes da aquisição por parte da ré-apelada da área degradada, a sociedade empresária ré estaria isenta da recomposição ambiental determinada por lei.

Filio-me, no ponto, a entendimento já consolidado tanto no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região quanto no do Superior Tribunal de Justiça, o que dispensa maiores considerações doutrinárias a

respeito, forte no sentido de que o dever de reparação ambiental é obrigação *propter rem*, é dizer,

[...] o fato do réu não ter o domínio sobre a área degradada é juridicamente irrelevante, pois a obrigação de reparar o dano ambiental, além de objetiva, adere à coisa, respondendo seu possuidor ou detentor ou responsável atual pelo dever de reparar o dano ou indenizá-lo. A fonte da responsabilidade civil, *in casu*, é a prática do ato ilícito e não o direito de propriedade (TRF1, AC 0003061-39.2008.4.01.4100, Des. Federal Selene Maria, e-DJF1, de 26/11/2012, p. 101).

De acordo com o Superior Tribunal Justiça, consoante aresto que emerge do julgamento do REsp 1251697/PR, Mauro Campbell Marques, DJe de 17/04/2012, a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação *propter rem*, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos. O ponto controverso seria decidir pela possibilidade de que terceiro responda por sanção aplicada por infração ambiental. A questão, portanto não se cinge ao plano da responsabilidade civil, mas da responsabilidade administrativa por dano ambiental. Pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5º, inciso XLV, CR/1988), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a outra pessoa. Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação de danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade. A conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexos causal entre a conduta e o dano. A diferença entre os dois âmbitos de punição e suas consequências fica bem estampada na leitura do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, segundo o qual

[...] sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo [entre elas, frise-se, a multa], é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Sobre a prova testemunhal realizada nestes autos, mencionada na sentença à fl. 466, verifico que esta, a par de também indicar a falta de responsabilidade da ré-apelada para a reparação ambiental, é bastante para comprovar a existência de dano ambiental em região de manguezal, pois, de acordo com as testemunhas, embora não fosse apurado atualmente vestígio de

mangue, foi constatada sua existência às margens e nos limites do condomínio Barra do Jacuípe.

Em conclusão, o fundamento adotado pelo juízo *a quo*, de que

[...] não é razoável imputar à requerida a responsabilidade pela degradação da área de preservação permanente constituída por manguezal, localizada às margens do Rio Jacuípe, APA Lagoas de Guarajuba, instituída pelo Decreto estadual 387/1991, porquanto a prova produzida não conduziria a tal compreensão (fl. 467)

sucumbe frente ao entendimento ora adotado tanto pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região quanto pelo Superior Tribunal e Justiça, pois, configurada, na espécie, hipótese de responsabilidade *propter rem*, que independe do domínio anterior sobre a área degradada, obrigação que se adere à coisa adquirida, e faz com que seu atual possuidor, detentor ou responsável atual tenha adquira, juntamente com a transferência da posse/detenção/propriedade o dever de reparar o dano ou indenizá-lo, *possibilitando-lhe, todavia, em uma segunda oportunidade, reaver do efetivo causador do prejuízo ambiental, eventual ressarcimento*. A fonte da responsabilidade civil, na espécie, é a prática do ato ilícito – que se aderiu, fundiu-se à coisa adquirida – e não o direito de propriedade isoladamente considerado.

Configurada a responsabilidade da ré-apelada no episódio que deu ensejo ao ajuizamento da presente ação civil pública, impõe-se o acolhimento do pedido do Ministério Público Federal para sua condenação a:

a) paralisar suas atividades náuticas, até que se promova o indispensável o indispensável processo de licenciamento ambiental perante os órgãos federais, mantida, no ponto, o afastamento da obrigação de regularização perante a Prefeitura do Município de Camaçari, Capitania dos Portos e GRPU, porque ilegítimo, no ponto, o órgão ministerial autor (fls. 463, segundo parágrafo);

b) retirar seus equipamentos e sua sede da área de preservação permanente no prazo de 180 (cento e oitenta) dias;

c) reparar o dano ambiental relativo ao corte e aterro de mangue, com o reflorestamento da área de manguezal degradada, sob pena de multa diária (art. 11 da Lei nº 7.347/85), devendo apresentar no prazo acima mencionado projeto técnico de recuperação da área degrada (PRAD) ao IBAMA e ao CRA, e iniciar sua execução tão logo haja aprovação daqueles órgãos ambientais, obrigando-se, ainda, a acolher eventuais alterações identificadas como necessárias para a aprovação do mencionado projeto pelo IBAMA ou pelo CRA, os quais deverão fazer o acompanhamento quanto ao fiel cumprimento deste comando judicial, comunicando ao juízo de origem qualquer irregularidade porventura identificada, para as providências que se fizerem necessárias;

d) alternativamente, caso seja constatada pelo IBAMA e/ou CRA a impossibilidade fática da recomposição acima determinada, total ou parcial, do manguezal ao statu quo ante no próprio local, proceder ao reflorestamento de área equivalente de manguezal em outro lugar indicado pelo órgão ambiental, de preferência em região próxima;

e) abster-se de proceder a qualquer outro tipo de desmatamento ou aterro de mangue no local sem a autorização e o licenciamento ambiental prévio perante as autoridades competentes;

f) ressarcir os danos ambientais que venham a ser apurados como irrecuperáveis por meio de perícia técnica a ser realizada em execução de sentença, ou na impossibilidade de sua realização, por arbitramento, sujeita a juros de mora e aos índices legais de correção monetária, até a data de seu efetivo depósito no Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85;

g) inadimplidas as obrigações de fazer e de dar acima relacionadas, e comprovado tal fato nos autos, à perda de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público e da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito (Lei nº 6.938/81, art. 14, inc. II e III);

h) pagar as custas processuais e de honorários advocatícios ao MPF, do IBAMA e da UNIÃO, que ora fixo em R\$2.000,00 (dois mil reais) para cada um deles, em observância ao disposto no art. 20, §§ 3º e 4º do CPC, e ao reduzido valor de causa indicado às fls. 29.

Ante o exposto, conheço dos recursos de apelação do MPF, do Ibama e da União, e lhes dou integral provimento.

É como voto.

Terceira Turma Suplementar

Numeração única: 0009518-05.1998.4.01.3400

Apelação Cível 1998.34.00.009540-9/DF

Relatora: Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu (convocada)
Apelante: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Apelada: Geuciléia Pereira de Freitas
Advogados: Dr. Vitalino Fonseca Neto e outros
Recurso Adesivo: Geuciléia Pereira de Freitas
Remetente: Juízo Federal da 22ª Vara/DF
Publicação: e-DJF1 de 24/04/2013, p. 144

Ementa

Direito Administrativo. Servidor público federal. Processo administrativo disciplinar – PAD. Devido processo legal. Inobservância. Lei 8.112/1990, art 159. Ato de citação. Nulidade do PAD. Reintegração devida. Recurso administrativo. Descabimento. Honorários advocatícios.

I. Da leitura atenta dos autos, verifica-se que realmente não há sequer um ato de intimação da autora acerca da inquirição das testemunhas arroladas no processo disciplinar. É evidente que a advertência genérica no sentido de que a demandante poderia acompanhar o curso do processo não é suficiente para garantir a observância do contraditório, motivo por que ela deveria ter sido previamente intimada da oitiva das testemunhas, providência que possibilitaria seu eventual comparecimento à assentada e o pleno exercício do seu direito de defesa.

II. A não oportunização de efetiva oitiva da autora após o seu indiciamento também revela nulidade insanável, em face da violação à regra contida no art. 159 da Lei 8.112/1990. Como se infere do documento de fl. 1.000, a autora foi intimada em sua residência, na Suíça, no dia 13/09/1995, para comparecer ao seu interrogatório marcado para o dia seguinte, 14/09/1995, no Brasil. Como se vê, a intimação tardia tornou impossível o comparecimento da demandante. Por outro lado, no dia 14/09/1995, ante a ausência da autora, a comissão processante resolveu aguardar o comparecimento espontâneo da autora, sem marcar nova data para o interrogatório. Ora, não é razoável

a dispensa do interrogatório quando sua não realização não é causada pelo indiciado, mas por conduta da comissão processante. Deveria a comissão, portanto, ter designado nova data e intimado a autora com antecedência suficiente para que pudesse comparecer ao ato, e não esperar que ela aparecesse de repente para ser interrogada. Precedente da Corte.

III. Conforme entendimento sufragado pelo STF, o interrogatório é ato que possui caráter instrumental de autodefesa, garantia fundamental assegurada pela Constituição Federal, de caráter público e indisponível.

IV. A citação no processo administrativo disciplinar tem por objetivo somente levar ao conhecimento do servidor a existência de indiciamento por infração disciplinar, em ordem a possibilitar a apresentação de defesa escrita, sendo assegurada a vista do processo na repartição, conforme se infere do art. 161, § 1º, da Lei 8.112/1990. Despicienda, pois, a descrição minuciosa dos fatos neste momento.

V. De todo modo, conquanto o ato de citação não tenha explicitado as infrações administrativas imputadas à demandante, eventual irregularidade foi sanada em virtude da apresentação de defesa técnica subscrita por advogado, impugnando todas as condutas a ela atribuídas. No entanto, as demais nulidades presentes no processo administrativo impõem a decretação de sua nulidade, o que traz como consequência a reintegração da autora ao cargo público, com o pagamento das vantagens pertinentes.

VI. Não há na Lei 8.112/1990 previsão de recurso administrativo contra decisão proferida no bojo de processo administrativo disciplinar, mas apenas de revisão, que poderá ser proposta a qualquer tempo. A ausência de previsão neste sentido está dentro da mais pura lógica, já que inexiste no Poder Executivo da União autoridade superior ao presidente da República.

VII. O magistrado sentenciante fixou a verba honorária em 10% sobre o valor da causa, o que equivale a R\$ 1,00 (um real). Aludido arbitramento revela-se aviltante, além de ir de encontro ao disposto no art. 20 do CPC. Por conseguinte, considerando o trabalho realizado pelo patrono da parte autora; que se trata de condenação contra a Fazenda Pública; e ainda as regras contidas nos parágrafos terceiro e quarto do art. 20 do CPC, os honorários devem ser fiem 3% (três por cento) sobre o valor da condenação.

VIII. Recurso adesivo parte autora provido em parte. Apelação da União e remessa oficial desprovidas.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso adesivo da parte autora e negar provimento à apelação da União e à remessa oficial.

3ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 21/11/2012.

Juíza Federal *Adverci Rates Mendes de Abreu*, relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu: — Trata-se de remessa oficial e apelação da ré – União Federal – e recurso adesivo da autora – Geuciléia Pereira de Freitas – em face da sentença (fls. 1.083–1.091) que julgou procedentes os pedidos, para declarar a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar 3/1995–MRE e determinar a reintegração da autora no cargo que ocupava antes da demissão, com o pagamento dos respectivos vencimentos atrasados, desde a data do incorreto afastamento, e demais vantagens não percebidas em razão da penalidade disciplinar imposta.

Em seu recurso (fls. 1.093–1.096), a União sustenta que durante o processo administrativo disciplinar, a

apelada teve todas as oportunidades para provar que não cometeu os atos que lhe foram imputados, foi regularmente intimada da acusação, os fatos reputados como irregulares foram suficientemente descritos, a apelada pôde constituir advogado, enfim, o princípio da ampla defesa foi oportunizado de forma irrestrita. Aduz que a apelada nunca negou a materialidade dos fatos, preferiu arguir nulidades processuais que não existiram.

Em seu recurso adesivo (fls. 1.098–1.105), a autora sustenta que com o advento da Constituição Federal a ampla defesa compreende inclusive, a fase recursal administrativa, ainda que não esteja expressa em diploma legal infraconstitucional, uma vez que se cuida de garantia emanada da Lei Maior. Aduz que a condenação em honorários advocatícios configura

hipótese de honorários aviltantes, que não remuneraram o trabalho do profissional do direito, lembrando que o fato de a Fazenda Pública ser parte contrária não justifica o desmerecimento do trabalho do advogado, com honorários que sequer são suficientes para pagar as custas do processo.

Ambas apresentaram contrarrazões.

É o relatório.

Voto *

A Exma. Sra. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu: — No mérito, a sentença deve ser mantida.

Da leitura atenta dos autos, verifica-se que realmente não há sequer um ato de intimação da autora acerca da inquirição das testemunhas arroladas no processo disciplinar. É evidente que a advertência genérica no sentido de que a demandante poderia acompanhar o curso do processo não é suficiente para garantir a observância do contraditório, motivo por que ela deveria ter sido previamente intimada da oitiva das testemunhas, providência que possibilitaria seu eventual comparecimento à assentada e o pleno exercício do seu direito de defesa.

Ademais, a não oportunização de efetiva oitiva da autora após o seu indiciamento também revela nulidade insanável, em face da violação à regra contida no art. 159 da Lei 8.112/1990. Como se infere do documento de fls. 1000, a autora foi intimada em sua residência, na Suíça, no dia 13/09/1995, para comparecer ao seu interrogatório marcado para o dia seguinte, 14/09/1995, no Brasil. Como se vê, a intimação tardia tornou impossível o comparecimento da demandante. Por outro lado, no dia 14/09/1995, ante a ausência da autora, a comissão processante resolveu aguardar o comparecimento espontâneo da autora, sem marcar nova data para o interrogatório. Ora, não é razoável a dispensa do interrogatório quando sua não realização não é causada pelo indiciado, mas por conduta da comissão processante. Deveria a comissão, portanto, ter designado nova data e intimado a autora com antecedência suficiente para que pudesse comparecer ao ato, e não esperar que ela aparecesse de repente para ser interrogada.

Veja-se julgado desta Corte sobre o tema:

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. LEI Nº 8.112/90, ARTS. 156 E 159. INOBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. No âmbito do processo administrativo disciplinar o inquérito administrativo, subdividido em instrução, defesa e relatório, obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado a ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos legalmente admitidos. É garantido ao servidor o direito de acompanhar o processo, arrolar e inquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas, nos termos do art. 156 da Lei nº 8.112/90.

2. A recusa da oitiva das testemunhas arroladas pelo servidor por parte da comissão disciplinar, anteriormente deferida por se mostrar de interesse para o esclarecimento dos fatos, feriu o direito do servidor à ampla defesa. *Ademais, nos termos do art. 159 da Lei nº 8.112/90, concluída a inquirição das testemunhas, a comissão disciplinar promoverá o interrogatório dos acusados. No entanto, no presente caso, observa-se que a comissão procedeu à indicição dos servidores sem a realização do seu interrogatório, em violação ao princípio do contraditório.*

3. Tendo em vista a nulidade do processo administrativo disciplinar por violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, ficam sem efeito as penalidades de suspensão aplicadas aos impetrantes e as conseqüências delas decorrentes. Reconhecimento pela própria autoridade impetrada da existência de irregularidades no processo administrativo disciplinar instaurado contra os impetrantes, com a suspensão da penalidade e dos seus efeitos.

4. Remessa necessária a que se nega provimento.

(REO 2005.37.00.000174-8 / MA, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO SÁVIO DE OLIVEIRA CHAVES, PRIMEIRA TURMA, 13/01/2009 e-DJF1 P. 38)

Ressalte-se que, conforme entendimento sufragado pelo STF, o interrogatório é ato que possui caráter instrumental de autodefesa, garantia fundamental assegurada pela Constituição Federal, de caráter público e indisponível.

Por sua vez, a citação no processo administrativo disciplinar tem por objetivo somente levar ao conhecimento do servidor a existência de indiciamento por infração disciplinar, em ordem a possibilitar a apresentação de defesa escrita, sendo assegurada a vista do processo na repartição, conforme se infere do art. 161, § 1º, da Lei 8.112/1990. Despicienda, pois, a descrição minuciosa dos fatos neste momento.

De todo modo, conquanto o ato de citação (fls. 1.008–1.009) não tenha explicitado as infrações

administrativas imputadas à demandante, eventual irregularidade foi sanada em virtude da apresentação de defesa técnica subscrita por advogado, impugnando todas as condutas a ela atribuídas. No entanto, as demais nulidades presentes no processo administrativo impõem a decretação de sua nulidade, o que traz como consequência a reintegração da autora ao cargo público, com o pagamento das vantagens pertinentes.

É importante deixar claro que esta decisão judicial não impede a Administração Pública de instaurar novo processo disciplinar, com a devida observância da legislação de regência e dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Quanto ao recurso adesivo da autora, não há na Lei 8.112/1990 previsão de recurso administrativo contra decisão proferida no bojo de processo administrativo disciplinar, mas apenas de revisão, que poderá ser proposta a qualquer tempo. A ausência de previsão neste sentido está dentro da mais pura lógica,

já que inexistente no Poder Executivo da União autoridade superior ao presidente da República.

Todavia, a sentença merece reforma em relação ao arbitramento dos honorários.

O magistrado sentenciante fixou a verba honorária em 10% sobre o valor da causa, o que equivale a R\$ 1,00 (um real). Aludido arbitramento revela-se aviltante, além de ir de encontro ao disposto no art. 20 do CPC. Por conseguinte, considerando o trabalho realizado pelo patrono da parte autora, que se trata de condenação contra a Fazenda Pública, e ainda as regras contidas nos parágrafos terceiro e quarto do art. 20 do CPC, fixo os honorários em 3% (três por cento) sobre o valor da condenação.

Em face do exposto, dou provimento parcial ao recurso adesivo da parte autora e nego provimento à apelação da União e à remessa oficial.

É o voto.

Terceira Turma Suplementar

Numeração única: 0100269-19.1999.4.01.0000

Apelação Cível 1999.01.00.106838-6/DF

Relatora: Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu (convocada)
 Apelantes: Margarete Soares Raffael e outros
 Advogada: Dra. Maria Auxiliadora de Freitas
 Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procurador: Dr. Ricardo Mourão Pereira
 Publicação: e-DJF1 de 29/05/2013, p. 490

Ementa

Administrativo. Mandado de segurança. Servidores colocados em disponibilidade por força do Decreto presidencial 99.322/1990. Exclusão da lista dos disponíveis. Efeitos patrimoniais. Impossibilidade de descumprimento do decreto pelo INSS. Parecer do MPF. Apelação desprovida.

I. Os impetrantes pleiteiam a exclusão de seus nomes da lista de disponíveis, constantes do Decreto presidencial 99.322, de 19/06/1990, com o consequente pagamento dos benefícios e vantagens relativos ao período da disponibilidade.

II. Sendo o decreto mencionado ato normativo expedido pelo presidente da República, somente esta autoridade possui competência para alterá-lo, cabendo ao INSS seu integral cumprimento, em obediência ao princípio da legalidade.

III. O presidente do INSS não tinha qualquer poder de decisão acerca dos servidores listados no anexo do Decreto presidencial 99.322/1990, circunstância que revela que a pretensão autoral exige inviável alteração de ato emanado pelo presidente da República por parte da autarquia previdenciária.

IV. De outro giro, verifica-se da leitura do aludido anexo que o nome dos impetrantes consta da lista de cargos declarados desnecessários, razão pela qual não há falar em erro de terceiros.

V. Conforme afirmou o membro do Ministério Público Federal no seu parecer, “No caso das omissões imputadas ao presidente do INSS e ao secretário da SAF, falta justamente a norma jurídica que os obrigue a tentar, junto à Presidência da República, a reversão do quadro de disponibilidade dos servidores aludidos. Não existe norma jurídica nenhuma que determine que ambas as citadas autoridades devam envidar esforço no sentido de retirar os impetrantes da situação jurídica funcional onde se encontram. [...] Logo, se há decisão do chefe do Executivo colocando certos servidores em disponibilidade, cabe ao secretário da SAF dar execução a tal comando, não tentar alterar o conteúdo do referido decreto.”

VI. Os eventuais prejuízos sofridos pelos apelantes são iminentes ao decreto que estabeleceu a disponibilidade e ostentam causa remota diversa da suscitada no mandado de segurança.

VII. Apelação desprovida.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação.

3ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 10/10/2012.

Juíza Federal *Adverci Rates Mendes de Abreu*, relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu: — Trata-se de apelação interposta pela parte autora – Margarete Soares Rafael e outros(as) – em face da sentença (fls. 204–210) que negou a segurança, consistente na exclusão de seus nomes da relação constante do anexo IV do Decreto 99.322/1990, insertos por engano, e recebimento dos reflexos patrimoniais.

Em seu recurso (fls. 212–220) sustenta que existe o direito líquido e certo de serem assegurados os benefícios e vantagens da Lei 8.112/1990, em igualdade de condições com os que se encontravam em efetivo exercício dos seus cargos, tudo retroativo a 20/06/1990, bem como o direito de permanecer nos cargos e funções que exerciam na data em que foram colocados em disponibilidade. Aduz que o art. 28, IV, da Lei 8.028, traçou os limites nos quais a Administração Pública deveria agir com seu poder de discricionariedade, o que não foi observado no presente caso, já que os impetrantes foram colocados em disponibilidade antes da fixação do quadro de lotação, a partir do qual seriam definidos o excedente de pessoal, não podendo, portanto, a Administração, colocar servidores em disponibilidade, para, só depois, proceder ao levantamento e definir o quadro de lotação de pessoal.

O INSS apresentou contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu: — Os impetrantes pleiteiam a exclusão de seus nomes da lista de disponíveis, constantes do Decreto presidencial 99.322, de 19/06/1990, com o consequente pagamento dos benefícios e vantagens relativos ao período da disponibilidade.

Sendo o decreto mencionado ato normativo expedido pelo presidente da República, somente esta autoridade possui competência para alterá-lo, cabendo ao INSS seu integral cumprimento, em obediência ao princípio da legalidade.

Efetivamente, o presidente do INSS não tinha qualquer poder de decisão acerca dos servidores listados no anexo do Decreto presidencial 99.322/1990, circunstância que revela que a pretensão autoral exige inviável alteração de ato emanado pelo presidente da República por parte da autarquia previdenciária.

De outro giro, verifica-se da leitura do aludido anexo que o nome dos impetrantes consta da lista de cargos declarados desnecessários, razão pela qual não há falar em erro de terceiros. Por sua relevância para o esclarecimento da questão, cito trecho do parecer emitido pelo Ministério Público Federal (fls. 239–242):

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado).

De início, é preciso lembrar que o conceito de omissão jurídica não pode ser confundido com um simples não fazer da autoridade pública, em seu sentido naturalístico.

Ao contrário, para que se possa falar de omissão juridicamente relevante, é indispensável que exista norma jurídica estabelecendo que determinado órgão aja de certa maneira.

Desse modo, somente após tenha sido realizado o contraste entre a norma e a conduta da autoridade, estará o julgador apto a concluir pela existência de omissão ilegal. Por outras palavras, a omissão ilegal pressupõe norma jurídica que obrigue certo sujeito de direito a atuar num sentido qualquer. Portanto, é óbvio, a omissão se verifica em cotejo com um parâmetro normativo ao qual se encontra vinculada a pessoa obrigada.

No caso das omissões imputadas ao Presidente do INSS e ao Secretário da SAF, falta justamente a norma jurídica que os obrigue a tentar, junto à Presidência da República, a reversão do

quadro de disponibilidade dos servidores aludidos. Não existe norma jurídica nenhuma que determine que ambas as citadas autoridades devam envidar esforço no sentido de retirar os impetrantes da situação jurídica funcional onde se encontram.

[..] Logo, se há decisão do Chefe do Executivo colocando certos servidores em disponibilidade, cabe ao Secretário da SAF dar execução a tal comando, não tentar alterar o conteúdo do referido decreto.

Por fim, conforme foi destacado pela magistrada sentenciante e pelo membro do MPF, os eventuais prejuízos sofridos pelos apelantes são imanentes ao decreto que estabeleceu a disponibilidade e ostentam causa remota diversa da suscitada no mandado de segurança.

Pelo exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

Quarta Turma Suplementar

Numeração única: 0022030-15.2001.4.01.3400

Apelação Cível 2001.34.00.022067-0/DF

Relator: Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado)
 Apelante: Ventur Viagens e Turismo Ltda.
 Advogados: Dr. José Carlos Cal Garcia Filho e outros
 Apelado: Banco Central do Brasil – Bacen
 Procurador: Dr. Milton Zanina Schelb
 Publicação: e-DJF1 de 30/04/2013, p. 490

Ementa

Administrativo. Empresa de turismo. Mercado de câmbio de taxas flutuantes. Autorização. Revogação. Ausência de motivação. Nulidade.

I. Compete ao Bacen autorizar a prática de operações de câmbio, zelando pelo regular funcionamento, estabilidade das taxas e equilíbrio no balanço de pagamento, pois o art. 29 do Decreto 42.820/1957 aponta o caráter precário e revogável de tal autorização.

II. Verifica-se então que o ato de descredenciamento praticado pelo Banco Central é mera revogação da autorização concedida em caráter precário, que dispensaria maiores formalidades, como a prévia instauração de procedimento administrativo, consoante precedentes do STF e STJ.

III. Ocorre que a motivação dos atos administrativos é um princípio constitucional implícito, resultando do disposto no art. 93, X, da Constituição, do princípio democrático. Por isso, é uma exigência inderrogável, de modo que não prevalece para o fim de dispensar motivação da revogação, como no caso aconteceu, a característica de caráter precário. (AMS 0025666-50.2001.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ, p. 57, de 1º/03/2007). Precedente.

IV. Apelação provida para acolher o pedido inicial e declarar nulo o ato de revogação da autorização.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento ao recurso de apelação.

4ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 19/02/2013.

Juiz Federal *Márcio Barbosa Maia*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia: — Trata-se de apelação interposta pela Ventur Viagens e Turismo Ltda., objetivando a reforma de sentença, que julgou improcedente o pedido de anulação da revogação da autorização para operar no mercado de câmbio de taxas flutuantes.

Em suas razões recursais (fls. 127–154), a apelante sustenta que:

a) “o MM. Juiz singular utilizou-se do conceito doutrinário clássico e tradicional que genericamente caracteriza as autorizações administrativas”; “esse conceito, no entanto, fundado na discricionariedade e na precariedade do ato autorizativo, e, por consequência, na sua revogabilidade incondicional a qualquer tempo, nasceu em nosso ordenamento há várias décadas e vem sendo mantido no decorrer da história sem qualquer adaptação”; b) “a conceituação adotada pela r. sentença monocrática, que teve sua origem moldada no exemplo clássico de autorização para porte de arma – *autorização de ato meramente material* – deflagra inafastável crise se sobreposta à realidade normativa de hoje”; c) “a função das autorizações administrativas, com a ordem econômica da Constituição Federal de 1988, não mais se circunscreve apenas ao controle estatal sobre o exercício de determinadas atividades, estendendo-se, também, ao campo da regulação do mercado, com o firme propósito de conduzir a atividade autorizada segundo os objetivos previamente definidos nas normas aplicáveis”; d) “a expedição da autorização para o desempenho da atividade econômica MCTF – Mercado de Câmbio de Taxas Flutuantes é ato administrativo que efetivamente constitui direitos patrimoniais ao particular autorizado”; e) “na feliz expressão de Juarez Freitas, as autorizações ‘não podem mais ser vistas fora dos parâmetros exigidos pelo princípio da menor precariedade possível’”; f) “na hipótese dos autos, ainda que presente alguma parcela de competência discricionária em favor da Administração, portanto, a extinção do ato de autorização, a que título for, não pode se apresentar incondicional, merecendo a devida motivação como condição mínima a possibilitar o controle judicial, especialmente para afastar as hipóteses em que se confundem juízo discricionário e juízo arbitrário, possibilitando ao sujeito interessado o regular exercício do seu direito à ampla defesa e ao

contraditório”; g) “a disposição prevista na Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 50, *caput* e VIII, consagrando o princípio da motivação inerente à legalidade e ao devido processo legal, expressamente prevê que ‘os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: [...] importem em anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo’”.

Contrarrazões às fls. 159–162.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia: — A autora ajuizou ação ordinária postulando a anulação do ato que determinou a revogação da autorização concedida a ela pelo Banco Central para operar no mercado de câmbio de taxas flutuantes.

Ao que se extrai dos autos, a empresa-autora tem como objetivo “as atividades de agência de viagens, turismo, serviços de vendas de passagens aéreas, terrestres e operações com câmbio manual” (fl. 36) e foi autorizada pelo Banco Central, em 05/03/1992, a operar no “mercado de câmbio de taxas flutuantes”, “em caráter precário, podendo (o credenciamento) ser suspenso a critério do Banco Central do Brasil” (fl. 54).

Em 24/01/97, o Bacen informou à empresa-autora que a autorização concedida foi revogada, sem qualquer justificativa.

De acordo com a Lei 4.595/1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências, em seus arts. 10 e 11, compete ao Bacen autorizar a prática de operações de câmbio, zelando pelo regular funcionamento, estabilidade das taxas e equilíbrio no balanço de pagamento:

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central do Brasil:

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado).

[...]
IX - conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

[...]
d) praticar operações de câmbio (...)

Art. 11. Compete ainda ao Banco Central do Brasil:

[...]
III - atuar no sentido do funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio do balanço de pagamentos [...]

Por sua vez, o art. 29 do Decreto 42.820/1957 aponta o caráter precário e revogável da autorização tratada nos presentes autos:

Art. 29. A prática de operações no mercado de taxa livre dependerá de autorização especial do Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito.

[...]

§2º. A autorização será concedida a título precário, revogável a qualquer momento.

Verifica-se então que o ato de descredenciamento praticado pelo Banco Central é mera revogação da autorização concedida em caráter precário, que dispensaria maiores formalidades, como a prévia instauração de procedimento administrativo, consoante precedentes do STF e STJ.

Ocorre que a motivação dos atos administrativos é um princípio constitucional implícito, resultando do disposto no art. 93, X, da Constituição (pois não é razoável a obrigatoriedade de motivação apenas das decisões administrativas dos Tribunais), do princípio democrático, uma vez que indispensável ao convencimento do cidadão e ao consenso em torno da atividade administrativa, e da regra do devido processo legal. Por isso, é uma exigência inderrogável, de modo que não prevalece para o fim de dispensar motivação da revogação, como no caso aconteceu, a nota de *caráter precário*. Precedente.

Nesse sentido:

POLÍCIA ADMINISTRATIVA. EMPRESA DE VIAGENS E TURISMO. AUTORIZAÇÃO PARA OPERAR NO MERCADO DE CÂMBIO FLUTUANTE. REVOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE. 1. A impetrante, tendo como objetivo “as atividades de agência de viagens, turismo, serviços de vendas de passagens aéreas, terrestres e operações com câmbio manual”, foi autorizada, em 27.06.2000, a operar no “mercado de câmbio de taxas flutuantes”, constando do ato o “caráter precário, podendo (o

credenciamento) ser suspenso a critério do Banco Central do Brasil”.

2. Em 04.07.2001, recebeu comunicação de que a referida autorização fora revogada, sem qualquer justificativa.

3. De acordo com a Lei n. 9.784/99, art. 50, “deverão ser motivados todos os atos administrativos que: neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; decidam processos administrativo de concurso ou seleção pública; dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; decidam recursos administrativos; decorrem de reexame de ofício; deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de outro ato”.

4. A motivação dos atos administrativos é um princípio constitucional implícito, resultando do disposto no art. 93, X, da Constituição (pois não é razoável a obrigatoriedade de motivação apenas das decisões administrativas dos Tribunais), do princípio democrático, uma vez que indispensável ao convencimento do cidadão e ao consenso em torno da atividade administrativa (Celso Antônio Bandeira de Mello), e da regra do devido processo legal. É, por isso, uma exigência inderrogável, de modo que não prevalece para o fim de dispensar motivação da revogação - como no caso aconteceu - a nota de “caráter precário”.

5. A autoridade declara nas informações que “a impetrante estava, a par de ter como outras suas atividades contratuais, concentrando suas atividades unicamente na compra e venda de moeda estrangeira”, sendo este o motivo fático da revogação, que não constou do ato e a respeito do qual não foi dada oportunidade à empresa para se manifestar.

6. Apelação a que dá provimento.

(AMS 0025666-50.2001.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, QUINTA TURMA, DJ p.57 de 01/03/2007)

Assim, estando o ato de descredenciamento para operar no mercado de câmbio de taxas flutuantes sem a devida motivação, ilegítimo está tal ato, razão pela qual se impõe a reforma da sentença de origem, para declará-lo nulo.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso de apelação para, reformando a sentença, acolher o pedido, e anular o ato de revogação da autorização concedida à autora para operar no mercado de câmbio de taxas flutuantes.

É o meu voto.

Quarta Turma Suplementar

Numeração única: 0005828-10.2003.4.01.3200

Apelação Cível 2003.32.00.005828-1/AM

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)
Apelante: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Apelante: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero
Advogada: Dra. Natasja Deschoolmeester
Apelado: Yasuda Seguros S.A.
Advogados: Dr. Francisco José Gomes dos Santos e outros
Apelado: Wilson Logistics do Brasil Ltda.
Advogados: Dra. Maria Cristina da Costa Fonseca e outros
Publicação: e-DJF1 de 07/06/2013, p. 1.404

Ementa

Civil. Responsabilidade civil. Infraero. Desembarque de mercadorias importadas. Avarias das mercadorias nas dependências do terminal da Infraero. Indenização por danos materiais. Cabível. Sentença mantida.

I. Não está caracterizada a hipótese de nulidade processual por negativa de prestação jurisdicional, tendo em vista a regular tramitação do feito e o fato de a sentença, com suficiente fundamentação, ter analisado todas as questões suscitadas nos autos, sem qualquer violação às garantias processuais asseguradas constitucionalmente aos litigantes. Preliminar rejeitada.

II. Rejeita-se a preliminar de carência de ação por ilegitimidade passiva, uma vez que a Infraero possui legitimidade passiva para a demanda em que a autora, na qualidade de seguradora, imputa à Infraero a responsabilidade pelos prejuízos causados à segurada, em face das avarias nos equipamentos desembarcados nas dependências do Teca II da Infraero.

III. Está configurada a responsabilidade civil da empresa pública demandada pela reparação dos danos decorrentes das avarias em 16 volumes de mercadorias importadas e sujeitas a desembarço aduaneiro simplificado, porque a carga foi recebida sem ressalvas e, comprovadamente, armazenada no Terminal de Logística de Carga II – Teca II da Infraero, que era semiaberto. O laudo pericial indica que choveu na manhã do desembarque e que por ocasião da entrega na Estação Aduaneira Interior – EADI Aurora foram constatadas avarias, registradas em Termo de Avaria, donde se conclui que foram recebidas em perfeitas condições e danificadas nas dependências do Teca II ou no transporte até o EADI, ainda sob a responsabilidade da Infraero.

IV. É cabível a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais decorrentes das avarias nos 16 volumes de mercadoria importada pela segurada da autora, que, sendo seguradora, sub-rogou-se no direito à indenização.

V. Nega-se provimento ao recurso de apelação.

Acórdão

Decide Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação.

4ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 28/05/2013.

Juiz Federal *Rodrigo Navarro de Oliveira*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira: — Trata-se de recurso de apelação interposto pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido deduzido pela autora Yasuda Seguros S.A., que na condição de seguradora ficou sub-rogada no direito ao recebimento de indenização por danos materiais de sua segurada, condenando a ré ao pagamento de R\$ 20.622,00 (vinte mil, seiscentos e vinte e dois reais), com correção monetária e juros de mora de 0,5% ao mês a partir da citação, bem como honorários advocatícios de sucumbência no percentual de 10% sobre a condenação. A sentença condenou, ainda, a autora a pagar ao corréu Wilson Logistics o valor de R\$ 1.000 (mil reais) a título de verba honorária.

A Infraero suscita, em sede preliminar, a negativa de prestação jurisdicional e ofensa ao devido processo legal, posto que o Juízo de primeira instância não analisou todas as teses, fatos e provas do processo, o que obstaculiza a apreciação de possível ofensa ao texto de lei federal ou da Constituição Federal, quando da interposição de REsp ou RE. Requer, ainda, extinção do processo por ilegitimidade passiva da Infraero, de acordo com o que dispõe o art. 267, VI, do CPC, uma vez que não manteve qualquer relação de direito material com a Yasuda Seguros S.A., tampouco com sua cliente. No mérito, sustenta que sequer recebeu as mercadorias avariadas, que saíram do transportador aéreo direto para a Zona Secundária – EADI – Regime Especial de Trânsito Aduaneiro Simplificado, razão por que nega sua responsabilidade sobre as avarias nas mercadorias em questão. Alega que a responsabilidade é do transportador ou do desconsolidador de carga, segundo a IN SRF 47/1995. Requer o provimento do recurso e a reforma da sentença para que seja julgado improcedente o pedido indenizatório.

A União, apesar de não integrar a relação processual, interpôs recurso de apelação a fls. 152–164.

Não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira:

Preliminares

Rejeito a preliminar de nulidade processual por negativa de prestação jurisdicional, tendo em vista a

regular tramitação do feito e o fato de a sentença, com suficiente fundamentação, ter analisado todas as questões suscitadas nos autos, sem qualquer violação às garantias processuais asseguradas constitucionalmente aos litigantes.

Outrossim, rejeito a preliminar de carência de ação por ilegitimidade passiva, uma vez que a Infraero possui legitimidade passiva para a demanda em que a autora, na qualidade de seguradora, imputa à Infraero a responsabilidade pelos prejuízos causados à segurada, em face das avarias nos equipamentos desembarcados nas dependências do Teca II da Infraero, porque esta teria recebido a mercadoria sem ressalvas no Terminal de Logística de Carga – Teca II do Aeroporto Eduardo Gomes, com posterior entrega dos produtos na Estação Aduaneira Interior – EADI Aurora, ocasião em que foram verificadas avarias nos itens entregues.

Passo ao exame do mérito.

Mérito

Insurge-se a Infraero contra a sentença que a condenou ao pagamento de R\$ 20.622,00 (vinte mil seiscentos e vinte e dois reais) à autora, Yasuda Seguros S.A., bem como a arcar com os ônus de sucumbência.

Ao apreciar o recurso, constato não assistir razão à apelante. Apesar de o art. 15 da Instrução Normativa SRF 102/1994 definir que

[...] a indicação de avaria pelo depositário, no Mantra, equivalerá ao Termo de Avaria, cabendo ao transportador ou ao beneficiário de trânsito proceder, no Sistema, com ou sem ressalvas, ao aval do armazenamento por ele encerrado, [...]

verifica-se do acervo probatório dos autos que a mercadoria importada, além de ter sido recebida sem nenhuma ressalva, foi armazenada no Teca II, Terminal de Logística de Carga da Infraero, que é um armazém semiaberto, até ser destinada a Aurora–EADI, tendo, no dia do desembarque, havido “precipitação de chuva”, conforme resposta ao quesito 3 do laudo pericial de fl. 36.

Assim, do armazenamento da carga em estrutura disponibilizada pela apelante decorre a responsabilidade pelos prejuízos constatados no Termo de Avarias de fl. 27, porque o Mantra de fl. 28 não fez nenhuma ressalva referente ao estado da carga recebida, o que permite a presunção de que foram recebidas em perfeitas condições e, ainda sob a responsabilidade da Infraero,

*Participaram do Julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian e o Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado).

teriam ocorrido as avarias nos 16 volumes, que foram molhados e rasgados, sendo posteriormente entregue na estação aduaneira interior.

Nesse sentido, destaca-se o trabalho realizado pelo perito designado para a produção antecipada de provas 0121049196-3/2001, fls. 35–39, onde restou comprovado que não houve registros no recebimento dos produtos no Teca II da Infraero, que a mercadoria foi descarregada no Aeroporto Eduardo Gomes em dia de chuva e que o armazém Teca II possui estrutura semiaberta. Confira-se parte do laudo pericial abaixo transcrito (fl. 38):

[...]

6) À luz das respostas anteriores pergunta-se:

a) Na opinião do Sr. Perito Judicial e Assistente a quem cabe a responsabilidade pelas avarias verificadas na mercadoria?

R. Segundo apurado, a Infraero, primeiramente porque recebeu as mercadorias sem fazer nenhuma

ressalva o que significa que estava (sic) em boas condições e, secundamente, porque, se as entregou molhadas ao EADI, significa que as mesmas encontravam-se expostas ao tempo, enquanto sob sua responsabilidade.

Portanto, comprovada está a responsabilidade da apelante pelos prejuízos causados à empresa Alps da Amazônia Ltda., em cujos direitos sub-roga-se a seguradora Yasuda Seguros S.A., por força da Súmula 188 do STF.

Também não merece guarida a argumentação da apelante, no sentido de ser inadmissível a utilização da medida de produção antecipada de provas, uma vez que fora intimada naquele processo para comparecer no foro da cidade de Manaus em dia sem expediente forense, eis que não comprovada essa alegação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação.

É como voto.

Quinta Turma Suplementar

Numeração única: 0065624-31.2000.4.01.0000

Reexame Necessário 2000.01.00.075682-6/BA

Relator: Juiz Federal Wilson Alves de Souza (convocado)
Autor: Halliburton Serviços Ltda.
Advogados: Dr. Fernando Loeser e outros
Ré: Fazenda Nacional
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Remetente: Juízo Federal da 14ª Vara/BA
Publicação: e-DJF1 de 03/05/2013, p. 704

Ementa

Tributário. Mandado de segurança. Contratos de prestação de serviços técnicos especializados firmados com a Petrobras. Prorrogação do prazo do termo final. Regime de admissão temporária de equipamento estrangeiro. Extensão do prazo de permanência do equipamento no regime especial. IN 136/1987, da SRF.

I. Com vistas à execução dos contratos de prestação de serviços especializados firmados com a Petrobras, a impetrante necessita de equipamentos importados através do regime de admissão temporária, que consiste na operação pela qual o contribuinte possui autorização para introduzir mercadoria estrangeira no território nacional, por prazo determinado e para utilização econômica específica, com suspensão da incidência dos tributos devidos.

II. Instituído pelo Decreto-Lei 37/1966, com redação dada pelo art. 1º, do Decreto-Lei 2.472/1988, o regime de admissão temporária oportunizava a importação de equipamentos, inclusive os destinados à indústria de petróleo, sem a incidência dos impostos incidentes na operação. A Instrução Normativa 136/1987, da SRF, regulamentava a matéria à época em que os acordos foram avençados.

III. No caso concreto, ambos os contratos tiveram o seu termo final prorrogado, devendo ser mantida a sistemática prevista na IN 136/1987. Registre-se, ademais, que o art. 9º do Decreto 2.889/1998 dispõe que sua aplicação teria início a partir de 1º de janeiro de 1999, o que não é o caso dos autos, na medida em que os contratos em questão foram firmados em 1996 e os aditivos que se seguiram não lhe alteraram o objeto.

IV. Remessa oficial desprovida.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à remessa oficial.

5ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 23/04/2013.

Juiz Federal *Wilson Alves de Souza*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Wilson Alves de Souza: — Halliburton Serviços Ltda. impetrou mandado de segurança contra o inspetor chefe da Alfândega no Porto de Salvador, requerendo a concessão de provimento jurisdicional que lhe assegure o direito de prorrogar os regimes de admissão temporária dos bens relacionados à execução dos contratos celebrados com a Petrobras de n. 101.2.033.96-3 e 101.2.054.96-7 segundo a sistemática vigente até o advento do Decreto 2.889/1998 (fl. 226).

O juízo de primeiro grau concedeu parcialmente a segurança (fls. 253–261),

[...] reconhecendo-lhe o direito líquido e certo de não se submeter às novas exigências para prorrogação do regime de admissão temporária, estabelecidas pelo Decreto 2.889, de 21/12/1998, e pela Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal 164, de 31/12/1998, no que pertine ao pagamento dos impostos federais incidentes na importação, proporcionalmente ao tempo de permanência dos bens que se encontrem no território nacional, com vistas à execução dos contratos celebrados com a Petrobrás (nºs 101.2.033.96-3 e 101.2.054.96-7).

Houve remessa oficial.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença (fls. 270–272).

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Wilson Alves de Souza: — Observa-se que a impetrante celebrou com a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) o contrato 101.2.033.96-3, para prestação de serviços técnicos especializados

de operações de teste de formação (poço aberto e revestido), de serviços de medição de superfície (queimadores, separadores, tanques, aquecedores, dentre outros) de serviços de registro eletrônico; de serviços de árvores de testes submarinos, de análises e estudos de reservatórios, e outros serviços correlatos ou adicionais em poços de óleo, gás, água ou outros, com supervisão técnica e utilização de equipamentos das contratadas, da Petrobras ou de terceiros (fl. 40).

Do mesmo modo, firmou o contrato 101.2.054.96-7, para prestação de serviços técnicos especializados de cimentação, restauração, estimulação, limpeza industrial e outros serviços correlatos ou adicionais em poços de óleo, gás, água ou outros, localizados na plataforma continental brasileira e/ou superfície terrestre no território nacional, bem como o fornecimento de produtos químicos e acessórios para aplicação nos serviços especificados, quando pertinente (fl. 87).

Assim, para a execução dos referidos contratos, a impetrante necessita de equipamentos importados através do regime de admissão temporária, que consiste na operação pela qual o contribuinte possui autorização para introduzir mercadoria estrangeira no território nacional, durante um prazo determinado e para utilização econômica específica, com suspensão da incidência dos tributos devidos.

Instituído pelo Decreto-Lei 37/1966, com redação dada pelo art. 1º do Decreto-Lei 2.472/1988, tal regime oportunizava a importação de equipamentos, inclusive os destinados à indústria de petróleo, sem a incidência dos impostos incidentes na operação. A Instrução Normativa SRF 136/1987 regulamentava a matéria à época.

No caso concreto, o primeiro acordo foi firmado com um prazo de validade de 1.095 dias corridos, a partir de 1º/02/1996, podendo ser prorrogado pelo

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado).

número de dias necessários à conclusão integral dos serviços, desde que a Petros notifique a contratada, por escrito, dessa sua intenção, com uma antecedência mínima de 60 (sessenta) dias da data do término final do prazo (fl. 55).

No segundo contrato, também foi firmado com um prazo de validade de 1.095 dias corridos, a partir de 1º/05/1996, podendo ser prorrogado pelo até 1.095 dias, desde que a Petros notifique a contratada, por escrito, dessa sua intenção, com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias da data do término final do prazo (fl. 104).

Foram carreados aos autos os aditivos firmados pelas partes, prorrogando os contratos por 245 dias, contados de 1º/05/1999 (contrato 101.2.054.96-7; fls. 160–161) e por 365 dias, a partir de 1º/01/1999 (contrato 101.2.033.96-3; fls. 163–164).

Desse modo, o tributo ficaria com sua exigibilidade suspensa pelo período de utilização do aludido regime, tendo sua extinção prevista na hipótese de reexportação dos referidos equipamentos ou com o termo final do prazo assinado no contrato.

Assim, nos termos do art. 21.1, *a*, da Instrução Normativa da SRF 136/1987, os

[...] bens relacionados no inciso I do item 4, que ingressarem no País para pesquisa ou extração de petróleo ou gás natural, vinculados a contrato de prestação de serviço, cujo prazo inicial será igual ao de duração do contrato, prorrogável na mesma medida em que este vier a ser prorrogado (fl. 213).

Dentro desse contexto, tendo havido prorrogação dos contratos originários, deve ser mantida a sistemática prevista na IN 136/1987 até o termo final estabelecido nas avenças.

Registre-se, ademais, que o art. 9º do Decreto 2.889/1998 dispõe que sua aplicação teria início a partir de 1º de janeiro de 1999, o que não é o caso dos autos, na medida em que os contratos em questão foram firmados em 1996 e os aditivos que se seguiram não lhe alteraram o objeto.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

Quinta Turma Suplementar

Numeração única: 0109752-87.2000.4.01.9199

Apelação Cível 2000.01.99.128883-1/MG

Relator: Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado)
Apelantes: Ronaldo Silva e outro
Advogados: Dr. Alexandre Freitas Silva e outro
Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação: e-DJF1 de 06/06/2013, p. 188

Ementa

Tributário. Embargos à execução fiscal. Cooperativa. Responsabilização de administradores. Fato gerador posterior ao período de administração. Peculiaridade. Parcelamento feito pelos responsabilizados tributariamente. Venda de bens fundo de comércio (móveis) e imóveis da sociedade. Apelação parcialmente conhecida e improvida.

I. Inicialmente, não se conhece das alegações atinentes aos vícios da certidão de dívida ativa, pois que pelo despacho saneador de fl. 174, houve deliberação em sentido contrário à pretensão dos embargantes, o que transitou em julgado, vez que não interposto qualquer recurso.

II. O crédito tributário em discussão é do período de 7/1989 a 6/1990 e foi objeto de parcelamentos, o primeiro em 60 parcelas, das quais foram pagas 24 (fl. 45), o último, datado de 26/02/1993, deferido em 36 parcelas, sem que fosse pago qualquer valor, ao que, então, foi rescindido (fls. 135–136). Devido a esse parcelamento é que advém a imputação aos apelantes, considerando que eram administradores da cooperativa devedora na época do seu requerimento.

III. Verifica-se que a execução fiscal foi proposta em 1998 e que na época dos fatos geradores da obrigação tributária (7/1989 e 6/1990) os embargantes exerciam qualquer atividade administrativa na cooperativa.

IV. No entanto, os apelantes, quando assumiram a direção da cooperativa, sociedade erigida sob o manto da responsabilidade limitada, tinham pleno conhecimento da dívida tributária em questão.

V. Tem-se que “[...] 4. O fato de haver ingressado na sociedade em data posterior a determinada parte dos créditos objeto da EF, não exime o administrador da responsabilidade pelos tributos devidos antes e durante sua gestão na empresa. Tal responsabilidade, entretanto, não se estende aos débitos gerados após sua gerência. [...] (AG 0008007-93.2012.4.01.0000 / DF, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1, p. 312, de 04/05/2012). 5. Agravo a que se nega provimento.” ((AG 0034012-07.2002.4.01.0000 / MG, rel. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado), 1ª Turma Suplementar, e-DJF1, p. 513, de 26/10/2012).

VI. Na verdade, vê-se a responsabilidade pelas dívidas da sociedade executada, relativas ao não recolhimento da contribuição previdenciária, encontra amparo no art. 135, III, do CTN, c/c o art. 4º, inciso V e §2º, da Lei 6.830/1980. De fato, o supracitado dispositivo do CTN é aplicável à espécie, porquanto, tendo o art. 4º, § 2º, da Lei 6.830/1980 previsto que, “à Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial”, impõe-se concluir, de forma indefectível, ser possível a citação do corresponsável da sociedade executada.

VII. “1. Para efeito de responsabilidade tributária do administrador ou gestor pelas dívidas da sociedade, a que deriva do art. 134, III, do CTN advém da mera *impossibilidade de exigência* do cumprimento das obrigações assumidas licitamente pela sociedade no giro ordinário comercial; ela (a responsabilidade [tributária, inclusive] do administrador e/ou gestor), é *solidária* (compartilhada entre ele e a sociedade), embora *subsidiária*” (se inexistente patrimônio societário). 2. O *caput* do art. 134 do CTN diz respeito à responsabilidade tributária objetiva, necessitando-se provar apenas que a sociedade não tem patrimônio hábil para assunção da obrigação. 3. Apelação não provida. 4. Peças liberadas pelo relator, em 20/11/2007, para publicação do acórdão.” (AMS 0002389-04.1998.4.01.3802 / MG, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, rel. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado), Sétima Turma, DJ, p. 216, de 25/01/2008).

VIII. Mostra-se suficiente para afastar a alegação dos apelantes de que teria havido dissolução regular pela paralisação das atividades por mais de 120 dias (art. 63, VII, da Lei 5.764/1971) a constatação de ausência de prova a tal respeito.

IX. Como é sabido, a certidão de dívida ativa possui presunção de certeza e liquidez somente afastadas por prova inequívoca a cargo do interessado. Diante dessa presunção, diferentemente do que aduzido pelos embargantes a respeito da “suposta existência de um imóvel e que tal imóvel seria vendido” – eles defendem que não existe prova nos autos de tais operações –, caberia a eles juntar certidão negativa do cartório local de registro local a tal respeito (art. 333, I, do CPC), cuja prova não se revelava de difícil produção, de maneira que não se sustenta a invocação aos arts. 134, II, e 530, I, do Código Civil de 1916.

X. Nesse quadro, relevante observar que nos depoimentos que prestaram às fls. 180-183 é certo que a cooperativa possuía imóvel e que o venderam, apenas os apelantes afirmam que a venda teria ocorrido antes da gestão deles, o que, entretanto, não se amolda à prova dos autos, já que, como muito bem observado na sentença, a deliberação sobre a venda do imóvel ocorreu durante a administração deles, de forma que a conclusão é a de que ela, a venda, ainda não tinha ocorrido.

XI. Outrossim, os apelantes não deixam dúvida de houve alienação de fundo de comércio a um outro sócio, sem observar a dívida. Prevalece, portanto, o constante da sentença, em termos que, “conquanto a dívida não se tenha originado no período de gestão dos embargantes, dela estavam perfeitamente cientes e ainda assim permitiram a venda de bens da cooperativa e a paralisação de suas atividades, sem que até agora trouxessem qualquer notícia dos referidos bens e das negociações efetivadas”.

XII. Apelação parcialmente conhecida e improvida na parte conhecida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, conhecer parcialmente da apelação e negar-lhe provimento na parte conhecida.

5ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 23/05/2013.

Juiz Federal *Grigório Carlos dos Santos*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos:
— Trata-se de apelação de Ronaldo Silva e outro em face de sentença em embargos à execução fiscal movida pelo INSS para cobrança de valores relativos à contribuição previdenciária do período de 7/1989 a 6/1990, devida Cooperativa dos Produtores Rurais de Passa Tempo/MG.

Aos embargantes/apelantes foi atribuída a responsabilidade pelas contribuições pela administração da entidade cooperativa, do que eles discordam, para o que discorrem, primeiramente, sobre vícios da certidão de dívida, inclusive dizendo que ela não tem nenhuma validade porque datada de “129 de junho de 1998”.

Afirmam os apelantes que foram eleitos para os cargos em 24 de janeiro de 1993, quando a dívida já vinha sendo renegociada; ressaltam o peculiar tratamento dispensado pela lei comercial e tributária quanto às sociedades cooperativas, para o que citam a Lei 5.764/1971, arts. 3º, 4º, II, 63, VI; discorrem sobre a impossibilidade de serem responsabilizados pelos débitos fiscais da cooperativa, dado que não teriam praticado nenhum ato de excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, o que, em hipótese, deveria ser provado.

Defendem incoerência na sentença, pois o art. 63, VII, da Lei 5.764/1971, dispõe que considera dissolvida a cooperativa pelo decurso do prazo de 120 dias sem inatividade, o que ocorreu, de forma que não prevalece a afirmação na sentença de que teriam permitido a dissolução da sociedade, sem a sua quitação, “do que estava perfeitamente cientes” (fl. 201), além do que o só não pagamento de tributo não constitui dissolução irregular da sociedade – é como dizem.

Insurgem-se, ainda, contra a menção de “existência de um imóvel”, “que tal imóvel seria vendido” e “quicá outros bens”, já que tais fundamentos são desprovidos de prova, dado que, para a prova de realização dessas operações, deveria ter sido juntado o registro imobiliário ou a escritura de transferência de propriedade.

Houve contrarrazões nas quais diz o INSS que pela ata da assembleia, de 24/01/1993, os apelantes Alfredo Alves Filho e Ronaldo Silva foram empossados como presidente e diretor administrativo, respectivamente,

e, na mesma oportunidade, foi deliberado pela assembleia a venda de um único imóvel existente em nome da entidade; também, em 26/02/1993, houve pedido de parcelamento do débito assinado por Alfredo Alves Filho.

Segundo o INSS, com a regularização por meio do parcelamento, teria havido a venda do imóvel, que já havia sido deliberada, o que estaria a configurar dolo, fraude e infração à lei.

Ainda, teria havido encerramento irregular das atividades da entidade, por ter sido vendido o fundo de comércio para um dos diretores, José Abelar Rangel.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos:
— Inicialmente, não se conhece das alegações atinentes aos vícios da certidão de dívida ativa, pois que pelo despacho saneador de fl. 174, houve deliberação em sentido contrário à pretensão dos embargantes, o que transitou em julgado, vez que não interposto qualquer recurso.

O crédito tributário em discussão é do período de 7/1989 a 6/1990 e foi objeto de parcelamentos, o primeiro em 60 parcelas, das quais foram pagas 24 (fl. 45), o último, datado de 26/02/1993, deferido em 36 parcelas, sem que fosse pago qualquer valor, ao que, então, foi rescindido (fls. 135–136).

Devido a esse reparcelamento é que advém a imputação aos apelantes, considerando que eram administradores da cooperativa devedora na época do seu requerimento.

Verifica-se que a execução fiscal foi proposta em 1998 e que na época dos fatos geradores da obrigação tributária (7/1989 e 6/1990) os embargantes exerciam qualquer atividade administrativa na cooperativa.

No entanto, os apelantes, quando assumiram a direção da cooperativa, sociedade erigida sob o manto da responsabilidade limitada, tinham pleno conhecimento da dívida tributária em questão.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques e o Exmo. Sr. Juiz Federal Wilson Alves de Souza (convocado).

Primeiramente, tem-se que

[...]. 4. O fato de haver ingressado na sociedade em data posterior a determinada parte dos créditos objeto da EF, não exime o administrador da responsabilidade pelos tributos devidos antes e durante sua gestão na empresa. Tal responsabilidade, entretanto, não se estende aos débitos gerados após sua gerência. [...] (AG 0008007-93.2012.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p. 312 de 04/05/2012). 5. Agravo a que se nega provimento. ((AG 0034012-07.2002.4.01.0000 / MG, rel. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado), 1ª Turma Suplementar, e-DJF1 p. 513 de 26/10/2012).

Na verdade, vê-se a responsabilidade pelas dívidas da sociedade executada, relativas ao não recolhimento da contribuição previdenciária, encontra amparo no art. 135, III, do CTN, c/c o art. 4º, inciso V e §2º, da Lei 6.830/1980, *verbis*:

Art. 135 - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

.....
III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Art. 4º - A execução fiscal poderá ser promovida contra:

.....
V - o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e

.....
§ 2º - À Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial.

De fato, o supracitado dispositivo do CTN é aplicável à espécie, porquanto, tendo o art. 4º, § 2º, da Lei 6.830/1980 previsto que, “à Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial”, impõe-se concluir, de forma indefectível, ser possível a citação do corresponsável da sociedade executada.

Ademais,

1. Para efeito de responsabilidade tributária do administrador ou gestor pelas dívidas da sociedade, a que deriva do art. 134, III, do CTN advém da mera “impossibilidade de exigência” do cumprimento das

obrigações assumidas licitamente pela sociedade no giro ordinário comercial; ela (a responsabilidade [tributária, inclusive] do administrador e/ou gestor), é *solidária* (compartilhada entre ele e a sociedade), embora subsidiária” (se inexistente patrimônio societário). 2. O *caput* do art. 134 do CTN diz respeito à responsabilidade tributária objetiva, necessitando-se provar apenas que a sociedade não tem patrimônio hábil para assunção da obrigação. 3. Apelação não provida. 4. Peças liberadas pelo Relator, em 20/11/2007, para publicação do acórdão. (AMS 0002389-04.1998.4.01.3802/MG, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, rel. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado), Sétima Turma, DJ, p. 216, de 25/01/2008).

Ainda, mostra-se suficiente para afastar a alegação dos apelantes de que teria havido dissolução regular pela paralisação das atividades por mais de 120 dias (art. 63, VII, da Lei 5.764/1971) a constatação de ausência de prova a tal respeito.

Como é sabido, a certidão de dívida ativa possui presunção de certeza e liquidez somente afastadas por prova inequívoca a cargo do interessado. Diante dessa presunção, diferentemente do que aduzido pelos embargantes a respeito da “suposta existência de um imóvel e que tal imóvel seria vendido” – eles defendem que não existe prova nos autos de tais operações –, caberia a eles juntar certidão negativa do cartório local de registro local a tal respeito (art. 333, I, do CPC), cuja prova não se revelava de difícil produção, de maneira que não se sustenta a invocação aos arts. 134, II, e 530, I, do Código Civil de 1916.

Nesse quadro, relevante observar que nos depoimentos que prestaram às fls. 180–183 é certo que a cooperativa possuía imóvel e que o venderam, apenas os apelantes afirmam que a venda teria ocorrido antes da gestão deles, o que, entretanto, não se amolda à prova dos autos, já que, como muito bem observado na sentença, a deliberação sobre a venda do imóvel ocorreu durante a administração deles, de forma que a conclusão é a de que ela, a venda, ainda não tinha ocorrido.

Outrossim, os apelantes não deixam dúvida de houve alienação de fundo de comércio a um outro sócio, sem observar a dívida.

Diante desse quadro, prevalece, portanto, o constante da sentença, em termos que,

[...] conquanto a dívida não se tenha originado no período de gestão dos embargantes, dela estavam perfeitamente cientes e ainda assim permitiram a venda de bens da cooperativa e a

paralisação de suas atividades, sem que até agora trouxessem qualquer notícia dos referidos bens e das negociações efetivadas.

Em conclusão, apelação parcialmente conhecida e improvida.

É o voto.

Sexta Turma Suplementar

Numeração única: 0021282-66.1999.4.01.0000

Apelação/Reexame Necessário 1999.01.00.024027-3/DF

Relator: Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida (convocado)
Apelante: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Apelada: Federação Nacional dos Propagandistas, Propagandistas-Vendedores e Vendedores de Produtos Farmacêuticos – Fenaprofar
Advogada: Dra. Sônia Maria de Oliveira Basso
Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara/DF
Publicação: e-DJF1 de 08/05/2013, p. 568

Ementa

Constitucional. Processual Civil. Mandado de segurança. Princípio da não intervenção estatal na livre organização sindical. Possibilidade de publicação do pedido de registro no Diário Oficial da União. Exigência excessiva da IN 1/1997 – MT.

I. O controle da unicidade sindical é anterior à aquisição da personalidade jurídica, obtida por registro no Cartório de Registro Público de Títulos e Documentos, por configurar condição legal de sua existência jurídica. O registro no Ministério do Trabalho é condição *sine qua non* para que os sindicatos comprovem a regular constituição e representação dos seus filiados, e, assim, dispor da legitimidade processual.

II. Ao conciliar o princípio da unicidade sindical com a necessidade de prévio registro no Ministério do Trabalho, a Constituição Federal deixa claro que não haverá intervenção estatal na livre organização sindical (art. 8º, I, da CF/1988), configurando ilegalidade a exigência de documentos previstos unicamente em instrução normativa, sem respaldo em lei.

III. O registro no órgão competente tem o condão de dar oportunidade para que terceiros possuidores de interesse jurídico formulem em foro próprio e adequado, a devida impugnação.

IV. Apelação e reexame necessário não providos.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial e à apelação.

6ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 29/04/2013.

Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida: — Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Federação Nacional dos Propagandistas, Propagandistas-Vendedores e Vendedores de Produtos Farmecêuticos, em face do chefe de divisão do Cadastro Nacional de Entidades Sindicais do Ministério do Trabalho objetivado, em pedido liminar, a publicação, no *Diário Oficial da União*, do edital de conhecimento a terceiro interessado do pedido de registro da impetrante no Cadastro Nacional de Entidades Sindicais, sem incidência das novas exigências veiculadas na Instrução Normativa 1/1997 – MT.

Em sua inicial alegou que protocolizou pedido de registro em julho de 1996, sendo que diversos fatos teriam ocorrido desde a referida data, inclusive o extravio do procedimento originário.

Prossegue sustentando que efetuou novo pedido de registro em 07/05/1997, o qual foi acompanhado de todos os documentos exigidos, sendo, inclusive informado pelo secretário de relações do trabalho de que seu processo administrativo estava em ordem. No entanto, ainda assim, alega que recebeu intimação para apresentar novos documentos, uma vez que teria havido modificações em relação às exigências para o registro.

Liminar deferida às fls. 182–184, considerando excessivas as exigências da IN 1/1997 – MT.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

Pedido de inclusão da Federação Nacional dos Empregados Vendedores e Viajantes do Comércio Propagandista, Propagandistas-Vendedores e Vendedores de Produtos Farmacêuticos como litisconsorte passivo necessário às fls. 194–203, com documentos de fls. 204–266, o qual foi indeferido às fls. 271–273.

A sentença (fls. 276–283) manteve a decisão liminar já deferida para conceder a segurança pleiteada e determinar a publicação no *Diário Oficial da União* do pedido de registro da impetrante.

Em suas razões de apelação (fls. 289–295), a União pugnou pela denegação da ordem, sustentando a normalidade da análise do pedido de registro, bem como a conformidade com as normatizações vigentes à época.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 300–305 defendendo o provimento parcial do recurso.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida: — A questão controvertida diz respeito à aplicação da IN 1/1997 – MT ao pedido de registro protocolizado pelo impetrante, o qual foi obrigado a apresentar novos documentos exigidos pela referida IN, quando, conforme alega, seu processo administrativo já estaria em ordem.

Para o deslinde do presente caso, faz-se necessário observar o princípio da não intervenção estatal na livre organização sindical, que está insculpido no inciso I do art. 8º da Constituição Federal de 1988. Pelo nominado princípio, não pode a lei exigir autorização do Estado para fundação de sindicato, sendo ressalvada apenas a necessidade de registro no órgão competente.

É imprescindível atentar para o fato de que o referido registro exigido pelo art. 8º da Carta Republicana não confere personalidade jurídica ao sindicato, dando a ele unicamente legitimidade para exercer os atos para os quais foi constituído. A personalidade jurídica é obtida nos termos da Lei Civil (à época, art. 18 do Código Civil de 1916). Assim, o registro no órgão competente tem o condão unicamente de dar oportunidade para que terceiros possuidores de interesse jurídico formulem em foro próprio e adequado, a devida impugnação. Nesse sentido, confira-se precedente do c. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SINDICATO. PERSONALIDADE JURÍDICA. REGISTRO. CARTÓRIO COMPETENTE. PRECEDENTES.1. Consoante jurisprudência firme desta Corte, a entidade sindical adquire personalidade jurídica com o registro em Cartórios de Registro de Títulos e Documentos e Registro Civil de Pessoas Jurídicas, sendo mera formalidade a exigência do registro junto ao Ministério do Trabalho e emprego. 2. Recurso ordinário conhecido e provido para afastar a extinção do processo sem julgamento do mérito (15245 DF 2002/0099865-2, Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Data de Julgamento: 17/08/2004, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 04/10/2004 p. 220RLTR vol. 2 FEVEREIRO/2005 p. 211RSTJ vol. 184 p. 211)

Deste modo, observa-se perfeita consonância entre a decisão que deferiu a liminar pleiteada e a sentença ora recorrida, a qual concedeu a segurança, no

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga (convocado).

sentido de que não deve haver óbice para a publicação do pedido de registro no *Diário Oficial da União*, uma vez que é mera formalidade, posto que prevalece a não interferência do Estado na livre organização sindical. Com isso, qualquer exigência que exceda a finalidade essencial e primeira do ato visado torna-se abusiva, vio-

lando um direito fundamental que está estampado nas páginas da Constituição Republicana de 1988.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e ao reexame necessário.

É como voto.

Sétima Turma Suplementar

Numeração única: 0002809-21.2002.4.01.3300

Apelação/Reexame Necessário 2002.33.00.002790-9/BA

Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado)
Apelante: Fernando Carlos de Oliveira
Advogados: Dr. Pedro Mottin e outros
Apelante: Fazenda Nacional
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Apelados: os mesmos
Remetente: Juízo Federal da 14ª Vara/BA
Publicação: e-DJF1 de 03/05/2013, p. 730

Ementa

Tributário. Mercadoria importada. Despacho aduaneiro. Bagagem desacompanhada. Propriedade das mercadorias comprovadas. Abandono de bens. Não comprovação. Intenção de desembaraçar as mercadorias comprovadas. Presunção de abandono afastada.

I. Está devidamente comprovada nos autos, através de robusta prova documental, a propriedade das mercadorias objetos do *writ*, falecendo razão à autoridade coatora ao afirmar que o impetrante não é o real consignatário dos bens em lide.

II. Nos termos do art. 23, II, *a*, do Decreto-Lei 1.455/1976, considerar-se-á dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias importadas e que forem consideradas abandonadas, por não ter sido iniciado seu despacho aduaneiro no prazo de 90 (noventa) dias.

III. O entendimento jurisprudencial firmado pelo STJ, contudo, é que para ser decretada “[...] a pena de perdimento de bens, prevista no art. 23 do Decreto-Lei 1.455/1976, faz-se necessária a comprovação da intenção do agente de abandonar a mercadoria importada. Com efeito, o mero transcurso do prazo de 90 (noventa) dias sem que tenha havido o respectivo desembaraço da mercadoria não enseja, por si só, a aplicação da referida pena.” (REsp 200301005490, João Otávio de Noronha – Segunda Turma, DJ Data: 07/02/2007, p. 278. DTPB.)

IV. O art. 3º da IN/SRF 117/1998, exclui do conceito de bagagem aqueles bens cuja natureza configure importação para fim comercial.

V. Afasta-se, portanto, a aplicação do disposto no art. 9º, II, *c*, da IN/SRF 117/1998, ante o manifesto intuito de comercializar as mercadorias importadas.

VI. Os bens importados devem retornar ao local onde se encontravam armazenados, de forma que sua liberação seja procedida tão somente depois de findado o regular processo administrativo de despacho aduaneiro, com o pagamento dos tributos devidos.

VII. Apelação da Fazenda Nacional e do impetrante a que se nega provimento.

VIII. Remessa oficial a que se dá parcial provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação da Fazenda Nacional e do impetrante, e dar parcial provimento à remessa oficial.

7ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 02/04/2013.

Juiz Federal *Carlos Eduardo Castro Martins*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins: — Trata-se de remessa oficial e apelações interpostas pela Fazenda Nacional e por Fernando Carlos de Oliveira, nos autos do presente mandado de segurança impetrado em face de ato indigitado coator do inspetor da Alfândega do Aeroporto Internacional Deputado Luis Eduardo Magalhães, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos da inicial, nos termos do dispositivo a seguir transcrito:

Ante o exposto, julgo procedente, em parte, o pedido, para reconhecer o direito da impetrante de ter seguimento o despacho aduaneiro relativo às mercadorias descritas no conhecimento de embarque aéreo n. 527 2081 6063 3533546, detalhadas nas notas fiscais n. 56676 e 56677 (Declaração de Importação 02/0005333-6), determinando a retificação das informações constantes no sistema MANTRA e no SISCOMEX.

Sustenta a Fazenda Nacional, em síntese, que houve o abandono da carga importada, por não ter sido o despacho aduaneiro de importação iniciado dentro do prazo regulamentar, o que implicou aplicação da pena de perdimento de bens.

Assevera que o impetrante não comprovou a propriedade dos bens, haja vista diversas contradições existentes nos documentos que acompanharam as mercadorias.

Requer, por fim, seja determinado o retorno dos bens ao local de armazenagem.

Argumentou o impetrante que é incabível a tributação dos bens retidos pela autoridade aduaneira, uma vez que não configuram importação, porquanto permanecerão temporariamente no País, merecendo assim regime aduaneiro especial. Verbera que os produtos consubstanciam-se apenas em amostras, não sendo destinados a vendas.

Houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo parcial provimento do apelo do impetrante, e pelo não

provimento da apelação da Fazenda Nacional e da remessa oficial.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins: — Inicialmente, não merece prosperar a preliminar de intempestividade suscitada pela impetrante em suas contrarrazões, na medida em que a intimação da União é pessoal (art. 6º da Lei 9.028/1995). Ressalte-se que, nos termos do art. 188 do CPC, em se tratando de Fazenda Pública, computar-se-á em dobro o prazo para recorrer. Assim, considerando que a União foi pessoalmente intimada da sentença em 30/08/2002, afigura-se tempestivo os embargos de declaração opostos, e por conseguinte, a apelação interposta 14 dias após a intimação da sentença integrativa.

Rejeito, pois, a preliminar em referência.

No mérito, verifico que as informações constantes nos autos são suficientes para aferir a propriedade dos bens retidos pela autoridade aduaneira.

Nesse contexto, razão assiste à argumentação apresentada pelo juízo *a quo*, motivo pelo qual transcrevo trechos da sentença proferida em primeiro grau, que definiu a situação fática com maestria, *in verbis*:

Em junho de 2001, mudou-se o impetrante para o Brasil, após 10 anos morando no exterior, a fim de trabalhar como distribuidor, não exclusivo, da empresa ITEC, tendo esta lhe fornecido, em consignação, as mercadorias constantes do conhecimento de embarque aéreo n. 527 2081 6036 3533546, detalhadas nas notas fiscais n. 56676 e 56677, tendo havido, entretanto, equívoco na escrituração do Conhecimento Aéreo e das notas das mercadorias a serem despachadas em nome do impetrante, visto que a seu nome não houve qualquer menção, inserindo-se como destinatário

*Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado).

das mercadorias apenas a expressão “Color Guy”, referente ao seu endereço eletrônico (colorguy@hotmail.com), seguido do endereço de sua sogra, onde residiria provisoriamente. Tais fatos encontram-se comprovados pelos documentos de fls. 21, 23, 27/28, 31, 40/41 e 53/54.

Apresenta, ainda, as cartas de fls. 73/74, expedidas pela Imaging Technologies Corporation (ITEC) e pela Kintetsu World Express do Brasil (KWE), corrigindo o equívoco em relação ao seu nome, entregues à autoridade alfandegária em 07/12/2001, conforme consta no documento de fl. 72.

Assim, quanto ao reconhecimento da legitimidade do impetrante, enquanto real destinatário da carga constante do conhecimento do embarque aéreo n. 527 2081 6036 3533546, detalhada nas notas fiscais n. 56676 e 56677, restou sobejamente provado, de acordo com os documentos juntados aos autos, em especial as cartas de correção da ITEC e da KWE, como determinado no art. 49 do Regulamento Aduaneiro (RA), dirigida pelo emitente do conhecimento à autoridade aduaneira do local de descarga.

Em que pese haver a menção das expressões “color guy” e “color delta”, a dificultar a identificação em relação ao nome do Sr. Fernando Carlos de Oliveira, reconhece-se que, em verdade, ambas referem-se a endereços eletrônicos utilizados pelo impetrante (fls. 53/54 e 85), através dos quais se dava a comunicação com a empresa ITEC. Portanto, não tem razão a autoridade coatora ao afirmar que não é o impetrante o “real consignatário das mercadorias em lide”. (os grifos não constam no original).

Reconhecida a propriedade dos bens como sendo do impetrante, passo a analisar o argumento de que houve abandono de carga, por não ter sido iniciado, no prazo regulamentar, o despacho aduaneiro.

Consoante os documentos carreados aos autos, os bens que foram retidos pela autoridade aduaneira desembarcaram na cidade de Salvador em 15 de agosto de 2001, sendo este fato incontroverso. Conforme documento de fl. 61, ainda na esteira do afirmado pelo impetrante, o requerimento para despacho das mercadorias foi protocolado apenas em 14 de novembro de 2001, ou seja, 91 (noventa e um) dias após o desembarque dos objetos no território nacional.

A propósito, vale transcrever o teor do art. 23 do Decreto-Lei 1.455/1976, que dispõe sobre bagagem de passageiro procedente do exterior, estabelecendo normas sobre mercadorias estrangeiras apreendidas, *in verbis*:

Art. 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

I - importadas, ao desamparo de guia de importação ou documento de efeito equivalente,

quando a sua emissão estiver vedada ou suspensa na forma da legislação específica em vigor;

II - importadas e que forem consideradas abandonadas pelo decurso do prazo de permanência em recintos alfandegados nas seguintes condições:

a) 90 (noventa) dias após a descarga, sem que tenha sido iniciado o seu despacho; ou

b) 60 (sessenta) dias da data da interrupção do despacho por ação ou omissão do importador ou seu representante; ou

c) 60 (sessenta) dias da data da notificação a que se refere o artigo 56 do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966, nos casos previstos no artigo 55 do mesmo Decreto-lei; ou

d) 45 (quarenta e cinco) dias após esgotar-se o prazo fixado para permanência em entreposto aduaneiro ou recinto alfandegado situado na zona secundária.

III - trazidas do exterior como bagagem, acompanhada ou desacompanhada e que permanecerem nos recintos alfandegados por prazo superior a 45 (quarenta e cinco) dias, sem que o passageiro inicie a promoção, do seu desembarço; (os grifos não constam no original).

[...]

Parágrafo único: O dando ao Erário decorrente das infrações previstas no “caput” deste artigo, será punido com a pena de perdimento de bens. (Os grifos não constam no original).

Noutro sentido, apesar da expressa previsão legal relativamente ao prazo de 90 (noventa) dias para se dar início ao desembarço aduaneiro, o entendimento jurisprudencial firmado pelo Superior Tribunal de Justiça é que

[...] para que se decrete a pena de perdimento de bens, prevista no art. 23 do Decreto-Lei 1.455/1976, faz-se necessária a comprovação da intenção do agente de abandonar a mercadoria importada.

Desse modo, “o mero transcurso do prazo de 90 (noventa) dias sem que tenha havido o respectivo desembarço da mercadoria não enseja, por si só, a aplicação da referida pena”. (REsp 200301005490, João Otávio de Noronha – Segunda Turma, DJ Data: 07/02/2007, p. 278. DTPB.)

Necessário, destarte, que seja aberto procedimento administrativo-fiscal para que se possa apurar, de forma objetiva, o ânimo em abandonar o bem, nos termos do Decreto-Lei 1.455/1976. Nos casos em que é manifesta a intenção de desembarçar as mercadorias, afasta-se a presunção de abandono.

Confira-se a esse respeito os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO – MERCADORIA IMPORTADA – ABANDONO – ART. 23, DL N. 1.455/76 –

NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ÂNIMO DE ABANDONAR – INTENÇÃO DE DESEMBARAÇAR AS MERCADORIAS COMPROVADA – PRESUNÇÃO DE ABANDONO AFASTADA.

1. *Esta Corte já sedimentou o entendimento de que a caracterização do abandono previsto no art. 23 do Decreto-Lei n. 1.455/76 depende da instauração de processo administrativo-fiscal (art. 27 do DL) para que se verifique a intenção do agente. Precedentes.*

2. *Nos casos em que é manifesta a intenção de desembaraçar as mercadorias, afasta-se a presunção de abandono.*

3. A agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental improvido.

(AGRESP 200900068370, HUMBERTO MARTINS - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:16/09/2009 ..DTPB:.) (Os grifos não constam no original).

TRIBUTÁRIO. MERCADORIA IMPORTADA. ABANDONO. NÃO COMPROVAÇÃO. PENA DE PERDIMENTO. INAPLICABILIDADE.

1. *Para que se decrete a pena de perdimento de bens, prevista no art. 23 do Decreto-Lei n. 1.455/76, faz-se necessária a comprovação da intenção do agente de abandonar a mercadoria importada. Com efeito, o mero transcurso do prazo de 90 (noventa) dias sem que tenha havido o respectivo desembaraço da mercadoria não enseja, por si só, a aplicação da referida pena. Precedentes.*

2. Recurso especial improvido.

(RESP 200301005490, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:07/02/2007 PG:00278 ..DTPB:.) (Os grifos não constam no original).

Apesar de claramente extemporâneo o requerimento do impetrante para o recebimento das mercadorias importadas, está claro nos autos que há intenção do agente em desembaraçar as mercadorias. Com efeito, houve a solicitação de disponibilização da carga, protocolado em 14/11/2001 (fl. 61), antes mesmo de ser instaurado qualquer procedimento administrativo-fiscal, o que se coaduna com o entendimento acima transcrito.

Por outro lado, não merece prosperar o pedido de aplicação do disposto no art. 9º, II, alínea c, da IN/ SRF 117, de 6 de outubro de 1998, que prevê a isenção de impostos para “ferramentas, máquinas, aparelhos e instrumentos necessários ao exercício de sua profissão,

arte ou ofício”. É que o impetrante não produziu qualquer prova de que tais instrumentos não seriam utilizados para fins comerciais, tampouco que as mercadorias permaneceriam no território nacional em regime de admissão temporária. Sabe-se que alegar e não provar é o mesmo que não alegar.

Nessa linha de pensamento, o art. 3º da referida instrução normativa da Secretaria da Receita Federal exclui do conceito de bagagem aqueles bens cuja natureza configure importação para fim comercial.

Enfatizo, por oportuno, que as mercadorias objeto deste *writ* foram enviadas ao impetrante em razão de um contrato firmado com a Itec (*Imaging Technologies*), que tem por finalidade a distribuição e venda dos produtos fabricados ou comercializados pela referida empresa. Resta claro, portanto, o intuito de comercializar os produtos importados.

Por fim, entendo que os bens importados devem retornar ao local onde se encontravam armazenados, de forma que sua liberação seja procedida tão somente depois de findado o regular processo administrativo de despacho aduaneiro, com o pagamento dos tributos devidos.

Por todo o exposto, nego provimento à apelação da Fazenda Nacional e do impetrante, e dou parcial provimento à remessa oficial, bem como da remessa oficial, apenas para determinar o retorno dos bens objetos deste *writ* ao local onde se encontravam armazenados, de forma que sua liberação seja procedida tão somente depois de findado o regular processo administrativo de despacho aduaneiro, com o pagamento dos tributos devidos.

É como voto.

Sétima Turma Suplementar

Numeração única: 0051520-19.1999.4.01.9199

Apelação Cível 1999.01.00.060257-8/MG

Relator: Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado)
Apelante: Simão Carlos Pereira Filho
Advogados: Dr. Castor Amaral Filho e outros
Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação: e-DJF1 de 07/06/2013, p. 1.425

Ementa

Tributário e Administrativo. Oficial registro de imóveis. CND. Exigência por ocasião do registro. Dispensa à época mediante declaração da empresa de que o imóvel não integrava o ativo permanente.

I. Malgrado a insistência do INSS em afirmar da necessidade sempre presente, independentemente de quaisquer fatores, da apresentação da CND no momento do registro, a verdade é que a regulamentação da Lei 8.212/1991 sempre previu situações excepcionais.

II. Se a regência normativa da época dispensava a apresentação de CND mediante simples declaração de que o imóvel não integrava o ativo permanente da empresa, o que ocorreu no caso dos autos, como se vê na escritura de fl. 9, não se pode impor multa ao tabelião responsável pelo registro. Se a declaração é falsa como afirma o fiscal do INSS, que se tomem as devidas medidas contra o declarante.

III. Recurso que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento à apelação.

7ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 16/04/2013.

Juiz Federal *Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo: — Trata-se apelação interposta por Simão Carlos Pereira Filho em razão de sentença (fls. 48–49) que rejeitou os embargos à execução, determinado o prosseguimento da execução fiscal proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Condenou o embargante ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Em suas razões recursais (fls. 53-59), o apelante postula reformar a sentença sob o argumento de que a legislação que se operava à época não exigia apresentação da CND quando o imóvel vendido não integrasse o ativo permanente da vendedora, “fato a ser declarado sob responsabilidade civil e criminal e que deverá constar no respectivo registro”.

Para fundamentar o apelo, o recorrente invoca o disposto no art. 135 do Decreto 83.081/1979, com a redação dada pelo Decreto 90.817/1985. Por fim, alerta o que disciplinava a Ordem de Serviço 32 de 25/03/1992.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo: —

Com razão a recorrente.

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado).

A sentença recorrida julgou a ação com base no fundamento de que a embargante não se desincumbiu de provar que o imóvel cuja não apresentação da CND para o registro respectivo ensejou a imposição de multa não integrasse o seu ativo permanente.

Nada obstante, o que é objeto de exame é se era obrigatório, na época, ao oficial do registro a exigência da apresentação da CND em casos como os dos autos para fins de registro de imóvel, e a resposta é não.

Com efeito, malgrado a insistência do INSS em afirmar da necessidade sempre presente, independentemente de quaisquer fatores, da apresentação da CND no momento do registro, a verdade é que a regulamentação da Lei 8.212/1991 sempre previu situações excepcionais.

No caso dos autos, a sucessão dessa regência foi bem historiada pelo embargante:

Em 24.07.91 foi promulgada a Lei 8.212 que instituiu o Plano de Custeio da Previdência Social, posteriormente regulamentada pelo Decreto 356, de 0.12.91, o qual, por sua vez, dispôs em seu art. 165 que: *‘As disposições contempladas no Regulamento do Custeio da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 83.081, de 24.01.79, com as alterações introduzidas pelo Decreto 90.817, de 17.01.85, não constantes deste Regulamento, aplicam-se subsidiariamente, no que couber, até que seja publicada a Consolidação dos Regulamentos da Organização e do Custeio da Seguridade Social’* (grifo nosso).

Portanto, o novo ordenamento legal recepcionou o art. 135 do Decreto 83.081/79, com a nova redação que lhe deu o Decreto 90.817/85, passando a dispor que: *‘Independem de apresentação da CND – item III – a transação imobiliária realizada por empresa que exerce a atividade de comercialização de imóveis, desde que o imóvel negociado não faça parte do seu ativo permanente, de fato a ser declarado sob responsabilidade civil e criminal e que deverá constar do registro respectivo’* (grifamos), com isto ficando evidente que ainda se encontra em vigor tal dispositivo uma vez mantida a determinação pelo Decreto 612/92, que por sua vez recepcionou igualmente o Decreto 356, nesta parte especificamente, ao não dispor de forma conflitante, até porque no seu art. 176 também estabeleceu expressamente serem aplicáveis subsidiariamente as disposições do Decreto 83.081, alteradas pelo Decreto 90.817.

Posteriormente veio a Ordem de Serviço nº 32, de 25/03/1992, do Diretor de Arrecadação e Fiscalização do INSS a estabelecer que *‘8. Não será exigida a apresentação de CND para: b) a transação imobiliária realizada por empresa que exerce a atividade de comercialização de imóveis, desde que o imóvel negociado não faça parte do seu ativo permanente, fato a ser declarado sob responsabilidade*

civil e criminal e que deverá constar do registro respectivo.

A seu turno, a Ordem de Serviço publicada no D.O. de 08/04/92 não trouxe qualquer determinação diversa, bem assim a Ordem de Serviço 52, de setembro do mesmo ano, as quais não fizeram mais do que disciplinar administrativamente a aplicação da Lei 8.212/91 e seu preceito regulamentador, o Decreto 356, surtindo efeitos ex tunc. (Fls. 2–3)

[...]

E, para afastar de vez qualquer dúvida que se possa ter nesse sentido, o próprio embargado editou a Ordem de Serviço nº 163, da Diretoria de Arrecadação e Fiscalização, onde estabeleceu claramente que:

‘8.1 – As empresas que exploram atividades de compra e venda de imóveis ficam dispensadas da apresentação de CND decorrente da transação imobiliária (Inciso I, letra ‘b’ do item 7), desde que o imóvel não faça parte do seu ativo permanente, e as edificações e benfeitorias, se houver, estejam regularmente averbadas no Registro de Imóveis.

8.2 – O dispositivo no subitem anterior não dispensa a apresentação de CND para as hipóteses previstas nos incisos II e III do item 7 e nem se aplica às empresas que não tenham entre seus objetivos econômicos a atividade de venda de imóveis.

8.3 – Na hipótese do subitem 8.1 o fato será confirmado mediante apresentação dos respectivos atos constitutivos, declarado sob as penas da lei e constará do registro da respectiva transação’ (grifamos). (Fl. 5)

Vale menção que a Instrução Normativa DC/INSS 71 de 10/05/2002, que revogou a OS 163, dispôs no seu art. 251 que:

Art. 251. A empresa que explora exclusivamente atividade de compra e venda de imóveis, de locação, de desmembramento ou de loteamento de terrenos, de incorporação imobiliária ou de construção de imóveis destinados à venda fica dispensada da apresentação de CND ou de CPD-EN na transação imobiliária decorrente de sua atividade econômica.

§ 1º O lançamento contábil do imóvel objeto da transação deverá estar no ativo circulante, fato que será declarado pela empresa ao INSS, sob as penas da lei, e que constará no registro da respectiva transação no cartório de registro de imóveis. (NR) (Redação dada ao parágrafo pela, D.O.U. 28/08/2002, com efeitos a partir de 01/09/2002)

Portanto, se a regência normativa da época dispensava a apresentação de CND mediante simples declaração de que o imóvel não integrava o ativo permanente da empresa, o que ocorreu no caso dos autos, como se vê na escritura de fl. 9, não se pode impor multa ao tabelião responsável pelo registro. Se a

declaração é falsa como afirma o fiscal do INSS, que se tomem as devidas medidas contra o declarante.

Posto isso, dou provimento ao recurso, com inversão dos ônus da sucumbência.

É o voto.

Agravo de Instrumento 0025127-18.2013.4.01.0000/PA

Relatora : Desembargadora Federal Selene Almeida
Agravante: Norte Energia S.A.
Advogado: Dr. André Ribas de Almeida
Agravados: Indígenas Integrantes das Comunidades Munduruku, Araras, Juruna, Kayapo, Xipaya, Kuruaya, Assurini, Parakana
Publicação: e-DJF1 de 14/05/2013, p. 114 –121

Decisão

A empresa Norte Energia S.A. interpõe agravo de instrumento em face de decisão do Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Altamira/PA que, nos autos da Ação de Reintegração de Posse 681-76.2013.4.01.3903, ajuizada pela agravante, indeferiu a liminar requerida.

Relata a agravante:

1. No dia 02/05/2013, quinta-feira, pela manhã, aproximadamente 60 (sessenta) índios, supostamente de oito tribos diferentes (Munduruku, Araras, Juruna, Kayapó, Xipaya, Kuruaya, Assurini e Parakanã), acompanhados de outros indígenas ribeirinhos, e de pessoas não indígenas com qualificação desconhecida, invadiram o canteiro de obras da Usina Hidrelétrica (UHE) Belo Monte, denominado Sítio Belo Monte.
2. Ao chegarem ao local, os invasores exigiram a imediata paralisação das atividades no canteiro de obras, sendo que, temendo por sua segurança, os funcionários da agravante foram obrigados a suspender sua atividade laboral, sendo que alguns foram coagidos a deixar o local.
3. Diante do esbulho possessório praticado e dos prejuízos para o interesse público e dos riscos que essa ocupação ilegal causa, a agravante propôs ação de reintegração de posse com pedido de liminar no dia 03/05/2013.

Afirma que o juízo *a quo*, apesar de reconhecer na decisão agravada a violação do direito da agravante ante o esbulho perpetrado, negou-lhe o direito de ser reintegrada na posse do imóvel que ocupa para o exercício de atividade de interesse público.

Sustenta a empresa agravante, em síntese, o seguinte:

a) que a ocupação compromete o cumprimento do cronograma de obras da Usina Hidrelétrica Belo Monte, podendo levar ao atraso de vários meses na conclusão da obra, que é essencial para o sistema elétrico nacional, sendo prioritária para o desenvolvimento do País e parte do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC do Governo Federal;

b) existe risco iminente de conflito entre os 4.000 funcionários que estão alojados no local e os índios que invadiram o canteiro de obras, tendo em vista que os agravados constantemente ameaçam invadir os dormitórios onde residem os alojados, interditar o refeitório que prepara as refeições dos trabalhadores, cortar a luz e água potável que abastecem o canteiro;

c) a análise imediata do presente recurso é fundamental para evitar prejuízos financeiros de grande monta para a agravante, sendo que o prejuízo diário com a paralisação das obras, entre salário de 4.000 (quatro mil) funcionários ociosos, mas à disposição, locação de serviços e materiais ociosos, mas à disposição por prestadores de serviço ainda não foi calculado, mas certamente é da ordem de alguns milhões de reais.

d) estão presentes os requisitos para o deferimento liminar de reintegração de posse previstos no art. 927 do CPC;

e) no presente caso a situação assume contornos ainda mais graves:

[...] porque é público e notório (tendo o fato sido noticiado na imprensa e inclusive provado na petição inicial de reintegração), que o que os invasores exigem para desocupar o imóvel é algo que está absolutamente fora da alçada de competência da agravante: a regulamentação, pelo governo federal, da Convenção n. 169 da OIT.

30. Noutras palavras, sequer há o que transigir com os agravados, pois o que eles pleiteiam não tem qualquer relação com a agravante ou com o empreendimento Usina Hidrelétrica Belo Monte.

31. Tanto está fora da alçada da agravante que os invasores sequer aceitam conversar com a agravante ou até mesmo com a FUNAI, mas apenas com a Exma. Sra. Presidenta da República em pessoa ou com o Ministro Gilberto Carvalho. (grifos no original)

f) os invasores veicularam pela imprensa a denominada *Carta da ocupação de Belo Monte*, fato que levou à Polícia Federal a apresentar relatório no qual está consignado:

h) que os invasores manifestaram que não desocuparão o canteiro de obras da UHE Belo Monte, *sendo sua reclamação voltada basicamente contra a intenção do Governo Federal de construir uma usina hidrelétrica no rio Tapajós (UHE São Luiz do Tapajós), próximo ao município de Itaituba/PA*, fato que deslegitima sua presença no local e demonstra que não tem pleito passível de negociação com os proprietários da obra invadida [...] (grifos no original)

Requer, ao fim, a antecipação da tutela recursal a fim de que seja determinada a imediata reintegração de posse da área.

É o relatório do essencial.

Decido.

A leitura da decisão agravada revela que o juízo *a quo* indeferiu o pedido liminar de reintegração de posse à consideração de que a utilização de força pode ensejar conflito de modo a gerar riscos à integridade física dos indígenas, empregados da autora e agentes públicos. Determinou, no entanto, a realização de negociações entre os invasores, a Funai e a agravante de modo a obter a desobstrução pacífica da área.

A decisão agravada, em que pesem os termos nos quais proferida, não merece prosperar.

A questão relativa a Belo Monte e o pleito relativo à regulamentação, pelo Governo Federal, da Convenção 169 da OIT já foram apreciados pela Quinta Turma desta Corte.

A judicialização das questões indígenas suscitadas

Recentemente, a Quinta Turma apreciou relevantes questões acerca na necessidade de consulta aos povos indígenas antes de empreender ou autorizar qualquer programa de exploração dos recursos existentes em suas terras.

A Convenção 169 da OIT é de fundamental importância para a causa, porque confere proteção aos “recursos naturais existentes nas terras indígenas”, sendo irrelevante para os fins da citada norma internacional se o empreendimento está dentro ou fora da reserva indígena.

Ao me manifestar em embargos de declaração acerca da necessidade de consulta aos povos indígenas no caso da construção da Usina de Belo Monte, proferi o seguinte voto vogal, no julgamento dos declaratórios:

[...]

Estas normas cuidam do direito à consulta prévia, que pode ser resumido como a possibilidade que os povos indígenas e tribais têm de influenciar concretamente o processo de tomada de decisões que afetem radicalmente suas vidas, e que tal consulta deve ser realizada pelos representantes dos povos indígenas e tribais.

Os votos vencedores em nenhum momento abordaram a questão que o Brasil se comprometeu internacionalmente a adotar o procedimento da consulta prévia, pois tal consulta significa, antes de tudo, diálogo e negociação, um espaço democrático em busca de solução consensual para empreendimentos que afetem povos indígenas e tribais.

Quero deixar expresso que não estou discutindo aqui, nem o fiz por ocasião do julgamento da apelação contra sentença de 1º grau, a opção do Governo Federal em investir em hidroelétricas, nem a conveniência e oportunidade da construção de Belo Monte, nem a destinação da energia (isto é, se haverá uso de bem coletivo para fins privados). A matéria objeto de conhecimento restringe-se pura e simplesmente à observância de norma constitucional expressa e uma convenção de direitos humanos, que foi internalizada no ordenamento jurídico pátrio pelo legislador.

Tem mais. Embora possa estar aqui pregando no deserto, não posso deixar de mencionar que talvez estejamos, no caso de Belo Monte, apenas diante da primeira construção de uma grande usina, com potenciais de impacto imenso no meio ambiente, e que afetará populações indígenas e ribeirinhos e, eventualmente, outras populações tradicionais que não são mencionadas nos autos. Não podemos começar errando. Nossos quinhentos anos de erros relativamente ao trato com os povos indígenas não mais se justificam, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da consciência social e ética que este país adquiriu, principalmente após a redemocratização.

Repito mais uma vez: o Plano Decenal de Energia Elétrica e o Plano de Aceleração de Crescimento, 2011/2020, apontam que pelo menos trinta hidroelétricas, com menor ou maior potencial de impacto, poderão em seu conjunto fazer surgir uma nova configuração ambiental e social na região Norte.

Em audiência pública realizada neste Tribunal, que antecedeu o julgamento da apelação nestes autos, técnicos extremamente capacitados do Ministério das Minas e Energia fizeram exposições em que narraram esses projetos de construção de hidroelétricas em prospecção, e que só no Rio Tapajós, no Pará, serão construídas doze usinas. A bem da verdade, os estados do Acre, Amazonas, Pará, Tocantins, Mato Grosso e Maranhão estão na lista dos projetos.

No balanço do primeiro ano do PAC II, 2012/2015, divulgado em março de 2012, é apresentado, de início, um conjunto de vinte e sete hidroelétricas, entre obras em avançado estágio de construção e obras que ainda estão no papel. No plano, estão previstos investimentos da ordem de reais, 94,14 bilhões para a construção de hidroelétricas na Amazônia. No momento, são reais 67,38 milhões para obras em andamento (Jirau, Santo Antônio, Belo Monte, Santo Antônio do Jari, Colider, Teles Pires, Estreito, Ferreira Gomes), e mais, reais, 27,78 bilhões em novas usinas (São Luiz do Tapajós, Jatobá, São Manuel, Sinop).

Estas construções e investimentos são considerados estratégicos pelo Governo para se conseguir energia limpa para o país, tendo em vista a necessidade de se atender o desenvolvimento e aumento da população brasileira nas próximas décadas.

Nesse diapasão, cinco bacias hidrográficas localizadas só no estado do Amazonas estão sendo inventariadas para que seja avaliada a possibilidade de construção de hidroelétricas: Bacia do Rio Negro, Bacia do Sucunduri, Bacia do Acari e Bacia do Aripuanã, as três últimas na região do município do Apuí. Nas três últimas bacias, há nove unidades de conservação estaduais e, pelo menos, cinco federais. Os estudos do potencial energético dessas bacias integram o PAC V e o PAC da Energia.

O governo está, pois, como se vê, procedendo a estudos e inventários para construções que se realizarão a médio e longo prazos. Numa concepção moderna de administração, o governo pode e deve gerir o setor energético de uma forma geral, e o setor elétrico, em particular para o efeito de: a) formular políticas públicas e b) fazer planejamento e regular o mercado. A expansão da capacidade de geração de energia do país deve ter, como antecedente, planejamentos que levam em conta vários cenários de crescimento econômico, necessidade do mercado de energia elétrica, expansão da demanda, aumento populacional etc.

Ora, se a atividade de formulação de políticas públicas na área de energia é atividade do governo que se processa a médio e longo prazo, se o Estado brasileiro anuncia à sociedade essas metas, para se fazer, inclusive, atividades de avaliação, estudos de viabilidade, se sabe, a priori, quais serão os locais de possível construção não existe motivo para a improvisação que ora se assiste no tema de consulta prévia de povos indígenas relativamente às obras que os afetarão de forma permanente, irreversível.

Por que não considera, também antecipadamente, a necessidade de consulta do gênero humano que sofrerá os impactos?

Faço essas observações, mais uma vez, para afirmar que podemos fazer diferente, que, se podemos estudar as necessidades econômicas de energia limpa a médio e longo prazo, e também os estudos e o procedimento que o Estado brasileiro necessita fazer no que tange à consulta prévia dos povos indígenas. Se o procedimento ainda não existe, o Brasil pode olhar a experiência de seus vizinhos latino-americanos. O meu voto aponta apenas para uma possibilidade de procedimento por parte do Congresso Nacional, da FUNAI e do IBAMA, e poderá ser aperfeiçoado, melhorado, e aplicado em nosso país.

Agora, uma palavra, tendo em vista o adiantado da hora, sobre a hipótese de se conferir efeito infringente aos presentes declaratórios.

O art. 535 do CPC define os limites dos embargos de declaração e sabe-se que os declaratórios não têm efeito substitutivo, previsto no art. 512 do mesmo Código. O objetivo desse recurso em sentido estrito é de sanear o ato impugnado. O efeito modificativo é uma atuação excepcional e significa somente um efeito secundário do saneamento nas hipóteses que o legislador especifica.

No caso em exame, trata-se de embargos opostos pelo parquet federal, no qual se alega ocorrência de comissões de questões de fato que não foram apreciadas.

A singela leitura dos embargos de declaração, do voto condutor e daquele que seguiu a divergência revela o fato de que o venerando acórdão embargado é infra petita. A jurisdição não foi prestada totalmente, parte do thema decidendum para o qual esta Corte regional foi provocada não foi totalmente apreciado. As omissões, como mostra o voto do eminente relator, nestes declaratórios, são patentes. Por isso é possível se reabrir o julgamento com a possibilidade de se também reabrir a discussão e se tornar ineficaz a decisão embargada. O caso em exame não é de substituição do caso embargado, mas de expansão do julgamento, tendo em vista questões que não formam objeto de análise.

Assim sendo, considerando a excepcionalidade do caso, a importância do tema no que tange ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, a proteção constitucional dos direitos indígenas e do meio ambiente, acompanho o eminente relator, para se conferir efeitos infringentes ao acórdão desta 5ª Turma que julgou a apelação.

É o voto.

O acórdão que decidiu os embargos de declaração no caso Ministério Público Federal vs. União restou assim ementado:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. USINA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE, NO ESTADO DO PARÁ. AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL (DECRETO LEGISLATIVO Nº. 788/2005) DESPROVIDA DE AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. VIOLAÇÃO À NORMA DO § 3º DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C OS ARTS. 3º, ITEM 1, 4º, ITENS 1 E 2, 6º, ITEM 1, ALÍNEAS A, B, E C, E 2; 7º, ITENS 1, 2 E 4; 13, ITEM 1; 14, ITEM 1; E 15, ITENS 1 E 2, DA CONVENÇÃO Nº. 169/OIT. NULIDADE. OMISSÃO DO JULGADO. OCORRÊNCIA. EFEITOS MODIFICATIVOS. POSSIBILIDADE.

I - Deixando o acórdão embargado de se pronunciar acerca de questão relevante ao deslinde da demanda, como no caso, em que a Turma julgadora não se manifestou acerca da violação da norma dos arts. 3º, item 1, 4º, itens 1 e 2, 6º, item 1, alíneas a, b, e c, e 2; 7º, itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2 da Convenção nº. 169/OIT, impõe-se o acolhimento dos embargos de declaração, veiculados com a finalidade de suprir-se a omissão apontada.

II - A discussão que se travou nestes autos gira em torno de direitos difusos, de natureza sócio-ambiental, por se tratar da instalação de empreendimento hidrelétrico, encravado no seio da Amazônia Legal, com reflexos diretos não só em todos os ecossistemas ali existentes, mas, também, primordialmente, em terras e comunidades indígenas, com influência impactante sobre suas crenças, tradições e culturas, conforme assim noticiam os elementos carreados para os presentes autos, a revelar o caráter de repercussão geral da controvérsia instaurada neste feito judicial, que, por sua natureza ontológica, é de caráter difuso-ambiental, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político ou econômico, como no caso, ante o fenômeno da transcendência das questões discutidas no processo judicial, porque diretamente vinculadas à tradicional teoria da gravidade institucional, na visão da Corte Suprema da Argentina, já recepcionada pela doutrina, pela legislação processual (CPC, arts. 543-A, § 1º, e 543-C, caput) e pela jurisprudência dos Tribunais do Brasil, na compreensão racional de que tais questões excedem ao mero interesse individual das partes e afetam de modo direto o da comunidade em geral, a desatrelar-se dos marcos regulatórios da congruência processual, na espécie.

III - Nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

IV - A Convenção Internacional 169/OIT, que dispõe sobre os povos indígenas e tribais, aprovada pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004, assim estabelece: “Artigo. 3º 1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos. 2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente convenção; Artigo 4º 1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados. 2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados; Art. 6º Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim; Artigo 7º 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. 2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria. 4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam. Artigo 13 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação; Artigo 14 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes; Artigo 15 1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados. 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer

ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades”.

V - Afigura-se equivocado e omissivo o Acórdão embargado, ao considerar que o Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005, apenas sinalizando a decisão monocrática da Presidência da Suprema Corte, nos autos da Suspensão de Liminar nº. 125-6/PARÁ, arquivados em 12/11/2007, sem considerar o que dispõem o Regimento Interno da referida Corte Suprema (art. 21, incisos IV e V) e a Lei 9.868, de 10/11/99 (arts. 10, 11 e 12 e respectivos parágrafos), a exigir decisão colegiada da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, na matéria, o que não ocorreu, na espécie. Ademais, não há que se cogitar, na espécie, de invasão da esfera de discricionariedade administrativa, na formulação e implementação da política energética nacional, pela atuação diligente do Poder Judiciário, no controle dessas políticas públicas ambientais (CF, art. 5º, XXXV), em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, caput), como assim já orienta a sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 45 MC/DF - Rel. Ministro Celso de Mello - julgado em 29/04/2004 e RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello, inter plures).

VI - Na hipótese dos autos, a localização da Usina Hidrelétrica Belo Monte, no Estado do Pará, encontra-se inserida na Amazônia Legal e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial-ecológico de comunidades indígenas, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemorais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a autorização do Congresso Nacional, com a audiência prévia dessas comunidades, nos termos dos referidos dispositivos normativos, sob pena de nulidade da autorização concedida nesse contexto de irregularidade procedimental (CF, art. 231, § 6º), como no caso.

VII - No caso em exame, a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional em tela (CF, art. 231, § 3º), afigura-se manifestamente viciada, em termos materiais, à mingua de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, que deveria ocorrer à luz dos elementos colhidos previamente pelo estudo de impacto ambiental, que não pode, em hipótese alguma, como determinou o Decreto Legislativo 788/2005, ser um estudo póstumo às consultas necessárias à participação das comunidades indígenas. A Constituição do Brasil não consagrou um estudo póstumo de impacto ambiental; ela consagrou um estudo prévio de impacto ambiental (CF, art. 225, § 1º, IV), e o governo federal quer implantar um estudo póstumo de impacto ambiental, na espécie, assim, anulando os direitos fundamentais dessas comunidades indígenas.

VIII - Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...]. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADI-MC nº 3540/DF - rel. Min. Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade e cultura dos povos indígenas, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.

IX - Nesse contexto de desafios das metas de desenvolvimento para todos os seres vivos, neste novo milênio, na perspectiva da Conferência das Nações Unidas - Rio+20, a tutela jurisdicional-inibitória do risco ambiental, que deve ser praticada pelo Poder Judiciário Republicano, como instrumento de eficácia dos princípios da precaução, da prevenção e da proibição do retrocesso ecológico, como no caso em exame, no controle judicial de políticas públicas do meio ambiente, a garantir, inclusive, o mínimo existencial-ecológico dos povos indígenas atingidos diretamente e indiretamente em seu patrimônio de natureza material e imaterial (CF, art. 216, caput, incisos I e II) pelo Programa de Aceleração Econômica do Poder Executivo Federal, há de resultar, assim, dos comandos normativos dos arts. 3º, incisos I a IV e 5º, caput e incisos XXXV e LXXVIII e respectivo parágrafo 2º, c/c os arts. 170, incisos I a IX e 225, caput, e 231, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, em decorrência dos tratados e convenções internacionais, neste sentido, visando garantir a inviolabilidade do direito fundamental à sadia qualidade de vida, bem assim a defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em busca do desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações.

X - A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20).

XI- Embargos de declaração parcialmente providos, com modificação do resultado do julgamento.

XII - Apelação provida, em parte. Sentença reformada. Ação procedente, para coibir o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA de praticar qualquer ato administrativo, e tornar insubsistentes aqueles já praticados, referentes ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará, em decorrência da invalidade material do Decreto Legislativo nº. 788/2005, por violação à norma do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, c/c os arts. 3º, item 1, 4º, itens 1 e 2, 6º, item 1, alíneas a, b, e c, e 2; 7º, itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2 da Convenção nº. 169/OIT, ordenando às empresas executoras do empreendimento hidrelétrico Belo Monte, em referência, a imediata paralisação das atividades de sua implementação, sob pena de multa coercitiva, no montante de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), por dia de atraso no cumprimento do provimento mandamental em tela (CPC, art. 461, § 5º).

(TRF – 1ª REGIÃO, EDAC 0000709-88.2006.4.01.3903/PA, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 p.316 de 27/08/2012)

Da mesma forma, ao apreciar recurso de agravo de instrumento relativo à consulta das comunidades indígenas antes da construção da UHE Teles Pires, a Quinta Turma deste Tribunal consignou:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. UHE TELES PIRES. LICENÇA DE INSTALAÇÃO. AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL E AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO À NORMA DO § 3º DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EIA/RIMA VICIADO E NULO DE PLENO DIREITO. AGRESSÃO AOS PRINCÍPIOS DE ORDEM PÚBLICA DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE AMBIENTAL (CF, ART. 37, CAPUT). ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. CONCESSÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 2º DA LEI Nº. 8.437/92 E AO ART. 63 DA LEI Nº. 6.001/73. NÃO OCORRÊNCIA. CONTROLE JUDICIAL DO ATO IMPUGNADO EM SEDE DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA E DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE. DESISTÊNCIA RECURSAL. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E DIFUSO. INDEFERIMENTO. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. EMPREENDIMENTO HIDRELÉTRICO DE ABRANGÊNCIA REGIONAL. PRELIMINARES DE NULIDADE PROCESSUAL POR AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO E DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. REJEIÇÃO.

I - Nas ações coletivas, em que a controvérsia instaurada envolve a defesa de interesses difusos, como no caso, onde a proteção postulada pelo Ministério Público Federal e Estadual gravita em torno de direitos indígenas e ambientais, há supremacia desses interesses coletivo e difuso-ambiental sobre o direito intersubjetivo das partes, a desautorizar a homologação da desistência recursal, formulada nos termos do art. 501 do CPC, de forma a possibilitar a manifestação da Corte revisora acerca da questão jurídica ventilada nos autos, em dimensão intergeracional. Caracteriza-se, na espécie, a transcendência das questões discutidas no recurso judicial, porque diretamente vinculadas à tradicional teoria da gravidade institucional, na visão da Corte Suprema da Argentina, já recepcionada pela doutrina, pela legislação processual brasileira (CPC, arts. 543-A, § 1º, e 543-B, caput) e pela jurisprudência dos Tribunais do Brasil, na compreensão racional de que tais questões excedem ao mero interesse individual das partes e afetam de modo direto o da comunidade em geral (Néstor Sagüés, apud Bruno Dantas, in "Repercussão Geral", RT - SP. 2009). Nas ações coletivas de interesse difuso-ambiental, o fenômeno processual da transcendência ou repercussão geral é da própria natureza da demanda ontologicamente irradiada por interesses transindividuais e intergeracionais, a não admitir-se a desistência recursal por mero interesse subjetivo das partes no contexto da relação processual, dominada pelo interesse público-ambiental.

II - A orientação jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que "em havendo superposição de controle judicial, um político (suspensão de tutela pelo Presidente do Tribunal) e outro jurídico (agravo de instrumento) há prevalência da decisão judicial" (REsp 476469/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2003, DJ 12/05/2003, p. 297). Inexistência, no caso concreto, de relação de prejudicialidade do agravo de instrumento, em virtude de decisão proferida pela Presidência do Tribunal, em sede de Suspensão de Segurança.

III - De outra banda, a proliferação abusiva dos incidentes procedimentais de suspensão de segurança, como instrumento fóssil dos tempos do regime de exceção, a cassar, reiteradamente, as oportunas e precautivas decisões tomadas em Varas ambientais, neste país, atenta contra os princípios regentes da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), sob o comando dirigente do princípio da proibição do retrocesso ecológico, no que fora sempre prestigiado internacionalmente pelo Projeto REDD PLUS (Protocolo de Kyoto, COPs 15 e 16 - Copenhague e Cancún) com as garantias fundamentais do

progresso ecológico e do desenvolvimento sustentável, consagradas nas convenções internacionais de Estocolmo (1972) e do Rio de Janeiro (ECO-92 e Rio + 20), agredindo, ainda, tais decisões abusivas, os acordos internacionais, de que o Brasil é signatário, num esforço mundialmente concentrado, para o combate às causas determinantes do desequilíbrio climático e do processo crescente e ameaçador da vida planetária pelo fenômeno trágico do aquecimento global e do aumento incontrolável da pobreza e da miséria em dimensão mundial.

IV - Excepcionalmente, a regra constante do art. 2º da Lei 8437/1992 tem sido mitigada por nossos tribunais, conferindo legitimidade à concessão de antecipação de tutela, em sede de ação civil pública, sem a oitiva do poder público, quando presentes os requisitos legais para essa finalidade, como no caso. Precedentes.

V - Nessa mesma linha de entendimento, em se tratando de medida assecuratória de direitos indígenas e difusos-ambientais, como na hipótese em comento, a sua concessão liminar não caracteriza violação à regra do art. 63 da Lei nº. 6.001/73 (Estatuto do Índio), por autorização expressa dos arts. 11 e 12, caput, da Lei nº. 7.347/85 c/c o comando normativo do art. 5º, inciso XXXV, do Texto Magno.

VI - Nos termos do art. 2º da Lei nº. 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, as demandas ali previstas serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. No caso concreto, versando a controvérsia instaurada nos autos de origem em torno de dano ambiental de âmbito regional ou nacional, decorrente da construção da Usina Hidrelétrica Teles Pires, a competência é do juízo federal da Capital do Estado de Mato Grosso, por aplicação subsidiária do art. 93, inciso II, da Lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), na forma autorizada do art. 21 da Lei nº. 7.347/85.

VII - A nulidade processual decorrente da ausência de citação de litisconsorte passivo necessário somente se opera após a adoção da medida prevista no parágrafo único do art. 47 do CPC. Na espécie dos autos, o comparecimento espontâneo da litisconsorte (ora recorrente) aos autos, aliada ao posterior requerimento formulado pelos demandantes, nesse sentido, supre eventual omissão, no particular. Preliminar que se rejeita.

VIII - Amparando-se o pedido de antecipação da tutela formulado no feito de origem na suspensão da licença de instalação do empreendimento hidrelétrico descrito nos autos, sob o fundamento de irregularidades na sua concessão, o reconhecimento de sua invalidade, como fundamento para concessão da medida postulada não caracteriza julgamento extra petita. Rejeição da preliminar de nulidade, sob esse argumento.

IX - Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (...). O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADI-MC nº 3540/DF - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, com abrangência dos direitos fundamentais à dignidade e cultura dos povos indígenas, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.

X - A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a conseqüente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção da posse e do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20).

XI - Nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com

autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

XII - Na hipótese dos autos, a localização da UHE Teles Pires encontra-se inserida na Amazônia Legal (Municípios de Paranaíta/MT, Alta Floresta/MT e Jacareacanga/PA) e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial-ecológico das comunidades indígenas Kayabi, Munduruku e Apiaká, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemorais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a prévia autorização do Congresso Nacional, com a audiência dessas comunidades, nos termos do referido dispositivo constitucional, sob pena de nulidade da licença de instalação autorizada nesse contexto de irregularidade procedimental (CF, art. 231, § 6º).

XIII - De ver-se, ainda, que, na hipótese dos autos, o EIA/RIMA da Usina Hidrelétrica Teles Pires fora elaborado pela empresa pública federal - EPE, vinculada ao Ministério das Minas e Energia, com capital social e patrimônio integralizados pela União (Lei 10.847, de 15/03/2004, arts. 1º e 3º), totalmente comprometida com a realização do Programa de Aceleração Econômica (PAC) do Poder Público Federal, que é o empreendedor, o proponente e o executor desse projeto hidrelétrico, licenciado pelo Ministério do Meio Ambiente, através do IBAMA, como órgão da administração indireta do próprio Governo Federal. Nesse contexto, o licenciamento ambiental das usinas hidrelétricas situadas na bacia hidrográfica do Rio Teles Pires, na Região Amazônica, é totalmente viciado e nulo de pleno direito, por agredir os princípios constitucionais de ordem pública, da impessoalidade e da moralidade ambiental (CF, art. 37, caput).

XIV - Agravo de instrumento desprovido, para restabelecer a eficácia plena da decisão recorrida, na dimensão do artigo 512 do CPC.

(AG 0018341-89.2012.4.01.0000 / MT, rel. Des. Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 p. 823 de 10/08/2012)

Também no julgamento do acima mencionado agravo de instrumento me pronunciei a respeito:

[...]

O M.M. juízo federal agravado declarou inválida licença de instalação da usina hidrelétrica de Teles Pires, que está sendo construída no rio do mesmo nome, na divisa dos estados do Pará e do Mato Grosso.

Observo que não será apenas essa usina a ser construída no rio Teles Pires, mas ela terá a companhia de mais quatro, num total de cinco barragens no sistema do rio Teles Pires.

Voltando ao caso dos autos: o juízo agravado também entendeu que os documentos juntados aos autos demonstram que a licença não atendeu à normativa constitucional e convencional sobre as questões envolvidas no complexo licenciamento ambiental da usina.

Examinando os autos da ação de origem, o juízo a quo verificou que o Ibama emitiu licença sem antes ouvir os povos indígenas afetados, em especial aqueles de Sete Quedas. A r. decisão agravada verificou que nada há nos autos de origem que indiquem que as comunidades indígenas afetadas foram consultadas. Inclusive, aponta que, dentre os documentos juntados pela Funai, há um ofício de 2010 em que a Funai afirma que não poderia concordar com um licenciamento de instalação para o empreendimento se não fossem atendidas as condicionantes de uma maneira conclusiva sobre estudos indígenas da área, principalmente no que tange à região de Sete Quedas pelo fato de ser fonte de alimentação dos povos indígenas.

Recordo-me bem, neste ponto não tenho dúvidas, que o relatório do eminente Presidente deste Tribunal, ao narrar as alegações das partes, no julgamento anteriormente referido, pela Corte Especial, mencionou que o Poder Público informara que, em face da necessidade premente do início das obras por causa de problemas ambientais, algumas audiências públicas não puderam ser realizadas, ou o foram com prazo de antecedência de quinze dias do aviso da realização da audiência.

De tudo quanto me recordo, compreendi lá, como o faço aqui, que o pretense EIA/RIMA é mero instrumento para legitimar todo o processo ambiental. No caso em exame *algumas comunidades* foram informadas, isto é, tiveram a notícia do alagamento, de que suas vidas sofreriam modificações profundas, tanto no que tange ao meio ambiente como das novas condições sociais e da vizinhança que se aproximava. Não há e nunca houve um diálogo com as comunidades indígenas que serão afetadas sobre as medidas compensatórias e mitigatórias do empreendimento. Em poucas palavras, as comunidades não são ouvidas, apenas escutam em silêncio a informação de que amanhã nada será como antes.

Como tenho dito em casos outros, o Brasil se comprometeu em nível internacional de adotar um procedimento específico, que é o da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais, que disciplina o procedimento de como, quando e porque as comunidades indígenas são ouvidas.

No voto que farei juntada, cito inclusive precedentes judiciais de nossos vizinhos latino-americanos sobre o tema, inclusive sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos, para mostrar que diante dos novos tempos em que o país avança para o norte, nossa última fronteira, teremos que tratar com seriedade a questão da dignidade dos povos indígenas, tratamento respeitoso ao meio ambiente para que o julgamento da História não nos seja tão desfavorável porque, se formos obrigados por razões estratégicas de lançar mão de nosso patrimônio ambiental em desfavor das gerações futuras, pelo menos teremos tido o cuidado de respeitar as regras do jogo democrático, isto é, de observar as regras que nos propusemos em qualquer ação que signifique alteração profunda ou destruição do *modus vivendi* das minorias deste país.

Não tenho nenhum receio, eminente relator, de acompanhar o minucioso e brilhante voto de Vossa Excelência, que atende aos pressupostos da tutela cautelar no que tange ao *periculum in mora* e à verossimilhança do direito alegado com

base na igualmente bem fundamentada decisão monocrática do MM. juízo a quo, que apreciou a questão sob todos os ângulos fáticos e jurídicos possíveis.

Considerando ainda mais que no voto de Sua Excelência, o eminente Presidente deste Tribunal, na apreciação da suspensão de segurança, expressamente declarou que sua decisão era provisória, até decisão das vias ordinárias, esta decisão neste agravo substitui a decisão do juízo a quo e torna ineficaz a decisão liminar na suspensão de segurança.

É como voto.

Como já dito, o Estado brasileiro é signatário da Convenção 169 da OIT que reconhece aos povos indígenas o direito a serem consultados previamente sobre projetos que influenciam seus territórios. Audiências públicas dos procedimentos de licenciamento ambiental não substituem a consulta prévia aos povos indígenas. O EIA/RIMA é instrumento para esclarecimento dos impactos de medidas administrativas e legislativas em áreas tribais, mas não tem a natureza de decisão. A consulta prévia objetiva uma solução negociada sobre um conflito de interesses. A Quinta Turma deste Tribunal Regional Federal tem precedente sobre o tema (AC 2006.39.03.000711-8/PA). Em ação civil pública tendo como objeto a consulta dos povos indígenas no entorno da construção da UHE de Belo Monte, reconheceu-se no colegiado que o interlocutor para promover às consultas é o Estado e os indígenas se manifestam por seus representantes. Trata-se de um acordo sobre os modos de gestão ou de projetos que atinjam populações tribais.

No plano regional, o dever do Estado proceder à consulta resulta de obrigações assumidas pelos países sul-americanos, o Brasil inclusive, na Convenção Americana de Direitos Humanos e da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em informe do Relator Especial das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, James Anaya, apresentado de acordo com a Resolução 64/164 da Assembleia Geral, foi tratado temas que importam na resolução do presente conflito: (a) base normativa e características do dever de consulta; (b) objetivo; (c) construção do consenso:

Resumo do Informe do Relator Especial sobre os direitos dos povos indígenas

Nota do Secretário-Geral

O Secretário-Geral tem a honra de transmitir aos membros da Assembléia Geral o relatório do Relator Especial da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas, James Anaya, apresentadas de acordo com a resolução n. 64/164 da Assembléia Geral.

A/66/Slot nº 24668

O dever de consultar

1. Base normativa e característica geral do dever de consultar

1. O dever dos Estados de consultar os povos indígenas nas decisões que os afetam encontra expressão proeminente na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, e está firmemente enraizado no direito internacional dos direitos humanos. Este dever é referenciado em toda a Declaração em relação a preocupações específicas, e é afirmado como um princípio abrangente no artigo 19, que dispõe: "Os Estados consultarão e cooperarão de boa fé com os povos indígenas, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem."

2. Assim como a Declaração, a Convenção nº 169 da OIT obriga os Estados a consultarem de boa fé, os povos indígenas, como o objetivo de alcançar sua concordância ou consentimento sobre aspectos de modos de gestão ou de projetos que os afetem, e invoca os Estados a realizarem consultas com comunidades indígenas em relação a diversos contextos. O dever dos Estados, de efetivamente consultar os povos indígenas também é fundamentado nos principais tratados de direitos humanos das Nações Unidas, incluindo a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Em nível regional, o dever de consultar emerge das obrigações assumidas pelos Estados no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos, tal como afirmado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em uma série de casos.

3. Mais fundamentalmente, o dever de consulta deriva do basilar direito de autodeterminação dos povos indígenas e dos princípios relacionados à democracia e soberania popular. Esta afirmação responde às aspirações dos povos indígenas em todo o mundo de controlar seus próprios destinos em condições de igualdade, e de participar efetivamente na tomada de decisões que os afetem. Coerente como estes princípios, o dever dos Estados de consultar os povos indígenas sobre decisões que os afetam é destinado a reverter o histórico padrão de exclusão dos povos indígenas de processos decisórios, a fim de evitar a imposição futura de decisões importantes sobre os povos indígenas, e permitir-lhes o desenvolvimento como comunidades distintas nas terras com que suas culturas permanecem conectadas.

4. De um modo geral, as decisões do Estado dever ser tomadas através de processos democráticos em que os interesses públicos sejam adequadamente representados. No entanto, estes processos democráticos e representativos normais geralmente não funcionam de maneira adequada para abordar as preocupações que são específicas dos povos

indígenas, tipicamente marginalizados na esfera política. O dever dos Estados de consultar os povos indígenas e os diversos componentes normativos desse dever fundamenta-se no reconhecimento generalizado, tal como manifestado na Declaração, das características diferenciadas dos povos indígenas e seus direitos específicos, bem como na necessidade de medidas especiais para tratar das condições de desvantagem dos povos indígenas.

2.O dever de consultar e o objetivo de obtenção do consentimento.

5. O dever de consultar é uma obrigação procedimental que surge sempre que direitos substantivos dos povos indígenas possam ser afetados por uma determinada ação. Note-se que o dever de consultar não se limita aos casos em que uma medida proposta afete ou possa afetar um direito já reconhecido domesticamente, como por exemplo, direitos sobre territórios e terras tradicionais.

6. As características específicas do procedimento de consulta, que é exigido pelo dever de consultar, variam necessariamente conforme a natureza da medida proposta e do escopo de seu impacto sobre os povos indígenas. Por exemplo, as medidas de reforma constitucional ou legislativa que afetam todos os povos indígenas de um país irão exigir consulta apropriada, além de mecanismos representativos que, de alguma maneira, serão abertos e alcançarão a todos. Por outro lado, medidas que afetam povos indígenas ou comunidades específicas, como as iniciativas para atividades de extração de recursos naturais em seus territórios, exigem procedimentos de consulta focados no interesse dos envolvidos e com a participação dos grupos particularmente afetados.

7. O tipo do procedimento de consulta e seu objeto, também são moldados pela natureza do direito ou interesse em jogo para os povos indígenas envolvidos e como base no impacto previsto da medida proposta. Necessariamente, o peso do objetivo de alcançar o consentimento varia de acordo com as circunstâncias e com os direitos e interesses indígenas estabelece uma forte presunção de que a medida proposta não deve avançar sem o consentimento dos povos indígenas. Em certos contextos, na ausência de consentimento indígena, esta presunção pode se tornar uma proibição da medida ou do projeto.

8. A Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas identifica duas situações em que é necessário obter o consentimento dos povos indígenas interessados antes de avançar com a iniciativa proposta: situações que envolvem a remoção de um grupo indígena de suas tradicionais (art. 10); e situações que envolvem o armazenamento de materiais perigosos em terras de povos indígenas (art. 29). O Relator Especial acrescentaria a essas situações, casos que envolvem o estabelecimento de projetos de extração de recursos naturais nas terras dos povos indígenas, além de outras situações em que os projetos possam ter significativos impactos sociais ou culturais na vida povos indígenas afetados.

9. Ainda assim, em todos os casos em que interesses específicos dos povos indígenas são afetados por uma medida proposta, obter o seu consentimento deve, de alguma forma, ser um objetivo da consulta. Os princípios da boa-fé implicam um esforço de diálogo em que ambos, os Estados e os povos indígenas, devem trabalhar para um consenso e empenhar-se para chegar a um acordo mutuamente satisfatório. Todas as partes devem estar dispostas a ouvir e a conceder em suas posições e defender seus legítimos interesses e assim chegar a acordos que sejam vinculados a todos.

10. No entanto, os povos indígenas afetados poderiam ser justificados em recusar o seu consentimento com relação a uma iniciativa proposta, e a iniciativa proposta não deveria de fato avançar na ausência de tal consentimento se o Estado não tiver demonstrado que os direitos dos povos indígenas afetados serão adequadamente protegidos dentro do projeto proposto, ou se o Estado não tiver adotado medidas adequadas para mitigar quaisquer impactos negativos do projeto proposto.

Elementos de construção de confiança propícios ao consenso

11. Um esforço de boa fé para a tomada de decisão consensual exige que os Estados se empenhem em criar um clima de confiança com os povos indígenas, que permita um diálogo produtivo. Isto é particularmente importante em relação aos povos indígenas, considerando a histórica exclusão dos povos indígenas nos processos de tomada de decisão e a conseqüente falta de confiança nas instituições do Estado. Além disso, normalmente os povos indígenas estão em situação de desvantagem em termos de influência política, recursos financeiros, acesso à informação, e educação relevante, em comparação com as instituições do Estado ou com entidades privadas, como as empresas, que são suas contrapartes nas consultas.

12. A fim de alcançar um clima de confiança e respeito mútuo para as consultas, o procedimento de consulta em si deve ser produto de consenso. O Relator Especial observa que, em muitos casos, procedimentos de consulta não são eficazes e não desfrutam da confiança dos povos indígenas, porque os povos indígenas afetados não haviam sido devidamente incluídos nas discussões que conduziram à concepção e implementação dos procedimentos de consulta. Essas discussões deveriam ser iniciadas nas primeiras fases de elaboração da iniciativa proposta e, certamente, no caso de projetos de extração de recursos naturais, antes que Estado tenha entrado em quaisquer tipos de acordos com terceiros, tais como instituições financeiras ou empresas, em relação ao projeto proposto. Além disso, os Estados devem lidar de maneira adequada com o desequilíbrio de poder assegurando meios para que os povos indígenas tenham o apoio financeiro, técnico e outros que precisem, e os Estados devem fazê-lo sem usar tal assistência para pressionar ou influenciar o posicionamento dos indígenas nas consultas.

13. A construção de confiança e a possibilidade de um verdadeiro consenso também dependem de um procedimento de consulta em que as instituições de representação e de tomadas de decisão dos próprios povos indígenas sejam plenamente respeitadas. Os povos indígenas também podem precisar desenvolver ou rever suas próprias instituições, através de seus

próprios procedimentos de decisão, a fim de criar estruturas representáveis para facilitar os procedimentos de consulta. O Relator especial observou que a falta dos grupos indígenas em esclarecer as estruturas de suas organizações representativas pode confundir e retardar o procedimento de consulta.

14. Nos casos que envolvem projetos de exploração de recursos naturais ou projetos de desenvolvimento que afetam terras indígenas, para que os povos indígenas interessados tomem decisões livres e informadas sobre o projeto sob consideração, é necessário que sejam fornecidas informações completas e objetivas sobre todos os aspectos do projeto que irá afetar aos povos indígenas. Inclusive sobre o impacto do projeto sobre suas vidas e sobre o meio ambiente, para que os povos indígenas envolvidos possam estar informados e tomar decisões livres sobre o projeto proposto. Nessa linha, é essencial que o Estado, como participação dos grupos indígenas em questão, conduza estudos de impacto ambiental e social a fim de que todas as conseqüências esperadas do projeto possam ser conhecidas.

15. Além disso, em tais contextos, um procedimento de consulta baseado no consenso deveria não apenas abordar medidas para mitigar ou compensar os impactos negativos do projeto, mas também explorar e alcançar modos de repartição de benefícios equitativos num espírito de verdadeira parceria.

Cumpra observar que a Funai não tem qualquer legitimidade para se manifestar em nome dos indígenas no que tange à consulta prevista na Convenção 169 de OIT. A atribuição que a Funai poderia ter com relevância seria a organização do procedimento, à míngua de regramento legal, mas são os indígenas que definem seus representantes para o diálogo. Tal decorre do princípio da autodeterminação ou autonomia indígena. A consulta não é simples formalidade, devem ocorrer antes da tomada de decisões relevantes e dar oportunidade de que os indígenas tenham voz nos projetos que afetam suas comunidades. No caso em exame, os indígenas não foram ouvidos nos momentos iniciais da decisão, no planejamento do projeto, antes dos investimentos. A rigor, na hipótese dos autos não se pode falar em consulta, pois a decisão já foi tomada e os investimentos foram realizados. A consulta é para discutir como se mitigar e compensar os impactos existentes com a linha em operação e o aumento dos danos.

É de se observar, portanto, dois relevantes aspectos da controvérsia posta nos autos.

Em primeiro lugar, o tema relativo à consulta aos povos indígenas já foi objeto de apreciação por este Tribunal.

Em segundo lugar, a questão relativa à violação dos direitos indígenas pelo Estado brasileiro no caso das usinas de Belo Monte e Teles Pires já foi apreciada por esta Corte e o será pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive sob o aspecto da consulta prévia aos povos indígenas.

A UHE São Luiz do Tapajós

A UHE São Luiz do Tapajós é uma *usina hidrelétrica* em projeto no *Rio Tapajós*, no *Pará*. A previsão é de que a capacidade instalada da usina, quando concluída, seja de 6.133 MW, constituindo-se como a maior do *Complexo do Tapajós* (o Complexo do Tapajós é um *complexo hidrelétrico* composto por 5 usinas a serem construídas no *Rio Tapajós*, no *Pará*.¹ É composto pelas seguintes usinas: *UHE São Luiz do Tapajós*, *UHE Jatobá*, *UHE Jamanxim*, *UHE Cachoeira do Caí*, *UHE Cachoeira dos Patos*)

São Luiz do Tapajós foi concebida como uma *usina-plataforma*, conceito inspirado nas *plataformas* de exploração de *petróleo* em alto mar. Depois de pronta, o canteiro de obras deverá ser desmanchado, para o *reflorestamento* da região. Usinas-plataformas funcionam de forma mais automatizada e não são ligadas por estradas. O acesso dos funcionários terá que ser feito por *helicóptero*.

O lago terá área de 722,25km². A queda será de 35,9 metros, gerando 6.133 MW através de 31 *turbinas Kaplan* de 198 MW e duas de 109,2 MW. Produzirá 29.548,8 GW/ano. Sondagens da *Eletrobrás* indicam a possibilidade de expandir a capacidade para 7.880 MW.¹

O site do movimento *Xingu vivo para sempre* publicou, recentemente, a notícia da suspensão, pelo TRF da 1ª Região, do processo de licenciamento ambiental da obra:

Em sede de Agravo de Instrumento, o desembargador federal João Batista Moreira determinou a imediata suspensão do processo de licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica (UHE) São Luiz do Tapajós, no Pará, bem como de qualquer ato visando o empreendimento até o julgamento do mérito da Ação Civil Pública (ação principal), sob pena de multa diária de R\$ 100 mil em caso de descumprimento. A decisão atende a recurso apresentado pelo Ministério Público Federal (MPF) contra sentença do Juízo da Subseção Judiciária de Santarém (PA).

¹ Disponível em: <pt.wikipedia.org>.

O MPF ingressou na Justiça Federal com a ação civil pública requerendo a suspensão integral de todo e qualquer ato tendente à realização do empreendimento, inclusive a Operação Tapajós, para que sejam realizados estudos que demandem o ingresso de técnicos em terras indígenas e de populações tradicionais, bem como a consulta livre, prévia e informada dessas comunidades, nos moldes do art. 6.º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). O Ministério Público também solicitou que a Avaliação Ambiental Integrada (AAI) e a Avaliação Ambiental Estratégica (AAE) só sejam elaboradas após a consulta às comunidades indígenas e populações tradicionais envolvidas.

Ao analisar os pedidos feitos pelo MPF na ação civil pública, o Juízo da Subseção Judiciária de Santarém entendeu que “na fase de viabilidade, há possibilidade de se realizar estudos mais detalhados para análise de viabilidade técnica, energética, econômica e socioambiental”. Nesse sentido, ressaltou, “nada impede que a AAI seja realizada em tal etapa”.

Quanto à oitiva das comunidades indígenas, o Juízo de Primeiro Grau considerou que o Supremo Tribunal Federal (STF) não reconheceu a inconstitucionalidade do decreto Legislativo 788/2005, assim admitindo que comunidades indígenas afetadas por obra de aproveitamento hidrelétrico pudessem ser ouvidas por órgão do Poder Executivo e não pelo próprio Congresso Nacional.

Inconformado com a sentença, o MPF apresentou agravo de instrumento, com pedido de antecipação de tutela, neste Tribunal sustentando, em síntese, que “a realização de AAI antes do processo de consulta ofende a Convenção 169 da OIT, porquanto a consulta aos povos indígenas e às populações tradicionais deve ser prévia”. Sustenta também que “o Governo Federal, ao tentar realizar de maneira precipitada o processo de consulta sem observar os princípios explicitados na manifestação referida pelo MPF, descumpra a Convenção 169 da OIT e sujeita o Estado brasileiro a sanções na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)”. Com tais fundamentos, requereu a concessão de liminar para determinar a suspensão integral de todo e qualquer ato tendente à realização do empreendimento.

Os argumentos apresentados pelo MPF foram aceitos pelo desembargador federal João Batista Moreira. Ao determinar a suspensão do licenciamento ambiental da obra, o magistrado ressaltou o mesmo entendimento que teve ao julgar os embargos de declaração 2006.39.03.000711-8/PA, relativos à UHE Belo Monte: “A audiência das comunidades indígenas para efeito de autorização da construção de Belo Monte peca inicialmente por esse aspecto temporal, uma vez que foi a posteriori da decisão. Além disso, a consulta foi realizada por delegação da entidade do Poder Executivo, justamente o poder interessado na finalidade da construção, sem embaraços, da hidrelétrica, obra importante para o plano de governo.”²

O presente agravo de instrumento

Considerando que a discussão acerca do empreendimento de Belo Monte e a respectiva consulta prévia já foram devidamente apreciadas por este Tribunal, não há justificativa plausível para a invasão do canteiro de obras do empreendimento.

A solução para os conflitos de interesse dar-se-á segundo o devido processo legal, tendo em vista que a questão controvertida relativamente ao procedimento do Congresso Nacional para consulta dos povos indígenas na construção das UHEs Belo Monte, Teles Pires e São Luiz do Tapajós está judicializada e as partes não de submeter-se à decisão judicial para os casos.

O relatório produzido pela Delegacia de Polícia Federal em Altamira/PA, no dia 5 deste mês de maio é contudente:

[...]

...declarações colhidas com os principais envolvidos na situação de crise bem como fotografias do evento (...) permitem concluir:

- a) a invasão por indígenas da etnia Munduruku, todos aparentemente integrados a sociedade (falando perfeitamente a língua portuguesa, fazendo uso de equipamentos modernos como smartphones, máquinas fotográficas digitais, notebooks, celulares com câmeras e mp3, etc), provenientes da região de Jacareacanga/PA, armados com bordunas e arcos e flechas, sendo aproximadamente 60 (sessenta) indivíduos no total, dos quais 10 (dez) mulheres, 10 (dez) crianças e 40 (quarenta) homens (números aproximados);
- b) a presença de 3 (três) supostos jornalistas no local sem autorização dos proprietários do imóvel...
- c) o furto de uso, por parte dos indígenas, de veículos do CCBM e Norte Energia;
- d) a concentração dos indígenas no escritório administrativo da empresa CCBM naquele sítio de obra, onde montaram seu acampamento-base, fazendo refeições, dormindo e reunindo-se;
- e) a presença de pelo menos 2 (dois) micro-ônibus que transportaram os indígenas desde sua origem (Jacareacanga) até o canteiro de obras;

² Disponível em: <www.xinguvivo.org.br>.

f) a paralisação total dos trabalhos no canteiro, com ordem dada pelos índios de proibição de retomada dos trabalhos;

g) a presença de aproximadamente 80 (oitenta) homens da segurança pública, sendo aproximadamente 40 (quarenta) da Força Nacional de Segurança e 40 (quarenta) da Polícia Militar, respectivamente sob os comandos do Cap. Mailson Cezer Mendes Codeiro e do Cap. Alan Rayol da Cunha Paes;

h) *que os invasores manifestaram que não desocuparão o canteiro de obras da UHE Belo Monte, sendo sua reclamação voltada basicamente contra a intenção do Governo Federal de construir uma usina hidroelétrica no rio Tapajós (UHE São Luiz do Tapajós), próximo ao município de Itaituba/PA, fato que deslegitima sua presença do local e demonstra que não tem pleito passível de negociação com os proprietários da obra invadida;*

i) que o Governo Federal, na pessoa do Sr. Avelino Ganzer (da Secretaria Geral da Presidência da República), e posteriormente a senhora Cleide Antônia Souza iniciaram tratativas para negociar com os invasores, mas que estes exigem ser atendidos exclusivamente ou pelo Exmo. Sr. Ministro Gilberto Carvalho (Ministro-Chefe da Secretaria Geral da Presidência da República) ou pela própria Exma. Sra. Presidenta da República;

j) que as empresas Norte Energia S/A e Consórcio Construto Belo Monte – CCBM iniciaram tratativas para negociar com os invasores, mas que inclusive foram proibidas de tratar sobre qualquer assunto uma vez que os índios não apresentaram qualquer pauta que tenha relação com as empresas, uma vez que sua única reivindicação é com relação aos estudos para construção de futuras Usinas no Rio Tapajós, negando-se a negociar com quem quer que seja, exigindo a presença do Ministro Gilberto Carvalho ou da Presidenta;

k) *situação de risco de conflito iminente que poderá ocorrer entre os 4.000 funcionários que residem no local e os indígenas por conta da presença desses últimos na Usina, os quais mantêm constante ameaça de invasão de dormitórios, interdição do refeitório que prepara as refeições dos trabalhadores, corte de luz e água potável, o que está gerando clima de animosidade e grande tensão entre os grupos.* (grifos no original)

Os fatos narrados são graves.

O art. 927 do CPC estabelece que, em sede de reintegração de posse, incumbe ao autor provar: a) a sua posse; b) o esbulho praticado pelo réu; c) a data do esbulho; e, d) a perda da posse.

A leitura dos documentos acostados aos autos comprova a presença de todos dos requisitos legais para a concessão do pedido liminar de reintegração.

Nesse sentido, procede a alegação da agravante no sentido de que os invasores transformaram as obras de Belo Monte num sítio onde protestam contra outros empreendimentos.

A jurisprudência sobre o tema ampara a pretensão da agravante.

No Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELO ART. 927 DO CPC. SÚMULA N. 7/STJ. DESPROVIMENTO.

1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.

2. No caso concreto, o Tribunal de origem, analisando a prova dos autos, concluiu que o recorrente não se desincumbiu do dever de provar os requisitos exigidos pelo art. 927 do CPC, para a concessão do pedido de reintegração de posse da área indicada, tendo considerado que os ora recorridos, ao contrário, comprovaram seu direito. Alterar esse entendimento é inviável em recurso especial, haja vista o óbice da referida Súmula.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no AREsp 256.467/MS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 04/04/2013, DJe 15/04/2013)

Nesta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMÓVEL INSERIDO EM ÁREA CUJA POSSE FORA ASSEGURADA À COMUNIDADE QUILOMBOLA DO SÃO FRANCISCO DO PARAGUAÇU. CONTROVÉRSIA ACERCA DA EFETIVA LOCALIZAÇÃO DO IMÓVEL.

I - Restando comprovado os requisitos constantes no art. 927 do CPC, afigura-se devida, na espécie, a reintegração de posse de imóvel objeto do litígio até que seja realizado, pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, o devido procedimento de delimitação e demarcação da área rural em discussão, a fim de comprovar se o imóvel está inserido em área destinada à Comunidade Quilombola do São Francisco do Paraguaçu.

II - Agravo de instrumento provido.

(TRF1, AG 0047308-57.2006.4.01.0000 / BA, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Rel.Conv. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (Conv.), Quinta Turma, e-DJF1 p.87 de 24/04/2013)

Ante o exposto, defiro a antecipação da tutela recursal para determinar a reintegração de posse da empresa Norte Energia S.A. do canteiro de obras do Sítio Belo Monte.

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

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

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

Brasília, 8 de maio de 2013.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

Agravo de Instrumento 0021455-02.2013.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Agravante: Oscar Sampaio Mello Júnior
Advogados: Dr. Lauro Augusto Vieira Santos Pinheiro e outros
Agravada: Fazenda Nacional
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Publicação: e-DJF1 de 07/05/2013, p. 263

Decisão

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de antecipação da tutela recursal, pretende Oscar Sampaio Mello Júnior a reforma da decisão proferida pelo Juízo Federal da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos do Mandado de Segurança 0004891-30.2013.4.01.3400, indeferiu o pedido de medida liminar.

O agravante relata que o seu recurso especial interposto contra o Acórdão 106-16.546, proferido pela então 6ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda no Processo Administrativo Fiscal 10283.007855/2002-66, foi inadmitido pelo presidente do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Carf.

Sustenta que impetrou mandado de segurança com o objetivo de suspender a cobrança do crédito tributário objeto da discussão administrativa e de que, após o retorno dos autos ao Carf, seu recurso especial fosse processado e julgado.

Defende ser plenamente cabível o recurso especial interposto com fundamento no art. 7º, II, do Regimento Interno do Carf, especialmente em razão da divergência de entendimento entre vários acórdãos de outras câmaras do mesmo órgão administrativo.

Salienta a ocorrência de cerceamento de defesa em razão da não apreciação, pelo Carf, dos argumentos e documentos apresentados na fase impugnatória do auto de infração. Assevera a nulidade do laudo pericial produzido pelos agentes da agravada, que se contrapõe ao laudo produzido pelo agravante e que conteria erro material e vício insanável, e a *ilegalidade dos arbitramentos realizados pela autoridade fiscal* (fl. 18).

Defende também, além da improcedência do auto de infração, a ocorrência de coisa julgada material, notadamente diante do acórdão proferido por este Tribunal quando negou provimento ao Reexame Necessário 0005991-24.2002.4.01.3200/AM.

Reputa presente o *periculum in mora* na medida em que está sujeito à imediata inscrição em Dívida Ativa da União e à consequente execução do débito objeto do Processo Administrativo Fiscal 10283.007855/2002-66.

Requer, assim, a antecipação da tutela recursal, para determinar o recebimento e o processamento recurso especial interposto no processo administrativo fiscal em referência, e o final provimento do agravo de instrumento.

Este agravo de instrumento, protocolado em 17/04/2013, veio-me concluso em 18/04/2013.

Decido.

Recebo o agravo como de instrumento, nos termos do art. 522 do CPC, na redação dada pela Lei 11.187/2005.

A decisão agravada fundamenta-se em dois aspectos: (i) os pressupostos do recurso especial interposto administrativamente pelo agravante não teriam sido atendidos, em razão da ausência de comprovação da divergência entre entendimentos; e (ii) inexistiria coisa julgada a ser observada em relação ao acórdão proferido no julgamento do Reexame Necessário 0005991-24.2002.4.01.3200/AM, uma vez que *somente se poderia falar em coisa julgada se houvesse decisão judicial determinando a redução da multa aplicada no processo administrativo em análise para o percentual de 50% (cinquenta por cento)* (fl. 1.835).

No que diz respeito à alegada violação da coisa julgada, advinda do julgamento do Reexame Necessário 0005991-24.2002.4.01.3200/AM, não merece acolhida a argumentação do agravante. O referido acórdão recebeu a seguinte fundamentação :

PENAL. PROCESSUAL PENAL. SEQUESTRO (ARRESTO) PRÉVIO. CPP, ART. 136.

Ainda que se trate de *sequestro prévio* (rectius: arresto), previsto no art. 136 do CPP, apesar da sua natureza meramente cautelar, é admissível a oposição de embargos de terceiro para livrar o imóvel, se demonstrado ficar que o bem é comprovadamente de pessoa estranha ao processo, adquirido de boa-fé, não podendo, pois, ser constritado, sob pena de configurar-se esbulho, esbulho *judicial*. É de aplicar-se o disposto no inciso II do art. 130 do CPP.

A questão discutida naqueles autos, que decorre de embargos de terceiros, apenas afastou do sequestro a quota-parte (50%) do apartamento n. 401 do Edifício Botticelli, situado na Rua Pará, n. 596, bairro Nossa Senhora das Graças, Belém, Pará, em razão da copropriedade do sr. Oscar Enedino Sampaio Mello, pai do agravante. Trata-se de apenas um dos imóveis que, submetidos à doação, acarretaram o auto de infração discutido no Processo Administrativo Fiscal 10283.007855/2002-66, cujos efeitos, portanto, repercutem em discussão que versa sobre o não recolhimento de tributo em razão da operação de doação do referido imóvel.

No que diz respeito ao processamento do recurso especial interposto no Processo Administrativo Fiscal 10283.007855/2002-66, a petição de interposição não efetuou o necessário e devido cotejo analítico entre as decisões tidas como paradigma e o acórdão então recorrido, de modo a demonstrar a efetiva divergência entre acórdãos.

A respeito do cabimento do recurso especial interposto pelo contribuinte no âmbito do Carf, sobreleva notar ser imprescindível a análise detida dos acórdãos paradigma e do acórdão recorrido, de modo a demonstrar a similitude entre o quadro fático e a divergência do tratamento jurídico conferido a cada uma.

Ainda que o agravante tivesse realizado o cotejo analítico entre os acórdãos na petição de interposição do recurso especial em âmbito administrativo, melhor sorte não lhe assistiria, na medida em que, como bem assentou a decisão do sr. presidente do Carf, *os dois acórdãos também não apresentam similaridade com a decisão recorrida. Diferentemente do acórdão recorrido, em que não há comprovação da capacidade de doador, nos arestos acima transcritos consta, no primeiro, o registro da doação na declaração do doador e, no segundo, que se trata de erro formal no preenchimento da declaração. Assim, por não se referir a erro formal e por não ter o contribuinte trazido aos autos "prova suficiente em seu favor, a fim de comprovar a efetividade das doações alegadas", não há qualquer similaridade nas situações postas que suscite divergência jurisprudencial* (fl. 1.530).

A remessa dos autos do Processo Administrativo Fiscal 10283.007855/2002-66 à delegacia regional é decorrência lógica do trânsito em julgado do acórdão nele proferido. Ora, não sendo admissível o recurso especial interposto administrativamente, não há razão para a manutenção dos autos no ambiente do Carf, onde apenas ocupará espaço físico.

Não há de se falar na possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, cujas hipóteses, inocorrentes *in casu*, estão elencadas no art. 151 do CTN.

Verifico, assim, que o agravante não infirmou as conclusões adotadas pela decisão agravada, o que afasta a possibilidade de reforma.

Por fim, a alegação de ilegalidade do acórdão do Carf – objeto do recurso especial que se pretende recebido, por cerceamento de defesa em razão da desconsideração do laudo pericial apresentado pelo agravante – não pode ser analisada nesta sede recursal ante a impossibilidade de supressão de instância, porquanto ainda não foi objeto de análise pelo douto magistrado *a quo*.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC e no art. 29, XXIV, do RITRF 1ª Região, *nego provimento ao agravo de instrumento*.

Comunique-se ao douto juízo prolator da decisão agravada.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, arquivem-se estes autos.

Brasília, 26 de abril de 2013.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Agravo de Instrumento 0017197-46.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes
Agravante: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Felipe Fritz Braga
Agravado: Júlio Takeru Imoto
Advogados: Dr. Celso Luiz Braga de Lemos
Dr. Leo Rocha Miranda
Publicação: e-DJF1 de 30/04/2013, p. 334

Decisão

1. O *Ministério Público Federal* agrava de decisão da 3ª Vara Federal/DF, que rejeitou a inicial da Ação de Improbidade Administrativa 45252-94.2010.4.01.3400/DF, em relação a *José Gerardo Ponte Pierre, Maurício Marinho e José Santos Fortuna Neves*, recebendo-a apenas em relação a *Júlio Takeru Imoto*.

Teriam os demandados, em comunhão de interesses, solicitado vantagem econômica ao sócio da empresa Precision Componentes Ltda., que tinha contrato de prestação de serviço com a ECT, empresa pública da qual eram funcionários *José Gerardo Ponte Pierre, Maurício Marinho e Júlio Takeru Imoto*. A vantagem consistiria na confecção de mil camisetas para a campanha eleitoral do Deputado *José Chaves*, do PTB/PE.

Segundo a inicial, *José Santos Fortuna Neves* agia como lobista junto à ECT e, por influência política do Deputado *José Chaves*, teria conseguido que *José Gerardo Ponte Pierre, Maurício Marinho e Júlio Takeru Imoto* fossem nomeados para funções de chefia naquele órgão, por meio das quais era possível identificar as empresas com vínculos contratuais com a ECT. A essas empresas, então, eram solicitadas vantagens econômicas indevidas, com vistas a arrecadar ajuda para a campanha eleitoral do citado deputado.

A conduta dos demandados, para a compra das camisetas, seria a troca de um *e-mail*, em julho de 2004, entre *José Fortuna* e *José Gerardo* e *Maurício Marinho*, no qual o primeiro encaminha, a partir de informações que teriam sido prestadas pelo Deputado *José Chaves*, uma lista de empresas que poderiam confeccionar as peças. Em setembro do mesmo ano, teria havido o encaminhamento de lista semelhante ao sócio da empresa Precision, agora pelo *e-mail* de *Júlio Takeru*, solicitando a compra das camisetas e a sua entrega no gabinete do Deputado *José Chaves*.

Para a decisão recorrida, haveria elementos suficientes para o recebimento da inicial apenas em relação a *Júlio Takeru Imoto*, que teria confirmado, em depoimento, o encaminhamento do *e-mail* e a solicitação indevida ao sócio da empresa Precision, observando que pedidos desse jaez, conforme depoimento prestado pelo referido sócio, já tinham sido feitos em outras três oportunidades, para outras finalidades, e sempre por intermédio do *Júlio*.

No que tange a *José Santos Fortuna Neves, José Gerardo Ponte Pierre e Maurício Marinho*, haveria apenas uma troca de *e-mail* entre eles, dois meses antes do *e-mail* de *Júlio*, no qual apenas constam os orçamentos para o serviço. Para a decisão recorrida, a conexão desse fato com o encaminhamento do pedido de compra por *Júlio*, basear-se-ia apenas em presunção do MPF, decorrente do fato de os quatro réus terem mantido contato telefônico em momentos próximos ao envio da mensagem de *Júlio*, elementos probatórios que reputou insuficientes para

justificar a imputação de improbidade administrativa. Considerou, ainda, que o *e-mail* trocado entre José Fortuna, José Gerardo e Maurício Marinho não configuraria eventual ato de improbidade, sendo as mensagens veículas por *e-mail* particular e não institucional.

Esse aspecto, pela avaliação da decisão, não configuraria demonstração razoável de que os empregados da ECT teriam cedido à pretensão de José Fortuna, em razão do que não se evidenciaria dano ao Erário ou violação aos princípios da Administração. “O pedido de doação de campanha manifestado por particular sem o uso da máquina pública não é suficiente a configurar a prática de improbidade administrativa.”

Sustenta o recorrente, no essencial, que há elementos indiciários que fundamentam a acusação contra os demandados excluídos da lide. Como o primeiro *e-mail* não fora destinado a Júlio, o seu envio posterior, por ele, para o sócio da empresa Precision, pressuporia que um dos destinatários anteriores lhe tivesse repassado o conteúdo e a solicitação. Acentua, na sequência, que a quebra de sigilo telefônico teria demonstrado que, nos momentos anterior e posterior ao envio da mensagem de Júlio para a Precision, existira troca de ligações telefônicas entre os réus, circunstância que, vista em conjunto com o primeiro fato, confirmaria o liame entre eles para a prática da ação ímproba; e que recebimento da ação de improbidade é ato que consiste em exame superficial dos fatos, não podendo o juízo exercer cognição exauriente. Na constância desses vários, afirma que a ação deve ter seguimento, anotando que a ação penal proposta com base nos mesmos fatos teve a sua denúncia recebida em face de todos os réus, no juízo da 10ª Vara Federal/DF.

2. Pelo que o momento processual permite divisar, a decisão recorrida há que mantida, porque, objetivamente, contém melhor espeque nos fatos da causa de pedir. Os elementos existentes nos autos apenas permitem um exercício de ilação esgarçada, *data venia*, por parte do MPF, num esforço ingente, mas improficuo – porque calcado basicamente em suposições e, portanto, assaz subjetivo da sua parte –, para demonstrar uma conexão entre os vários réus por fatos (envio de *e-mails*) que se deram em momentos diferentes e por interlocutores distintos.

O depoimento do próprio réu Júlio Takeru não afirma que a mensagem que enviou tivesse origem na primeira mensagem enviada por José Fortuna a Maurício Marinho e a José Gerardo; aliás, sequer lembra de quem teria solicitado o envio do *e-mail*, não fazendo nenhuma ligação entre as duas mensagens.

Embora a mensagem encerre, no seu conteúdo, o nome das mesmas empresas que teriam orçado o serviço no primeiro *e-mail*, o texto e a sua formatação são diferentes e os valores orçados também distintos, circunstância que suscita apenas uma identidade ou multiplicidade de pedido por parte do deputado ou do seu suposto representante, José Fortuna, a empregados da ECT, mas não que o pedido tenha sido feito por todos eles e em conluio.

Note-se que o ato que se reputa ímprobo tem núcleo na solicitação de ganho de vantagem indevida, para o que se exige a demonstração mínima de elemento material que envolva todos nessa postulação. O depoimento do sócio da empresa Precision, como salienta a decisão, diz que esses pedidos de ajuda financeira sempre partiram de Júlio, em outras três oportunidades, sem o envolvimento dos demais, o que faz pressupor uma ação escoteira, ainda que no interesse de alguém.

O momento de análise acerca do recebimento da inicial, na ação de improbidade administrativa, configura momento de exame perfunctório da prova, mas o processamento da ação, por outro lado, deve estar calcado em indícios materiais mínimos que sinalizem para um envolvimento das partes na prática do ato imputado ímprobo, que não podem ser meramente circunstanciais. Não se deve levar uma ação à frente, com tamanho estigma na reputação das pessoas, como a ação de improbidade administrativa, sem um contingente mínimo razoável de informações.

3. Tal o contexto, *mantenho a decisão recorrida*, indeferindo o pedido de efeito suspensivo. Responda a parte agravada, querendo, em 10 dias. Após, colha-se a manifestação da Procuradoria Regional da República.

Intimem-se.

Brasília, 23 de abril de 2013.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, relator.

Agravo de Instrumento 0020639-20.2013.4.01.0000/MT

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Agravante: Carlos Avelino Ribeiro Filho
Advogados: Dr. Gustavo Pardo Salata Nahsan
Dr. Sávio Danilo Lopes Leite
Agravado: Conselho Regional de Medicina do Estado de Mato Grosso – CRM/MT
Procuradores: Dr. Leonardo Pio da Silva Campos
Dr. Ricardo Gomes Sanches
Dra. Adelita Vinagre Pinheiro Duarte
Publicação: e-DJF1 de 10/05/2013 p. 1.281–1.282

Decisão

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de antecipação da tutela recursal, pretende Carlos Avelino Ribeiro Filho a reforma da decisão proferida pelo Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Mato Grosso, que, nos autos da Ação de Conhecimento 5059-48.2012.4.01.3600, recebeu o seu recurso de apelação apenas no efeito devolutivo.

O agravante relata ser bacharel em optometria, cujas funções estão regulamentadas pela Classificação Brasileira de Ocupação, nos termos da Portaria Ministério do Trabalho 397, de 09/10/2002.

Descreve que o Conselho Regional de Medicina do Mato Grosso – CRM/MT teria acionado o Poder Judiciário com o objetivo de obstar o seu exercício profissional, o que foi acolhido na sentença, inclusive com determinação para imediato cumprimento em sede de antecipação da tutela.

Assevera que *está proibido de exercer suas funções e proibido de laborar, ou seja, está sofrendo prejuízos enormes a quase um mês, embora seja de clareza solar que a sentença infringe normas infraconstitucionais e constitucionais, especialmente o livre exercício da profissão* (fl. 6).

Salienta a precariedade da decisão agravada, *pois a liminar, fundada em cognição sumária da lide, não pode estar em contradição com uma decisão posterior e baseada na cognição exauriente do processo* (fl. 9).

Requer o deferimento da antecipação da tutela recursal e o provimento do agravo de instrumento, para determinar que o recurso de apelação seja recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Este agravo de instrumento, protocolado em 12/04/2013, veio concluso em 16/04/2013.

Decido.

Recebo o agravo como de instrumento, nos termos do art. 522 do CPC, na redação dada pela Lei 11.187/2005.

O agravante requer que o seu recurso de apelação seja recebido também no efeito suspensivo, de modo a obstar a implementação das medidas deferidas em sede de antecipação de tutela, conforme determinado na sentença recorrida.

Constato que a antecipação da tutela foi deferida pelo douto juízo *a quo* no ato da prolação da sentença, de modo a determinar (i) a realização de busca e apreensão dos equipamentos utilizados pelo agravante e que possuem características e funcionalidades de uso restrito de profissionais habilitados para o exercício da Medicina; (ii) a abstenção da prática de diagnóstico ocular e de solução para a correção de doenças ou do campo visual; e (iii) a abstenção da realização de publicidade do consultório de optometria de propriedade do agravante, em especial quando relacionado à realização de exames de vista, gratuitos ou não, e de tratamento da saúde ocular.

É certo que, embora reconhecida a existência da profissão do optometrista e não havendo dúvida quanto à legitimidade do seu exercício (pelo menos em certo campo de atividades, não está ele (o optometrista) *habilitado para os misteres médicos, como são as atividades de diagnosticar e tratar doenças relativas ao globo ocular, sob qualquer forma* (STJ, REsp 975.322/RS, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 03/11/2008).

Não obstante a ausência, nestes autos, de prova em sentido contrário, a sentença objeto do recurso de apelação consigna que *a perda da capacidade visual implica em detrimento da qualidade de vida, decorrente de restrições ocupacionais, econômicas, sociais e psicológicas, de modo que não se pode abrir brecha para permitir que profissionais não especializados, que se diz responsável pela avaliação primária da saúde visual (sic) (fl. 44), possam interferir na área de atuação destinada exclusivamente ao médico oftalmologista* (fl. 31).

Em casos tais, atribuir efeito suspensivo à apelação, de modo a possibilitar ao agravante a atuação profissional fora dos limites estabelecidos pela lei, esgotaria a possibilidade de utilização do referido instituto processual quando da prolação da sentença, notadamente em relação às medidas protetivas do direito postulado pela parte ora agravada.

Isso porque o inciso VII do art. 520 do Código de Processo Civil demanda aplicação teleológica, de modo a permitir a sua eficácia quando o magistrado verificar a necessidade de provimento urgente, ainda que na sentença.

A orientação jurisprudencial está consolidada no sentido de que o recurso de apelação contra sentença que defere a antecipação da tutela deve ser recebido apenas no efeito devolutivo (STJ, AgRg no Ag 1261955/SP, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 24/02/2011).

Neste sentido, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 520, VII, DO CPC. INOCORRÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONCEDIDA NA SENTENÇA. POSSIBILIDADE.

[...]

2. *A apelação, quer se trate de provimento urgente cautelar quer de tutela satisfativa antecipatória deferida em sentença ou nesta confirmada, deve ser recebida, apenas, no seu efeito devolutivo. É que não se concilia com a idéia de efetividade, autoexecutoriedade e mandamentalidade das decisões judiciais, a sustação do comando que as mesmas encerram, posto presumirem situação de urgência a reclamar satisfatividade imediata.*

3. A doutrina e jurisprudência vêm admitindo a antecipação dos efeitos da tutela na sentença, afastando-se, no momento do recebimento da apelação, o efeito suspensivo com relação a essa parte do decisum. Arruda Alvim doutrinando acerca das recentes reformas introduzidas no sistema processual civil, ressalta o seguinte:

“Esta lei é permeada pela intenção de realizar, no plano prático, a efetividade do processo. Colima proporcionar que, entre a decisão e a real produção dos seus efeitos, benéficos ao autor, a quem se outorgou proteção, decorra o menor tempo possível. Tende a que, entre a decisão e a sua eficácia, não haja indesejável intervalo.

Não há nela referências ao termo execução, senão que a expressão usada é efetivação (art. 273, § 3.º), como, também, há referência a descumprimento de sentença ou decisão antecipatória (art. 287), ao que devem suceder-se consequência (s) coercitiva (s) por causa dessa resistência ilícita, mercê da aplicação do art. 461, § 4.º e 461-A, com vistas a dobrar a conduta do réu, que se antagoniza com o direito do autor e, especialmente, com a determinação judicial. Isto significa que se acentua o perfil do caráter mandamental da disciplina destinada a realizar, no plano prático, o mais rapidamente possível, os efeitos determinados pela decisão” (in Inovações Sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência; Coordenadores: Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, Forense, Rio, 2003, p. 3/4).

4. Precedentes do STJ: (Resp 648.886/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 06/09/2004; REsp nº 473.069/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 19/12/2003; REsp nº 279.251/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 30/4/2001).

5. Recurso Especial desprovido.

(STJ, REsp 706252/SP, rel. ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 26/9/2005, p. 234 — sem grifos no original).

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO DE APELAÇÃO - EFEITO DEVOLUTIVO - ART. 520, VII, CPC - APLICABILIDADE - PARTE DA SENTENÇA QUE DEFERIU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - PRECEDENTES.

1. “O art. 557 do CPC, conferindo ao relator competência para decidir monocraticamente em agravo manifestamente inadmissível, improcedente ou prejudicado, sem que isso signifique afronta ao princípio do contraditório, da ampla defesa, e/ou violação de normas legais, porque atende à agilidade da prestação jurisdicional, não se limita aos casos de prévia jurisprudência dominante ou súmulas das Cortes Superiores.” (AGTAG 2007.01.00.004894-0/MG, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p.250 de 13/11/2009).

2. A antecipação de tutela deferida na sentença produz a mesma eficácia da confirmação da antecipação de tutela, de modo que o recurso de apelação deve ser recebido no efeito meramente devolutivo, aplicando-se extensivamente o artigo 520, VII, do CPC. Precedentes deste Tribunal.

3. *Em suma, “a apelação, quer se trate de provimento urgente cautelar quer de tutela satisfativa antecipatória deferida em sentença ou nesta confirmada, deve ser recebida, apenas, no seu efeito devolutivo. É que não se concilia com a idéia de efetividade, autoexecutoriedade e mandamentalidade das decisões judiciais, a sustação do comando que as mesmas encerram, posto presumiram situação de urgência a reclamar satisfatividade imediata” (RESP nº 514409/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., in DJ de 09/12/2003).*

4. Agravo Regimental improvido. Decisão mantida.

(TRF1, AGA 0040109-76.2009.4.01.0000/DF, rel. Des Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1 de 15/01/2010, p. 174 — sem grifos no original).

O exercício da optometria pelo agravante é permitido nos estreitos limites do art. 3º do Decreto 20.931/1932, ainda em vigor porquanto o art. 4º do Decreto 99.678/1990 teve sua eficácia suspensa em sede de medida cautelar deferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 533, rel. Min. Carlos Velloso.

Por fim, inexistente situação excepcional a impor o recebimento do recurso de apelação interposto pelo agravante no efeito suspensivo. Ao contrário, a antecipação da tutela recursal objetiva a implementar a proteção à saúde e o respeito aos limites da lei quando em evidência a livre iniciativa.

Ante o exposto, com base no art. 557, *caput*, do CPC, *nego provimento ao agravo de instrumento*.

Cientifique-se ao duto juízo prolator da decisão agravada.

Publique-se. Intime-se.

Após o trânsito em julgado desta decisão, arquivem-se os autos.

Brasília, 16 de abril de 2013.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Agravo de Instrumento 0010644-80.2013.4.01.0000/DF

Relatora : Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Agravante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
Agravada: Andréa Fernanda Borges de Oliveira
Advogados: Dr. Ricardo Adolpho Borges de Albuquerque
Dr. Carlos Fernando Guimarães
Publicação: e-DJF1 de 10/05/2013, p. 1.278–1.279

Decisão

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de efeito suspensivo, pretende a União (Fazenda Nacional) ver reformada a decisão proferida pelo Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, nos autos da Ação de Conhecimento 7977-09.2013.4.01.3400, deferiu parcialmente o pedido de antecipação da tutela para suspender a exigibilidade do crédito tributário em discussão na origem, em relação à remuneração percebida pela agravada da Unesco, do Pnud e da Unfpa.

A agravante sustenta que *o ponto central da discussão situa-se na delimitação do verdadeiro alcance do benefício da isenção previsto no art. V, Seção 18, da convenção aprovada pela Secretaria Geral das Nações Unidas. Ora, a isenção tributária que o autor persegue é restrita a funcionários nomeados para quadro efetivo da ONU e não a técnicos que tem avenças para prestação de serviços a tal organismo, sem vínculo empregatício.*

Salienta que, *conforme consta da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, aos funcionários domiciliados no País, foi estendida isenção do Imposto de Renda sobre remunerações pagas pela representação do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Brasil – Pnud. Ressalte-se que os rendimentos auferidos por funcionários das agências especializadas da Organização das Nações Unidas estão sujeitos ao mesmo tratamento tributário determina para os servidores do Pnud.*

Assevera que *a ausência do nome do autor na listagem da ONU denunciou que aquele não é funcionário do organismo internacional, mas sim que trabalha a título de técnico a serviço.*

Requer a concessão de efeito suspensivo e o provimento do agravo de instrumento.

Este agravo de instrumento, protocolado em 25/02/2013, veio concluso em 27/02/2013.

Decido.

Recebo o agravo como de instrumento, nos termos do art. 522 do CPC, na redação dada pela Lei 11.187/2005.

Acerca da presente controvérsia, tenho entendimento de que o Decreto 27.784/1950 não concede isenção ampla. Ao contrário, limita-a a determinadas categorias de funcionários, os quais devem ser relacionados pelo secretário-geral, que submeterá os nomes à Assembleia Geral e, em seguida, comunicará, periodicamente, aos governos membros.

O funcionário internacional é aquele que tem vínculo permanente com o organismo internacional e está submetido ao seu estatuto.

Não ficou comprovada, por parte da agravada, a condição de funcionário internacional estatutário, cujo nome tenha sido relacionado pelo secretário-geral da ONU, submetido à Assembleia Geral e, em seguida, comunicado ao Governo brasileiro.

Para tanto, a Convenção sobre Privilégios e Imunidades da Organização das Nações Unidas, no art. 6º, Seção 22, não prevê para técnicos em geral nenhuma isenção.

Com fundamento no poder geral de cautela (art. 798 do CPC), a medida jurisdicional adequada ao presente caso é aquela que resguarda a esfera jurídico-patrimonial de ambas as partes.

Diante das peculiaridades do caso, no intuito de resguardar eventual direito da agravada, é coerente e plausível que a produção dos efeitos previstos na decisão agravada seja condicionada à realização de depósito judicial no montante integral do tributo em discussão (art. 151, II, do CTN).

Ante o exposto, *dou parcial provimento ao agravo de instrumento*, com base no art. 557, § 1º-A, do CPC e no art. 29, XXIV, do RITRF 1ª Região, para determinar que a eficácia da decisão agravada permaneça atrelada à realização, à comprovação e à manutenção de depósito judicial no montante integral do tributo em discussão.

Comunique-se ao douto juízo prolator da decisão agravada, para que dê imediato cumprimento.

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

Transcorrido o prazo recursal, arquivem-se os autos.

Brasília, 26 de abril de 2013.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Agravo de Instrumento 0016358-21.2013.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca
 Agravantes: Construa Engenharia Ltda. e outros
 Advogados: Dr. Roland Raad Massoud e outros
 Agravada: Fazenda Nacional
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
 Publicação: e-DJF1 de 10/05/2013, p. 1.076–1.079

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Construa Engenharia Ltda., Luiz Costa Profeti, Fábio Costa Profeti e Daniel Alves Coutinho contra decisão do MM. juiz federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Pará (cópia às fls. 211–215) que deferiu em parte o pedido liminar formulado pela Fazenda Nacional nos autos de Medida Cautelar Fiscal Incidental (31096-85.2012.4.01.3900/PA), para decretar a indisponibilidade de todos os bens de: Construtora

Esplanada Ltda., Construa Engenharia Ltda., Antônio Profeti, Lúcia Costa Profeti, Luiz Costa Profeti, Daniel Alves Coutinho e Fábio Costa Profeti.

O magistrado de 1º grau entendeu presentes os requisitos para a desconsideração da pessoa jurídica, dado que, além de indícios de dissolução irregular da sociedade Construtora Esplanada Ltda. – não localizada no endereço indicado em sua mais recente alteração contratual –, o caso concreto apresentava, também, fortes indícios de intuito fraudatório evidenciados: a) na transferência do imóvel sede da Construtora Esplanada para a Construa Engenharia, quando referido imóvel já havia sido dado em garantia dos débitos da primeira construtora; e b) pela criação de diversas pessoas jurídicas com participações societárias entre si e administradas pelos mesmos sócios, o que demonstraria a existência de grupo econômico.

Inconformados, os agravantes recorrem, asseverando não existir grupo econômico na hipótese em tela, mas apenas “empresas de pais (Esplanada) e filhos (Construa), independentes e com atuação distinta” (fl. 6), que possuem faturamento totalmente desvinculado. Alegam que o fato de o pai de dois dos sócios da Construa Engenharia possuir procuração para praticar algum ato urgente em nome da construtora se justifica pela necessidade frequente de atuação da empresa em obras de construção licitadas no interior do Estado. Explicam, também, que

O fato de estarem as empresas localizadas em imóveis próximos também não é nenhuma excepcionalidade ou novidade no ramo. Isso porque a atuação de uma empresa do ramo da construção civil se dá nos canteiros de obra, existindo pouquíssimas atividades a serem exercidas em escritório, de modo que este fica frequentemente sem funcionários. Isso faz, inclusive, com que, por vezes, sejam guardadas máquinas no canteiro de outras empresas, já que obviamente não se pode guardar um trator dentro de escritórios. (fls. 6–7).

Com amparo em precedentes da 1ª e 2ª Turma do STJ, sustentam, ainda, que o simples fato de duas empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico não permite concluir pela existência de solidariedade passiva entre elas, sendo imprescindível que ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador e irrelevante a mera participação no resultado dos eventuais lucros auferidos pela outra empresa do mesmo grupo econômico.

Aduzem não existir evidência de que a Construtora Esplanada tenha sido irregularmente dissolvida, nem tampouco de que a Construa Engenharia seja insolvente, ainda que, em períodos, a primeira “tenha apresentado baixo movimento ou tenha deixado de movimentar valores” (fl. 23).

Da mesma forma, alegam não haver nada que autorize afirmar terem os sócios de ambas as empresas agido em fraude à lei ou ao contrato social.

Apontam como impenhoráveis duas contas bancárias de Daniel Alves Coutinho, uma correspondente àquela por meio da qual recebe benefício previdenciário e outra, previdência privada.

Por fim, afirmam que “O bloqueio de seu capital de giro causou e continua causando danos de toda monta, na medida em que impossibilita, para a empresa, o pagamento de seus compromissos ordinários (folha de pessoal, fornecedores, tributos, etc.) e para os sócios, sua subsistência (todas as contas bancárias foram bloqueadas).” (fl. 26).

Pedem, assim, a concessão de efeito suspensivo ao presente agravo, para suspender a decisão agravada na parte que determinou a indisponibilidade de bens da Construa Engenharia e de seus sócios, ou, sucessivamente, que sejam modulados os efeitos da decisão recorrida, no sentido de ordenar o desbloqueio, no mínimo:

[...] das contas bancárias da CONSTRUA ENGENHARIA, na medida em que constituem capital de giro, e não ativo permanente, sendo que a permanência do bloqueio inviabiliza as operações da empresa e o seu compromisso com contratantes; e

dos bens dos sócios, eis que não demonstrado qualquer ato abusivo por eles praticado que autorize a desconsideração da personalidade jurídica, *initio litis*, da CONSTRUA ENGENHARIA, bem como por se tratar de valores impenhoráveis.

Em contraminuta (fls. 685–697), a Fazenda Nacional pugna pela manutenção da decisão agravada, insistindo na existência de indícios de dissolução irregular da Construtora Esplanada, seja por não ter sido ela encontrada no endereço informado na sua última alteração contratual, seja pelo fato de que, desde o ano-calendário 2007, a empresa não apresenta nenhuma receita bruta.

Sustenta, ainda, que a confusão de patrimônios entre as duas sociedades pode ser observada pelas seguintes situações fáticas:

[...] declaração do Sr. Antonio Profeti perante oficial de justiça de que um dos tratores penhorados na Execução Fiscal n. 2008.39.00.004714-8 estava na sede da empresa Construa Engenharia Ltda.;

nos anos de 2005, 2008 e 2009, o Sr. Antonio Profeti possuía procuração pública que lhe conferia amplos poderes de administração e gerência da empresa Construa Engenharia Ltda., sem contar que, entre 2009 e 2011, atuou como procurador da mesma empresa em diversas instituições financeiras, sendo o responsável pela sua movimentação bancária;

a empresa devedora (Construtora Esplanada) ofereceu seu próprio imóvel em garantia de débitos da Construa Engenharia;

o casal, Sr. Antonio Profeti e Sra. Lúcia Costa Profeti – sócios administradores da empresa Construtora Esplanada –, ofereceu bens imóveis próprios em garantia de débitos da Construa Engenharia;

o exame da evolução da receita bruta da Construa Engenharia de 2002 a 2011 demonstra que, a partir de 2005, sua receita (que até então girava em torno de R\$ 500.000,00) ultrapassou os R\$ 16 milhões de reais, caindo um pouco a partir de 2010, mas claramente denotando um substancial incremento financeiro ao mesmo tempo em que a Construtora Esplanada deixou de auferir receita a partir de 2007, o que sinaliza uma transferência de receitas de uma empresa para outra;

a Construtora Esplanada transferiu seu principal patrimônio (o imóvel em que se localizava sua sede) para a Construa Engenharia em 28/03/2008, logo após a inscrição de seus débitos na Dívida Ativa da União, sem reservar bens suficientes para a quitação de suas dívidas para com a Fazenda Nacional.

É o relatório. Passo a decidir.

Da dissolução irregular da empresa executada

Sem razão os requerentes quando alegam não existirem evidências de dissolução irregular da Construtora Esplanada Ltda.

O mero fato de não ter sido a empresa executada encontrada no endereço por ela informado na última alteração contratual, como sendo a localização de sua sede, já induz a presunção de dissolução irregular da sociedade, conforme assentado no enunciado 435 da Súmula do STJ, que possui a seguinte redação:

Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Tal presunção não é refutada pelo fato de ter ela parcelado seus débitos federais, aderindo ao parcelamento previsto na Lei 11.941/2009. Isso porque a empresa, como já havia feito em duas outras ocasiões anteriores (adesão ao Refis da Lei 9.994/1990 e ao Paex da MP 303/2006) não pagou as parcelas do acordo e também não apresenta nenhuma receita bruta desde o ano-calendário 2007.

Dos indícios de existência de grupo econômico e de confusão patrimonial

Nos termos do art. 494 da Instrução Normativa 971, de 13/11/2009 (D.O.U. de 17/11/2009¹), da Receita Federal, “Caracteriza-se grupo econômico quando 2 (duas) ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica.”

Ao contrário do que querem fazer crer os requerentes, existem uma série de indícios, além do parentesco entre os sócios da empresa executada (pais) e dois dos sócios da Construa Engenharia Ltda. (filhos), que denotam a existência de um grupo econômico entre ambas as empresas e que foram apontados e comprovados pela Fazenda Nacional na Ação Cautelar Fiscal incidental 31096-85.2012.4.01.3900. São eles:

[...] evidências de que o Sr. Antonio Profeti, sócio da Construtora Esplanada Ltda. (empresa devedora) e pai de dois dos sócios da Construa Engenharia Ltda., possuía procuração pública que o autorizava a atuar como administrador e gerente da empresa agravante nos anos de 2005, 2008 e 2009, além de procurador responsável pela sua movimentação bancária entre 2009 e 2011;

a Construtora Esplanada ofereceu o imóvel onde se localizava a sua sede (situado na travessa Pirajá, n. 494/520, Bairro Pedreira, Belém/PA) como garantia de cédula de crédito comercial emitida em 13.06.2006 pela Construa Engenharia Ltda. em favor do Banco da Amazônia S/A – BASA², tendo, por fim, transferido definitivamente a propriedade desse mesmo imóvel

¹ Referida Instrução Normativa está disponível no site da Receita Federal do Brasil, no endereço: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Ins/2009/in9712009.htm>> .

² Conforme se vê da cópia da Certidão Digitalizada do Cartório de Registro de Imóveis – 2º Ofício de Belém/PA, vista às fls. 128 e 129 destes autos.

para a empresa agravante em 28.03.2008, após a inscrição em Dívida Ativa da União de todos os seus débitos para com a Fazenda Nacional³;

o exame da evolução da receita bruta da Construa Engenharia de 2002 a 2011⁴ demonstra que, a partir de 2005, sua receita (que até então girava em torno de R\$ 500.000,00) ultrapassou os R\$ 16 milhões de reais, caindo um pouco a partir de 2010, mas claramente denotando um substancial incremento financeiro ao mesmo tempo em que a Construtora Esplanada deixou de auferir receita a partir de 2007, o que sinaliza uma transferência de receitas de uma empresa para outra.

Tais indícios apontam não só para a administração comum de ambas as empresas como também para a existência de confusão entre seu patrimônio, por meio da transferência de bens e de capital de uma para a outra, confusão essa cujo nítido intuito é frustrar o pagamento das dívidas previdenciárias e tributárias da Construtora Esplanada Ltda. que ultrapassam já o valor de R\$ 16 milhões (ver fls. 208–209).

Assim sendo, presente fundamento autorizador da desconsideração da personalidade jurídica a justificar a extensão da responsabilidade pelas dívidas da sociedade tanto aos sócios da empresa devedora quanto à empresa coligada e seus respectivos sócios.

Dos requisitos para a decretação da medida cautelar fiscal

Havendo indícios claros de grupo econômico, deve-se verificar a presença também dos requisitos para a concessão da medida cautelar fiscal de indisponibilidade de bens dos responsáveis tributários. Estão eles descritos nos arts. 2º a 4º da Lei 8.397/1992, nestes termos:

Art. 2º A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor:

[...]

III - caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens;

[...]

V - notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal: *(Produção de efeito)*

a) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade; *(Incluída pela Lei 9.532, de 1997) (Produção de efeito)*

b) põe ou tenta por seus bens em nome de terceiros; *(Incluída pela Lei 9.532, de 1997) (Produção de efeito)*

VI - possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido; *(Incluído pela Lei 9.532, de 1997) (Produção de efeito)*

[...]

IX - pratica outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito.

[...].

Art. 3º Para a concessão da medida cautelar fiscal é essencial:

I - prova literal da constituição do crédito fiscal;

II - prova documental de algum dos casos mencionados no artigo antecedente.

Art. 4º A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação.

§ 1º Na hipótese de pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, podendo, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, ao tempo:

a) do fato gerador, nos casos de lançamento de ofício;

b) do inadimplemento da obrigação fiscal, nos demais casos.

§ 2º A indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador (§ 1º), desde que seja capaz de frustrar a pretensão da Fazenda Pública.

[...].

³ Conforme se vê da cópia da Certidão Digitalizada do Cartório de Registro de Imóveis – 2º Ofício de Belém/PA, vista às fls. 130 e 131 destes autos.

⁴ Ver quadro evolutivo da receita bruta de ambas as empresas às fls. 49, 52, 690/691 destes autos.

Atendido o requisito legal do art. 3º, I, da Lei 8.397/1992, com a constituição do crédito tributário devidamente inscrito em Dívida Ativa e, em grande parte, cobrado em diversas ações em trâmite na 6ª e na 7ª Varas Federais da Seção Judiciária do Pará (ver relatório das dívidas da Construtora Esplanada às fls. 83–98 e indicação do número das execuções fiscais já ajuizadas às fls. 208–209) e observadas as hipóteses dos incisos III, V, b, e VI do art. 2º da Lei 8.397/1992, a indisponibilidade dos bens de todos os integrantes do grupo econômico é medida que se impõe.

Impende ressaltar que

1. O objetivo primordial da medida cautelar fiscal é assegurar a utilidade da cobrança dos créditos, dado que as hipóteses que a autorizam (art. 2º e art. 3º da Lei 8.397/1992) claramente expõe a existência, ou iminência de insolvência do devedor; em verdade, na sua maioria, descrevem hipóteses de fraude. 2. A efetividade da medida cautelar fiscal exige rápida resposta do Judiciário, a estancar, de logo, qualquer ato a frustrar o credor. 3. A liminar em medida cautelar fiscal não exige prova cabal e definitiva dos fatos descritos no art. 2º da Lei 8.397/1992, bastando simples indícios da ocorrência de uma das hipóteses a justificar a medida (*in* AG 0043147-91.2012.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, rel. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado), Sétima Turma, e-DJF1, p. 1.422, de 14/12/2012).

Esse entendimento foi recentemente referendado pela 7ª Turma desta Corte, como se vê do seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL - MEDIDA CAUTELAR FISCAL (LEI N. 8.397/92) - INDISPONIBILIDADE DE BENS DOS AGRAVANTES - GRUPO ECONÔMICO. LIMINAR: REQUISITOS PRESENTES.

1. A jurisprudência da Sétima Turma deste Tribunal, na esteira da orientação do colendo STF, é no sentido do recebimento dos embargos de declaração, com efeitos modificativos, opostos contra decisão singular do Relator, como agravo regimental.

2. É cediço que “(...) A pretensão na MC cautelar é a indisponibilização de bens dos devedores até o limite da integralidade do crédito (satisfação da obrigação), como medida própria à garantia da efetividade da cobrança, não se vinculando, entretanto, a crédito determinado de execução porventura ajuizada. Tanto assim que sequer é exigida pela lei a constituição definitiva do crédito (ou sua inscrição em dívida ativa) como pressuposto da MC Fiscal, bastando para tanto, nas hipóteses autorizativas, a existência do débito (v.g. AC 2005.31.00.000599-6), o que reforça a vinculação apenas ao crédito, independentemente da existência de EFs ajuizadas, menos ainda da vara em que se encontram” (AG 0075202-32.2011.4.01.0000/BA, Relator: Desembargador Federal LUCIANO TOLENTINO AMARAL, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.540 de 30/03/2012).

3. Tratando-se de grupo econômico com mais de uma EF tramitando em juízos distintos, o disposto no art. 5º da Lei n. 8.397/92 (“a medida cautelar fiscal será requerida ao Juiz competente para a execução judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública”), se conjuga com o art. 4º (“a decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação”) para que atendidos os princípios da economia processual e da segurança jurídica. Em tal hipótese de pluralidade de domicílios fiscais, “compete ao Fisco, dentro das balizas processuais, civis e tributárias escolher o foro de ajuizamento da pretensão cautelar, nos termos do art. 578, parágrafo único, do CPC, art. 5º da Lei 8.397, de 6 de janeiro de 1992 e 5º da Lei de Execução Fiscal. (...)”. (STJ, REsp 1128139/MS, Rel. MINISTRA. ELIANA CALMON, T2, ac. un., DJe 09/10/2009).

4. A responsabilização dos sócios advém do art. 134 do CTN, não constituindo, a medida cautelar em tela, perda da propriedade, apenas restrição da disponibilidade dos bens (REsp nº 172.736/RO) com o intuito de assegurar o ressarcimento ao erário. De outro lado, “em medida cautelar contra sociedades controladas, informalmente, por um grupo econômico, incabível a discussão sobre ilegitimidade passiva ad causam porque há presunção legal de responsabilidade solidária entre todos os integrantes do grupo. (Código Tributário Nacional, art. 124, e seu parágrafo único).” - AG 0046452-83.2012.4.01.0000/DF, rel. Desembargador Federal CATÃO ALVES, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p. 363 de 26/10/2012.

5. “Havendo indícios claros de grupo econômico, preenchidos os requisitos legais do art. 3º, I, da Lei n. 8.397/92 e observada as hipóteses dos incisos VI e VIII do art. 2º da Lei n. 8.397/92, a indisponibilidade dos bens de todos os integrantes do grupo econômico é medida que se impõe.” (AG 0043147-91.2012.4.01.0000/BA, Rel. Conv. Juiz Federal RAFAEL PAULO SOARES PINTO (Conv.), SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.1422 de 14/12/2012). Assim, “a existência de fortes indícios de que as agravantes integrariam o grupo econômico e teriam se beneficiado de transações financeiras irregulares justifica, em exame de cognição sumária, a medida assecuratória - indisponibilidade” (AG 0007994-94.2012.4.01.0000/BA, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral), SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p. 721 de 07/12/2012.

6. Agravo regimental não provido.

(AGA 0019696-37.2012.4.01.0000/MG, Rel. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p. 498 de 05/04/2013)

Das limitações à decretação da indisponibilidade de bens

De outro lado, o art. 4º, § 1º, da Lei 8.397/1992 exclui da indisponibilidade os bens do ativo circulante da empresa devedora, de modo a preservar a continuidade da atividade empresarial.

No entanto, a jurisprudência do STJ vem admitindo, em casos excepcionais, a decretação da indisponibilidade de ativos financeiros, quando a empresa estiver com suas atividades paralisadas ou quando não forem encontrados bens suficientes em seu patrimônio para garantir a execução fiscal. Nesse sentido, entre outros, o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. LEI N. 8.397/92. SÚMULA N. 7/STJ. INDISPONIBILIDADE. PESSOA JURÍDICA. BENS ESTRANHOS AO ATIVO PERMANENTE. PRECEDENTES. ART. 294 DO CPC. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA.

1. [...].

2. Tendo o Tribunal de origem se apoiado no conjunto fático-probatório dos autos para concluir que o bloqueio das contas bancárias das empresas devedoras e de seus sócios não deveria ser mantido, não cabe ao STJ, em sede de recurso especial, alterar tal entendimento, visto que implicaria o reexame de provas, o que é vedado em face do óbice contido na Súmula n.7/STJ.

3. A Lei n. 8.397/92 (art. 4º, § 1º) põe a salvo do gravame da indisponibilidade bens de pessoa jurídica que não integrem seu ativo permanente; todavia, o STJ já firmou entendimento de que, em situações excepcionais, admite-se a decretação de indisponibilidade de bens de pessoa jurídica, ainda que estes não constituam seu ativo permanente.

4. Recurso especial do INSS não conhecido. Recurso especial dos contribuintes não provido.

(REsp 365.546/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2006, DJ 04/08/2006, p. 294) – negritei.

O alcance da indisponibilidade de bens deferida na cautelar fiscal é detalhadamente explanado em precedente do col. TRF 3ª Região, cuja ementa transcrevo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO INOMINADO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. PENHORA DE ATIVOS FINANCEIROS DA EMPRESA EXECUTADA. BENS QUE NÃO FAZEM PARTE DE SEU ATIVO PERMANENTE. NÃO POSSIBILIDADE NO CASO.

I - A decisão deve ser mantida.

II - Ab initio, destaco o disposto no artigo 4º da Lei 8.397/92, preceito no qual se baseou o ilustre Magistrado a quo para indeferir a medida requerida: “Art. 4º. A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação. § 1º. Na hipótese de pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, podendo, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, ao tempo: a) do fato gerador, nos casos de lançamento de ofício; b) do inadimplemento da obrigação fiscal, nos demais casos.”

III - Com efeito, a Lei n. 8.397/92 é clara quando põe a salvo do gravame da indisponibilidade os bens de pessoa jurídica que não integrem seu ativo permanente.

IV - A restrição quanto ao bloqueio de ativos não permanentes de empresas, naturalmente visa preservar o seu exercício. Na realidade, os ativos financeiros da empresa fazem parte de seu ativo circulante, os quais possibilitam a movimentação financeira empresarial, mediante, dentre outros, o pagamento tanto de salários de seus empregados quanto de seus fornecedores.

V - Ressalte-se que a medida cautelar fiscal não tem a pretensão de coibir a continuidade das atividades da empresa. Seu principal objetivo é a garantia do adimplemento do débito fiscal, mediante a salvaguarda dos bens de seu ativo permanente.

VI - Precedentes do Colendo STJ (RESP 200401351484, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, v.u., DJ 12/09/2005) e desta Corte de Justiça (Quarta Turma, Relator Desembargador Federal Roberto Haddad, AI nº 2009.03.00.016201-3, v.u. DJF3 CJ1 16/03/2010 pg. 552).

VII - É consabido que, em situações excepcionais, o STJ tem admitido a penhora de bens que não façam parte do ativo permanente da empresa que esteja sendo executada. Registro, porém, que tal excepcionalidade não se encontra configurada no caso dos autos.

III - Precedente (TRF 1ª Região, Oitava Turma, Relator Desembargador Federal Osmane Antônio dos Santos, AI nº200801000264858, v.u. DJF1 05/12/2008, pg.399).

IX - Sendo assim, diante da formação de jurisprudência consolidada, inexistente razão para a modificação do entendimento inicialmente manifestado, que negou seguimento ao agravo com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil.

X - Agravo inominado improvido

(AI 01031368120064030000 AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 282716 Relator(a) Desembargadora Federal CECILIA MARCONDES Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador TERCEIRA TURMA Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA: 13/09/2010).

Do voto condutor do referido acórdão, permito-me extrair os seguintes trechos:

Com efeito, a Lei n. 8.397/92 é clara quando põe a salvo do gravame da indisponibilidade os bens de pessoa jurídica que não integrem seu ativo permanente.

A restrição quanto ao bloqueio de ativos não permanentes de empresas, naturalmente visa preservar o seu exercício. Na realidade, os ativos financeiros da empresa fazem parte de seu ativo circulante, os quais possibilitam a movimentação financeira empresarial, mediante, dentre outros, o pagamento tanto de salários de seus empregados quanto de seus fornecedores.

Ressalte-se que a medida cautelar fiscal não tem a pretensão de coibir a continuidade das atividades da empresa. Seu principal objetivo é a garantia do adimplemento do débito fiscal, mediante a salvaguarda dos bens de seu ativo permanente.

Nesse sentido, destaco julgado do Colendo STJ e desta Corte de Julgamento:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR FISCAL.

1. A Medida Cautelar Fiscal só deve atingir bens pertencentes ao ativo permanente da empresa, incluindo-se os créditos a que tem direito.
2. Embora penhorados os créditos repassados para as empresas para os fins previstos no programa de equalização da cana-de-açúcar, subsídio em favor das empresas do Nordeste, Norte e Rio de Janeiro, para garantir execução fiscal, não é possível, contudo, quando outros bens foram penhorados, sem insurreição da Fazenda.
3. A execução deve ser processada da forma menos onerosa para o devedor.
4. A Medida Cautelar Fiscal não é meio útil para atender aos caprichos do Fisco, exacerbando as suas atribuições de cobrar o tributo devido, ao ultrapassar os limites do devido processo legal.
5. Recurso especial improvido.

(STJ, RESP 200401351484, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, v.u., DJ 12/09/2005)

TRIBUTÁRIO. CAUTELAR FISCAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ALIENAÇÃO DE BENS SEM A DEVIDA COMUNICAÇÃO À AUTORIDADE FAZENDÁRIA.

1. O arrolamento dos bens e direitos do sujeito passivo visa assegurar parte do crédito fiscal aferido pela Fazenda, na hipótese de restar evidenciada a impossibilidade de sua satisfação, bem como resguardar terceiros de eventual dano ao patrimônio.
2. Tal procedimento não representa uma efetiva restrição patrimonial, eis que não limita o direito do contribuinte em alienar, onerar ou transferir os bens, desde que se comunique o ato à autoridade administrativa fazendária competente, sob pena de submissão à medida cautelar fiscal, conforme o § 4o do artigo 64 da Lei no 9.532/97.
3. A decretação de indisponibilidade sobre os ativos financeiros constitui medida extrema e gravosa, devendo, portanto, recair somente sobre os bens do ativo permanente da pessoa jurídica.
4. Embora devidamente notificado do arrolamento de bens, o veículo Land Rover Defender, placa DDG 2652, foi alienado ao seu sócio administrador, sem a devida comunicação às autoridades fazendárias ou ordem judicial.
5. Agravo de instrumento parcialmente provido para determinar que a indisponibilidade recaia tão somente sobre os bens do ativo permanente do Hospital Santa Elisa Ltda., incluído nestes o veículo alienado ao sócio administrador Marcos Soares de Camargo.

(TRF 3ª Região, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal Roberto Haddad, AI nº 2009.03.00.016201-3, v.u. DJF3 CJ1 16/03/2010 pg. 552).

É consabido que, em situações excepcionais, o STJ tem admitido a penhora de bens que não façam parte do ativo permanente da empresa que esteja sendo executada. Registro, porém, que tal excepcionalidade não se encontra configurada no caso dos autos.

A respeito, destaco o julgado:

MEDIDA CAUTELAR FISCAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO DÉBITO. INEXIGIBILIDADE. EMPRESA INCORPORADORA E CONSTRUTORA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO SUSPENSIVO PARCIAL. INDISPONIBILIDADE DE ATIVOS FINANCEIROS VIA BACEN JUD. EXCLUSÃO DOS BENS OBJETO DE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS COMERCIALIZADOS COM TERCEIROS DE BOA-FÉ.

1. Nos termos do art. 3º da Lei 9.397/92, a pendência de recurso administrativo não impede o ajuizamento da Medida Cautelar Fiscal que dispensa a constituição definitiva do crédito, exigindo-se apenas sua constituição materializada pelo lançamento, o que, segundo orientação jurisprudencial, fixa-se quando da lavratura do auto de infração comunicado ao contribuinte.

2. Nos termos do art. 4º e § 1º da Lei nº 8.397/92, 'a decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação' (art. 4º) e, 'na hipótese de pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, (...)'

3. *A jurisprudência do STJ, 'em situações excepcionais, quando a empresa estiver com suas atividades paralisadas ou não forem localizados em seu patrimônio bens que pudessem garantir a execução fiscal, (...) vem admitindo a decretação de indisponibilidade de bens de pessoa jurídica, ainda que estes não constituam o seu ativo permanente' (REsp 513.078 e 677.424).*

4. *Tratando-se de grupo de empresas com débitos tributários constituídos em valores que superam várias vezes seus ativos e cuja cadeia societária não se mostra transparente, é possível a decretação da indisponibilidade de bens ainda que não constituam o seu ativo permanente, ressalvando-se, contudo, a ilegalidade da constrição indiscriminada de ativos financeiros via BACEN JUD.*

5. Para ressalva do direito de terceiros de boa-fé, tratando-se de empresa incorporadora e construtora imobiliária, devem ser excluídas da indisponibilidade as frações imobiliárias cujas promessas de compra e venda já foram concluídas ou iniciadas junto ao respectivo agente financeiro.

6. Agravo parcialmente provido para excluir da indisponibilidade os ativos financeiros da agravante, bem como os empreendimentos imobiliários que, mediante prova documental, tenham unidades já prometidos à venda a terceiros de boa-fé.

(TRF 1ª Região, Oitava Turma, Relator Desembargador Federal Osmane Antônio dos Santos, AI nº 2008.01.00.026485-8, v.u. DJF1 05/12/2008, pg.399) (Grifei)

Sendo assim, diante da formação de jurisprudência consolidada, inexistente razão para a modificação do entendimento inicialmente manifestado, que negou seguimento ao agravo com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil.

[...].

De todas essas ponderações conclui-se que, em relação à empresa agravante, que, diferentemente da devedora (Construtora Esplanada Ltda.), não se encontra paralisada, devem ser excluídos da restrição deferida na decisão agravada os bens e valores necessários à manutenção de sua atividade, seja dizer o capital de giro (ativo circulante). Isso porque o art. 4º da Lei 8.397/1992 (Lei da Cautelar Fiscal) restringe a indisponibilidade ao ativo permanente.

Também em relação às pessoas físicas, o desbloqueio das contas-correntes merece ser deferido, uma vez que a indisponibilidade de bens decretada também recaiu sobre os sócios.

Assim sendo, e tendo em conta que, na parte referente à decretação da indisponibilidade de ativos financeiros, a decisão agravada está em manifesto confronto com a jurisprudência do STJ, com amparo no art. 557, § 1º-A, do CPC e no art. 29, XXV, do Regimento Interno deste TRF, *dou parcial provimento ao agravo de instrumento*, apenas para, atendendo o pedido subsidiário dos agravantes, determinar o desbloqueio de suas contas-correntes bancárias.

Comunique-se ao juízo *a quo*, solicitando as devidas informações (art. 527, IV, CPC).

Publique-se. Intimem-se.

Transcorrido *in albis* o prazo recursal, dê-se baixa na distribuição.

Brasília, 30 de abril de 2013.

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*, relator.

Agravo de Instrumento 0007742-57.2013.4.01.0000/DF

Relator : Desembargador Federal Kassio Marques
Agravante: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Agravado: Marco Aurélio Mellucci e Figueiredo
Advogados: Dr. Luís Raul Andrade
Dr. Marcos Gustavo de Sá e Drumond
Publicação: e-DJF1 de 07/05/2013, p. 70–71

Decisão

Dispensar o relatório, ao amparo do art. 165, parte final, c/c o art. 162, § 2º, ambos do Código de Processo Civil.

Decido.

Ao postergar para após a apresentação da contraminuta a apreciação do efeito suspensivo – deduzido pela União no presente agravo de instrumento –, consignei que deveria o agravado se manifestar notadamente acerca da grande discrepância entre o período de nove meses de afastamento por ele próprio primeiro solicitado e a sua prorrogação para dois anos.

Respondendo àquela determinação, o agravado se limitou a “*informar que o pedido de afastamento por dois anos foi formulado tanto na esfera administrativa quanto na judicial, não havendo, pois, discrepância*”. Tal informação, todavia, em nada socorre o direito pleiteado.

Da análise dos autos, verifico que o agravado, primeiro, requereu e teve deferido o seu afastamento para estudos na Universidade Complutense de Madrid pelo período de 25/09/2012 a 26/06/2013; posteriormente, alegando problemas como alteração da opção acadêmica e até mesmo dificuldade com o idioma espanhol, requereu e teve indeferido o pedido de prorrogação daquele prazo até 28/06/2014. Daí, entrou com ação pelo rito ordinário, buscando adiar até 25/09/2014 a sua licença. Deferido liminarmente tal pedido, foi interposto o presente recurso.

Assim postos os fatos, reputo relevantes os argumentos contidos nas razões recursais.

As repercussões de autorizar, com ônus para o Erário, o afastamento do seu servidor ou de seu membro pelo prazo de 9 (nove) meses, por óbvio, são muito menores para a Administração do que as provocadas por uma ausência de 2 (dois) anos, período superior ao dobro daquele tempo. Portanto, sequer há de se falar na espécie da aplicação da teoria dos motivos determinantes, pois os motivos determinantes de uma e de outra decisão foram claramente diversos.

Se o autor, ao submeter o primeiro pedido de afastamento ao Conselho Consultivo da Escola da AGU – órgão que, no âmbito daquela instituição, está regularmente incumbido, entre outras funções, da apreciação de pedidos de licenciamento de seus membros para estudos –, omitiu informações relevantes acerca do tempo de duração do curso pretendido e dos requisitos de sua conclusão/validação, não é razoável que se possa invocar a própria inação como argumento para obter um pronunciamento favorável ao pleito de prorrogação do prazo que já lhe havia sido deferido.

De outra parte, chama a atenção a impertinência da existência mesma da presente ação. Ao mesmo tempo em que a pretensão veiculada pelo autor inadvertidamente desautoriza e desacredita a discricionariedade da Administração, também contribui para o agravamento da já notoriamente precária situação de congestionamento processual neste Poder, porquanto judicializa demanda que, a toda evidência, pode e deve ser dirimida integralmente no âmbito e nos estritos limites da própria Administração.

A teor da Lei 8.112/1990, (art. 96-A) os programas de capacitação e os critérios para participação em programas de pós-graduação, com ou sem afastamento do servidor, *serão definidos* por ato do dirigente máximo do órgão ou entidade e *serão avaliados* por um *comitê constituído para esse fim*.

De outra parte, dispõe o art. 12, inciso III, da Portaria 134/AGU, de 09/04/2012, que compete ao Conselho Consultivo – com base nas normas vigentes, nos prazos específicos previstos em cada programa de capacitação, bem como na política de desenvolvimento dos servidores e dos membros das carreiras de advogado da União e procurador federal – analisar e avaliar pedidos para participação em cursos no país ou no exterior.

Se a decisão fora certa ou errada, se justa ou injusta, isso não interessa ao Judiciário, a quem somente é permitido intervir no mérito do ato administrativo quando esse é praticado com patente ilegalidade ou arbitrariedade, o que não identifiquei na espécie. No ponto, saliento que ressei bastante razoável a preocupação em proceder de forma isonômica em relação a pedidos fronteirços – um dos motivos apresentados pelo Conselho Consultivo da Escola da AGU para indeferir o pedido em análise.

Em casos tais, restou consolidado o entendimento jurisprudencial de que é vedado ao Poder Judiciário se imiscuir no mérito do ato administrativo, medida que deve ser reservada à excepcionalidade – o que, repito, não se verifica na espécie. Nesse sentido, os seguintes acórdãos desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça: AR-200601000462588/DF, Des. Federal Néviton Guedes, Primeira Seção, julgado na sessão de 30/04/2013; RMS-22.567/MT, Min. Og Fernandes, DJ de 11/05/2011; MS-15175/DF, Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJ de 16/09/2010; RMS-33.281, Min. Benedito Gonçalves, DJ de 02/03/2012; MS-15064/DF, Min. Gilson Dipp, DJ de 17/11/2011; RMS-20537/SP, Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ de 23/04/2007.

Tal o contexto, reputo que nenhuma das alegações do autor logrou infirmar a presunção de legitimidade de que se reveste o impugnado ato administrativo, o qual apresenta forte carga de discricionariedade e se apresenta

compatível com os princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade e eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal).

Em face do exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo da decisão prolatada na Ação Ordinária-25771420134013400/DF, nos exatos termos em que fora requerido pela União.

Oficie-se o MM. Juízo da 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal (*inciso III* do art. 527 do Código de Processo Civil).

Publique-se.

Após, retornem-me os autos conclusos.

Brasília, 30 de abril de 2013.

Desembargador Federal *Kássio Marques*, relator.

Agravo de Instrumento 0022713-47.2013.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão
Agravante: João Carlos Zoghbi
Advogados: Dr. Denis Lopes Franco
Dr. Inácio Bento de Loyola Alencastro
Dra. Beatrice Brito Akuamo
Dr. Thadeu Gimenez de Alencastro
Agravado: Ministério Público Federal
Procuradores: Dra. Anna Carolina Resende de A. Maia
Dr. Bruno Caiado de Acioli
Dr. Bruno Freire de C. Calabrich
Publicação: e-DJF1 de 28/05/2013, p. 79

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da pretensão recursal, interposto por João Carlos Zoghbi contra decisão proferida pelo MM. juiz federal substituto da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, indeferiu o pedido de oitiva das testemunhas arroladas.

O agravante alega, em síntese, que a ausência de manifestação quanto ao rol de testemunhas previamente à designação da data da audiência não importa na desistência da produção da prova nem tem o condão de culminar na preclusão da prova testemunhal, pois, nos termos do art. 407 do CPC, o início da contagem do prazo para depósito do rol de testemunhas inicia-se da intimação da decisão que fixa a data da referida audiência.

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.

Verifico que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal o agravante, intimado para especificar provas, requereu a produção de prova testemunhal, o que foi deferido pelo juízo *a quo*, que, ato contínuo, determinou ao agravante a apresentação do rol de testemunhas, com respectivos endereços com vista à designação da audiência (fl. 401).

Em seguida, o magistrado manifestou-se nos autos principais no sentido de que “o réu João Carlos Zoghbi desistiu da produção da prova testemunhal, uma vez que deixou de apresentar o rol de testemunhas no prazo legal” (fl. 405).

Após a designação da audiência de oitiva de testemunhas para o dia 22/04/2013 (fl. 414), o agravante, em 15/04/2013, protocolou requerimento de oitiva das testemunhas que arrola, nos termos do art. 407 do CPC, requerendo que as intimações a comparecer à audiência fossem encaminhadas ao Departamento Pessoal do Senado Federal (fl. 22).

Então, foi prolatada a decisão ora agravada (fl. 24):

Primeiramente, indefiro o pedido formulado pelo Réu João Carlos Zoghbi à fl. 392, vez que a questão referente à produção de prova testemunhal encontra-se preclusa.

Com efeito, transcorreu in albis o prazo do réu para apresentação do nome das testemunhas com vista à designação de audiência (fl. 367v).

Por outro lado, torno sem efeito o despacho de fl. 390, para redesignar a audiência para o dia 21 de maio, às 14:30.

A apresentação prévia do rol de testemunhas visa facilitar a intimação das partes e das testemunhas arroladas e principalmente evitar que a parte contrária seja tomada de surpresa, possibilitando o contraditório. Nesse sentido: STJ, REsp 209456, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, DJ 27/08/2007.

Caso a parte forneça o rol de testemunhas em prazo exíguo, o juízo não deve promover a intimação das mesmas para comparecer à audiência, devendo a parte comprometer-se por levar suas testemunhas à audiência. Neste caso, também não pode a parte requerer a redesignação da data da audiência.

No caso dos autos, em que a parte apresentou o rol de testemunhas antes da redesignação da data da audiência de instrução e julgamento – quase um mês antes, ou seja, atendido o prazo de 10 (dez) dias fixado no art. 407 do CPC –, não restou operada a preclusão nem malferida a garantia do contraditório.

Assevere-se que à parte deve ser assegurado o direito de defesa pelos meios de provas que entender necessários, especialmente quando a prova, já deferida anteriormente, não causar prejuízo à outra parte, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, dar à prova produzida o valor que julgar devido.

Isso posto, dou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, para determinar a oitiva das testemunhas arroladas à fl. 392 dos autos principais na audiência designada para o dia 21/05/2013, independentemente da respectiva intimação.

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, 17 de maio de 2013.

Desembargadora Federal *Ângela Catão*, relatora.

Agravo de Instrumento 0010019-46.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes
Agravante: Celso Guimarães Senra Vidal
Advogados: Dra. Izabel Dilohe Piske Silvério
Dra. Cynthia Maria Piske Silvério Souza
Dra. Ana Paula Silva Miranda
Agravada: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Publicação: e-DJF1 de 28/05/2013, p. 74

Decisão

Cuida-se de agravo interposto por Celso Guimarães Senra Vidal *com pedido de efeito suspensivo ativo* de decisão que indeferiu liminar visando obter “tutela recursal a fim de autorizar, desde logo, sua remoção [...] da cidade de São Paulo – SP para qualquer unidade da Receita Federal na cidade de Curitiba/PR.”

Alegando quadro depressivo intenso, agravado por suposto sequestro de que teria sido vítima, em 25/08/2011, tendo ficado em cativeiro e sofrido tortura física e psicológica, requereu sua imediata remoção para Curitiba/PR. Do sequestro, ainda segundo suas alegações, ante o abalo emocional imposto à sua esposa, teria, inclusive, resultado o parto prematuro de seu segundo filho.

Entende que a remoção para a cidade natal de sua esposa (Curitiba/PR) poderia colaborar para o seu tratamento.

O pedido deduzido junto à Administração foi negado, ante a constatação da perícia oficial de que, na cidade de São Paulo/SP, o interessado encontraria as mais qualificadas condições de tratamento, não restando certificado prejuízo ao seu tratamento no caso de sua permanência daquela cidade.

É o relatório. Decido.

Conforme bem deduzido na decisão agora enfrentada, a Lei 12.016/2009, no seu art. 7º, III, impõe a exigência da presença de fundamento relevante (*fumus boni iuris*) e de demonstração de perigo na demora de eventual provimento final (*periculum in mora*) para a procedência da decisão pleiteada.

Entretanto, na mesma direção tomada pelo juízo *a quo*, não enxergo no caso a presença de *fumus boni iuris* e, acrescento, nem de *periculum in mora*.

Com efeito, a Lei 8.112/1990 estabelece no art. 36, III, *b* a possibilidade de remoção do servidor “a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração por motivo de saúde do servidor [...] condicionada à comprovação por junta médica oficial”.

No caso, além da comprovação da doença do servidor, obviamente, o preceito legal exige, implícita, mas logicamente, que não haja no local da atual lotação *tratamento adequado*. Ocorre que, na cidade de atual lotação do servidor – São Paulo – SP –, ninguém o desconhece, como bem colhido na decisão de primeira instância, situam-se os melhores profissionais de saúde de nosso País.

Além disso, como também colhido na decisão agora arrostada (fl. 122), a junta médica não foi taxativa ao indicar a remoção como condição inafastável – sequer necessária – para o tratamento do servidor (fl. 122 do processo eletrônico).

Mais do que isso, o que afasta tanto o *fumus boni iuris* como o *periculum in mora* é o fato de que o parecer foi expresso ao afirmar que a localidade onde reside o servidor *não* é agravante de seu estado de saúde ou prejudicial à sua recuperação.

Por fim, também o parecer médico é expresso ao afirmar que o tratamento do servidor pode perfeitamente ser desenvolvido na cidade de São Paulo – SP (reproduzo a fl. 10 do pedido):

1 – As razões objetivas para a remoção;

Resposta: Possibilitar ao servidor, estabilização do seu quadro emocional através do apoio familiar.

2 – Se a localidade onde reside o servidor ou seu dependente legal é agravante de seu estado de saúde ou prejudicial à sua recuperação;

Resposta: Não

3 – Se na localidade de lotação do servidor não há tratamento adequado;

Resposta: Na localidade onde reside o servidor existe sim o tratamento adequado.

[...]

6 – Quais as características das localidades recomendadas:

Resposta: Única e tão somente a proximidade da família.

[...]

9 – Se o tratamento sugerido é de longa duração e se não pode ser realizado na localidade de lotação do servidor;

Resposta: O tratamento é de longa duração, porém, pode ser realizado na localidade de lotação do servidor (São Paulo).

Como se vê, das respostas colhidas no parecer oficial, podemos concluir o que se segue: (1) não se indica a remoção como condição *necessária e inafastável* ao restabelecimento da saúde do servidor; além disso, (2) demonstra expressamente que a atual localidade onde se encontra lotado tem todas as condições para o seu tratamento e (3) não indica prejuízo com a sua permanência naquela cidade de São Paulo – SP.

Como bem deduzido na decisão agora agravada, neste exato momento existem milhares de servidores que gostariam de ver-se removidos para viver junto a familiares e em cidades que lhes parecem em maior conformidade com as suas expectativas de vida. Por isso, a remoção para tratamento de saúde deve ser realizada em conformidade com os expressos e estritos preceitos legais, sob pena de desorganização de qualquer planejamento por parte da Administração Pública, com violação, inclusivamente, do princípio da separação de poderes.

Tudo considerado, com base no art. 557, *caput*, do CPC e no art. 29, XXIV, do RITRF 1ª Região, *nego sequimento ao recurso de agravo de instrumento* agora sob consideração, porquanto manifestamente improcedente.

Não havendo recurso, baixem os autos à instância de origem.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 3 de abril de 2013.

Desembargador Federal Néviton Guedes, relator.

Apelação/Reexame Necessário 0007973-40.2011.4.01.3400/DF

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves
 Apelante: União Federal
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
 Apelado: Adalberto Tavares Freitas
 Advogado: Dr. Miguel Rodrigues Nunes Neto
 Remetente: Juízo Federal da 21ª Vara/DF
 Publicação: e-DJF1 de 28/05/2013, p. 125

Decisão

Ora apelado atravessou a petição de fls. 195–202 nestes autos, comunicando a esta relatora que “o coordenador de Recursos Humanos do Departamento de Polícia Federal, autoridade coatora neste writ, notificou o impetrante a retornar imediatamente às suas atividades no Departamento de Polícia Federal sob pena de – *pasme!* – suspensão do pagamento de sua remuneração já no mês de março de 2013” (cf. fls. 199–200).

Alega que referido ato revelar-se em “abuso de poder manifesto e descumprimento de sentença judicial” (cf. fl. 200).

Nesse contexto, requer, *em caráter de urgência*, que a União Federal seja compelida a dar pleno e imediato cumprimento aos termos da sentença proferida pelo ilustre Juízo Federal da 21ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal na Ação Mandamental 7973-40.2011.4.01.3400/DF, a qual tornou definitiva a liminar ali concedida, cuja eficácia não foi suspensa pelo recurso de apelação da União de fls. 159–167.

Relatados no que interessa, decido.

Por ocasião da questão posta no mencionado mandado de segurança, o ilustre juízo *a quo* assim sentenciou:

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por ADALBERTO TAVARES FREITAS contra ato do Senhor COORDENADOR DE RECURSOS HUMANOS DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL, do SUPERINTENDENTE REGIONAL NO DISTRITO FEDERAL DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL e do DIRETOR DE GESTÃO DE PESSOAL DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL, em que objetiva a efetivação de sua cessão à Defensoria Pública da União.

Inicial devidamente instruída (fls. 13/43 – rolagem única).

A apreciação do pedido liminar foi relegada para após a manifestação das autoridades apontadas como coatoras (fl.46), regularmente apresentada (fls. 48/49).

O pedido de liminar foi deferido (fls. 58/60).

Nas suas informações, os impetrados sustentam a ilegitimidade ativa do impetrante e, no mérito, defendem a legalidade do ato indigitado coator (fls. 62/85 e 93/110).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da segurança (fls. 115/119).

É o relatório.

DECIDO.

Sem razão os impetrados quanto à preliminar suscitada, visto que é patente o interesse jurídico do servidor ao requerer a efetivação da sua cessão.

No mérito, consoante já salientado na decisão que apreciou o pedido de liminar, total razão assiste ao impetrante.

O Defensor Público-Geral Federal, por meio do Mem. 5793/2010/GAB-DPGU, de 22 de outubro de 2010, solicitou ao Ministro da Justiça a requisição do impetrante para colaborar efetivamente com a Defensoria Pública da União, nos termos do art. 4º, caput e parágrafo único, da Lei nº 9.020/95, que assim dispõe:

“Art. 4º O Defensor Público-Geral da União poderá requisitar servidores de órgãos e entidades da Administração Federal, assegurados ao requisitado todos os direitos e vantagens a que faz jus no órgão de origem, inclusive promoção.

Parágrafo único. A requisição de que trata este artigo é irrecusável e cessará até noventa dias após a constituição do Quadro Permanente de Pessoal de apoio da Defensoria Pública da União.”

É certo que, em geral, o deferimento dos pedidos de cessão depende do juízo de conveniência e oportunidade dos superiores hierárquicos do servidor em seu órgão de origem. Menos é verdade, contudo, que, da simples leitura do dispositivo supra, verifica-se que se trata de requisição irrecusável, provisória, cuja finalidade é prestação do serviço da Defensoria Pública da União até a constituição do seu Quadro de servidores (cf. ofício de fl. 24).

Ante o exposto, torno definitiva a liminar e CONCEDO A SEGURANÇA para que seja deferida a cessão do impetrante à Defensoria Pública da União, conforme requerido no Memo. 5793/GAB-DPGU, de 22/10/2010 (cf. fls. 127/129).

Vê-se, pois, que *o decisum* acima transcrito examinou cautelosamente a questão e concluiu pelo direito de cessão do impetrante, ora apelado, à Defensoria Pública da União.

Ora, é forçoso registrar que somente após o pronunciamento desta Segunda Turma na ApReeNec 0007973-40.2011.4.01.3400/DF é que poderá ser levado a efeito qualquer ato administrativo tendente a impor o retorno do ora apelado às suas atividades no Departamento de Polícia Federal, como pretende a União Federal, sob pena, inclusive, de se dar ensejo a uma indevida agressão ao princípio da segurança das relações jurídicas.

Ao lume do exposto, e *revalidando a decisão acima transcrita*, defiro o pedido formulado nesta petição incidental, de modo que o cumprimento da sentença acima transcrita seja obedecido pela União Federal, ou seja, com a manutenção do apelado na Defensoria Pública da União, inclusive com o pagamento, mediante folha suplementar, da sua remuneração referente ao mês de abril de 2013.

Int. Dil. Legais.

Brasília, 20 de maio de 2013.

Desembargadora Federal Neuza Alves, relatora.

Agravado de Instrumento 0024268-02.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Agravante: BL Indústria Ótica Ltda.
Advogada: Dra. Ana Carolina Torres Soares Maia
Agravada: Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação: e-DJF1 de 04/06/2013, p. 181

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto por BL Indústria Ótica Ltda. contra decisão proferida pela MM. juíza federal substituta no exercício da titularidade na 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que indeferiu o pedido de medida liminar formulado nos autos do Mandado de Segurança 15859-22.2013.4.01.3400, ajuizado contra ato do diretor-presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, objetivando a liberação de lote do colírio lubrificante Artelac, retido no Porto Aeroportuário Anvisa no Aeroporto Salgado Filho.

2. A decisão recorrida está assim consignada (fls. 11–12):

A impetrante pleiteia, nesta sede, a liberação do produto “SOLUÇÃO OFTÁLMICA ARTELAC”, importado da Alemanha e apreendido por apresentar “composição do produto descrita no rótulo diferente da composição aprovada pela ocasião do registro” (Licença de Importação e Auto de Infração Sanitária de fls. 195/200).

A pretensão de liberação das mercadorias encontra óbice em disposição normativa inserta na Lei do Mandado de Segurança (§ 2º do art. 7º da Lei nº 12.016/2009).

E ainda que assim não fosse, não se pode ter certeza de que todos os requisitos para o registro do medicamento importado tenham sido atendidos, não cabendo ao Judiciário essa análise técnica, coisa que seria extrapolar, e muito, a mera prestação da função judicante.

Assim, tenho como ausente o *fumus boni iuris*.

Pelo exposto, *indefiro* o pedido de medida liminar.

3. Inconformada, a agravante argumenta que não há que se falar em incidência do § 2º do art. 7º da Lei 12.016/2009, pois não deseja a liberação do produto para entregar aos distribuidores visando à comercialização, e sim a liberação do produto para ser armazenado em seu depósito próprio a fim de cessar o custo com a armazenagem, pois enquanto o lote do produto Artelac estiver retido no Aeroporto Salgado Filho, está sendo onerada a arcar com diárias de depósito, que é de R\$ 1.100,00 a cada 10 (dez) dias.

4. Alega que a comercialização do Artelac já havia sido autorizado pela Anvisa, cuja revalidação foi publicada em 2009, indicando somente o Hipromelose como princípio ativo, e, não tendo havido alteração no banco de dados da autoridade coatora, o produto atualizado não foi liberado, o que está lhe causando prejuízo injustificado.

5. Requer, ao final, o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela recursal, para que seja determinada a imediata liberação do lote do colírio lubrificante Artelac, autorizando o armazenamento nas dependências da agravante.

Autos conclusos, *decido*.

7. A princípio, parece assistir razão à agravante.

8. Pois o que deseja é tão somente ser depositária do lote de colírio Artelac retido pela Anvisa, a fim de não ter que arcar com os custos impostos pela retenção, o que parece ser razoável, considerando os valores que estão sendo cobrados a título de diária pelo armazenamento.

9. Ressalto que não vislumbro a possibilidade de que a medida traga riscos à agravada ou à população em face do fato de que o produto apreendido apresenta composição diversa daquela autorizada pela Anvisa para comercialização, visto que a agravante busca tão somente o direito de ser depositária enquanto se discute a controvérsia posta nos autos de origem, tendo em vista que vedada qualquer possibilidade de comercialização até o deslinde da questão.

10. Dessa forma, além de presente a verossimilhança das alegações, verifico o perigo da demora, tendo em vista que a permanência do lote do produto retido no Porto Aeroportuário da Anvisa acarreta custos diários à agravante.

Pelo exposto, *defiro*, por ora, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para determinar a liberação do lote de colírio lubrificante Artelac retido no Porto Aeroportuário Anvisa no Aeroporto Salgado Filho, tão somente para que seu armazenamento seja realizado nas dependências da agravante, como depositária do produto, estando, contudo, proibida qualquer possibilidade de distribuição e comercialização.

Brasília, 29 de maio de 2013.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Agravo de Instrumento 0077840-04.2012.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão
Agravante: Deoclécio Pereira da Rocha
Advogados: Dr. Evangelista Vieira da Silva
Dr. Carlos Bernardes Mendes
Dr. Fernando Vieira Sertão
Agravada: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Publicação: e-DJF1 de 04/06/2013, p. 42–44

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da pretensão recursal, interposto por Deoclécio Pereira da Rocha, contra decisão proferida pelo MM. juiz federal substituto da 9ª Vara respondendo pela 13ª da Seção Judiciária do Distrito Federal que, nos autos da ação sob o rito ordinário em desfavor da União, indeferiu o pedido de antecipação da tutela objetivando determinar à agravada que se abstenha de praticar qualquer ato que importe suspensão do pagamento da prestação mensal referente à reparação econômica decorrente da anistia concedida por meio da Portaria 1.181/2004.

O agravante assevera que não há necessidade de dilação probatória para o fim de se reconhecer o decurso do prazo decadencial para a Administração revisar o ato concessivo da anistia, salientando que, não obstante a ressalva da parte final do art. 54 da Lei 9.784/1999, a “demonstração de má-fé do beneficiário é ônus da Administração Pública, e não do ora agravante, de modo que não compete ao autor pré-constituir inexistente prova de sua má-fé, visando, ele próprio, a desconstituir o seu direito” (fl. 5).

Destaca que restou devidamente configurada a motivação exclusivamente política no licenciamento das Praças incorporadas até 12 de outubro de 1964, o que afasta qualquer vício de ilegalidade ou nulidade da Portaria 1.181/2004, que reconheceu a condição de anistiado político do ora agravante.

Por fim, afirma que o *periculum in mora* reside na suspensão do pagamento da prestação mensal percebida, que constitui meio de subsistência de sua família.

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.

Na exordial, postula-se o reconhecimento do decurso do prazo decadencial para a Administração revisar a Portaria 1.181, de 5 de maio de 2004, que declarou a condição de anistiado político do agravante, conferindo-lhe o direito à reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada, em face do reconhecimento de que a Portaria 1.104/GM3/1964 é ato de exceção para os cabos da Aeronáutica que ingressaram na FAB antes de sua edição.

Inicialmente, anoto que não há dúvidas acerca da legalidade e constitucionalidade do Despacho 1.317, que deflagrou o procedimento administrativo de revisão, e da Portaria 2.739/2012, que revogou o ato de reconhecimento da condição de anistiado político, com fulcro na jurisprudência, baseada na Súmula 473 do STF, no sentido da possibilidade da revisão dos atos administrativos, tidos por ilegais.

Nesse ponto, entendo pertinente citar o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RMS 25662/DF, de relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, *verbis*:

[...] O exame dos autos mostra que, ainda no ano de 1994, os impetrantes foram “habilitados” pela Subcomissão Setorial de Anistia, criada pela Portaria Ministerial nº 275, de 14.06.1994. A expressão é mesmo esta: “habilitados” (fls. 144). Deu-se então que, antes de qualquer outra providência em benefício dos autores, o Presidente da República baixou os Decretos nºs 1.498 e 1.499, ambos de 24.05.1995. O primeiro para surtir efeitos no âmbito da Administração Federal Direta. O segundo, voltado para a Administração Indireta. Levando em conta os termos da Súmula 473/STF, bem como os indícios de irregularidade em vários processos de concessão de anistia – indícios que motivaram a instauração de inquérito civil público pela Procuradoria da República do Distrito Federal –, tais decretos determinaram o reexame de todos os procedimentos da mesma natureza, com a suspensão imediata da execução das decisões concessivas até então proferidas (fls. 149/152).

Foi por isso que, em 26.11.1998 (portanto, quatro anos depois da habilitação dos impetrantes), o Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais, no uso de atribuição conferida pelo mencionado Decreto nº 1.499/95, anulou, “por ilegais, as decisões das Subcomissões Setoriais e as da Comissão Especial de Anistia, que concederam anistia, relativas aos processos indicados no Anexo I”. Anexo, este, integrante da Resolução nº 8/98, por meio da qual foram anulados os atos que os haviam considerado habilitados aos benefícios da anistia. Somente em 21.05.2001 é que os autores impetraram a presente segurança, atacando outro decreto, mais recente. Refiro-me ao Decreto nº 3.363, de 11.02.2000, que instituiu uma Comissão Interministerial para, mais uma vez, proceder ao “reexame dos processos de anistia de que trata a Lei nº 8.878, de 11 de maio de 1994”. Tal como da outra vez, também este decreto determinou a suspensão dos procedimentos administrativos que visem à efetivação do retorno de qualquer interessado ao serviço público (art. 8º).

É precisamente neste ponto que os recorrentes localizam a ofensa a seu direito líquido e certo, pois eles já estariam credenciados com a anistia objeto de portaria expedida nos moldes da citada Lei nº 8.878/94.

Isto não é verdade, porém, na minha ótica. É que, segundo visto, a Resolução nº 8/98, expedida dentro do lustru quinquenal, cuidou de anular os efeitos da mencionada portaria, no tocante aos impetrantes. E o fez em sintonia com a Súmula 473/STF.

Por outro lado, o combatido Decreto nº 3.363/2000, no art. 11, ratificou os atos praticados na revisão anteriormente operada. [...]

Ante o exposto, é de se notar que a Administração não exorbitou de seu poder-dever de revisão dos próprios atos, nos termos da prefalada Súmula 473/STF. Assim, não há direito líquido e certo dos recorrentes ao retorno ao serviço público, na condição de anistiados. Por isso, nego provimento ao recurso. (Grifei)

Assim, tem-se que a Administração, por meio dos atos de revisão das anistias concedidas, não exorbitou de seu poder-dever de revisão dos próprios atos, nos termos da Súmula 473/STF.

Por outro lado, a Lei 9.784/1999, ao regulamentar o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabeleceu, em seu art. 54, o prazo de cinco anos para anulação de atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos administrados.

O dispositivo em referência ressalvou, em sua parte final, a possibilidade de a administração revisar seus atos, mesmo diante do decurso daquele prazo quinquenal, quando comprovada a má-fé do beneficiário.

Nesse contexto, é importante esclarecer que, embora o decurso do prazo decadencial para se anular o ato concessivo da anistia possa ser aferido de plano, somente após a instrução probatória será possível aferir a aplicação, ou não, da exceção prevista na parte final do art. 54, o que afastaria a decadência pela ocorrência de má-fé.

Insta consignar, ainda, que é firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que o cabo que ingressou na Força Aérea Brasileira não tem direito à anistia, prevista no art. 8º do Ato das Disposições Transitórias e na Lei 10.559/2002, se licenciado por conclusão do tempo de serviço sem qualquer comprovação de motivação política. Isso se dá não só pela ausência de caracterização de motivação política do ato de demissão, mas também em razão da ausência de ilegalidade nos respectivos atos de licenciamento.

Nessa esteira, não há falar em nulidade das revisões levadas a efeito pela Administração, considerando que, no caso em análise, o agravante ingressou na Força Aérea Brasileira em 2 de julho de 1962, e foi licenciado somente em 23 de dezembro de 1970, por conclusão do tempo de serviço sem qualquer comprovação de motivação política, razão pela qual não tem, a princípio, direito à anistia prevista no art. 8º do Ato das Disposições Transitórias.

Não é diferente o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ANISTIA. EX-CABO DA FORÇA AÉREA. PORTARIA Nº 1.104-GM3/64. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Esta Corte Superior de Justiça possui jurisprudência firmada em que, para o reconhecimento da condição de anistiado, deve o cabo incluído no serviço ativo da Força Aérea posteriormente à edição da Portaria nº 1.104-GM3/64 comprovar a configuração da perseguição política, não havendo como atribuir conteúdo político ao ato que determinou o licenciamento por conclusão do tempo de serviço, permitido na forma da legislação então vigente.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1194305/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 02/02/2011)

MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. MILITAR QUE INGRESSOU NO SERVIÇO APÓS A EDIÇÃO DA PORTARIA Nº 1.104/64. ATO GENÉRICO E IMPESSOAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE QUE A EXONERAÇÃO DECORREU DE PERSEGUIÇÃO COM MOTIVAÇÃO POLÍTICA OU IDEOLÓGICA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A Terceira Seção desta Corte já decidiu que os cabos que ingressaram na Aeronáutica após a edição da Portaria nº 1.104/MG3-64 “não têm direito à anistia, tendo em vista que em relação a estes a norma - preexistente - tinha conteúdo genérico e impessoal, não havendo como atribuir conteúdo político aos atos que determinaram os licenciamentos por conclusão do tempo de serviço permitido, na forma da legislação vigente.” (MS nº 10.262/DF, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJU de 24/10/2005).

2. Para estes, a concessão de anistia está condicionada à comprovação de que a sua exoneração decorreu de perseguição com motivação política ou ideológica.

3. No caso, o impetrante, que não era cabo da FAB em 1964, não trouxe prova pré-constituída de que preenche a condição de anistiado político, restringindo sua argumentação no sentido de que faria jus ao benefício tão só em razão do advento da Portaria nº 1.104/61, inexistindo direito líquido e certo a ser amparado pela via eleita.

4. Ordem denegada.

(MS 10.324/DF, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/06/2010, DJe 02/08/2010)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA. LEI N.º 10.559/2002. MILITARES DA FORÇA AÉREA BRASILEIRA. INGRESSO APÓS A EDIÇÃO DA PORTARIA N.º 1.104/GM3-64. NÃO CONFIGURAÇÃO DO ATO DE EXCEÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. O mandado de segurança exige prova pré-constituída como condição essencial à verificação do direito líquido e certo, sendo a dilação probatória incompatível com a natureza da ação mandamental; não se constituindo, portanto, meio processual adequado para provar a existência (ou a inexistência) de um determinado fato.

2. É de ser afastada a alegação de ilegalidade da inércia da Autoridade impetrada no cumprimento das portarias, na medida em que a instauração de processo de anulação pela Portaria n.º 594, de 12/02/2004, em estrita observância ao seu dever de autotutela, dentro do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei n.º 9.784/99, compromete a legalidade do ato concessivo de anistia política, afastando, inclusive, a liquidez e certeza do direito vindicado.

3. A Portaria nº 1.104/GM3-64 não se constitui ato de exceção capaz de ensejar a concessão de anistia, relativamente aos militares que não ostentavam a condição de cabo da Força Aérea quando da sua edição, o que torna legítimos os atos de licenciamentos por conclusão do tempo de serviço, na forma da legislação vigente. Precedentes.

4. Segurança denegada.

(MS 9.815/DF, rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 02/12/2009)

Destarte, entendo não configurados os requisitos ensejadores da antecipação de tutela requerida.
 Pelas razões expostas, *nego seguimento* ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC.
 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, 23 de maio de 2013.
 Desembargadora Federal *Ângela Catão*, relatora.

Agravo de Instrumento 0072074-04.2011.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado
 Agravante: Hoje Sistemas de Informática Ltda.
 Advogados: Dr. Miguel de Holanda Vital
 Dr. Celso Cardoso Borges Júnior
 Dr. Samuel Ferreira de Alburqueque
 Dr. Thiago Calmon Fernandes Bortolini
 Agravada: TIM Celular S.A.
 Advogadas: Dra. Adriana Vieira de Rezende
 Dra. Ana Paula Munoz da Fonseca
 Dra. Áurea Núbia Santos
 Dra. Cristiane Peixoto de Oliveira Marrara
 Agravada: TNL PCS S.A. – Oi
 Advogados: Dra. Ana Tereza Palhares Basílio
 Dr. Bruno di Marino
 Dra. Gabriela Oliveira Telles de Vasconcelos
 Agravada: Vivo S.A.
 Advogados: Dr. Paulo Rogério de Araújo Brandão Couto
 Dr. Walter Wigderowitz Neto
 Dr. Guilherme Guerra D'arriaga Schmidt
 Dr. Carlos Alexandre Guimarães Pessoa
 Dra. Maria Flávia Arantes de Carvalho Foggiato
 Agravada: Claro S.A.
 Advogados: Dr. Luiz Alberto Bettiol e outros
 Dra. Tula Ricarte Peters
 Dra. Andrezza Luíza Donini Campos
 Dr. Bruno Ângelo Índio e Bartijoto
 Dra. Fabiana Sueli dos Santos Mendes
 Dr. Hélio Kouju Sadasue
 Dr. Alexandre Batista Marquez
 Dr. José Cardoso Dutra Júnior
 Publicação: e-DJF1 de 04/06/2013, p. 56–57

Decisão

I. Hoje Sistemas de Informática Ltda. interpôs agravo de instrumento contra decisão que reconheceu a necessidade de litisconsórcio passivo necessário da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e, em razão disso, fixou a competência da Justiça Federal para processar e julgar a demanda na qual pretende a declaração de nulidade das cláusulas contratuais que definem o valor de Remuneração da Rede Móvel – VUM junto às prestadoras Vivo S.A., Claro S.A., TIM S.A. e Oi S.A.

Requer que o feito retorne à Justiça Estadual, com a revalidação dos efeitos das liminares anteriormente deferidas, para que não sejam suspensos os serviços de interconexão das redes, uma vez que os valores controvertidos estão sendo depositados em ação de consignação e pagamento.

II. O pedido de tutela recursal foi deferido pelo Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, exclusivamente para reavivar os efeitos das liminares concedidas pela Justiça Estadual, e impedir, assim, o desligamento da interconexão de redes, condicionando-se a eficácia desta decisão à manutenção das garantias ofertadas e ao depósito dos valores incontroversos.

III. Posteriormente, o relator acolheu parcialmente os embargos de declaração opostos, para revogar, em parte, a decisão embargada e excluir o tópico que antecipou parcialmente a tutela recursal.

IV. Em seguida, o relator convocado, Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa, decidiu ripristinar os efeitos da antecipação de tutela concedida pelo relator originário, para proibir às agravadas qualquer medida tendente à interrupção da interconexão da rede da agravante Hoje Telecom com as redes das agravadas até o julgamento da demanda na instância de origem.

V. Contra essa decisão, foram interpostos sucessivos pedidos de reconsideração pelas agravadas TIM Celular S.A., Vivo S.A. e TNL PCS S.A., os quais foram indeferidos, inclusive aqueles com pedido alternativo de embargos declaratórios.

VI. Novamente, as agravadas TIM Celular S.A., Vivo S.A. e Claro S.A. formulam pedidos de reconsideração contra a decisão anterior que os indeferiu .

As agravadas reiteram argumentos anteriores. Sustentam que não há nos autos provas efetivas do depósito dos valores incontroversos em favor das agravadas; que o débito acumulado alcança valor superior a R\$ 17.000.000,00 (dezesete milhões de reais), conforme detalhamento que transcrevem; que não há garantia prestada, assinada e lavrada a termo perante qualquer juízo, para assegurar a prestação do serviço; que o Cade não poderia alterar os valores que estão sendo questionados, tendo em vista que sua competência está reservada para o julgamento de agentes do mercado; que o risco de dano irreparável, ou de difícil reparação para a comunidade usuária não passa de premissa equivocada, sustentada de má-fé pela agravante.

Pretendem as agravadas que a decisão que revogou a antecipação de tutela concedida pela decisão ripristinada, voltando a emanar seus judiciosos efeitos, para que haja o corte da interconexão na forma estabelecida pela Anatel em seus despachos 8094/2011/PBCPD/PBCP/SPB e 4.489/2012-CD, porquanto estes atos não estão *sub judice* na ação de origem, ou que inclua o presente feito em pauta para julgamento sumário.

VII. Decido.

1. Entendo que a questão específica sobre o corte da interconexão entre as partes estabelecida pela Anatel não pode ser apreciada neste agravo, sob pena de supressão de instância , porquanto a apreciação desse pedido cabe ao juízo originário, e não, de primeira mão, a esta Corte revisora.

Frise-se que o agravo se volta contra decisão que pronunciou a necessidade de litisconsórcio passivo necessário da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), com a fixação da competência do Juízo Federal para processar e julgar a demanda e determinação à autora, ora agravante, para promover a citação da Agência.

Assim, a análise das questões tidas como relevantes pelas agravadas (existência de depósitos consignatórios em quantidade suficiente, solvabilidade da contratante, limites do poder regulador da agência Anatel e do Cade) devem ser submetidos ao juízo de origem para deliberação inicial e fogem dos limites objetivos do presente recurso, vez que não constituem parte da decisão agravada. Cumpre observar que a própria agravante torna no mínimo duvidosa a necessidade ou utilidade das cautelares requeridas em sede de agravo, de vez que ela própria conclui que “com toda discussão acerca da competência para o processamento da ação judicial, permanecem válidas e vigentes as decisões liminares da Justiça Estadual, que proibiu o desligamento da interconexão e em sede de ação

de consignação garantiu o pagamento dos valores incontroversos". De toda sorte, a questão deve ser submetida pela agravante ao Juízo de 1º Grau, para que ratifique ou não as medidas tomadas pelo Juízo Estadual.

3. Ante o exposto, *torno sem efeito a decisão proferida pelo relator convocado, Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa, que ripristinou os efeitos da antecipação de tutela concedida pelo relator originário* e proibiu as agravadas qualquer medida tendente à interrupção da interconexão da rede da agravante Hoje Telecom com as redes das agravadas até o julgamento da demanda na instância de origem e excluir o tópico que antecipou parcialmente a tutela recursal.

4. Solicitem-se informações ao juízo *a quo*, especialmente sobre o conteúdo da decisão proferida em exceção de incompetência, no prazo de 10 dias.

5. Intimem-se as agravadas para apresentar contraminuta. Publique-se.

Brasília, 28 de maio de 2013.

Juiz Federal *Renato Martins Prates*, relator convocado.

Numeração única: 0001839-51.1998.4.01.3400

Apelação Cível 1998.34.00.001843-0/DF

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)
 Apelante: Cecílio Augusto Farias Berndsen
 Advogados: Dr. Ademar Cypriano Barbosa e outros
 Apelada: Fundação Universidade de Brasília – FUB
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Publicação: *e-DJF1* de 04/06/2013, p. 99–100

Decisão

I. Cecílio Augusto Farias Berndsen ajuizou ação cível em face da União pleiteando sua reintegração ao Serviço Público, sob o argumento de que o processo administrativo que culminou em sua demissão está eivado de nulidades.

II. A FUB apresentou contestação às fls. 86–111.

III. Analisando os autos, o juiz da 6ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal prolatou sentença julgando improcedente o pedido (fls. 394–406), sob o fundamento de que os trabalhos realizados pela comissão processante foram amparados na legislação de regência, não havendo no processo administrativo nenhuma pecha de nulidade apta a ensejar a nulidade do procedimento. Condenou, ainda, o autor a arcar com os honorários advocatícios no importe de 10% (dez por cento) do valor da causa.

IV. Em suas razões recursais, a parte autora argumenta, em síntese, que a sentença guerreada não atentou as provas coligidas aos autos, inclusive não observou o relato dos testemunhos produzidos em juízo. Pugnou, pois, pela reforma do julgado. (fls. 408–413)

V. Sem contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

VI. Nesta Corte, a FUB pugnou para que os autos retornassem ao juízo de origem para que lhe fosse facultada a possibilidade de apresentar contrarrazões (fls. 424–425), requerimento que fora indeferido (fl. 427). Do mesmo modo, não mereceu guarida o pedido para que a parte autora efetuasse o depósito do valor necessário para oferecimento da caução.

VII. Irresignada, a FUB manejou pedido de reconsideração, pugnando para que o autor, por residir nos Estados Unidos da América, deposite caução idônea ou demonstre que possui imóvel no Brasil para que garanta o pagamento das custas e honorários de advogado da parte contrária, caso seja vencido na presente demanda.

VIII. Vieram os autos conclusos.

É o relatório. Decido.

IX. Com razão a FUB.

X. De fato, o Código de Processo Civil, como medida de precaução, exige para quem resida no estrangeiro, independentemente da condição que ostente (nacional ou estrangeiro), preste caução idônea para garantir o pagamento das custas e honorários de advogado da parte adversa. Vejamos o disposto no art. 835 do apontado diploma legislativo:

Art. 835. O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento.

XI. Nesta toada, o seguinte aresto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. AUTOR RESIDENTE FORA DO BRASIL. ARTIGO 835 DO CPC. AJG. 1. De acordo com o artigo 835 do CPC, é de se considerar que sendo o agravado nacional ou estrangeiro, com residência fora do Brasil, deverá prestar caução suficiente às custas e honorários de advogado. 2. No caso, o agravante está abrigado pelo benefício da gratuidade da justiça, afastando o previsto no artigo 835 do CPC.

(AG 200904000172732, ARTUR CÉSAR DE SOUZA, TRF4 - SEGUNDA TURMA, D.E. 23/09/2009.)

XII. Desse modo, o objetivo precípuo do dispositivo legal é garantir o pagamento das custas e dos honorários advocatícios, caso o demandante seja sucumbente.

XIII. Oportuno frisar, no caso em testilha, que tal exigência se afigura razoável, considerando que o valor da causa fora fixado no valor de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), por força de decisão prolatada na Impugnação ao Valor da Causa 1998.34.00.090505-7.

XIV. De mais a mais, mesmo havendo a possibilidade de provimento do recurso do autor, tal hipótese, por si só, não afasta a exigência legal, principalmente pelo fato de que o autor não se enquadra nas dispensas de caução apontadas no art. 836 do CPC.

XV. Em face do exposto, exerço o juízo de retratação, para determinar que o autor, após atualização dos cálculos, preste caução suficiente ao pagamento das custas e honorários de advogado da parte contrária.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 23 de maio de 2013.

Juiz Federal *Cleberson José Rocha*, relator convocado.

Agravo de Instrumento 0029353-66.2013.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira
Agravante: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Agravado: Pedro Leonel Pinto de Carvalho
Advogados: Dr. Jezanias do Rego Monteiro
Dr. Sidney Filho Nunes Rocha
Dr. Francisco Otacílio Belchior Silva
Dra. Francimarly de Oliveira Miranda Carvalho
Dr. Antônio de Moraes Rego Gaspar
Dr. Rodrigo Pereira Ericeira
Dr. Pedro Eduardo Ribeiro de Carvalho
Dra. Fabiana Cristina S. Ziegler Belchior Silva
Dr. Cardel Mendonça Carneiro da Silva

Dr. Thiago Brhanner Garcês Costa
 Dra. Maria Celeste Éverton Serra
 Dr. Roosevelt Figueira de Mello Júnior

Publicação: e-DJF1 de 14/06/2013, p. 523

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União contra decisão proferida por juiz federal da 5ª Vara/MA, que, na Ação Popular 11734-81.2013.4.01.3700, indeferiu pedido de antecipação de tutela “para determinar a imediata sustação de todo e qualquer ato de execução dos concursos que estejam relacionados aos editais impugnados pela presente ação popular”, destinados a artistas, criadores e produtores negros no âmbito do Ministério da Cultura.

Considerou o magistrado:

[...] Embora o Estado tenha o dever de fomentar medidas administrativas com feição político-afirmativa, oferecendo, por assim dizer, tratamento preferencial a grupos historicamente discriminados da sociedade brasileira, quais sejam, negros, índios e pobres, não se pode olvidar que estas medidas – que se inserem plasticamente no conceito moderno de ação afirmativa – não podem se sobrepor aos parâmetros éticos do Direito, sob pena de subversão aos princípios da isonomia, da razoabilidade e da moralidade administrativa.

[...]

Este tratamento preferencial, todavia, não pode servir de pretexto para a estruturação estatal de guetos culturais, que provoque, por intermédio de ações com o timbre da exclusividade, o isolamento dos negros, colocando-os em compartimentos segregacionistas, ou seja, que não possam ser compartilhados por outras etnias.

[...]

Assim, não se harmonizam com o princípio da isonomia os programas lançados pelo Estado com o propósito de proporcionar exclusivamente aos produtores e artistas negros oportunidade de acesso a condições e meios de produção artística, vez que os artistas brasileiros que pertençam às demais etnias ficarão naturalmente impedidos de desfrutar desse programa.

[...]

Não bastassem esses aspectos, que evidenciam a desconformidade dos Editais produzidos pelo Ministério da Cultura com os princípios da isonomia e da razoabilidade, o princípio da moralidade administrativa restou molestado também.

[...]

Por outro lado, convém anotar, os parâmetros fixados nos Editais impugnados na presente ação não se confundem minimamente com aqueles fixados em Editais de Universidades ou de concursos públicos, que ganharam notoriedade sob o nome de sistema de cotas, vez que, nestes casos (= oferecimento de percentual de vagas para determinados grupos ou etnias), o objetivo é de prestigiar a diversidade existente na sociedade brasileira, possibilitando, assim, uma maior representatividade dos grupos minoritários [...].

[...]

Finalmente, o perigo de dano se mostra veemente, vez que a presente ação tem por objeto a defesa do patrimônio público, que será duramente molestado com a distribuição de prêmios profissionais vultosos – R\$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais) –, mas em desacordo com o princípio da moralidade administrativa.

Alega-se que:

a) com a manutenção da decisão agravada a “Administração teria a imposição de gravames; primeiro, porque impedida de levar a cabo política pública voltada à redução das desigualdades sociais, ou seja, de efetivamente contribuir para a inclusão racial; segundo, porque causaria dificuldades administrativas impostas pelas restrições financeiras e orçamentárias, uma vez que não poderia iniciar o programa no ano seguinte sem a devida inclusão na Lei Orçamentária, algo já existente”; b) “o processo de seleção realizado pelo Ministério da Cultura e entidades vinculadas é absolutamente consentâneo com a Lei Rouanet (Lei 8.313/1991), que permite o fomento à produção cultural e artística, mediante a produção de obras cinematográficas e relativas às ciências humanas, às letras e às artes (art. 3º, II), o que, combinado com o art. 4º do Estatuto da Igualdade Racial, dá o esteio jurídico-material necessário para o lançamento dos editais questionados”; c) “diferentemente do que afirma o autor, ora recorrido, o concurso aberto não tem como ‘objeto final a promoção da cultura negra’, mas a promoção da igualdade racial, incluindo negros no mercado da direção e produção audiovisual, na criação de projetos nas áreas de artes visuais, circo, dança, música, teatro e preservação da memória, na edição de livros e na área da pesquisa no

campo cultural"; d) "a escolha de certo grupo social baseado no critério racial ou etário, de forma alguma, configura racismo às avessas ou ofensa à isonomia, moralidade ou impessoalidade".

Decido.

A ação afirmativa sob exame se distingue das demais que tem sido apreciadas pelo Poder Judiciário, segundo as palavras do MM. juiz que proferiu a decisão agravada, porque, nos demais casos, "o objetivo é de prestigiar a diversidade existente na sociedade brasileira, possibilitando, assim, uma maior representatividade dos grupos minoritários".

A União tenta justificar a peculiaridade – destinação do concurso apenas a negros – com o fato de que, "desde o ano de 1997 lançou um total de 55 (cinquenta e cinco) editais voltados a diversos segmentos específicos da cadeia produtiva, sendo apenas 1 (um) destinado a ações afirmativas, justamente este que vem sendo questionado".

Na forma tradicional, as ações afirmativas não eliminam a competição; apenas estabelecem vantagem para as minorias, no ponto de partida. Há, além do aspecto quantitativo, o qualitativo, que é o estímulo à convivência entre os dois segmentos sociais.

Esse ponto merece ser mais bem examinado pela Turma.

Por isso, defiro apenas em parte o pedido de antecipação de tutela recursal, isto é, para que o processo possa ter prosseguimento até a "divulgação dos resultados finais de seleção e lista de classificados no *DOU*", prevista para 02/08/2013. Até julgamento do agravo pela turma, ou decisão/sentença do juiz, em sentido contrário, não poderá haver pagamento de prêmio.

Comunique-se.

Proceda-se na forma do art. 527, inciso V, do Código de Processo Civil.

Oferecida a resposta ou decorrido o prazo, dê-se vista ao Ministério Público Federal/PRR 1ª Região.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 7 de junho de 2013.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator.

Numeração única: 0044852-51.2008.4.01.3400
Recurso contra Sentença Cível 2008.34.00.903563-0/DF

Relator: Juiz Federal Rui Costa Gonçalves
Recorrente: União Federal (Fazenda Nacional)
Advogado: Dr. Sérgio Diniz Lins
Recorrido: Dulcídio Siqueira Neto
Advogado: Dr. Ricardo Humberto Ceze
Publicação: e-DJF1 de 10/05/2013, p. 1.545-1.546

Ementa

Administrativo e Civil. Pedido de indenização por danos morais. Inscrição no Cadin e ajuizamento de ação de execução fiscal contrariando decisão judicial que determinava a suspensão desses procedimentos. Dano moral configurado. Sentença confirmada. Recurso improvido.

I. Trata-se de recurso interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra sentença de Primeiro Grau, no bojo da qual foi julgado procedente, em parte, o pedido do autor “para condenar a União na obrigação de pagar a importância de R\$ 3.000,00 (três mil reais), a título indenização por danos morais, com atualização pela taxa Selic, com incidência a partir da data de prolação da presente sentença”.

II. A responsabilidade do Estado por danos causados por seus agentes a terceiros, tem previsão no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. A previsão constitucional mencionada alberga a teoria objetiva do risco administrativo da responsabilidade, uma vez que para caracterizá-la basta a simples relação causal entre o ato do agente estatal e o dano, ou seja, exige-se que o Estado, por intermédio de seu agente, tenha dado causa ao dano. Portanto, pela teoria do risco administrativo, a responsabilidade do Estado se constitui pela prova de que o dano decorreu do comportamento estatal.

III. No caso sob exame, verifica-se pelo contexto probatório que o autor ajuizou ação ordinária, em 24/10/2006, objetivando fosse declarada a inexistência de relação jurídico obrigacional, relativa ao recolhimento do Imposto de Renda pessoa física sobre os rendimentos pagos pelo PNUD/ONU, no bojo da qual foi deferido o pedido de tutela antecipada para “suspender os procedimentos atinentes à inscrição do autor no Cadin e à cobrança dos débitos tributários objeto desta ação, até ulterior deliberação deste Juízo” (processo 2006.34.00.032296-9, 8ª VF). Desta decisão o réu tomou ciência em 09/11/2006.

IV. Em descumprimento a ordem judicial, a União Federal (Fazenda Nacional) inscreveu o nome do autor na Dívida Ativa em 13/02/2007 e, em 13/06/2007, autuou a ação de Execução Fiscal 2007.34.00.020328-1 (18ª VF). Portanto, a existência de decisão judicial determinando a suspensão dos procedimentos relacionados à inscrição no Cadin e à cobrança do débito tributário é incontroversa, não tendo o réu logrado êxito em comprovar o implemento de tal decisão (art. 333, II, do CPC).

V. Esse descumprimento de determinação judicial enseja a configuração de responsabilidade extracontratual do Estado, ainda que diante de decisão provisória (AGREsp 201101232636, Min. Herman Benjamin, STJ – Segunda Turma, DJE Data: 23/09/2011. DTPB).

VI. Além disso, não se pode confundir a possibilidade de cominação de multa processual por descumprimento de decisão judicial com a pretensão a condenação em indenização por danos morais, sob o fundamento de configuração de responsabilidade civil. Assim, rejeito a tese de falta de interesse de agir.

VII. Ressalte-se, por fim, que o fato de o autor ter parcelado a dívida nos autos da ação de execução fiscal (2007.34.00.020328-1, 18ª VF) ou ter sido julgado procedente a ação ordinária 2006.34.00.032296-9 (8ª VF), na qual foi deferida a tutela, são irrelevantes na caracterização da responsabilidade civil, poderia somente influenciar no quantum. Isso porque, os contornos da lide são claros, a petição vincula pedido de indenização por danos morais em razão da inscrição indevida do nome do autor no Cadin e na dívida ativa, quando existia decisão judicial que suspendia estes procedimentos. Estes fatos, repita-se, o autor logrou comprovar (art. 333, I, do CPC). E, como já reafirmado diversas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça, a inscrição indevida em cadastros de proteção ao

crédito, por si só, justifica o pedido de ressarcimento a título de danos morais, tendo em vista a possibilidade de presunção do abalo moral sofrido.

VIII. Recurso interposto pelo réu conhecido, mas improvido. Sentença mantida.

IX. Condene a recorrente ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso do réu.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal – 26/04/2013.

Juiz Federal *Rui Costa Gonçalves*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Rui Costa Gonçalves*: — Trata-se de recurso interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra sentença de Primeiro Grau, no bojo da qual foi extinto

[...] o processo sem julgamento do mérito em relação ao pedido de suspensão da Execução Fiscal 2007.34.00.020328-1 e de retirada do nome da parte autora do Cadin, com fulcro no art. 267, VI, do CPC;

e julgado procedente, em parte, o pedido do autor

[...] para condenar a União na obrigação de pagar a importância de R\$ 3.000,00 (três mil reais), a título indenização por danos morais, com atualização pela taxa Selic, com incidência a partir da data de prolação da presente sentença.

Em suas razões recursais, a ré sustenta que são indevidos danos morais porque

[...] é cada vez mais normal que restrições apareçam em nome de indivíduos, sendo que isso não significa, em absoluto, que eles possuam, a priori, mácula em seu bom nome ou na sua atuação sócio-econômica no seio da sociedade.

Aduz, também, que a declaração do Banco do Brasil, informando sobre a impossibilidade de contratar empréstimo consignado devido a restrições no Cadin, não pode ser utilizada como prova irrefutável do constrangimento, na medida em que não faz referência expressa ao débito discutido no processo. Alega, ainda, que o autor não logrou comprovar a quitação do tributo, razão pela qual não prosperam o pedido de indenização. Por fim, suscita (1) que resta caracterizada a falta de interesse de agir, pois o “autor poderia ter peticionado nos próprios autos da ação declaratória para que a decisão fosse cumprida, o que não ocorreu” e (2) que, em 13/02/2007, o autor “optou por parcelar seu débito, sendo que o parcelamento constitui confissão

irretratável da dívida. O requerimento de parcelamento, frise-se, implica no conhecimento de que se deve algo, configurando confissão extrajudicial, nos termos do arts. 348, 353 e 354 do CPC. Então, se o autor confessa que tem o débito, por que ser indenizado por ele?!”.

Em contrarrazões, o autor sustenta, em síntese, que o réu agiu indevidamente ao inscrever o nome do requerido no Cadin e na Dívida Ativa (inclusive com ajuizamento de ação de Execução Fiscal 2007.34.00.020328-1 – 18ª VF), mesmo ciente da tutela antecipada deferida nos autos do processo 2006.34.00.032296-9 (8ª VF), que suspendeu “os procedimentos atinentes à inscrição do autor no Cadin e à cobrança dos débitos tributários objeto desta ação, até ulterior deliberação deste Juízo”. Afirma que o constrangimento moral existiu, ensejando indenização por danos morais. E, para embasar seu direito, colaciona diversos precedentes jurisprudenciais. Requer, assim, a manutenção da sentença guerreada.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Rui Costa Gonçalves*: — O recorrente se insurge contra sentença de Primeiro Grau em que foi julgado procedente, em parte, o pedido visando ao pagamento de indenização por danos morais.

A responsabilidade extracontratual do estado existe e pode ser definida como a “obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos” (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 9.ª edição, Malheiros Editores, SP, 1997, p.596).

Em sede de responsabilidade do Estado por danos causados por seus agentes a terceiros, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, prevê:

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:

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A previsão constitucional mencionada alberga a teoria objetiva do risco administrativo da responsabilidade, uma vez que para caracterizá-la basta a simples relação causal entre o ato do agente estatal e o dano, ou seja, exige-se que o Estado, por intermédio de seu agente, tenha dado causa ao dano. Portanto, pela teoria do risco administrativo, a responsabilidade do Estado se constitui pela prova de que o dano decorreu do comportamento estatal.

Sendo assim, *in casu*, para restar caracterizada a responsabilidade do Estado, é necessário que se demonstrem o comportamento estatal, o nexo causal e a existência do dano.

Além de dano que cause lesão a direito da vítima, exige-se que o dano seja certo. A certeza do dano, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (ob. cit. p. 881), significa dizer que ele é "[...] *não apenas eventual, possível. Tanto poderá ser atual como futuro, desde que certo, real*". Na mesma linha de entendimento, Maria Helena Diniz (Curso de Direito Civil Brasileiro, 7. v., Responsabilidade Civil, 15. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 59–60) assevera:

A certeza do dano refere-se à sua existência e não à sua atualidade ou a seu montante [...]. A atualidade ou futuridade do dano é atinente à determinação do conteúdo do dano e ao momento em que ele se produziu. O dano pode ser atual ou futuro, isto é, potencial, desde que seja consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação, como p. ex., quando uma pessoa é vítima de lesões corporais num acidente de trânsito e perde um braço, o que diminuirá sua capacidade de trabalho. A certeza do dano, portanto, constitui sempre uma constatação de fato atual que poderá projetar, no futuro, uma consequência necessária, pois se esta for contingente, o dano será incerto.

Afasta-se, portanto, reparação de dano hipotético ou eventual que poderá não se concretizar.

Ainda, quanto ao dano moral, algumas considerações se fazem necessárias.

Há dano moral direto quando houver violação

[...] *de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família).*

No dano moral indireto, a lesão

[...] *provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial. P. ex.: perda de coisa com valor afetivo, ou seja, de um anel de noivado (Maria Helena Diniz, ob. cit., p. 83).*

No caso sob exame, verifica-se pelo contexto probatório que o autor ajuizou ação ordinária, em 24/10/2006, objetivando fosse declarada a inexistência de relação jurídico obrigacional, relativa ao recolhimento do Imposto de Renda pessoa física sobre os rendimentos pagos pelo PNUD/ONU, no bojo da qual foi deferido o pedido de tutela antecipada para "*suspender os procedimentos atinentes à inscrição do autor no Cadin e à cobrança dos débitos tributários objeto desta ação, até ulterior deliberação deste Juízo*" (processo 2006.34.00.032296-9, 8ª VF). Desta decisão o réu tomou ciência em 09/11/2006.

Em descumprimento a ordem judicial, a União Federal (Fazenda Nacional) inscreveu o nome do autor na Dívida Ativa em 13/02/2007 e, em 13/06/2007, autuou a ação de Execução Fiscal 2007.34.00.020328-1 (18ª VF).

Portanto, a existência de decisão judicial determinando a suspensão dos procedimentos relacionados à inscrição no Cadin e à cobrança do débito tributário é incontroversa, não tendo o réu logrado êxito em comprovar o implemento de tal decisão (art. 333, II, do CPC).

Esse descumprimento de determinação judicial enseja a configuração de responsabilidade extracontratual do Estado, ainda que diante de decisão provisória. Sobre assunto:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MANUTENÇÃO DE INSCRIÇÃO NO CADIN CONTRARIANDO DECISÃO JUDICIAL

QUE DETERMINAVA SUA EXCLUSÃO. DANO MORAL CONFIGURADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. In casu, o Tribunal de origem expressamente abordou os pontos suscitados pela agravante nos Embargos de Declaração opostos. 2. Na hipótese dos autos, foi deferida tutela antecipada ao agravado estabelecendo a sua exclusão do Cadin. Entretanto, não houve o tempestivo cumprimento da decisão judicial. 3. O STJ firmou o entendimento de que a inscrição indevida no cadastro de inadimplentes gera o dever de indenizar o dano moral. Por analogia, a manutenção indevida no Cadin, contrariando decisão que deferiu tutela antecipada que determinou a exclusão da inscrição, também dá ensejo à indenização por danos morais. 4. O Tribunal a quo afirmou, com base na prova dos autos, não ter a agravante cumprido tempestivamente a decisão que ordenou a exclusão do Cadin. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7 do STJ. 5. Agravo Regimental não provido.

(AGREsp 201101232636, Herman Benjamin, STJ – Segunda Turma, DJE Data: 23/09/2011.DTPB:.)

Além disso, não se pode confundir a possibilidade de cominação de multa processual por descumprimento de decisão judicial com a pretensão a condenação em indenização por danos morais, sob o fundamento de configuração de responsabilidade civil. Assim, rejeito a tese de falta de interesse de agir.

Ressalte-se, por fim, que o fato de o autor ter parcelado a dívida nos autos da ação de execução fiscal (2007.34.00.020328-1, 18ª VF) ou ter sido julgado procedente a ação ordinária 2006.34.00.032296-9 (8ª VF), na qual foi deferida a tutela, são irrelevantes na caracterização da responsabilidade civil, poderia somente influenciar no *quantum*. Isso porque, os contornos da lide são claros, a petição vincula pedido de indenização por danos morais em razão da inscrição indevida do nome do autor no Cadin e na Dívida Ativa, quando existia decisão judicial que suspendia estes procedimentos. Estes fatos, repita-se, o autor logrou comprovar (art. 333, I, do CPC). E, como já reafirmado diversas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça, a inscrição indevida em cadastros de proteção ao crédito, por si só, justifica o pedido de ressarcimento a título de danos morais, tendo em vista a possibilidade de presunção do abalo moral sofrido.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto pelo réu, para lhe negar provimento, mantendo a sentença recorrida.

Condeno a recorrente ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Sem custas processuais.

É como voto.

Numeração única: 0042672-28.2009.4.01.3400

Recurso contra Sentença Cível 2009.34.00.902891-9/DF

Relator: Juiz Federal Rui Costa Gonçalves
 Recorrente: Fundação Universidade de Brasília – FUB
 Advogada: Dra. Christiane Raquel Martins Nogueira Carvalho
 Recorrido: Pedro Henrique Félix Bernardes (representado por sua genitora Marlene Félix dos Santos)
 Publicação: e-DJF1 de 10/05/2013, p. 1.546–1.547

Ementa

Administrativo. Pedido de indenização por danos morais. Candidato impedido de realizar prova vestibular. Vitima de roubo dos documentos minutos antes da realização do certame. Inexistência de tempo suficiente para se proceder ao boletim de ocorrência. Tentativa frustrada de efetivar a prova mesmo estando acompanhado de policial que ratificou o roubo. Configuração dos requisitos da responsabilidade estatal: conduta e nexa causal. Situação excepcional causadora de danos na esfera emocional do candidato. Dano moral configurado. Dever de indenizar. Recurso improvido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos.

I. Acompanhando a petição inicial, o recorrente apresentou cópia do *boletim de ocorrência* do roubo lavrado pela Primeira Delegacia de Polícia do Distrito Federal na data da realização do certame, tendo ainda sido juntada aos autos uma declaração do policial identificado como Cabo Cassimiro, ratificando o fato de ter acompanhado o autor ao local do certame a fim de explicar a situação vivida por ele minutos antes.

II. A conduta estatal de não permitir o autor participar do certame, provocou um dano à esfera jurídica do requerente, haja vista que o mesmo viu-se impedido de realizar a prova de vestibular da única instituição de ensino público superior do seu domicílio.

III. Sabe-se que as provas vestibulares pressupõem preparação intensa do candidato e conseqüentemente provocam muita angústia, ansiedade e expectativa nos indivíduos que estão prestes a participar do certame. Não conseguir ao menos adentrar na sala para realizar a prova, sem dúvida alguma, é uma enorme frustração passível de ser indenizada.

IV. A ocorrência do roubo dos documentos, não é suficiente para romper o nexo causal na espécie, a título de fato de terceiro. Isso porque a pretensão deduzida não veicula causa de pedir decorrente do roubo dos documentos em si, mas sim da ausência de providências por parte da organização do vestibular no sentido de considerar a situação excepcional, ainda mais, levando-se em consideração da confirmação prestada por policial fardado, ensejando que o autor realizasse a prova em sala especial e apresentasse em momento posterior a documentação exigida.

V. Presença dos elementos configuradores da responsabilidade civil da Administração, não merecendo reparos a sentença que fixou em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

VI. Recurso conhecido, mas improvido. Sentença mantida.

VII. Sem honorários haja vista que a parte autora não está representada por advogado, e custas processuais.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso da parte ré.

Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal – 26/04/2013.

Juiz Federal *Rui Costa Gonçalves*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rui Costa Gonçalves: — Trata-se de recurso interposto pela Fundação Universidade de Brasília – FUB, insurgindo-se contra sentença de primeiro grau em que foi condenada a pagar o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a título de danos morais.

A recorrente sustenta que a sentença de primeiro grau merece ser reformada sob a argumentação de não haver nexo de causalidade entre o dano supostamente sofrido pelo autor e a ação da FUB.

Sustenta que eventuais dissabores sofridos pelo autor seriam decorrência de ato de terceiro (roubo de documentos), uma vez que a sua conduta de impedir o autor de fazer a prova do vestibular por não ter apresentado nenhum documento de identificação, tampouco, boletim de ocorrência do roubo por ele vivenciado, estaria de acordo com o edital do certame.

Por fim, ressalta que o autor não demonstrou o dano moral sofrido em virtude de não ter realizado a prova de vestibular asseverando a ausência de

fundamentos jurídico a amparar o seu pedido, ressaltando, ainda, a configuração de enriquecimento sem causa.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rui Costa Gonçalves: — O recorrente se insurge contra sentença de Primeiro Grau em que foi julgado parcialmente procedente pedido de indenização por danos morais no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

A responsabilidade extracontratual do Estado existe e pode ser definida como a

[...] obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos (Celso Antônio Bandeira de

Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 596).

Em sede de responsabilidade do Estado por danos causados por seus agentes a terceiros, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, prevê:

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:

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A previsão constitucional mencionada alberga a teoria objetiva do risco administrativo da responsabilidade, uma vez que para caracterizá-la basta a simples relação causal entre o ato do agente estatal e o dano, ou seja, exige-se que o Estado, por intermédio de seu agente, tenha dado causa ao dano. Portanto, pela teoria do risco administrativo, a responsabilidade do Estado se constitui pela prova de que o dano decorreu do comportamento estatal.

Sendo assim, *in casu*, para restar caracterizada a responsabilidade do Estado, é necessário que se demonstrem o comportamento estatal, o nexo causal, a existência do dano e o elemento culpa (provenientes de negligência, imprudência ou imperícia).

Além de dano que cause lesão a direito da vítima, exige-se que o dano seja certo. A certeza do dano, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (ob. cit. p. 881), significa dizer que ele é “[...] não apenas eventual, possível. Tanto poderá ser atual como futuro, desde que certo, real”. Na mesma linha de entendimento, Maria Helena Diniz (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 7, Responsabilidade Civil, 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 59–60) assevera:

A certeza do dano refere-se à sua existência e não à sua atualidade ou a seu montante (...). A atualidade ou futuridade do dano é atinente à determinação do conteúdo do dano e ao momento em que ele se produziu. O dano pode ser atual ou futuro, isto é, potencial, desde que seja consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação, como p. ex., quando uma pessoa é vítima de lesões corporais num acidente de trânsito e perde um braço, o que diminuirá sua capacidade de trabalho. A certeza do dano, portanto, constitui sempre uma constatação de fato atual que poderá projetar, no

futuro, uma consequência necessária, pois se esta for contingente, o dano será incerto.

Afasta-se, portanto, reparação de dano hipotético ou eventual que poderá não se concretizar.

Ainda, quanto ao dano moral, algumas considerações se fazem necessárias.

Há dano moral direto quando houver violação

[...] de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família).

No dano moral indireto, a lesão

[...] provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial. P. ex.: perda de coisa com valor afetivo, ou seja, de um anel de noivado (Maria Helena Diniz, ob. cit., p. 83).

Pois bem, analisando-se o caso *sub oculis*, verifica-se que restou clarividente o fato de que a conduta estatal de não permitir o autor participar do certame, provocou um dano à esfera jurídica do requerente, haja vista que o mesmo viu-se impedido de realizar a prova de vestibular da única instituição de ensino público superior de seu estado.

Ora, sabe-se que as provas vestibulares pressupõem preparação intensa do candidato e conseqüentemente provocam muita angústia, ansiedade, expectativa dentre outros sentimentos semelhantes nos indivíduos que estão prestes a participar do certame.

Nesse contexto, como bem asseverado na sentença proferida pelo juízo *a quo*:

A ocorrência do roubo, a meu sentir, não é suficiente para romper o nexo causal na espécie, a título de fato de terceiro. Isso porque a pretensão deduzida não veicula causa de pedir decorrente do roubo dos documentos em si, mas sim da ausência de providências por parte da organização do vestibular no sentido de considerar a situação excepcional, inclusive a par da confirmação prestada por policial fardado, ensejando que o autor realizasse a prova em sala especial e apresentasse em momento posterior a documentação exigida.

Vale ainda transcrever outro trecho da sentença:

Doutra banda, parece-me conveniente ressaltar que a situação dos autos bem demonstra que a casuística supera a capacidade de normatização de todas as possibilidades passíveis de ocorrência.

Assim, ainda que jungida ao princípio da legalidade estrita, tenho que caberia à organização do vestibular tomar em consideração a excepcionalidade do caso, mostrando-se possível tomar a termo a alegação do policial, que possui fé pública, e adotar as providências constantes do Item 8.4 do Edital – identificação especial, com a coleta de dados, de assinatura e de impressão digital, e apresentação posterior de documentos, garantindo-se assim a finalidade da norma do Edital que enseja a realização da prova mediante apresentação de Boletim de Ocorrência e assegurando o princípio da boa-fé administrativa e do amplo acesso aos concursos públicos, sem que isso implicasse na quebra da igualdade de condições entre os candidatos.

Compulsando-se os autos, verifica-se que, acompanhando a petição inicial, o recorrente apresentou cópia do *boletim de ocorrência* lavrado pela Primeira Delegacia de Polícia do Distrito Federal na data da realização do certame, como também, uma declaração do policial Cabo Cassimiro, matrícula 14046-5, ratificando o fato de ter acompanhado o autor

ao local do certame a fim de explicar a situação vivida por ele minutos antes.

Ante o exposto, está clara a ocorrência dos requisitos configuradores da responsabilidade civil da Administração gerando o dever de indenizar, não merecendo, por isso, reparos a sentença que fixou em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Por essas razões, a sentença não merece reparos.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto, mas para *lhe negar provimento*, mantendo integralmente a sentença de primeiro grau.

Sem honorários haja vista que a parte autora não está representada por advogado, e custas processuais.

É como voto.

Numeração única: 0014756-82.2010.4.01.3400 /DF Recurso contra Sentença Cível 2010.34.00.904091-6/DF

Relatora: Juíza Federal Lília Botelho Neiva Brito
 Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Priscila Chaves Ramos
 Recorrida: Evailde Maria dos Santos
 Advogado: Dr. Frederico Soares Araújo
 Publicação: e-DJF1 de 24/05/2013, p. 1.238

Ementa

Previdenciário. Auxílio-doença. Lei 8.213/1991. Incapacidade parcial pré-existente ao ingresso do segurado no RGPS. Contratação em vaga de deficiente físico. Sequela de paralisia infantil. Fasceíte plantar. Limitação laborativa compatível com o exercício das atividades laborativas habituais. Recurso provido.

I. Recurso interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS visando à reforma da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar a autarquia no restabelecimento do auxílio-doença em favor do recorrido e na sua inclusão em programa de reabilitação profissional.

II. O recorrente requer a reforma da sentença, para que se julgue improcedente o pedido inicial ou, na eventualidade de condenação, que a data de início do benefício concedido seja fixada a partir da juntada aos autos do laudo pericial.

III. A parte recorrida, com atuais 50 anos de idade, é segurada portadora de deficiência física – sequela de paralisia infantil –, empregada nessa condição, conforme relatado na perícia médica do INSS datada de 07/04/2010, tendo recebido auxílio-doença em período pretérito, durante o qual se submeteu a tratamento fisioterápico.

IV. Doença que por sua natureza é pré-existente ao ingresso da recorrida no RGPS.

V. Laudo pericial contraditório ao afirmar parcialidade e temporalidade da incapacidade ao passo que conclui pela *inexistência de incapacitação profissional do ponto de vista ortopédico*. Contradição que não prejudica a compreensão do quadro fático, ante as demais respostas do perito aos quesitos do juízo.

VI. Constata-se, a partir do laudo, a inexistência de incapacidade laborativa para o desempenho das atividades habituais da recorrida, compatíveis com a limitação laborativa de que é portadora, eis que contratada como deficiente físico. Assim, não há que se falar em reabilitação profissional.

VII. Recurso provido. Sentença reformada para julgar improcedente o pedido inicial.

VIII. Não há, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, previsão legal para arbitramento de verba honorária quando há provimento do recurso. Assim, como a recorrente obteve êxito com a interposição do recurso, incabível a condenação em honorários advocatícios (Inteligência do art. 55 da Lei 9.099/1995).

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal – 03/05/2013.

Juíza Federal *Lília Botelho Neiva Brito*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Lília Botelho Neiva Brito: — Cuida-se de recurso interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS visando à reforma da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar a autarquia no restabelecimento do auxílio-doença em favor do recorrido até 16/12/2011 e na sua inclusão em programa de reabilitação profissional.

O recorrente requer a reforma da sentença, para que se julgue improcedente o pedido inicial ou, na eventualidade de condenação, que a data de início do benefício concedido seja fixada a partir da juntada aos autos do laudo pericial.

É o breve relatório.

Voto

A Exma. Sra. Juíza Federal Lília Botelho Neiva Brito: — A insurgência do recorrente abrange a totalidade do provimento jurisdicional concedido na sentença, mediante julgamento de parcial procedência do pedido inicial, não se limitando à data de fixação do início do benefício.

Registre-se que o benefício de auxílio-doença é devido ao segurado que, cumprido o prazo de carência, ficar incapacitado para a sua atividade habitual, por mais de 15 dias consecutivos (art. 71 do Decreto 3.048/1999).

Constata-se dos autos que a parte recorrida, com atuais 50 anos de idade, é segurada portadora de deficiência física – sequela de paralisia infantil –,

empregada nessa condição, conforme relatado na perícia médica do INSS datada de 07/04/2010.

Os documentos dos autos demonstram, ademais, que a recorrida recebeu auxílio-doença durante o período em que estava em tratamento fisioterápico, recebendo posteriormente alta médica, conforme laudos médicos do INSS.

Pelo exame do laudo pericial, constata-se que a recorrida é portadora de fascíte plantar, sequela de paralisia infantil.

Constata-se, no entanto, contradição no laudo pericial. O perito afirma a natureza temporária e parcial da incapacidade da segurada, porém conclui pela inexistência de incapacidade para o trabalho do ponto de vista ortopédico.

A interpretação sistêmica do laudo, no entanto, permite aferir como adequada a conclusão pela inexistência de incapacidade laborativa constatada posteriormente ao ingresso da recorrida no RGPS. O perito é categórico ao negar, em resposta aos quesitos, a inabilitação da autora para o exercício de trabalho *ou para suas atividades habituais*.

A deficiência da segurada é sequela de paralisia infantil. Cuida-se evidentemente, portanto, de doença pré-existente ao seu ingresso no RGPS.

A sequela em questão, conforme esclarece o perito, promove o encurtamento do assoalho flexor do pé e, em que pese ser passível de tratamento com fisioterapia e alongamento, causa dores crônicas a *esforços prolongados*.

Tais condições são inerentes à deficiência da recorrida, sendo observadas, repise-se, desde o seu ingresso no RGPS.

A segurada, nesse sentido, iniciou suas atividades laborativas já portadora dessa sequela, que acarreta limitação física específica, consistente na impossibilidade de exercer atividades que demandem a permanência em pé por longos períodos.

Conclui-se que a limitação laborativa parcial da recorrida era pré-existente ao seu ingresso no RGPS, não sendo decorrente de agravamento da sequela de paralisia infantil. Ademais, saliente-se que a segurada é empregada na qualidade de portadora de necessidade especial, conforme relatado na perícia do INSS supramencionada.

Nesse sentido, já tendo a recorrida sido inserida no RGPS, como deficiente física, em função compatível com as suas limitações funcionais, não estando mais em período de fisioterapia, não é devida a manutenção do auxílio-doença, tampouco a sua inserção em programa de reabilitação profissional.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso do INSS para julgar improcedente o pedido inicial.

Não há, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, previsão legal para arbitramento de verba honorária quando há provimento do recurso. Assim, como a recorrente obteve êxito com a interposição do recurso, incabível a condenação em honorários advocatícios (Inteligência do art. 55 da Lei 9.099/1995).

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 5000525-23.2012.4.04.7114

Relator: Juiz Federal Gláucio Maciel

Recorrente: INSS

Recorrida: Neli de Oliveira Ferrari

Publicação: *DOU* de 07/06/2013, p. 82–103

Ementa-Voto

Previdenciário. Benefício por incapacidade. Possibilidade de revisão administrativa. Curso da demanda. Art. 71 da Lei 8.212/1991. Art. 101 da Lei 8.213/1991. Pedido de uniformização provido. Representativo de controvérsia. Art. 7º do RITNU.

I. O INSS, ora recorrente, pretende a modificação do acórdão que, confirmando a sentença por seus próprios fundamentos, determinou que o prazo para a reavaliação periódica do benefício de auxílio-doença fosse iniciado a partir do trânsito em julgado da decisão final. Argumenta que o prazo estipulado pelo art. 71 da Lei 8.212/1991 deve ser contado a partir da perícia e não do trânsito em julgado. Cita como paradigma o recurso 2007.36.00.703003-5, oriundo da Turma Recursal de Mato Grosso.

II. Inicialmente, o incidente foi inadmitido pelo presidente desta Turma, que entendeu incidir na espécie a Questão de Ordem 3 deste colegiado, em razão de suposta ausência de indicação da fonte da qual extraído o aresto paradigma. Entretanto, em virtude de embargos declaratórios interpostos pelo INSS, a questão foi revista e o pedido, aceito, por restar configurada a divergência nacional.

III. Razão assiste ao recorrente. Dispõe o art. 71 da Lei 8.212/1991 que o INSS deve rever os benefícios previdenciários, ainda que concedidos judicialmente, para verificar se persistem as condições clínicas que levaram ao seu deferimento. Já o art. 101 da Lei 8.213/1991 impõe a obrigatoriedade de o segurado em gozo de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez submeter-se a exame médico disponibilizado pela Previdência Social, sob pena de suspensão do benefício.

IV. Dessa forma, ainda que se trate de benefício deferido judicialmente, o titular deve ser convocado pelo INSS, na forma prevista em norma regulamentadora, para comparecer na repartição e passar por nova perícia, na qual será aferido se persistem os motivos que autorizaram a concessão. Poder-se-ia argumentar que o deferimento judicial justificaria um tratamento diferenciado, por ter o segurado sido avaliado por um perito imparcial, auxiliar do juízo, que concluiu pela incapacidade. Todavia, não há razão para a distinção. A uma, porque a lei não o fez; ao

contrário, deixou claro que o benefício concedido judicialmente deveria ser reavaliado. A duas, porque a avaliação médica não se distingue, mesmo se o médico for servidor do INSS, tendo em vista a sua vinculação com a ciência médica e os protocolos de saúde, que são únicos para todo profissional da medicina. Que o benefício concedido judicialmente deveria ser reavaliado. A duas, porque a avaliação médica não se distingue, mesmo se o médico for servidor do INSS, tendo em vista a sua vinculação com a ciência médica e os protocolos de saúde, que são únicos para todo profissional da medicina.

V. É de se registrar que o INSS não convoca os beneficiários para a revisão considerando a doença de que são acometidos, mas pelo tipo de benefício: se se trata de auxílio-doença, a cada seis meses; se aposentadoria por invalidez, a cada dois anos. Isso diminui a carga da pessoalidade que pode causar ruído na aferição da incapacidade, como já ocorreu no passado, quando certas doenças eram mal vistas pela Administração previdenciária, que impunha revisão em prazos curtíssimos.

VI. No caso em exame, é de se constatar que o acórdão recorrido contrariou o conteúdo da norma prevista no art. 71 da Lei 8.212/1991, já que proibiu o INSS de rever administrativamente o benefício de auxílio-doença até o trânsito em julgado da decisão.

VII. Julgamento de acordo com o art. 46 da Lei 9.099/1995.

VIII. Incidente conhecido e provido para (i) firmar a tese de que a concessão judicial de benefício previdenciário não impede a revisão administrativa pelo INSS, na forma prevista em norma regulamentadora, mesmo durante o curso da demanda; (ii) decotar a parte do acórdão que manteve a sentença e autorizou a revisão do benefício somente após o trânsito em julgado da decisão final.

IX. Julgamento realizado de acordo com o art. 7º, VII, *a*), do RITNU, servindo como representativo de controvérsia.

Acórdão

Decide a Turma *dar provimento* ao pedido de uniformização.

Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais – 17/05/2013.

Juiz Federal *Gláucio Maciel*, relator.

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 0502844-72.2012.4.05.8501

Relator: Juiz Federal Rogério Moreira Alves

Requerente: União Federal

Requerida: Eliana Gonçalves Barreto Marques

Publicação: *DOU* de 14/06/2013, p. 85–112

Ementa–Voto

Administrativo. Servidores públicos da Justiça Federal. Auxílio-alimentação. Impossibilidade de equiparação com servidores dos Tribunais Superiores, do CNJ e do TJDF. Isonomia.

I. O acórdão recorrido reconheceu direito de servidor público federal da Justiça Federal de 1º e 2º grau em receber auxílio-alimentação com o mesmo valor auferido pelos servidores dos tribunais superiores, do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. O fundamento central da decisão foi a isonomia entre servidores ocupantes de mesmo cargo.

II. O acórdão paradigma da 4ª Turma Recursal do Rio Grande do Sul, em contrapartida, considerou que a isonomia assegurada pelo art. 41, § 4º, da Lei 8.112/1990 refere-se tão somente aos vencimentos, não tendo pertinência com a indenização de alimentação determinada por mera norma administrativa e custeada pelo órgão ou entidade em que o servidor estiver em exercício.

III. Está demonstrada divergência jurisprudencial em relação a questão de direito material. O acórdão paradigma teve a autenticidade demonstrada com a indicação da URL que permite acesso na internet à fonte do julgamento.

IV. O art. 41, § 4º, da Lei 8.112/1990 somente garante isonomia de vencimentos, de forma que não serve de fundamento para estabelecer equiparação de auxílio-alimentação, verba com natureza indenizatória.

V. O art. 37, XIII, da Constituição Federal proíbe a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do Serviço Público.

VI. A Súmula 339 do STF enuncia que “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”. O auxílio-alimentação não tem natureza de vencimentos, mas as razões da súmula são mesmo assim aplicáveis para repelir a revisão do valor dessa vantagem com fundamento na isonomia. Em matéria de vantagens de servidores públicos, cumpre ao legislador, e não ao Poder Judiciário, dar-lhe concretização.

VII. O Supremo Tribunal Federal recentemente decidiu em agravo regimental em recurso extraordinário interposto contra acórdão da Turma Recursal do Rio Grande do Norte ser impossível majorar o valor de auxílio-alimentação sob fundamento de isonomia com servidores de outro órgão: “Ementa: Agravo Regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Servidores públicos. Reajuste de auxílio-alimentação. Impossibilidade de equiparação de vencimentos por decisão judicial sob o fundamento do princípio constitucional da isonomia: Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental ao qual se nega provimento” (Re-Agr 670974, Segunda Turma, rel. Cármen Lúcia, DJ 10/10/2012).

VIII. Uniformizado o entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário majorar o valor de auxílio-alimentação dos servidores da Justiça Federal de 1º e 2º graus com base no fundamento de isonomia com o valor auferido pelos servidores dos tribunais superiores, do Conselho Nacional de Justiça ou do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

IX. Incidente provido para reformar o acórdão recorrido, julgando improcedente a pretensão da parte autora.

X. O presidente da TNU poderá determinar que todos os processos que versarem sobre esta mesma questão de direito material sejam automaticamente devolvidos para as respectivas Turmas Recursais de origem, antes mesmo da distribuição do incidente de uniformização, para que confirmem ou adequem o acórdão recorrido. Aplicação do art. 7º, VII, *a*, do Regimento Interno da TNU, com a alteração aprovada pelo Conselho da Justiça Federal em 24/10/2011.

Acórdão

Decide a Turma dar provimento ao incidente de uniformização.

Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais – 12/06/2013.

Juiz Federal *Rogério Moreira Alves*, relator.



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))

Penal e Processual Penal. Exceção da verdade. Crimes de calúnia e difamação. Ausência de elementos indicativos de ato ilícito.

I. A exceção da verdade, ou da notoriedade do fato, meio de defesa indireto no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, tem por propósito o de demonstrar a veracidade da imputação que é feita a alguém e tida como ofensiva à sua honra, objetiva ou subjetiva, naqueles casos em que é admitida em relação aos crimes de calúnia e de difamação.

II. Hipótese em que não se extrai do conjunto probatório qualquer elemento concreto indicativo de prática de ato ilícito por parte dos exceptos, muito menos de ato de corrupção, nada existindo nos autos capaz de autorizar a acolhida da presente exceção.

III. A existência ou não de dolo específico do denunciado, ou da chamada verdade subjetiva para afastar o crime de calúnia, são questões que dizem com a própria ação penal, fugindo ao âmbito da exceção da verdade, diante da finalidade mesma a que esta se destina.

IV. Exceção da verdade julgada improcedente.

Numeração única: 0050505-35.1997.4.01.0000

Exceção da Verdade 1997.01.00.051236-2/MG

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – Corte Especial

Publicação: e-DJF1 de 26/04/2013, p. 577

Agravo regimental. Suspensão de execução de sentença. Impossibilidade de extinção dos contratos de franquia de serviço postal. Grave lesão à ordem e à economia. Ausência de demonstração.

I. As questões diretamente relacionadas com os pressupostos processuais ou com o mérito da demanda principal não podem ser examinadas na presente via, que não substitui o recurso próprio.

II. O indeferimento do pedido de suspensão não constitui, como sugere a agravante, exortação à perpetuação do quadro de inconstitucionalidade. Com efeito, se é da ECT a responsabilidade de realizar as licitações, não pode ela utilizar-se da sua própria inércia para inferir que as decisões impugnadas ignoram “os princípios constitucionais aplicáveis, mormente o princípio da obrigatoriedade da licitação no âmbito da Administração Pública”.

III. A manutenção da decisão não acarreta grave lesão à ordem e à economia pública, uma vez que apenas mantém-se o *status quo ante*, até que os contratos hoje reputados ilegais sejam substituídos por aqueles precedidos de licitação, a fim de evitar a solução de continuidade na prestação do serviço postal à coletividade.

IV. O deferimento do pedido de suspensão acarretaria, por certo, situação irreversível para os requeridos/agravados, uma vez que na ação principal discute-se a legalidade do Decreto 6.639/2008, que impôs a extinção das agências franqueadas antes da conclusão dos certames licitatórios.

V. Os valores que deixam de ser vertidos para a ECT com a manutenção das franqueadas não geram impacto substancial nos cofres da União. Até porque a contabilidade apresentada na petição vestibular não leva em consideração outros fatores insuscetíveis de serem analisados neste âmbito processual, tais como a qualidade do serviço prestado pelos franqueados a justificar (ou não) as quantias que recebem pelo tal serviço, ou a diferença econômica entre os valores que a ECT vai deixar de pagar às franquias e o custo que arcará com a criação de novas agências e implantação do plano de contingência.

VI. A situação jurídica dos contratos de franquia é de tal modo complexa e instável que o acolhimento da pretensão deduzida neste agravo poderia criar mais desordem do que favorecer a ordem pública. Afinal, é mais prudente, nesta via estreita, manter a situação instalada, ainda que, evidentemente, não seja ideal, vez que sua alteração abrupta pode gerar ainda mais gravames à coletividade.

VII. No âmbito da suspensão de execução de sentença o provimento dá-se sempre para evitar grave lesão. Ausente este requisito legal, todas as demais discussões, ainda que relevantes, verossímeis ou até urgentes, devem ocorrer perante o juízo competente e serem veiculadas mediante um dos meios processuais adequados a tanto.

VIII. Agravo regimental desprovido.

Suspensão de Execução de Sentença 0061791-82.2012.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Corte Especial

Publicação: *e-DJF1* de 14/05/2013, p. 2-3

Ação rescisória. Ação civil pública. Ascensão funcional de servidores da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – Embrapa. Provimento de cargo ou emprego público mediante ascensão funcional. ADI 837/DF. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 8.112/1990, que autorizavam o provimento por ascensão. Efeito ex tunc. Súmula 343/STF.

I. Rejeitada a preliminar de incompetência absoluta do juízo prolator da decisão rescindenda suscitada pelos autores, tendo em vista que a controvérsia posta nos autos da ação originária não dizia respeito a questões relativas a relações de trabalho, pois a lide não versou sobre reclamação entre trabalhadores em contraposição aos empregadores, sendo que a própria Embrapa pugna pela legitimidade do provimento derivado, estando, dessa forma, em sintonia com a pretensão de seus funcionários.

II. Após o advento da Constituição Federal de 1988, não é mais possível o provimento de cargo ou emprego público mediante ascensão funcional, espécie de provimento derivado vertical, tanto que vem sendo declarada a inconstitucionalidade de leis e de Constituições estaduais que admitem essa forma de provimento derivado, tendo em vista que foi instituído o concurso público como forma universal de acesso aos cargos públicos (CF/1988, art. 37, II).

III. A decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 837/DF, que declarou a inconstitucionalidade do inciso III do art. 8º, das expressões ascensão e acesso no parágrafo único do art. 10; das expressões acesso e ascensão no § 4º do art. 13; das expressões ou ascensão e ou ascender no art. 17; e do inciso IV do art. 33, todos da Lei 8.112/1990, porque em confronto com as disposições constitucionais insertas no art. 37, II, da CF/1988 operou efeitos *ex tunc*, ou seja, desde o início da eficácia do ato impugnado. A decretação da inconstitucionalidade retroage para alcançar todos os atos praticados com base no dispositivo legal declarado inconstitucional.

IV. Ainda que o STF tenha autorizado a adoção do efeito *ex nunc* para a decisão que decretou a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 8.112/1990, que autorizavam o provimento por ascensão, a partir de 17/02/1993 (RE 442683), a decisão ali proferida não operou efeitos *erga omnes*, posto que restrita apenas às partes envolvidas, ao contrário de um julgamento realizado por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade, como ocorreu com a ADI 837/DF, que operou efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, alcançando todas as demandas que tratavam do mesmo caso.

V. Consoante o enunciado da Súmula 343/STF ‘Não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais’.

VI. No caso dos autos, a questão da inconstitucionalidade não era controvertida nos Tribunais, tendo em vista a decisão proferida na ADI 837/DF, que já havia declarado a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 8.112/1990, que autorizavam o provimento por ascensão.

VII. Ainda que assim não fosse, o certo é que, se na época em que foi prolatada a decisão rescindenda a interpretação fosse controvertida nos tribunais, também não seria cabível ação rescisória por violação de literal disposição de lei (CPC, art. 485, V), se a jurisprudência viesse posteriormente se firmar em sintonia com o pedido dos autores. “A Súmula 343/STF só pode ser afastada quando a decisão rescindenda aplica lei que foi declarada inconstitucional pelo Pretório Excelso, ou deixa de aplicar aquela declarada constitucional”.

VIII. Ação rescisória julgada improcedente.

Numeração única: 0037379-97.2006.4.01.0000

Ação Rescisória 2006.01.00.035739-5/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes – 1ª Seção

Publicação: *e-DJF* de 13/06/2013, p. 360

Processual Civil. Ação rescisória. Improbidade administrativa. Incisos V e IX do art. 485 do CPC. Violação a disposições literais do art. 47 do CPC, arts. 10, 11 e 12, parágrafo único, da Lei 8.429/1992 e art. 5º, LIV, da Constituição Federal. Natureza da ação que não se confunde como substituta de recurso. Inexistência de obrigatoriedade de formação de litisconsórcio passivo. Condenação do ex-gestor fundada em provas. Presença do elemento subjetivo. Impossibilidade de incursão no campo probatório. Erro de fato. Superfaturamento. Alegações que não se sustentam porque houve enfrentamento da questão no acórdão rescindendo. Improcedência do pedido.

I. O juízo rescindendo não possui o caráter de reexame ou revisão. A ação rescisória tem por finalidade a alteração de um estado jurídico firmado pela autoridade da coisa julgada, contudo, não se presta a exercer funções típicas dos recursos. Por essa razão, quando se alega violação de literal disposição de lei, não se admite a alegação simplória de que o julgado situou a questão de maneira diversa de suas teses de defesa.

II. À luz do entendimento firmado no STJ, não há falar em formação de litisconsórcio passivo necessário entre eventuais réus e as pessoas participantes ou beneficiárias das supostas fraudes e irregularidades, nas ações civis públicas movidas para o fim de apurar e punir atos de improbidade administrativa, pois “não há, na Lei de Improbidade, previsão legal de formação de litisconsórcio entre o suposto autor do ato de improbidade e eventuais beneficiários, tampouco havendo relação jurídica entre as partes a obrigar o magistrado a decidir de modo uniforme a demanda, o que afasta a incidência do art. 47 do CPC” (AgRg no REsp 759.646/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 30/03/2010).

III. Ademais, não há violação aos arts. 10, 11 e 12, parágrafo único, da Lei 8.429/1992. As provas juntadas na ação de improbidade demonstraram a prática de ato ímprobo e a sentença, confirmada pelo acórdão rescindendo, fez incidir corretamente a LIA sobre os fatos ocorridos – malversação do dinheiro público oriundos dos convênios firmados entre a União e o Município de Timon/MA. As razões de decidir em que se apoiou o Tribunal dão notícia do elemento subjetivo do réu na prática dos atos considerados ímprobos e a revisão desse entendimento implica, necessariamente, incursão no campo probatório.

IV. Resta evidente, da análise do acórdão rescindendo, que houve enfrentamento da questão relativa ao superfaturamento. O fato ficou evidente nos autos. Não se sustenta a alegação de erro.

V. Ação rescisória julgada improcedente.

Ação Rescisória 0008660-66.2010.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz – 2ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 03/06/2013, p. 5

Processual Civil. Embargos infringentes. Acórdão em confronto com julgado do c. STF. Novo exame da matéria. Art. 543-B do CPC. Honorários advocatícios em demandas relativas ao FGTS. Art. 29-C da Lei 8.036/1990. Declaração de inconstitucionalidade (ADI 2736/DF). RE 581.160. Representatividade de controvérsia. Mesma orientação da ADI. Recurso provido. Decisão reformada.

I. O egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.736/DF, em 08/09/2010, declarou a inconstitucionalidade do art. 9º da Medida Provisória 2.164-41/2001, que acrescentou o art. 29-C à Lei 8.036/1990, o qual suprimia a condenação em honorários advocatícios em demandas envolvendo o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

II. Trânsito em julgado da ADI 2.736 em 03/09/2012, depois de rejeitados os embargos de declaração que intentaram a atribuição de efeito *ex nunc* à pronúncia de inconstitucionalidade do art. 29-C da Lei 8.036/1990.

III. Julgado o recurso extraordinário a cuja decisão estava jungido o entendimento sobre tal matéria, em razão do regime de representatividade de controvérsia, nos termos do art. 543-B do CPC, em 20/06/2012, publicado em 23/08/2012, consolidou-se a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONSTITUCIONAL. ART. 9º DA MP 2.164-41/2001. INTRODUÇÃO DO ART. 29-C NA LEI 8.036/1990. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA. AÇÕES ENVOLVENDO O FGTS E TITULARES DE CONTAS VINCULADAS. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA NA ADI 2.736/DF. RECURSO PROVIDO. I - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.736/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, declarou a inconstitucionalidade do

art. 9º da MP 2.164-41/2001, na parte em que introduziu o art. 29-C na lei 8.036/1990, que vedava a condenação em honorários advocatícios “nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figuram os respectivos representantes ou substitutos processuais”. II - Os mesmos argumentos devem ser aplicados à solução do litígio de que trata o presente recurso. III - Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 581160, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 22-08-2012 PUBLIC 23-08-2012)

IV. Declarada a inconstitucionalidade do art. 29-C da Lei 8.036/1990 (STF, ADI 2736), configura-se cabível a condenação em verba honorária, nas demandas relativas ao FGTS.

V. Porque não coincidente o v. acórdão com o entendimento firmado pelo c. STF acerca da possibilidade de condenação em verba honorária, em demandas relativas ao FGTS, cabível sua revisão, no ponto, para que fique adequado à orientação indicada pela Corte Suprema.

VI. Devem ser retomados os termos do voto em que fora vencido o e. Des. Federal João Batista Moreira, como requerido nos embargos infringentes, para que se mantenha a condenação da Caixa Econômica Federal em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

VII. Embargos infringentes a que se dá provimento, neste novo exame da questão, autorizado pelo art. 543-B, § 1º, do CPC, para estabelecer a parte do voto em que vencido o e. Desembargador Federal João Batista Moreira, que condenou a Caixa Econômica Federal ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Numeração única: 0027055-72.2002.4.01.3400

Embargos Infringentes 2002.34.00.027117-0/DF

Relator : Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – 3ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 11/06/2013, p. 406

Tributário. Processual Civil. Embargos infringentes providos: ilegitimidade ativa ad causam da câmara municipal, destituída de personalidade jurídica própria, para ajuizar ação ordinária objetivando afastar a contribuição previdenciária patronal sobre os subsídios dos exercentes de mandato eletivo.

I. Concluindo o julgamento, a 4ª Seção do TRF1 (22/05/2013), por unanimidade, acompanhando o voto-condutor (07/10/2009) do relator (Juiz Federal Renato Prates), que substituíra o Des. Federal Catão Alves (que, ulteriormente, migrou para órgão fracionário outro), deu provimento aos embargos infringentes para, fazendo prevalecer o voto vencido, confirmar a sentença que extinguiu a ação ordinária por ilegitimidade ativa *ad causam* da câmara municipal – à míngua de personalidade jurídica própria (distinta da personalidade judiciária) – para pugnar pelo afastamento da contribuição previdenciária patronal sobre os subsídios dos exercentes de mandato eletivo, atribuindo-se a mim, por força das exceções do parágrafo único do art. 196 do RITRF1, a lavratura do acórdão.

II. Embargos infringentes providos.

III. Autos recebidos em gabinete, em 29/05/2013, para lavratura do acórdão (Parágrafo único do art. 196 do RI-TRF1), liberados, em Brasília, 22 de maio de 2013, para publicação.

Numeração única: 0006874-93.2002.4.01.4000

Embargos Infringentes 2002.40.00.006877-2/PI

Relator: Desembargador Federal Catão Alves

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Tolentino Amaral – 4ª Seção

Publicação: e-DJF1 04/06/2013 p. 7

Administrativo. Ação coletiva. Servidor público. Prescrição. Termo a quo. Servidores celetistas. Regime jurídico único. Tempo de serviço. Aproveitamento para fins de licença-prêmio por assiduidade. Possibilidade. Licença-prêmio não gozada nem contada em dobro para aposentadoria. Licença-prêmio não gozada averbada em dobro mas que não

era necessário à aposentação. Conversão em pecúnia. Possibilidade. Lei 8.112/1990, art. 87. Honorários. Sentença parcialmente reformada. (8)

I. O prazo prescricional para o servidor pleitear direito relativo à licença-prêmio não gozada tem início a partir de sua aposentadoria. No entanto, somente após a suspensão da vedação legal constante no art. 7º, III, da Lei 8.162/1991 pela Resolução 35, de 03/09/1999, do Senado Federal, deve ser iniciado o lustro prescricional.

II. É assegurada a contagem de tempo anterior de serviço público federal para todos os fins, inclusive para licença-prêmio por assiduidade, aos servidores celetistas que passaram ao regime jurídico instituído pela Lei 8.112/1990. Suspensão da execução do inciso proibitivo pela Resolução 35, de 02/09/1999, do Senado Federal.

III. Precedentes: RE 221946, rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/1998, *DJ*, 26/02/1999, p. 18, EMENT. V. 1.940-04, p. 761, RE 225759, rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/1998, *DJ*, 19/03/1999, p. 21, EMENT V. 1.943-04, p. 793.

IV. É devida a conversão em pecúnia de licença-prêmio não gozada nem utilizada para fins de aposentadoria, sob pena de locupletamento ilícito da Administração.

V. Precedentes do STJ: AgRg no AREsp 7.892/RS, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 06/10/2011, *DJe*, 21/10/2011; AgRg nos EDcl no Ag 1401534/PR, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, *DJe*, 08/09/2011. Precedente deste TRF: AC 2006.38.09.000734-2/MG, rel. Juiz Federal Mark Yshida Brandão (convocado), 1ª Turma Suplementar, *e-DJF1*, p. 223, de 29/06/2011.

VI. Neste conceito – licença-prêmio não gozada nem utilizada para fins de aposentadoria – inclui-se a licença que, apesar de averbado o período em dobro, era o tempo a ela relativo desnecessário para o preenchimento dos requisitos legais para a aposentadoria. Ora, se a averbação não trouxe qualquer proveito ao servidor, não há que se considerar que houve contraprestação da Administração.

VII. Honorários advocatícios majorados para 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

VIII. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se nega provimento. Recurso adesivo parcialmente provido.

Numeração única: 0027537-49.2004.4.01.3400

Apelação Cível 2004.34.00.027604-2/DF

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão – 1ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 30/04/2013, p. 26

Previdenciário. Constitucional. Revisão de benefício. Afastamento do fator previdenciário. Impossibilidade. Preservação do valor real. Ausência de ofensa ao princípio da irredutibilidade dos benefícios previdenciários.

I. A Lei 9.876/1999 que instituiu o fator previdenciário não padece do alegado vício de inconstitucionalidade, adequando-se, pois, à premissa da necessidade de manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do RGPS.

II. A referida alteração legal na forma de cálculo da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários veio a lume após a alteração da disciplina constitucional a esse respeito, em razão do advento da EC 20/1998 que, alterando a redação dos arts. 201 e 202 da CF/1988, afastou a necessidade de observância da apuração da renda mensal inicial dos benefícios com base na média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, atribuindo ao legislador ordinário a tarefa de delinear os critérios que, mantendo o poder real dos valores dos mencionados benefícios, seriam utilizados para a aferição da aludida RMI.

III. Não há que se falar que a utilização do fator previdenciário importou violação ao princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios, uma vez que somente se pode falar em redução do valor do benefício quando este, já concedido, deixa de ser reajustado com os índices oficiais de inflação que devem ser aplicados a fim de evitar a perda real em seu poder de compra, situação esta inócurrenente na espécie.

IV. Apelação a que se nega provimento.

Apelação Cível 0014117-57.2012.4.01.3800/MG

Relator: Juiz Federal Cleberon José Rocha (convocado) – 2ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 25/04/2013, p. 361

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Exoneração de função comissionada. Efeitos retroativos. Impossibilidade. Ofensa ao princípio da segurança jurídica. Efetivação de descontos. Devolução dos valores.

I. Os servidores exerciam suas gratificações nas gerências executivas e agências da Previdência Social do INSS, e com a criação da Secretaria da Receita Previdenciária essas gratificações passaram a pertencer ao Ministério da Previdência Social. Os servidores continuaram a laborar exercendo suas respectivas funções, em face da continuidade do serviço público.

II. É ilegal a conduta levada a efeito pela Administração de proceder à exoneração de servidores das funções comissionadas que ocupavam, emprestando-se efeitos retroativos à referida exoneração, seguido da imposição de cobrança dos valores pretéritos que haviam sido percebidos em relação ao período alcançado pelo sobredito efeito retro-operante. Ofensa evidente ao princípio da segurança das relações jurídicas.

III. Não fosse só isso, é tranquila a compreensão jurisprudencial de que a percepção de boa-fé de verba paga por erro da Administração não autoriza a reposição ao Erário.

IV. Segurança concedida, determinando-se a supressão de descontos efetuados e a devolução dos valores indevidamente descontados.

Numeração única: 0008149-29.2005.4.01.3400

Apelação Cível 2005.34.00.008164-6/DF

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves – 2ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 29/05/2013, p. 197

Militar. Pensionista. Dependente com grave estado de saúde. Internamento em hospital estranho à organização militar. Despesas médico-hospitalares custeadas pela União. Constituição Federal, art. 196. Lei 6.880/1980. Fusma. Possibilidade. Sentença procedente mantida. Correção monetária. Juros moratórios.

I. A Constituição Federal em seu art. 196 dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

II. O art. 50, IV, letra e, da Lei 6.880/1980 garante ao militar e a seus dependentes “a assistência médico-hospitalar para si e seus dependentes, assim entendida como o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção, conservação ou recuperação da saúde, abrangendo serviços profissionais médicos, farmacêuticos e odontológicos, bem como o fornecimento, a aplicação e os cuidados e demais atos médicos e paramédicos necessários”.

III. O direito a assistência médico-hospitalar também foi garantido ao militar e seus dependentes pelo Decreto 92.512/1986, e, ainda, regulamentado pelas normas para Prestação de Assistência Médico-Hospitalar.

IV. A autora, pensionista militar, beneficiária do Fusma – Fundo de Saúde da Marinha, foi acometida de enfermidade neurológica grave, sendo transferida do Hospital Naval de Belém – já que este não dispunha de profissional especializado para efetuar o tratamento cirúrgico – para o Instituto do Coração, onde foi submetida a uma neurocirurgia.

V. O próprio Hospital Naval autorizou a transferência da paciente, vez que admitiu a ausência de condições técnicas para atendimento do caso, bem como consignou que todas as despesas decorrentes do atendimento correria às suas expensas. O prontuário médico não aponta melhora do quadro clínico, o que, de fato, mostrou impossível, ante o óbito da autora. O médico assistente responsável pelo acompanhamento da paciente do Incor foi claro ao contra indicar o remanejamento, informação esta ratificada na audiência de instrução.

VI. Ademais, no próprio regulamento do Plano de Saúde existia a previsão excepcional de utilização de órgão de saúde diverso da Força Armada e/ou da Saúde Pública. Assim, fazia jus à falecida o direito de ter a melhor assistência médico-hospitalar disponível, no caso, a Unidade de Terapia Intensiva do instituto do Coração – Incor, considerando a fragilidade da sua saúde que desaconselhava qualquer transferência. Precedentes.

VII. Assim, as provas materiais, corroborada pela prova testemunhal, demonstraram que as condições de saúde da requerente não permitiam o seu retorno para o Hospital Naval, ao contrário do sustentado pela apelante. Em razão

disso, todas as despesas médico-hospitalares de internação, até a data do óbito da autora, devem ser custeada pela União, conforme consignado pela sentença recorrida.

VIII. A correção monetária das parcelas devidas será feita termos da Lei 6.899, de 8 de abril de 1981, conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, compensando-se, porém, eventuais índices de atualização monetária já aplicados por ocasião do pagamento administrativo.

IX. Os juros moratórios são devidos no percentual de 1% a.m. até a edição da Lei 11.960/2009, quando então serão devidos no percentual de 0,5% a.m. conforme são aplicados nas cadernetas de poupança. Contam-se da citação, porquanto não há parcelas posteriores ao referido ato processual.

X. Apelação não provida. Remessa oficial, parcialmente provida, nos termos dos itens 8 e 9.

Numeração única: 0005414-85.1999.4.01.3900

Apelação/Reexame Necessário 1999.39.00.005437-6/PA

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado) – 2ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 05/06/2013, p. 101

Processual Civil. Agravo de instrumento. Improbidade administrativa. Prescrição. Inocorrência. Recebimento da petição inicial.

I. A ação de improbidade pode ser proposta até cinco anos do término do exercício do mandato do chefe do Poder Executivo. Havendo reeleição, o prazo prescricional começará a fluir a partir do término do segundo mandato.

II. Preconiza o art. 17, § 8º, da Lei 8.429/1992, com a redação dada pela MP 2.225-45/2001, que o magistrado proferirá juízo de admissibilidade negativo da inicial nos casos de improcedência da ação, inexistência do ato de improbidade administrativa ou inadequação da via eleita, o que não corresponde à hipótese dos autos.

III. Havendo fundados indícios da prática de atos de improbidade administrativa, deve o magistrado receber a petição inicial, para que sejam apurados os fatos narrados pelo autor.

IV. Agravo de instrumento desprovido.

Agravo de Instrumento 0064057-42.2012.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 26/04/2013, p. 844

Penal. Processo Penal. Recurso em sentido estrito. Emissão de recibo odontológico falso. Crime contra a ordem tributária. Art. 1º, inciso IV, da Lei 8.137/1990. Sonegação fiscal.

I. A elaboração, distribuição, fornecimento, emissão ou utilização de recibo falso com ânimo de obter abatimento em declaração de Imposto de Renda configura o delito tipificado no art. 1º, IV da Lei 8.137/1990, que é norma especial em relação ao art. 299 do CP, tendo em vista que embora os dois dispositivos tipifiquem conduta semelhante, o primeiro se refere exclusivamente aos crimes cometidos contra a ordem tributária e, portanto, nessas hipóteses, prevalece sobre o segundo, que é norma geral prevista pelo Código Penal. Precedentes da Turma.

II. Nos delitos tributários é imprescindível que a peça acusatória demonstre quais créditos devidos pelos contribuintes foram definitivamente constituídos no âmbito administrativo, bem como aponte a ocorrência de eventuais causas de extinção ou suspensão de sua exigibilidade. À mingua de tais informações, a denúncia é inepta, pois não atende ao comando do art. 41 do CPP que prevê a descrição do fato criminoso em todas as suas circunstâncias.

III. Recurso não provido.

Numeração única: 0031811-39.2012.4.01.3800

Recurso em Sentido Estrito 0031811-39.2012.4.01.3800/MG

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 03/05/2013, p. 268

Administrativo. Processo Civil. Improbidade administrativa. Compatibilidade. Ex-prefeito municipal. Inaplicabilidade do entendimento adotado no julgamento da Reclamação 2.138-6/DF Não comprovação da boa e regular aplicação de recursos públicos repassados mediante convênio. Violação aos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/1992. Não demonstração de boa-fé. Sentença mantida. Apelação desprovida.

I. O *decisum* proferido pelo egrégio Supremo Tribunal Federal nos autos da Reclamação 2.318/DF – Distrito Federal não apresenta eficácia vinculante *erga omnes*, tendo os seus efeitos limitados às partes nela interessadas. Precedente do egrégio Supremo Tribunal Federal.

II. *Os prefeitos podem ser processados por seus atos pela Lei 8.429/1992, eis que não se enquadram entre as autoridades submetidas à Lei 1.079/1950. O precedente do Supremo Tribunal Federal - Rcl 2.138/RJ – reforça a tese sobre o cabimento da ação de improbidade em face de agente político de qualquer esfera dos Poderes da União, Estados e Municípios, ressaltando-se apenas as hipóteses em que houver demanda ajuizada contra ministros de Estado. Assim, os autos devem retornar ao Tribunal a quo para que seja processada a ação civil de improbidade administrativa (REsp 1148996/RS, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 1º/06/2010, DJe 11/06/2010).*

III. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão aos cofres públicos a não execução total do objeto conveniado, mas com o pagamento de todo o valor pactuado a partir de declaração falsa emitida pela empresa contratada e certificação igualmente inverídica dada pelos integrantes da comissão de fiscalização, pelo então prefeito e tesoureiro, estando o elemento subjetivo demonstrado.

IV. A má-fé está evidente, pois valores foram sacados na boca do caixa, com a apropriação de parte da quantia liberada pela Funasa; houve certificação falsa de entrega e de conclusão da obra e ainda não prestação das contas adequadamente, com o propósito de encobrir a atitude ilícita.

V. No caso específico do art. 10 da Lei nº 8.429/1992, o dano ao Erário admite, para a sua consumação, tanto o dolo quanto a culpa. (AgRg no REsp 1125634/MA, Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 02/02/2011).

VI. Sentença mantida. Apelações desprovidas.

Numeração única: 0001848-46.2004.4.01.4000

Apelação Cível 2004.40.00.001847-7/PI

Relatora: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada) – 4ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 03/05/2013, p. 271

Processual Civil. Administrativo. Ação de improbidade administrativa. Empréstimo de armas da Polícia Federal para uso em estabelecimento particular. Art. 11, inciso I, da Lei 8.429/1992. Prática de ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência. Prescrição. Preclusão. Inocorrência da prescrição. Arts. 72 e 364 da Lei 4.878/1965 regulamentada pelo Decreto 59.310/1966: Prescrição quinquenal. Preliminar rejeitada. Questões de mérito bem analisadas na sentença. Necessidade de zelo com a coisa pública. Sanções bem aplicadas. Inciso III do art. 12 da Lei 8.429/1992. Impossibilidade de majoração. Proporcionalidade.

I. Primeiro, com respeito à alegação de prescrição, levantada pelo apelante Vicente Chelotti, há preclusão. Como bem afirmou o juiz ao enfrentar o tema na sentença, a prescrição foi afastada na decisão que recebeu a inicial. Somente Sônia Guimarães Gomes recorreu da decisão e, embora não tenha levantado a questão, a decisão foi mantida por este Tribunal quando do julgamento do Agravo de Instrumento 2008.01.00.008300-0.

II. O art. 364 da Lei 4.878/1965 estabelece as transgressões disciplinares, dentre elas, receber proveitos pessoais de qualquer espécie. O art. 385 do Decreto 59.310/1966 determina que será aplicada a pena de demissão e prevê a prescrição em cinco anos (art. 390).

III. Preliminar de prescrição rejeitada. A apreensão das armas ocorreu em 16/08/2002 e a ação de improbidade foi ajuizada em 18/12/2006.

IV. Restou demonstrado, na hipótese, o dolo dos requeridos. Ainda que as armas emprestadas não estivessem perfeitas, uma empresa de segurança privada não realiza reparos em armas. O empréstimo feito é flagrantemente ilegal.

V. As multas aplicadas pelo juiz mostram-se desproporcionais à gravidade dos fatos. Foram apenas cinco as armas ilegalmente emprestadas. O principal idealizador das práticas ilegais deverá pagar multa de uma vez o valor de sua remuneração, o segundo requerido, deverá pagar multa correspondente à metade da remuneração, assim como a terceira requerida.

VI. As outras sanções foram bem aplicadas. Incabível a majoração das sanções como requer o Ministério Público.

VII. Apelações dos requeridos parcialmente providas. Apelação do Ministério Público desprovida.

Numeração única: 0037115-65.2006.4.01.3400

Apelação Cível 2006.34.00.038131-8/DF

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz – 4ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 15/05/2013, p. 287

Administrativo. Processual Civil. Agravo de instrumento. Desapropriação. Acordo. Cobrança de honorários. Interesses de herdeiros defendidos por advogados diferentes. Impossibilidade de levantamento de 5% por advogados que defendem apenas alguns herdeiros. Provimento do agravo.

I. Merece censura a decisão agravada que autorizou o levantamento de 5% dos honorários, incidindo sobre o total a ser recebido por todos os herdeiros, se os advogados requerentes não representam os agravantes.

II. Agravo provido.

Agravo de Instrumento 0069429-69.2012.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz – 4ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 03/06/2013, p. 32

Constitucional e Administrativo. Mineração em terra indígena. Requerimento de pesquisa e lavra na área da tribo Cinta Larga e seu entorno. Ingresso na lide de cooperativa de povos indígenas como terceira interessada indeferido. Agravo retido com mesmo objeto do recurso de apelação não conhecido. Conjunto probatório dos autos demonstrando que as pesquisas e lavras no interno da TI Cinta Larga tem servido para incremento da criminalidade na área.

I. Não é facultado a terceiro ingressar na lide com propósito de inovar a demanda com pedido não deduzido pelo autor na petição inicial.

II. O agravo retido interposto contra a decisão que indeferiu a antecipação da tutela na parte que excluiu o entorno da terra indígena da proibição de concessão e cancelamento de títulos de lavra e pesquisa mineraria é *bis in idem* ao objeto do recurso de apelação, razão pela qual não se conhece o agravo.

III. As terras indígenas constituem área de proteção ambiental e tem como finalidade proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar o uso de recursos naturais (art. 15 da Lei 9.985/2000).

IV. O art. 42 do Código de Mineração dispõe que a autorização de lavra será recusada se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial.

V. Examinando o conjunto probatório dos autos a r. sentença reconheceu que “as supostas pesquisas e lavras incidentes nas áreas próximas das terras indígenas extraídos da reserva, incrementando a criminalidade na região”.

VI. A solução de apenas determinar a intervenção da Funai nos requerimentos de lavra e pesquisa mineral sobre o entorno de terras indígenas não garante à comunidade Cinta Larga a proteção para afastar a criminalidade que a cerca.

VII. Segundo apuração da Polícia Federal em Rondônia, relatado em parecer da douta PRR “a vida dos contrabandistas tem sido facilitada ainda pela concessão de licenças de pesquisas minerais próximas às áreas indígenas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral, órgão do Ministério das Minas e Energia” e que “a presença de mineradoras nas áreas circunvizinhas às terras indígenas fomenta o contrabando e o crime organizado que atua contrariamente aos interesses indígenas.

VIII. A r. sentença recorrida na apuração de acervo probatório reportou-se ao relatório da Polícia Federal na chamada Operação Roosevelt, em 21/05/2005, que assinala os conflitos gerados no entorno da TI Cinta Larga

entre garimpeiros, minerados e indígenas: Na mesma esteira, à fl. 152, consta Relatório da Operação Roosevelt, produzido pelo Delegado Mauro Sposito, em 11/05/2005, onde destaca a atuação das multinacionais na região, abastecida em grande parte pela concretização da *expectativa* gerada pela dúbia posição do DNPM: “é em Rondônia que se fazem presentes as empresas multinacionais que dominam o mercado mundial de diamantes, as quais, aproveitando-se de lacunas legais, agem por intermédio de empresas brasileiras que abrigam em seus respectivos contratos sociais a real identidade de seus proprietários. Diante da perspectiva de liberação da área para a lavra de diamantes, as empresas mineradoras multinacionais promovem ações para demonstrar que a exploração por parte de garimpeiros e suas cooperativas é predatória e ineficaz, utilizando para tanto ações de desinformação por meio da imprensa, bem como fomentando conflitos, no interesse de manterem a situação sob domínio e com isto regular o preço do diamante a nível mundial [...] a potencialidade criminal da situação expressa pode ser avaliada por estudos realizados pelas próprias empresas multinacionais, que afirmam ser a produção do garimpo Roosevelt em torno de US\$20.000.000,00 (vinte milhões de dólares) mensais, sendo que deste montante, nos últimos quatro anos, não há registro de comercialização lícita dos diamantes extraídos nas terras ocupadas pelos silvícolas Cinta Larga”. Assim, uma maior proteção do entorno das terras indígenas, com imposição de firmes restrições e fiscalizações, tendem a minimizar os focos de tensão na região do povo Cinta Larga, reduzindo a criminalidade e os conflitos entre mineradores, garimpeiros e indígenas, eis que, além de se extinguir a expectativa das mineradoras em legalizar o extrativismo mineral nessas áreas, os grandes explorados passariam a ter dificuldades em simular pesquisa e lavra nas proximidades para *lavar* diamante extraído do interior da unidade de conservação.

IX. Inexistem direitos absolutos no ordenamento jurídico brasileiro. Constatada a incompatibilidade da atividade minerária e a ordem pública no entorno da TI Cinta Larga, resta superada a utilidade do aproveitamento mineral na área *sub judice*.

X. O interesse na proteção do meio ambiente, as condições de vida da população indígena local e a neutralização da criminalidade faz emergir os motivos para a revogação da lavra.

XI. Apelação do Ministério Público Federal provida.

XII. Recurso de apelação do DNPM prejudicado.

Numeração única: 0003392-26.2005.4.01.4100

Apelação Cível 2005.41.00.003417-2/RO

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 30/04/2013, p. 341

Civil. Responsabilidade civil. Universidade Federal da Bahia. Vínculo estatutário. Danos morais decorrentes de doença profissional (LER/Dort – lesão por esforço repetitivo) adquirida em razão das condições de trabalho oferecidas à servidora. Aposentadoria com proventos integrais por doença ocupacional. Existência de nexo de causalidade entre a pretensa falha no serviço e o prejuízo experimentado. Danos materiais não comprovados. Danos morais indenizáveis.

I. Omissão da Administração consistente na ausência de oferta de condições adequadas de trabalho a servidora pública federal da Universidade Federal da Bahia, o que, ao longo de vários anos conduziu ao desenvolvimento de doença profissional, acarretando deficiências de movimento de seus membros superiores (LER – lesões por esforço repetitivo) e incapacidade total para o trabalho, com concessão de aposentadoria por invalidez com proventos integrais em razão de doença ocupacional.

II. A relação de causalidade entre a doença profissional e as atividades laborais executadas pela autora, está admitida no relatório médico e no ato de aposentadoria por invalidez permanente com proventos integrais decorrentes de doença ocupacional, sendo insuficiente a existência do nexo de causalidade para o deferimento de danos materiais, que demanda a existência dos danos efetivos que estão a demandar recomposição, o que a autora não demonstrou, sequer em princípio de prova, o que inviabiliza o acolhimento da pretensão.

III. Restando comprovado o nexo de causalidade entre a doença profissional e as atividades laborais executadas pela autora, que é obrigada a aposentar-se de forma precoce, em plena idade produtiva, afigura-se correta a sentença que reconhece o rebaixamento na auto estima e abalo emocional sofridos que justificam o acolhimento do pedido de indenização por danos morais.

IV. Por não se demonstrar excessiva ou desproporcional em relação à situação observada e a necessidade de reprimenda ínsita à estipulação da indenização, fica mantida a reparação no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) fixados na sentença.

V. Remessa oficial parcialmente provida para determinar que os juros de mora incidentes sobre a condenação devem observar o disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/1997.

VI. Apelações da autora e da ré improvidas.

Numeração única: 0021785-13.2001.4.01.3300

Apelação/Reexame Necessário 2001.33.00.021785-9/BA

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 10/05/2013, p. 706

Administrativo. Mandado de segurança. Renovação de autorização para funcionamento de empresa de táxi aéreo. Comprovação de regularidade junto ao INSS, FGTS e Fazenda Nacional. Exigência ilegal. Meio abusivo de cobrança de débitos pela Administração.

I. Na espécie dos autos, busca a impetrante, ora recorrida, renovar sua autorização para prestação de serviço público de transporte aéreo não regular, na modalidade táxi aéreo, independentemente da apresentação de certidões negativas de débito perante o INSS, FGTS e Fazenda Nacional.

II. A Lei 7.565/1986, ao dispor sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, estabelece, em seu art. 217, ser necessária autorização de funcionamento do Poder Executivo para a prestação de tal serviço, elencando, em seu art. 218, os seguintes requisitos para a sua obtenção: “além da nacionalidade brasileira, a pessoa interessada em obter a autorização de funcionamento, deverá indicar os aeródromos e instalações auxiliares que pretende utilizar, comprovando: I - sua capacidade econômica e financeira; II - a viabilidade econômica do serviço que pretende explorar; III - que dispõe de aeronaves adequadas, pessoal técnico habilitado e estruturas técnicas de manutenção, próprias ou contratadas; IV - que fez os seguros obrigatórios”.

III. Regulamentando a autorização em comento, o Poder Executivo federal, através do Ministério da Defesa, expediu a Portaria 190/GC-5/2001, que “aprova as Instruções Reguladoras para autorização e funcionamento de empresas de táxi aéreo”, a qual, adotada pela Agência Nacional de Aviação Civil – Anac, determina, em seu art. 45, que “A empresa autorizada a funcionar deverá manter-se regular junto ao INSS, ao FGTS e com a Fazenda Nacional, podendo o DAC exigir as correspondentes comprovações”.

IV. Tendo presente que a autorização em referência consubstancia ato administrativo unilateral e precário, percebe-se que não há licitação ou contratação alguma com o Poder Público para seu deferimento inicial ou sua renovação, não se aplicando as Leis 8.666/1993 e 8.987/1995 ao caso, na medida em que não se trata de concessão ou permissão de serviço público.

V. Nem mesmo as Leis 8.212/1991 e 8.036/1990, que dispõem, respectivamente, sobre a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, incidem na hipótese, vez que não trazem qualquer previsão que contemple a exigência de certidão negativa para a autorização sob enfoque.

VI. Não se pode perder de perspectiva que o legítimo exercício do poder regulamentar somente se dá *secundum legem*, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser.

VII. Assim, verifica-se que a condição de regularidade junto ao INSS, FGTS e Fazenda Nacional, aludida pelo art. 45 da Portaria 190/GC-5/2001 e adotada pela Anac para a renovação da autorização para operar, requestada pela empresa de táxi aéreo no caso, exorbita de seu poder regulamentar, criando obrigação que não guarda pertinência nem com a lei que a fundamenta (arts. 217 e 218 da Lei 7.565/1986), nem com qualquer outro diploma legal constante do ordenamento jurídico pátrio. A inadimplência para com o Erário deve ser elidida por outras formas, sob pena de se prestigiar meio abusivo de cobrança de débitos pela Administração. Precedentes deste Tribunal.

VIII. Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada.

Numeração única: 0021163-12.2007.4.01.3400

Apelação Cível no Mandado de Segurança 2007.34.00.021268-1/DF

Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado) – 5ª Turma
Publicação: e-DJF1 de 15/05/2013, p. 307

Responsabilidade civil do Estado. Antigos servidores da Sucam. Combate a endemias. Manipulação de DDT. Ausência de treinamento e de equipamentos de proteção individual. Laudo pericial. Confirmação de patologias. Divergência do laudo do assistente técnico. Prevalência do laudo do perito judicial. Presunção de imparcialidade e coerência com o histórico do DDT. Pânico criado em torno das consequências da utilização do DDT. Angústia e apreensão. Dano moral. Indenização.

I. Não há demonstração de prejuízo real com o deferimento de prazo de apenas 5 (cinco) dias para que “as partes ofertassem memoriais e se manifestassem sobre o laudo pericial, a um só tempo e sem vista dos autos”. Negado provimento, por isso, ao agravo retido.

II. Os autores alegaram na inicial problemas atuais de saúde e apreensão decorrentes da manipulação do DDT em suas atividades, sem treinamento e sem especiais cuidados. Se provam ou não os alegados danos, é questão de mérito que não interfere no prazo prescricional. Além disso, é presumível uma certa angústia decorrente do pânico criado em torno da possibilidade de contaminação/intoxicação e dos efeitos do DDT no organismo. Se essa angústia é de nível tal que justifique indenização por dano moral, também é questão de mérito propriamente dito. Logo, não procede a alegação de prescrição da pretensão indenizatória.

III. Na sentença, foi julgado parcialmente procedente o pedido “para condenar a FNS a indenizar cada um dos autores por danos morais, pagando-lhes o montante correspondente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por ano em que mantiveram contato com o DDT em suas atividades laborais, totalizando em relação a José Aldenir Silva Rodrigues a quantia de R\$ 80.000,00, devida aos seus herdeiros habilitados nos autos, a Carlos Alexandre Borges a importância de R\$ 20.000,00, a Nestor de Sousa Oliveira o importe de R\$ 90.000,00, a Divino de Sousa Espíndola a quantia de R\$ 110.000,00, a Pedro Luiz Gomes o montante de R\$ 40.000,00, a João Wanderley Silva Oliveira o importe de R\$ 30.000,00, a Neusa Maria Domont de Castro, a importância de R\$ 120.000,00, e finalmente, a João Ribeiro Neto o montante de R\$ 20.000,00, valores estes que deverão ser corrigidos monetariamente a partir da sentença, até a data do efetivo pagamento, conforme fixado na Lei 11.960/2009 que veio alterando a Lei 9.494/1997”. Indeferiu-se o pedido de aposentadoria por invalidez dos autores. A FNS foi ainda condenada “à obrigação de custear o tratamento médico dos servidores ora autores, deferindo, para esse fim, a tutela específica de urgência na forma do art. 461, § 3º, do CPC, à exceção de João Ribeiro Neto”. Honorários de advogado de “5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, já considerando a sucumbência recíproca”.

IV. Os peritos do juízo apresentaram resumo dos “agravos detectados nos autores: alterações neurológicas, como clônus e outros movimentos involuntários e anormais; hipertensão arterial sistêmica; alterações na função renal que não tem relação com outras doenças crônicas como o diabetes. E pode ser consequente a glomerulopatia causada por pesticidas; dislipidemia, por distúrbio do metabolismo das lipoproteínas, que pode ser causada por intoxicação por DDT; sintomas de processos alérgicos como rinite/conjuntivite, que podem ser atribuídos ao contato com o DDT (rinite e conjuntivite tóxica); aumento das transaminases hepáticas, sem relação com hepatites virais, uso prolongado de medicamentos ou malária, no período em que foi diagnosticada a elevação das funções hepáticas; elevação do ac. úrico, que pode ter sido induzida pelo contato, ainda que pregresso, pelo DDT; radiculopatia, que merece melhor investigação com exames de imagem, para esclarecimento das causas; sensação de engasgo – pode ser consequente a tumores ou outra alteração na mucosa da laringe e/ou esôfago – distúrbio do sono (insônia) e alterações do humor e neuropatias sensorial e motora; discrasias sanguíneas como plaquetopenia; e outros sintomas gerais como: tonturas, cefaleia, fadiga e mialgias, insônia; alterações psiquiátricas de humor e de memória”.

V. À pergunta sobre “quais as causas possíveis dessas doenças?” responderam os mesmos peritos: “A anamnese e o exame clínico, que são soberanos ao diagnóstico, fundamentados com exames complementares, sinalizam para um agente causal, comum a todos esses estados mórbidos: contaminação pregressa e consequente intoxicação crônica pelo DDT e seus metabólitos, e/ou por mercúrio”.

VI. Da manifestação do assistente técnico da Funasa consta, após objeção específica de cada item, que não há evidência objetiva para apoiar a suposição (ou presunção) de que o quadro clínico atual dos pacientes possa estar relacionado (relação causal) com exposição ocupacional passada ou presente a pesticidas.

VII. A divergência de opiniões técnicas e a dúvidas devem ser resolvidas em favor do laudo apresentado pelo perito do juízo, seja por sua presumida imparcialidade, seja pelo fato de ser mais coerente com o tratamento dado à questão do DDT, em âmbito internacional.

VIII. Não fora isso, seria inegável, no mínimo, a angústia sofrida pelos autores em razão do pânico produzido em torno do DDT, substância com a qual lidaram, sem proteção, durante anos, com reflexo em suas relações sociais, a começar pelas relações familiares.

IX. Firma-se nesta Turma a orientação de que a indenização deve ser fixada em R\$ 3.000,00 (três mil reais) para cada ano de atividade da pessoa em contato com DDT e/ou mercúrio.

X. Parcial provimento à apelação para fixar nesse montante o valor da indenização.

XI. "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento" (Súmula 362-STJ).

XII. Os autores não oferecem elementos de convicção e é impossível estabelecer marco a partir do qual cada um foi tomado pela situação que serve de base à indenização que lhe resulta deferida. Por isso, aplicando a Súmula 163-STF, é fixada a data da citação inicial para a ação como marco para a incidência dos juros de mora.

Numeração única: 0006282-58.2002.4.01.3900

Apelação/Reexame Necessário 2002.39.00.006289-6/PA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 05/06/2013, p. 256

Direito Processual Civil. Produção antecipada de provas. Perícia em embarcação. Ação preparatória de ação principal de indenização. Discussão contratual entre empresas privadas. Investigação criminal sobre suposto desvio de recursos do fundo da Marinha Mercante para a construção da embarcação. Questão totalmente independente do objeto da cautelar. Manifestação do BNDES (administrador daqueles recursos) nesse sentido. Deslocamento para a Justiça Federal. Impossibilidade.

I. No acórdão embargado, o agravo de instrumento não foi conhecido ao fundamento de intempestividade.

II. Considerando-se, entretanto, o cômputo, em dobro, do prazo para recorrer quando for parte o Ministério Público, é tempestivo o agravo.

III. O Ministério Público Federal, pelo que consta, investiga "indícios de fraudes e de corrupção envolvendo operações do Fundo da Marinha Mercante, nas quais atuou a ETN – Empresa Técnica Nacional S/A como estaleiro construtor" e, "dentre os contratos investigados, consta o referente à construção da embarcação cujos vícios de construção são objeto da presente ação cautelar de produção antecipada de provas".

IV. O resultado da ação cautelar em nada altera a pretensão do Ministério Público, que poderá juntar o laudo aos autos de investigação ou realizar perícia própria nesses autos ou na superveniente ação penal.

V. Não há, pois, necessidade de que a produção antecipada de provas, de interesse de duas empresas privadas, seja realizada na Justiça Federal.

VI. O próprio BNDES manifestou-se no sentido de que não tem interesse na causa.

VII. Diferentemente do que disse o Ministério Público Federal, a ação cautelar não envolve "prestação de contas do financiamento", mas, tão somente, alegado descumprimento de contrato de compra e venda do barco. O objetivo visado na dita ação principal é ressarcimento por perdas e danos emergentes e lucros cessantes.

VIII. Embargos de declaração acolhidos para afastar a intempestividade do agravo.

IX. Negado provimento ao agravo de instrumento.

Numeração única: 0034490-15.2002.4.01.0000

Agravo de Instrumento 2002.01.00.041043-4/PA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 05/06/2013, p. 256

Constitucional e Administrativo. Ação ordinária. Direito de lavra. Parcial restrição em razão de leis municipais que reconheceram parte da área como sendo de proteção ambiental. Abandono pela concessionária. Caducidade. Sentença mantida.

I. Nos termos do inciso VI do art. 23 da CF, é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, de modo que válidas leis municipais que, ao criarem área de proteção ambiental, limitam, em parte, o exercício do direito de lavra concedido à autora anteriormente à sua edição.

II. Sentença proferida pela Justiça Estadual que limita, apenas em relação a *parte* da área objeto de direito de lavra, o exercício de qualquer atividade de mineração no solo e subsolo, em atenção à lei municipal que a classifica como área de proteção ambiental, não permite o abandono da área *restante* objeto da concessão, sob pena de caducidade do ato de concessão, situação caracterizada nos autos.

III. A paralisação abrupta da atividade de mineração requer a adoção de providências tendentes a garantir a preservação do meio ambiente, sob pena de caracterização da situação de abandono e de consequente caducidade do direito de lavra.

IV. O reconhecimento da validade das leis municipais que definiram parte de área objeto de concessão como sendo de proteção ambiental, bem como do ato administrativo que concluiu pela caducidade do direito de lavra, em razão de caracterizado abandono, prejudica o pedido de reparação dos prejuízos que a apelante diz ter sofrido em razão de suposta ilegalidade de tais atos.

V. Não é devido o recolhimento de porte de remessa e de retorno dos autos nas hipóteses em que sediadas em Brasília tanto esta Corte quanto a Seção Judiciária do Distrito Federal, devendo ser pleiteada a respectiva devolução, pela via própria.

VI. Apelação da autora a que se nega provimento.

Numeração única: 0012427-78.2002.4.01.3400

Apelação Cível 2002.34.00.012452-4/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 26/04/2013, p. 905

Processual Civil. Ação popular. Controle prévio de constitucionalidade de projeto de lei e proposta de emenda à Constituição. Inadequação da via eleita. Carência de ação. Extinção do processo sem resolução de mérito.

I. Manifesta a carência do direito de ação à falta de suporte legal para anulação, por meio de ação popular, de projeto de lei e proposta de emenda constitucional, correta a extinção do processo sem resolução de mérito.

II. “O STJ vem firmando o entendimento de que é possível a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* de lei ou ato normativo federal ou local em sede de ação coletiva. Todavia, *in casu*, a dita imoralidade perpetrada pelo recorrente equivale à inconstitucionalidade da Lei municipal 691/1984, sendo certo que a ação popular é via imprópria para o controle da constitucionalidade de leis.” (REsp 2010/0095263-9/RJ, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe-19/08/2010)

III. Sentença mantida.

IV. Remessa oficial desprovida.

Numeração única: 0006274-53.2007.4.01.3400

Reexame Necessário 2007.34.00.006327-5/DF

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 26/04/2013, p. 927

Responsabilidade civil subjetiva. Remessa oficial tida por interposta. Óbito da vítima decorrente de explosão de artefato bélico de uso exclusivo das Forças Armadas brasileira. Conduta omissiva do Estado. Dano moral dos familiares configurado. Quantum indenizatório. Juros de mora.

I. Remessa oficial tida por interposta, porquanto o valor da condenação e seus consectários exauridos na sentença proferida excluem a espécie das exceções referidas nos §§ 2º e 3º do art. 475 do Código de Processo Civil.

II. Para consubstanciar responsabilidade civil faz-se necessário identificar a conduta do agente e o resultado danoso, bem como o nexo causal, consistente num componente referencial entre a conduta e o resultado.

III. Assim, muito “embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.” (REsp 602102/RS).

IV. Caso em que se discute a conduta omissiva do Estado no tocante aos cuidados com a guarda de material bélico de uso exclusivo das Forças Armadas a ensejar hipótese de responsabilidade subjetiva, devendo ser discutida a culpa estatal. Isso porque, no exame da responsabilidade subjetiva por omissão da Administração Pública, é imprescindível comprovar a inércia ou o mau funcionamento na prestação do serviço, além de demonstrar o nexo de causalidade entre a ação estatal (comissiva ou omissiva) e o dano.

V. Na espécie, o filho e irmão dos autores foi vítima de explosão de artefato bélico de uso exclusivo das Forças Militares brasileiras (munição calibre 30mm utilizada em aeronaves Mirage III), causando lesões que o levaram à morte, hipótese a ensejar, aos familiares, indenização por dano moral diante da incerteza da unidade militar no recolhimento e destruição do material bélico e da negligência da Administração Pública ao permitir que o artefato chegasse ao domínio da vítima durante incursão em empresa de reciclagem de ferro velho. Nessa hipótese, não há de se falar em caso fortuito, força maior e, tampouco, culpa exclusiva ou concorrente da vítima. Isso porque, inexistem nos autos comprovação de que a munição militar tenha sido furtada ou desviada, posto ser incontroverso que foi encontrada no ambiente de reciclagem de material usado. Ademais, não se poder exigir do cidadão humilde que labutava no ambiente de reciclagem de ferros velhos com a pretensão de extrair e vender metal a fim de “comprar carne para comemorar seu aniversário” (fl. 31), conhecimento a respeito dos perigos e do potencial bélico do utensílio militar.

VI. Responsabilidade da União configurada, posto que presentes os requisitos essenciais: dano, nexo de causalidade e a conduta omissiva da Administração Pública. Noutras palavras, o dano encontra-se presente com o falecimento da vítima, o nexo de causalidade, ou causa do acidente, deu-se com a explosão do artefato bélico de uso exclusivo das Forças Armadas brasileiras causando a morte da vítima e, finalmente, a conduta omissiva da União diante da negligência em zelar pelo material bélico sob sua custódia. Essas hipóteses demonstram a responsabilidade da União e, por conseguinte, sua legitimidade para figurar no polo passivo da relação processual.

VII. Indenização no importe de R\$ 50.000,00 para a genitora do *de cujus* e R\$ 5.000,00 para cada um de seus três irmãos, conforme fixado na sentença recorrida, tendo presente que o montante mostra-se suficientemente capaz de valorar a dor moral. Até porque, no dano moral por morte, a dor dos parentes mais próximos é presumida, cabendo a parte adversa fazer prova em sentido contrário. Ademais, “A indenização por dano moral não é um preço pelo padecimento da vítima ou de seu familiar, mas, sim, uma compensação parcial pela dor injusta que lhe foi provocada, mecanismo que visa a minorar seu sofrimento, diante do drama psicológico da perda a qual foi submetida” (REsp 963.353/PR).

VIII. Juros moratórios de acordo com a remuneração básica de juros aplicados à caderneta de poupança, consoante regra do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação dada pela Lei 11.960/2009, considerando que a sentença determinou a incidência a partir da citação ocorrida em 11 de maio de 2010 e diante da inexistência de impugnação, neste ponto, inviável promover adaptações sob pena de violação ao princípio *reformatio in pejus*.

IX. Apelação da União a que se nega provimento e remessa oficial, tida por interposta, parcialmente provida apenas para determinar que no cálculo dos juros de mora observe-se a regra do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação dada pela Lei 11.960/2009.

Numeração única: 0007161-23.2010.4.01.3500

Apelação Cível 2010.35.00.002448-5/GO

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – 6ª Turma
Publicação: e-DJF1 de 16/05/2013, p. 12

Administrativo e Processual Civil. Ação ordinária. Ressarcimento. Despesas médicas. Período não abrangido por plano de saúde. Ausência de adesão. Servidor público beneficiado não notificado. Art. 333, II, do CPC. Honorários advocatícios. Redução.

I. Nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

II. Incumbe à União a comprovação da alegação de que o autor, servidor público aposentado, foi notificado acerca da modificação da operadora do plano de saúde e do prazo indicado para a manifestação da respectiva adesão. Não se desincumbindo de tal ônus, se limitando a afirmar não possuir sequer cópia da correspondência que diz ter enviado ao servidor aposentado, não há como afastar a condenação ao ressarcimento das despesas médicas efetuadas pelo pretense beneficiário no período em que, sem saber, estava sem cobertura médica.

III. Os honorários advocatícios, nas causas em que houver condenação da Fazenda Pública, devem ser fixados segundo a regra do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, observados os parâmetros de seu § 3º. Reforma da sentença apelada, a fim de que a verba honorária seja modificada de 10% sobre o valor da condenação (R\$ 5.800,00, sobre o qual deve incidir correção monetária e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação) para R\$ 500,00 (quinhentos reais).

IV. A teor do § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil, não é cabível o reexame necessário quando a condenação for de valor certo não excedente a 60 salários-mínimos, razão pela qual não conheço da remessa oficial. Indevido, por consequência, o exame da matéria relativa aos critérios de correção monetária e de juros de mora fixados na sentença, à míngua de recurso da União neste ponto.

V. Remessa oficial de que não se conhece e recurso de apelação interposto pela União ao qual se dá parcial provimento (item III).

Numeração única: 0023980-97.2003.4.01.3300

Apelação/Reexame Necessário 2003.33.00.023964-1/BA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – 6ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 11/06/2013, p. 502

Tributário. Embargos à execução fiscal. Contribuições previdenciárias. Contribuição patronal. Imunidade. Entidade de utilidade pública. Art. 195, § 7º, da Constituição Federal de 1988. Preenchimento dos requisitos legais. Art. 55 da Lei 8.212/1991. Lei 12.101/2009. Contribuição descontada dos empregados e contribuições a terceiros não abrangidas pela imunidade. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

I. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 150, VI, c, concedeu imunidade tributária sobre patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive das fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, desde que cumpridos os requisitos contidos na legislação ordinária pertinente, a começar pelos arts. 9º e 14 do CTN. Precedentes.

II. “[...] O benefício fiscal erigido em favor das entidades filantrópicas tem contornos de isenção e não de imunidade quanto às condições legais para seu gozo, pois o legislador constitucional ressaltou expressamente o atendimento “às exigências estabelecidas em lei” (CF, art. 195, § 7º), sendo válidas, portanto, as disposições insertas no art. 55 da Lei 8.212/1991. Descabe exigir-se a edição de lei complementar para tanto.” (AC 2008.01.99.063557-5/MG, rel. Des. Federal Leomar Amorim, Juiz Federal Cleberon José Rocha (convocado), Oitava Turma, e-DJF1, p. 386, de 18/02/2011).

III. “A imunidade (constitucional) das instituições de educação e de assistência social (além de outras) é restrita a impostos; a isenção de contribuições para a seguridade social, para instituições de assistência social, é condicionada à satisfação de requisitos exigidos por lei.” (AG 0056374-85.2011.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Tolentino Amaral; data da decisão: 06/03/2010; publicação/ fonte: e-DJF1, p. 772 de 16/03/2010).

IV. A mora da Administração na análise do requerimento de renovação do CEAS – se a entidade atende ou não os requisitos para fruição do gozo da imunidade – não pode prejudicar a requerente, garantindo, todavia, à autoridade fiscal, no futuro, a possibilidade de cobrança dos tributos, caso não seja renovado o CEAS pelo CNAS. Precedente desta Corte: (REOMS 2008.38.00.021482-4/MG, rel. Des. Federal Leomar Amorim, Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado), Oitava Turma, e-DJF1, p. 481 de 07/08/2009).

V. Da análise da documentação carreada aos autos, verifica-se que a autora preenche os requisitos para gozar da isenção pretendida na medida em que, além de cumprir os requisitos exigidos por lei, enquadra-se nos critérios de definição de entidade beneficente de assistência social estabelecidos pelo Conselho Nacional de Assistência Social (Lei 8.742/1993).

VI. Débitos pelo não pagamento de contribuições previdenciárias referentes a valores descontados dos empregados e de terceiros (salário-educação, Sesc, Senai, Sesi, etc). Aplicabilidade da redação original da Lei 8.212/1991 (art. 55).

VII. Depreende-se do art. 195, § 7º, da Constituição Federal, e da Lei 8.212/1991, que a imunidade abrange as contribuições a cargo da empregadora (entidade de utilidade pública) que revertem para Seguridade Social. O art. 55 da Lei 8.212/1991, prevê a imunidade quanto às contribuições pagas pela empresa, previstas nos arts. 22 e 23. Já a contribuição prevista no art. 20, por exemplo, não pode ser objeto dessa imunidade, posto que quem realmente paga é o trabalhador, sendo, o empregador, responsável por descontá-la e repassá-la ao INSS.

VIII. Da mesma forma, as contribuições destinadas a *terceiros*, muito embora recolhidas pela empresa, não constituem fonte de custeio da Seguridade Social. As contribuições para o Sesi, Senai, Sesc, Senac, Incra e Sebrae são contribuições gerais, que não se confundem com contribuições para a Seguridade Social.

IX. Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, com fundamento no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. Sendo a embargante e o embargado em parte vencedores, há de se aplicar o art. 21 do CPC, devendo os honorários ser distribuídos na proporcionalidade da sucumbência de cada um, a ser calculada na fase de liquidação do julgado.

X. Apelação e remessa oficial parcialmente providas para que a execução fiscal tenha prosseguimento quanto à contribuição descontada dos empregados e à contribuição referente a terceiros, mantendo, no mais, a sentença recorrida.

Numeração única: 0017615-71.2009.4.01.9199

Apelação Cível 2009.01.99.018876-5/MG

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca – 7ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 26/04/2013, p. 1.080

Tributário e Processual Civil. Imóvel de propriedade da União Federal. Tributos municipais exigidos de cessionário, pessoa jurídica de direito privado. Exações impugnadas pela cedente, em nome próprio, sem prova inequívoca de que seu nome consta no polo passivo da cobrança. Ilegitimidade ativa ad causam. Defesa de direito alheio sem espeque em norma legal válida. Código de Processo Civil, arts. 6º e 267, VI. Aplicabilidade. Extinção do processo sem exame do mérito. Medida processual adequada. Recurso adesivo interposto por litisconsorte. Não conhecimento.

a) Recursos – apelação em ação ordinária e recurso adesivo.

b) Decisão de origem – extinção do processo, sem exame do mérito, ao fundamento de ilegitimidade ativa *ad causam*.

I. “Apenas se admite o recurso adesivo quando está caracterizada a sucumbência recíproca entre a parte que recorreu e aquela que manejou o apelo adesivamente”. (REsp 1.251.267/PR, rel. Min. Castro Meira, STJ, Segunda Turma, Unânime, DJe 4/09/2012.)

II. Incabível a interposição de recurso adesivo por um dos litisconsortes se não houve sucumbência recíproca declarada na sentença.

III. Insurge-se a União Federal contra sentença que julgara extinta, sem exame do mérito, com espeque no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, ação ordinária que movera ao Município de Manaus – AM, em que era pretendida

anulação de débito fiscal de responsabilidade do Aeroclubes do Amazonas, qualificado nos autos como pessoa jurídica de direito privado.

IV. A apelante não apresenta prova inequívoca (Código de Processo Civil, art. 333, I) de ter sido incluída no polo passivo de alguma execução fiscal movida ao Aeroclubes do Amazonas.

V. Sendo o Aeroclubes do Amazonas pessoa jurídica de direito privado, não integrante da organização administrativa da União Federal, incabível ação judicial em nome próprio, movida pela última, para defender interesse daquele, não merecendo acolhida o apelo.

VI. Recurso adesivo do Aeroclubes do Amazonas não conhecido.

VII. Apelação denegada.

VIII. Sentença confirmada.

Numeração única: 0000260-18.2000.4.01.3200/AM

Apelação Cível 2000.32.00.000262-5/AM

Relator: Desembargador Federal Catão Alves – 7ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 03/05/2013, p. 308

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal em vara federal. Arresto (de pagamentos) e bloqueio de ativos financeiros (Bacenjud) em nome agravante (dita sucessora da executada). Reunião de execuções em fases distintas. Nomeação de bens à penhora não apreciada. Litigância de má-fé não caracterizada. Menor onerosidade ao devedor. Agravo provido.

I. Sem que, até então, citado o devedor e a ele oportunizados o pagamento do débito ou a garantia da EF (art. 8º da Lei 6.830/1980), o exequente não tem o direito de indicar bens penhoráveis, devendo aguardar a inércia do executado na nomeação (arts. 9º e 10 da Lei 6.830/1980).

II. “A cumulação de demandas executivas é medida de economia processual, objetivando a prática de atos únicos que aproveitem a mais de um processo executivo, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 573 do CPC c/c art. 28, da Lei 6.830/1980, quais sejam: (i) identidade das partes nos feitos a serem reunidos; (ii) requerimento de pelo menos uma das partes (Precedente: REsp 217948/SP, rel. Min. Franciulli Netto, DJ 02/05/2000); (iii) estarem os feitos em fases processuais análogas; (iv) competência do juízo” (REsp 1158766/RJ, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 08/09/2010, DJe 22/09/2010)

III. A jurisprudência do STJ se tem orientado no sentido de que a execução deve ser promovida pelo meio menos gravoso ao devedor, como consagrado pelo art. 620 do CPC, em *favor debitoris* (REsp 480.351/SP, rel. Min. Luiz Fux, T1, ac. un., DJ 23/06/2003, p. 260).

IV. “É possível, em caráter excepcional, que a penhora recaia sobre o faturamento da empresa, desde que o percentual fixado não torne inviável o exercício da atividade empresarial, sem que isso configure violação do princípio da menor onerosidade para o devedor, posto no art. 620 do CPC” (STJ, AgRg no REsp 1320996/RS, rel. Min. Castro Meira, T2, DJe 11/09/2012).

V. Não se coaduna com a hipótese dos autos “o *arresto de bens, assim entendida também a medida cautelar de bloqueio de ativos financeiros (Bancenjud) que está previsto no art. 7º, III, da Lei 6.830/1980 como consectário lógico e legal do deferimento da inicial da EF, importando em ordem específica quando frustrada a tentativa de citação do executado ou não localização do endereço do executado ou suspeita de ocultação*” (AGTAG 2009.01.00.026791-5/PA, Des. Federal Tolentino Amaral, T7, *e-DJF1* 18/09/2009).

VI. Considerando-se que, até então, sequer citada a devedora ou permitida a prática subsequente da regular nomeação de bens, afasta-se a multa, por não caracterizada, litigância de má-fé.

VII. Agravo de instrumento provido para anular a reunião de execuções fiscais e admitir o exame da nomeação de bens à penhora pelo juízo *a quo*, afastando *si et in quantum* as demais medidas constritivas aplicadas e multa a agravada.

VIII. Peças liberadas pelo relator, em Brasília, 23 de abril de 2013, para publicação do acórdão.

Agravo de Instrumento 0013486-33.2013.4.01.0000/RO
 Relator : Desembargador Federal Tolentino Amaral – 7ª Turma
 Publicação: e-DJF1 de 03/05/2013, p. 455

Tributário. Processual Civil. MS. Inaptdão do CNPJ: empresa (inexistente de fato) que atua por interpostas pessoas para viabilizar atuação empresarial do seu real proprietário. Legitimidade formal do rito de exclusão: regulares intimações postais e por edital.

I. Na representação fiscal se constatou e se afirmou que a empresa-impetrante é de fachada, prestando-se, pela vontade de sócios patrimonialmente isquêmicos (residentes em favelas de Salvador/BA), só aparentes proprietários (interpostas pessoas), a ser instrumento para o exercício de importações por seu real dono estrangeiro, que, sem visto permanente no Brasil, e paralisadas as atividades de empresa outra de propriedade dele, atua no mesmo ramo empresarial, contando com os mesmos fornecedores, contexto em que a T7/TRF1 legitima a inaptdão do CNPJ.

II. Regular a intimação da empresa por edital, precedida de cientificação e de intimação do sócio gerente a tempo e modo (de modo pessoal e postal), que compareceu espontaneamente, aliás, na esfera administrativa. O STJ/T2 (AgRg-EDcl-REsp 1.270.454/PR) abona intimação por edital.

III. Apelação não provida.

IV. Peças liberadas pelo relator, em Brasília, 21 de maio de 2013, para publicação do acórdão.

Numeração única: 0005247-20.2002.4.01.3300

Apelação Cível 2002.33.00.005231-0/BA

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral – 7ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 31/05/2013, p. 41

Tributário e Processual Civil. Mandado de segurança. Frete de uniformização de preços-FUP, estabelecido pelo Conselho Nacional do Petróleo-CNP por meio da Resolução 16, de 27/11/1984, para uniformização de preços de derivados de petróleo em todo o território nacional e declarado obrigatório pelo Departamento Nacional de Combustíveis-DNC mediante a Portaria 55/1997 no período de 1984 a 2001. Fupinha. Processo extinto no juízo de origem ao fundamento de ilegitimidade passiva da autoridade coatora. Adequação da sentença à realidade dos autos. Código de Processo Civil, art. 462. Aplicabilidade. Processo extinto por fundamento diverso. Inadequação da via eleita. Lei 1.533/1951, art. 8º, vigente à época da impetração. Utilização das vias ordinárias. Possibilidade.

a) Recurso – apelação em mandado de segurança.

b) Decisão de origem – processo extinto ao fundamento de ilegitimidade da autoridade coatora.

c) Tribunal – processo extinto por fundamento diverso: inadequação da via eleita.

I. “Os estatutos sociais e o registro de revendedores de combustível, junto à Agência Nacional de Petróleo (ANP), das empresas impetrantes são documentos imprescindíveis à propositura da ação judicial, pois são eles que comprovam a existência e a constituição legal dos autores. São, portanto, indispensáveis para determinar a pertinência subjetiva dos impetrantes na ação e delimitar os seus interesses de agir na causa.” (MS 7.267/DF – rel. Min. Laurita Vaz – STJ – Primeira Seção – Unânime – D.J. 25/02/2002 – p. 192.)

II. “A manifesta controvérsia acerca não somente do valor devido, como também do próprio indébito tributário, torna descabida a impetração do mandado de segurança, haja vista que inexistente prova inequívoca e pré-constituída apta a amparar a pretensão formulada, sendo evidente a substancial dúvida que paira sobre os documentos a exigir dilação probatória”. (AgRg no RMS 24.284/SE – rel. Min. Castro Meira – STJ – Segunda Turma – Unânime – DJe 15/02/2013.)

III. O juízo de origem entendera que *in casu*, os tributos que se pretendem indevidos nunca foram administrados pela Receita Federal”. (Fl. 86.)

IV. Na espécie, a apelante não comprova, sequer, estar regularmente inscrita junto ao órgão responsável pela fiscalização do setor como revendedora de combustível, nem que tenha atuado, efetivamente, nesse ramo comercial nos dez anos anteriores à impetração.

V. Não merecem acolhida como prova inequívoca e suficiente para a solução da controvérsia Simples Disposições Contratuais de janeiro de 2004, em que a apelante figura como empresa do Comércio Atacadista e Varejista de Lubrificantes e demais Derivados do Refino do Petróleo desacompanhadas de qualquer outra, seja de que natureza for, capaz de levar à convicção de que as atividades da apelante não são limitadas a de simples consumidor final, não fazendo jus, portanto, à compensação pretendida.

VI. Lídima adequação, de ofício, neste Tribunal, com espeque no art. 462 do Código de Processo Civil, da sentença à realidade dos autos, levando em consideração, no momento do julgamento, a inadequação da via eleita.

VII. Sentença adequada à realidade dos autos.

VIII. Apelação denegada por fundamento diverso. (Código de Processo Civil, art. 219, § 5º, e 462.)

IX. Ressalvada à impetrante a possibilidade de utilização das vias ordinárias.

Numeração única: 0010575-05.2005.4.01.3500

Apelação Cível 2005.35.00.010661-1/GO

Relator: Desembargador Federal Catão Alves – 7ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 31/05/2013, p. 48

Processual Civil e Tributário. Imposto de Renda. Incidência sobre montante integral recebido por força de decisão judicial proferida pela justiça trabalhista. Tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos. Incidência sobre os juros de mora. Precedentes.

I. Rejeitada a preliminar de incompetência, uma vez que a matéria, em decorrência do art. 109, I, da Constituição Federal, é de competência da Justiça Federal. Mesmo que a sentença trabalhista tivesse abordado a questão da incidência do Imposto de Renda, a competência continuaria sendo da Justiça Federal, conforme entendimento já manifestado pela Sétima Turma deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região (AC 0020570-03.2009.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Catão Alves, *e-DJF1*, p. 251, de 11/02/2011).

II. Afastada também a preliminar de existência de coisa julgada, haja vista que esta Corte já se pronunciou no sentido de que “[...] Inexiste coisa julgada em relação ao critério de incidência do Imposto de Renda sobre as verbas trabalhistas, uma vez que a matéria, em decorrência do art. 109, I, da Constituição Federal, é de competência da Justiça Federal. 6 - O registro em sentença trabalhista, inserido de modo eventual e geral, sobre o critério de incidência de Imposto de Renda sobre as verbas trabalhistas discutidas, não resulta em coisa julgada material, como pretende a apelante, em razão da competência reservada à Justiça Federal pelo art. 109, I, da Constituição Federal [...]” (AC 0016220-69.2009.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Catão Alves, Sétima Turma, *e-DJF1*, p. 370, de 25/03/2011).

III. Acerca da prescrição do direito de pleitear repetição de indébito dos tributos lançados por homologação, ressalto que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento (RE 566621/RS, rel. Min. Ellen Gracie, trânsito em julgado em 17/11/2011, publicado em 27/02/2012), com aplicação do art. 543-B, do CPC (repercussão geral), com eficácia vinculativa, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, decidindo pela aplicação da prescrição quinquenal para a repetição de indébito, às ações ajuizadas a partir de 9 jun. 2005.

IV. Assim, considerando que a presente ação foi ajuizada em 19/03/2010, aplicável o prazo prescricional quinquenal. Não se configurou a prescrição dos valores reclamados, eis que o recolhimento do Imposto de Renda decorrente da sentença trabalhista ocorreu em 21/12/2005.

V. O Superior Tribunal de Justiça consolidou a jurisprudência no sentido de que, no cálculo do Imposto de Renda incidente sobre os rendimentos recebidos acumuladamente em virtude de decisão judicial, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais *rendimentos*.

VI. Nessa linha de raciocínio, a aparente antinomia do art. 521 do RIR (Decreto 85.450/1980) com o art. 12 da Lei 7.713/1988 se resolve pela seguinte exegese: este último disciplina o momento da incidência; o outro, o modo de calcular o *imposto*.

VII. Precedentes: AC 0019733-79.2008.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Catão Alves, *e-DJF1*, p. 208, 05/03/2010, TRF1 1ª Região; AgRg no REsp 1023016/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03/09/2009, *DJe* 21/09/2009; AgRg no REsp 641.531/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/10/2008, *DJe* 21/11/2008; REsp 852.333/RS, rel. Min. Carlos Fernando Mathias (convocado), Segunda Turma, *in DJe* 04/04/2008; REsp 1075700/RS, rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 05/11/2008, *DJe* 17/12/2008.

VIII. Não há que se falar na incidência do Imposto de Renda sobre os valores recebidos a título de juros de mora acrescidos às verbas recebidas em ação trabalhista, vez que possuem natureza jurídica indenizatória.

IX. Nesse diapasão, “Os valores recebidos pelo contribuinte a título de juros de mora, na vigência do Código Civil de 2002, têm natureza jurídica indenizatória. Nessa condição, portanto, sobre eles não incide Imposto de Renda, consoante a jurisprudência sedimentada no STJ.” (REsp 1037452/SC, rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/05/2008, *DJ* 10/06/2008). Recurso especial improvido” (REsp 1090283/SC, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, *DJe* 12/12/2008).

X. Na repetição de indébito deve ser observada a atualização monetária das importâncias descontadas na fonte a título de Imposto de Renda. A correção monetária deverá incidir sobre os valores desde os recolhimentos indevidos, em decorrência da Súmula 162 do STJ, com a utilização dos índices instituídos por lei. No caso, deve incidir a Taxa Selic, aplicável a partir de 1º/01/1996, excluindo-se qualquer índice de correção monetária ou juros de mora (art. 39, § 4º, da Lei 9.250/1995).

XI. Apelação e remessa oficial não providas. Sentença mantida.

Apelação/Reexame Necessário 0011602-47.2010.4.01.3500/GO

Relator: Juiz Federal Arthur Pinheiro Chaves (convocado) – 7ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 31/05/2013, p. 132

Mandado de segurança. Aplicação de pena de perdimento. Veículo importado por diplomata. Existência de indícios suficientes para fundamentar a decisão administrativa. Ampla defesa. Decisão proferida em instância única. Inadmissibilidade.

I. Tratando-se de mandado de segurança os fatos devem ser certos, e fato certo é aquele comprovado de plano, mediante documento inequívoco e independentemente de exame técnico (Lei 1.533/1951, arts. 1º e 8º; da Constituição, art. 5º, inciso LXIX).

II. Improcedência da alegação de ofensa ao disposto no art. 5º, § 2º, da Carta Magna, uma vez que esse dispositivo se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, o que não é matéria objeto da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Precedentes do Supremo.

III. Existência de indícios suficientes (CPP, art. 239) da prática, pelo impetrante, de conduta que caracteriza a hipótese de incidência da infração ao disposto no art. 240, inciso I, do Regulamento Aduaneiro (Decreto 91.030/1985), consistente na transferência de propriedade e na cessão de uso, sem autorização da Administração Pública, o que acarreta a imposição da pena de perdimento do veículo por ele importado (Decreto-Lei 1.4051/1976, art. 23, parágrafo único).

IV. Improcedência da prejudicial de decadência, com fundamento no art. 137, inciso II, do Regulamento Aduaneiro, uma vez que o prazo de três anos, nele previsto, não é decadencial, para a imposição da pena de perdimento, mas, sim, período a partir do qual aquele que importou bem ao abrigo da isenção prevista no art. 149, incisos IV e V, do Regulamento Aduaneiro, tem direito de proceder à alienação dele (bem), sem o pagamento do imposto devido.

V. Portanto, e tendo em vista que o veículo foi importado em julho de 1994, não há que se falar em decadência do direito de impor a pena de perdimento, em dezembro de 1997 (data da apreensão para fins de perdimento), com base na circunstância de que a sua vinculação à Fazenda Nacional somente perdura por três anos, uma vez que o art. 139 do Regulamento Aduaneiro dispõe que o direito de impor penalidade extingue-se no prazo de cinco anos, não transcorridos entre julho de 1994 e fevereiro de 1998 (data da aplicação da pena de perdimento).

VI. Ocorrência de cerceamento de defesa, por violação ao princípio de que esta deve ser ampla, porquanto a decisão que impôs a pena de perdimento foi proferida em instância única, nos termos da Portaria 841, de 29 de julho de 1993, do Secretário da Receita Federal, o que ofende o princípio constitucional da ampla defesa (Carta Magna, art. 5º,

inciso LV), uma vez que o Supremo, revendo sua jurisprudência, passou a entender que o duplo grau de jurisdição constitui garantia constitucional, inclusive no processo administrativo. Precedente do STJ.

VII. Apelação provida em parte.

Numeração única: 0035862-04.1999.4.01.0000

Apelação em Mandado de Segurança 1999.01.00.039666-5/DF

Relator: Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado) – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 24/05/2013, p. 1.088

- ★ 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.

