

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região



v. 25 n. 7/8 julho/agosto 2013

ISSN 0103-703-X

R. TRF1	Brasília	v. 25	n. 7/8	p. 1/314	julho/agosto 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
Letícia Menezes Marques – prestadora de serviço
Rozângela Andrade Peixoto da Silva – 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/portaltf1/jurisprudencia/revista/revista-do-trf.htm>>.

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

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

v.

Publicada mensalmente de nov. 2000-dez. 2012.

Publicada bimestralmente a partir de janeiro de 2013.

ISSN 0103-703-X

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

Desembargador Federal Adhemar Maciel
abril/1989 – novembro/1992

Desembargador Federal Catão Alves
novembro/1992 – outubro/1993

Desembargador Federal Leite Soares
novembro/1993 – junho/1994

Desembargador Federal Tourinho Neto
junho/1994 – abril/1997

Desembargador Federal Osmar Tognolo
maio/1997 – maio/1999

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

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

Desembargador Federal Olindo Menezes
maio/2003 – maio/2005

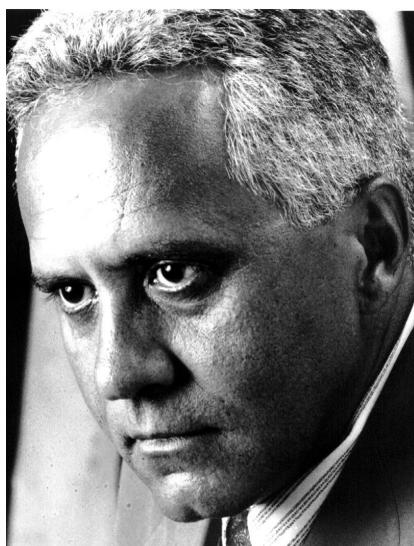
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
julho/2005 – maio/2006

Desembargador Federal Tolentino Amaral
junho/2006 – julho/2007

Desembargador Federal Hilton Queiroz
agosto/2007 – agosto/2009

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

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



Desembargador Federal João Batista Moreira
a partir de junho/2012

A tutela das criações intelectuais e a existência do Direito de Autor na Antiguidade Clássica, 17

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Atos vinculados de julgamento de processo administrativo disciplinar: temperamentos pelos princípios da proporcionalidade e justiça, 25

Antonio Carlos Alencar Carvalho

Lei Complementar 143, de 17/07/2013.

Lei 12.837, de 09/07/2013.

Lei 12.839, de 09/07/2013.

Lei 12.846, de 1º/08/2013.

Lei 12.850, de 02/08/2013.

Lei 12.853, de 14/08/2013.

Decreto 8.035, de 28/06/2013.

Decreto 8.052, de 11/07/2013.

Decreto 8.061, de 29/07/2013.

Decreto 8.064, de 1º/08/2013.

Decreto 8.070, de 14/08/2013.

Decreto 8.073, de 14/08/2013.

Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação em Embargos à Execução 0000271-90.2000.4.01.3800/MG.

Art. 12, § 2º, da Lei 11.371/2006. Multa administrativa. Sonegação de cobertura cambial. Art. 3º do Decreto 23.258/1933. Alterações. Art. 12, *caput*, da Lei 11.371/2006. STF. Súmula 654. Inaplicabilidade na espécie. Devido processo legal. Ofensa não demonstrada. Inconstitucionalidade afastada, 41

Numeração única: 0000271-90.2000.4.01.3800

Arguição de Inconstitucionalidade 2000.38.00.000266-9/MG

Relator: Desembargador Federal Catão Alves

Corte Especial – Agravo regimental em suspensão de liminar. Grave lesão à ordem tributária e à saúde pública, 53

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0057014-54.2012.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Relatora p/ acórdão: Desembargadora Federal Selene Almeida

Corte Especial – Embargos infringentes. Ação rescisória. Reajuste. Matéria constitucional. Inexistência de direito adquirido, 75

Numeração única: 0029905-51.2001.4.01.0000

Embargos Infringentes 2001.01.00.035282-6/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Primeira Seção – Conexão. Execução transitada em julgado. Reivindicação dos valores na seara administrativa, 78

Conflito de Competência 0057256-13.2012.4.01.0000/GO

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

Segunda Seção – Atuação do procurador da República no segundo grau. Feitos de competência originária. Falta de capacidade postulatória. Requisição de inquérito pela autoridade judiciária. Ausência de justa causa. Ausência de informações mínimas que orientem a atuação da autoridade. Constrangimento ilegal, 80

Numeração única: 0049690-86.2007.4.01.0000

Mandado de Segurança 2007.01.00.047440-4/AP

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Segunda Seção – Solicitação de acesso a documentos e mídias de inquérito policial. Indeferimento. Decisão desfundamentada e tautológica. Cláusulas constitucionais pétreas, 84

Mandado de Segurança Criminal 0074347-19.2012.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Terceira Seção – Responsabilidade da Administração Pública. Acidente sofrido por servidor público durante o exercício de suas atribuições funcionais. Danos estéticos, 88

Numeração única: 0013008-92.2008.4.01.3300

Embargos Infringentes 2008.33.00.013011-0/BA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Quarta Seção – FPM. Revisão dos repasses, 96

Ação Rescisória 0022079-85.2012.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral

Quarta Seção – Juízo de retratação. Embargos à execução de sentença (restituição/IRRF). Abatimento/dedução das restituições havidas nos ajustes anuais anteriores, 102

Numeração única: 0014881-31.2002.4.01.3400

Embargos Infringentes 2002.34.00.014915-5/DF

Relator: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)

Primeira Turma – Militar. Adicional de compensação orgânica. Dentista. Exposição constante e reiterada a raios X, 104

Numeração única: 0012351-13.2005.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 2005.38.00.012441-0/MG

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

Primeira Turma – Servidor público. Recebimento de diferenças. URP. Sentença trabalhista transitada em julgado. Ação rescisória. Prescrição da pretensão de cobrança, 106

Numeração única: 0005740-62.2005.4.01.3600

Apelação Cível 2005.36.00.005740-5/MT

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

Segunda Turma – Militar. Promoção. Parecer desfavorável da comissão de promoção de graduados. Anulação da conclusão, 111

Numeração única: 0000002-45.2009.4.01.3700
Apelação Cível 2009.37.00.000002-4/MA
Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

Segunda Turma – Revisão de proventos para vinculação aos vencimentos do cargo de agente administrativo. Inaplicabilidade aos aposentados, [117](#)

Numeração única: 0023472-74.2005.4.01.3400
Apelação Cível 2005.34.00.023735-6/DF
Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

Terceira Turma – Prisão preventiva. Art. 312 do CPP. Indícios da prática do delito de redução à condição análoga a de escravo. Remessa dos autos à Justiça Federal. Nulidade da decisão do juízo estadual. Não ocorrência. Ratificação pelo juízo federal, [122](#)

Habeas Corpus 0028000-88.2013.4.01.0000/PA
Relator: Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado)

Terceira Turma – Parque Nacional da Chapada dos Veadeiros. Desapropriação indireta. Indenização. Lucros cessantes. Impossibilidade, [126](#)

Apelação/Reexame Necessário 0004638-83.2011.4.01.3506/GO
Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Quarta Turma – Uso de aeronaves oficiais por ministro de Estado, fora das missões oficiais em sentido estrito. Ausência de má-fé, dolo e de enriquecimento ilícito. Não configuração de ato de improbidade, [134](#)

Numeração única: 0016546-87.1999.4.01.3400
Apelação Cível 1999.34.00.016571-0/DF
Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Quarta Turma – Apropriação indébita previdenciária. Dolo específico. Não exigência de comprovação, [139](#)

Numeração única: 0011777-34.1998.4.01.3800
Apelação Criminal 1998.38.00.011949-8/MG
Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Quinta Turma – Hospital universitário. Abandono das instalações com risco de deterioração por falta de uso e manutenção, [149](#)

Numeração única: 0006791-43.2003.4.01.4000
Apelação Cível 2003.40.00.006786-3/PI
Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

Quinta Turma – Responsabilidade civil do Estado. Demora na prestação de serviços. Processo administrativo. Princípio do impulso oficial, [154](#)

Numeração única: 0014040-98.2009.4.01.3300
Apelação Cível 2009.33.00.014045-7/BA
Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

Sexta Turma – Internação de paciente em leito de UTI. Falecimento. Extinção do processo sem resolução de mérito. Possibilidade. Responsabilidade pelo custeio do tratamento médico assegurado em hospital particular, [164](#)

Apelação/Reexame Necessário 0002443-44.2010.4.01.3803/MG
Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Sexta Turma – Ato de concentração. Comunicação ao Cade, [168](#)

Apelação Cível 0038838-80.2010.4.01.3400/DF
Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Relator p/ acórdão: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado)

Sétima Turma – Advocacia (OAB). Penalidade disciplinar de suspensão/interdição temporária do exercício profissional.

Ressarcimento do dano, 174

Apelação Cível 0027764-38.2010.4.01.3300/BA

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral

Sétima Turma – Prestação de serviços. Brasil e Japão. Convenção internacional para evitar dupla tributação, 178

Numeração única: 0000093-47.2004.4.01.3301

Apelação Cível 2004.33.01.000026-1/BA

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

Oitava Turma – PIS e Cofins. Alargamento da base de cálculo, 184

Numeração única: 0042738-11.2005.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 2005.38.00.043302-0/MG

Relator: Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado)

Oitava Turma – Dação em pagamento. Bem imóvel. Crédito tributário. Extinção da exigibilidade, 193

Numeração única: 0017220-21.2006.4.01.3400

Apelação Cível 2006.34.00.017393-6/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Oitava Turma – Agente marítimo. Responsabilidade tributária. Irregularidade. Multa. IPI. Auto de infração, 197

Numeração única: 0030685-34.2005.4.01.3400

Apelação Cível 2005.34.00.030984-6/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Primeira Turma Suplementar – Alegação de nulidade de representação do INSS ao CNAS por vício de incompetência. Inexistência, 203

Numeração única: 0023902-94.2003.4.01.3400

Apelação Cível 2003.34.00.023910-9/DF

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)

Primeira Turma Suplementar – Regulamentação das relações entre médicos conveniados de planos de saúde. Competência da Agência Nacional de Saúde, 205

Numeração única: 0017142-03.2001.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2001.34.00.017165-6/DF

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)

Segunda Turma Suplementar – Periculosidade de lotes de medicamento. Alerta aos consumidores, 209

Numeração única: 0019878-57.2002.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2002.34.00.019922-1/DF

Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado)

Segunda Turma Suplementar – Contrato de empréstimo para construção de empreendimento residencial. Ausência de repasse de recursos do FGTS à construtora. Responsabilidade da instituição financeira, 211

Numeração única: 0006159-83.1999.4.01.3700

Apelação Cível 1999.37.00.006241-9/MA

Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado)

Terceira Turma Suplementar – Embargos à execução fiscal. Contribuição previdenciária. Cargos temporários. Vinculação a regime próprio estadual. Recolhimento compulsório para o regime de previdência estadual, [216](#)

Numeração única: 0001441.25.1998.4.01.3200

Apelação/Reexame Necessário 1998.32.00.001441-0/AM

Relator: Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado)

Quarta Turma Suplementar – Cooperativa médica. Cláusula estatutária de exclusividade. Ofensa ao princípio da livre concorrência, [221](#)

Numeração única: 0018854-62.2000.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2000.34.00.018874-8/DF

Relator: Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado)

Quarta Turma Suplementar – Militar. Responsabilidade civil do Estado. Agravamento de doença. Falta de avaliação e acompanhamento médico, [225](#)

Numeração única: 0039317-78.2006.4.01.9199

Apelação/Reexame Necessário 2006.01.99.040351-1/MG

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)

Quinta Turma Suplementar – Embargos à execução fiscal. Cobrança indevida do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, [229](#)

Numeração única: 0015797-31.2002.4.01.9199

Apelação/Reexame Necessário 2002.01.99.016779-7/MG

Relator: Juiz Federal Wilson Alves de Souza (convocado)

Quinta Turma Suplementar – Centro de Atendimento ao Contribuinte. Acesso indevido de informações sigilosas por particulares, [232](#)

Numeração única: 0005176-84.1999.4.01.3700

Apelação Cível 1999.37.00.005247-5/MA

Relator: Juiz Federal Wilson Alves de Souza (convocado)

Sexta Turma Suplementar – Contribuições previdenciárias. Ausência de fiscalização nos documentos da empresa prestadora de serviços. Aferição indireta. Ilegitimidade, [234](#)

Numeração única: 0032671-65.1997.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 1997.38.00.032941-0/MG

Relator: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)

Sexta Turma Suplementar – Ação anulatória de débito. Município. Desnecessidade de garantia para suspensão da exigibilidade. Sujeição ao regime próprio de execução, [239](#)

Numeração única: 0011711-20.1999.4.01.3800

Apelação Cível 1999.38.00.011732-9/MG

Relator: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)

Sétima Turma Suplementar – Contribuição social incidente sobre pensões e proventos de servidor público inativo, [241](#)

Numeração única: 0002324-35.1999.4.01.3200

Apelação/Reexame Necessário 1999.32.00.002327-5/AM

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

Sétima Turma Suplementar – Alienação de veículos por meio de leilão público. IPVA e taxa de licenciamento. Responsabilidade tributária solidária, [244](#)

Numeração única: 0012211-76.2005.4.01.3800

Apelação Cível 2005.38.00.012292-4/MG

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

Decisões Monocráticas

247

Petrobras. Suspensão da exigibilidade de crédito tributário e fornecimento de Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa – CPD-EN. Necessidade de apresentação de apólice de seguro-garantia no valor do débito principal, [247](#)

Agravo de Instrumento 0031474-67.2013.4.01.0000/PA

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Normas de trânsito. Descumprimento. Excesso de peso das cargas transportadas nas rodovias federais, [249](#)

Agravo de Instrumento 0033403-38.2013.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Expedição de precatório. Destaque de honorários contratuais, [250](#)

Agravo de Instrumento 0036358-42.2013.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado)

Telefônica Brasil S/A x Anatel. Suspensão da exigibilidade do crédito oriundo de processo administrativo. Conclusão do processo de reestruturação societária da autora, [252](#)

Medida Cautelar Inominada 0036484-92.2013.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

Infraero. Concessionária do Aeroporto de Guarulhos. Pedido de liberação de área objeto de perícia, [256](#)

Agravo de Instrumento 0021023-80.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Recebimento de cargas em tráfego de cabotagem, [262](#)

Agravo de Instrumento 0018756-38.2013.4.01.0000/AM

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Exigência do pagamento do ICMS nas operações de vendas interestaduais reguladas pela Resolução 13/2012 e Convênio ICMS 38/2013, [264](#)

Agravo de Instrumento 0034332-71.2013.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes (convocado)

Suspensão das atividades de pouso e decolagem de aeronaves no Aeródromo de Coari/AM, [266](#)

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0045503-25.2013.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Afastamento da obrigação de aporte de garantia financeira. CCEE, [270](#)

Agravo de Instrumento 0043571-02.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Exclusão do rateio do Encargo de Serviços do Sistema – ESS. Resolução 3/2013, do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, 272

Agravo de Instrumento 0042035-53.2013.4.01.0000/DF
Relator: Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes (convocado)

Inscrições no Projeto Mais Médicos para o Brasil (Edital 39/2013). Ausência de cumprimento de requisitos, 275

Agravo de Instrumento 0043619-58.2013.4.01.0000/DF
Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Cade. Impedimento de acesso a documentos. Procedimento investigativo que apura formação de cartel em licitações, 278

Agravo de Instrumento 0045454-81.2013.4.01.0000/DF
Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica. Suspensão da eficácia dos arts. 2º e 3º da Resolução CNPE 3/2013, 280

Agravo de Instrumento 0037541-48.2013.4.01.0000/DF
Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

JEFs em Revista

287

Embargos de declaração. Retificação de decisão. Conhecimento de Pedilef. Provimento negado, 287

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2009.71.57.004333-1
Relator: Juiz Federal Luiz Claudio Flores da Cunha

Incidentes de uniformização regional e nacional. Mesmos fundamentos. Interposição simultânea. Necessidade. Preclusão, 289

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 5001020-79.2012.4.04.7110
Relator: Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves

Impossibilidade de aproveitamento de atividade rural não contributiva anterior à Lei 8.213/1991. Cálculo do coeficiente da aposentadoria urbana por idade, 290

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 5004548-54.2012.4.04.7003
Relator: Juiz Federal Luiz Claudio Flores da Cunha

Requisitos para a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. Ausência de comprovação da incapacidade, 291

Numeração única: 0057750-33.2007.4.01.3400
Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2007.34.00.911964-4/DF
Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

Breviário

293

Ação rescisória. CPC, art. 485, VII. Documento novo. Qualificação. Capacidade civil. Prescrição.

Servidor público. Antecipação de tutela para remoção. Proteção constitucional à dignidade da pessoa humana e à união familiar.

Revisão de anistia. Lei 8.878/1994. Decreto 5.115/2004. Prazo para apresentação de requerimento. Publicação no *DOU*. Ilegalidade por vício de forma.

Servidor público. Professor aposentado. Proventos integrais. Substituição por proventos proporcionais. Redução na remuneração. Abusividade da medida.

Percepção de pensão por morte. Instituição de pensão em rateio para a impetrante e a esposa do servidor. Supressão da primeira prestação. Impossibilidade. Proibição de cumulação dos dois benefícios.

Licença-maternidade. Militar temporária.

Extração de recurso mineral sem autorização. Crime contra a ordem econômica e crime ambiental. Concurso formal. Objetos jurídicos distintos.

Estelionato contra o programa de seguro-desemprego.

Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Empregados da pessoa jurídica. Necessidade de indicação dos indícios de atos improbidade na decisão cautelar.

Recebimento irregular de diárias. Ausência de participação da parte no processo decisório e de ordenação de despesa. Falta administrativa. Não configuração de improbidade administrativa.

Desapropriação. Agravo de instrumento. Cessão de direitos sobre precatório. Valor da atualização monetária pertencente ao cessionário.

Desapropriação. Depósito da oferta. Imissão na posse. Supostas irregularidades na matrícula do imóvel. Aquisição originária. Desistência da ação. Possibilidade. Consequências legais. Impossibilidade de devolução dos TDAs legalmente levantados e postos em circulação.

Ação civil pública. Cooperativas habitacionais. Propaganda de imóveis.

Ato lesivo imputado ao TRE/RJ. Óbice à propaganda eleitoral. Suposta ofensa à imagem do profissional de enfermagem.

Fornecimento de água potável a aldeias indígenas. Prevalência do direito à saúde.

Desconstituição de acórdão do TST proferido em ação rescisória. Impossibilidade jurídica do pedido. Extinção do processo sem resolução do mérito. Litigância de má-fé. Multa. Cominação.

Responsabilidade civil do Estado. Demora na prestação de serviços.

Estrangeiro admitido na condição de permanente. Registro. Prova de identidade. Declaração consular. Validade.

Ação civil pública. Instituição financeira. Execução, liquidação ou amortização de saldo devedor de empréstimo de mútuo (consignação) mediante o débito direto em conta-corrente ou conta salário do mutuário. Abusividade.

Conjunto arquitetônico e urbanístico tombado como patrimônio cultural nacional pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan). Necessidade urgente de restauração. Omissão do Poder Público. Antecipação da tutela cautelar ambiental.

Responsabilidade civil do Estado. Documentos fraudados. Abertura de empresa. Cancelamento dos CPFs dos autores. Danos morais.

Concurso público. Nomeação. Divulgação na internet e publicação na imprensa oficial. Longo lapso temporal entre a homologação do concurso e a nomeação do aprovado. Princípio da razoabilidade.

Processo ético-profissional. Apuração da conduta de gestores médicos. Possibilidade.

Ação popular. Aumento da tarifa de repasse de potência da empresa Itaipu Binacional. Reajuste extraordinário de tarifa. Ato potencialmente ilegal e lesivo à moralidade administrativa.

Agravo regimental. Competência. STF. Inexistência de conflito federativo. Art. 102, inciso I, alínea f, CF/1988.

Medida provisória. Conversão em lei. Oferecimento de emendas. Pertinência temática. Abuso do Poder Legislativo. Inadequação à Lei Complementar 95/1998.

Frete de Uniformização de Preço – FUP. ANP. Legitimidade passiva. Indicação incorreta do polo passivo do mandado de segurança. Extinção do feito.

Ação popular como instrumento de controle judicial de decisão administrativa.

Repositórios Oficiais de Jurisprudência 311

Instruções Editoriais 313

Na edição deste bimestre, a Revista apresenta aos seus leitores, em Seção Extraordinária, o julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade 0000271-90.2000.4.01.3800, que trata da legitimidade da aplicação da multa prevista no Decreto 23.258/1933, pela prática de operações de câmbio ilegais.

Apresenta também dois interessantes artigos doutrinários, quais sejam: *A tutela das criações intelectuais e a existência do Direito de Autor na Antiguidade Clássica*, de autoria do Juiz Federal Leonardo Estevam de Assis Zanini, e *Atos vinculados de julgamento de processo administrativo disciplinar: temperamentos pelos princípios da proporcionalidade e justiça*, do Procurador do Distrito Federal Antonio Carlos Alencar Carvalho.

Traz ainda as mais recentes inovações legislativas, bem como acórdãos e decisões monocráticas, publicados nos meses de julho e agosto de 2013, que constam nas seções específicas dos órgãos julgadores desta Corte e dos Juizados Especiais Federais da 1ª Região.

Ótima leitura!

A tutela das criações intelectuais e a existência do Direito de Autor na Antiguidade Clássica

Leonardo Estevam de Assis Zanini*

Resumo

O artigo aborda a proteção das criações intelectuais nas civilizações da Antiguidade Clássica. Inicia fazendo um breve estudo do tema na Grécia Antiga, passando, em seguida, ao estudo do Direito Romano. Analisa a consciência dos romanos em relação à proteção dos interesses morais do autor, o interesse econômico na produção intelectual e a possibilidade de tutela dos direitos da personalidade do autor pela *actio iniuriarum*. Por fim, aborda a discussão relativa à existência do Direito de Autor na Antiguidade Clássica.

Palavras-chave: Direito de Autor. Direitos da Personalidade. Direitos Intelectuais. Direitos Morais do Autor. Direito Romano. *Actio Iniuriarum*. Direito Grego. Direito de Paternidade. Direito de Divulgação. Direito à integridade.

1 Introdução

A tutela das criações intelectuais, na história do Direito, não foi simplesmente ignorada, passando a ser objeto de regulamentação apenas a partir dos decretos revolucionários franceses de 1791 e 1793.

De fato, ainda que de forma incipiente, se compararmos com nossa realidade, há inúmeros registros históricos da proteção do autor em épocas bastante remotas, como é o caso das civilizações grega e romana.

Nesse contexto, para uma melhor compreensão da necessidade de proteção das criações intelectuais na atualidade, focaremos, no presente trabalho, a eventual tutela concedida às obras do espírito na Antiguidade e procuraremos responder à indagação

acerca da existência do Direito de Autor nas civilizações grega e romana.

2 A proteção autoral na Grécia Antiga

Na Grécia antiga, após o surgimento da escrita, era comum a transcrição de obras de vários escritores, as quais, a cada nova cópia, sofriam transformações, manipulações e modificações. Tal atividade era considerada lícita, visto que para os antigos gregos a imortalidade correspondia à recordação, ao fato de que após a morte do autor as novas gerações continuariam a aprender com seu trabalho, não importando se a obra tinha sido alterada¹.

A cultura da época era predominantemente oral, de maneira que a literatura era bastante limitada e tinha que ser avaliada de acordo com as condições existentes. Era então compreensível, até pela necessidade de desenvolvimento das letras, a ausência de punição de determinadas condutas, hoje vedadas pelo Direito de Autor.

Assim, fica evidente que após a distribuição da “primeira cópia de um livro, o autor não mais podia controlar seu destino”, pois não havia nenhuma forma de proteger a integridade de um texto ou de limitar o seu número de cópias².

Em Atenas, entretanto, uma lei do ano de 330 a.C. mostrou-se bastante avançada, ordenando o depósito de cópias exatas das obras dos três grandes clássicos nos arquivos estatais. Com isso, os atores e copistas deveriam respeitar o texto depositado, já que, até então, havia pouca consideração pelo texto original³.

Também no mundo helênico, por volta de 650 a.C., sabe-se que muitos pintores de vasos, como

* Pós-doutorando em Direito pelo *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*. Doutor em Direito Civil pela USP, com estágio doutoral na Alemanha, na *Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*. Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz federal em São Paulo. Diretor acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento da Justiça Federal em São Paulo. Ex-delegado de Polícia Federal. Ex-procurador do Banco Central do Brasil. Ex-defensor público federal. Ex-bolsista da Capes.

¹ GAUDENZI, Andrea Sirotti. *Il nuovo diritto d'autore*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2009, p. 41.

² CARBONI, Guilherme, *Direito Autoral e Autoria Colaborativa: na Economia da Informação em Rede*, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.34.

³ LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Unesco, 1993, p. 28.

Aristonotos, Exekias, Eutimedes, Euphiletos e outros, garantiam o reconhecimento da autoria com a aposição de sua assinatura na obra⁴, preservando-se, desse modo, o direito de paternidade.

Procedimento semelhante foi adotado pelo renomado poeta Teógnis de Mégara, que criou um sinal identificativo de suas obras, com o objetivo de evitar a sua utilização sem indicação da autoria, bem como para garantir a integridade do texto⁵.

Outra manifestação interessante diz respeito às acusações de plágio. Era bastante comum a promoção de concursos em que o vencedor era aclamado publicamente e recebia prêmios. Em vista disso, sabe-se que acusações por plágio eram frequentes, lembrando Daniel Rocha que:

Philóstrato de Alexandria acusava Sófocles de ter aproveitado de Ésquilo. A Ésquilo, de ter feito o mesmo com Frínico. A Frínico, de agir assim com seus antecessores.

Platão censurava Eurípedes pela reprodução literal em seus coros da filosofia de Anaxágoras. Aristófanes, em “As rãs”, não poupa Eurípedes, e propõe que se coloque num prato da balança apenas os seus versos, e no outro, Eurípedes, mulher e filhos e Cephisophon (amigo e colaborador de Eurípedes) com todos os livros.

Aristófanes não ficou imune à acusação de haver se aproveitado de Crátinos e Eupólis, o que levou a qualificar este último de “miserável plagiário” de sua obra *Les Chevaliers* (“As nuvens” – verso 553)⁶.

É igualmente digno de nota, conforme relatou Suidas, o fato de que “Euforion, filho de Ésquilo, teria conquistado por quatro vezes a vitória nos torneios de tragédia, apresentando peças inéditas de seu pai como suas”. Isso levou Daniel Rocha a afirmar que o filho também herdava a obra intelectual paterna inédita como se fora uma *res* comum⁷.

Por outro lado, não se pode negar o interesse da pólis na coibição do plágio, o que guardava relação com a correta atribuição de autoria dos livros depositados nas bibliotecas gregas⁸.

Vê-se, portanto, que os gregos já tinham uma consciência incipiente acerca da necessidade da proteção da integridade e da paternidade da obra. No entanto, isso não nos permite afirmar que se fazia presente naquela sociedade o Direito de Autor.

3 A situação do autor no Direito Romano

Os romanos não eram dotados de muita imaginação artística, por isso suas artes derivavam basicamente de influências recebidas de povos conquistados, especialmente dos gregos. Entrementes, é certo que os romanos deixaram sua marca nas artes herdadas⁹ e, ao que tudo indica, também deram sua contribuição, ainda que embrionária, ao que viria a ser conhecido como Direito de Autor.

A ausência de disposição legal específica acerca das criações intelectuais não significou que os escritores e artistas em geral não pudessem ser, de alguma forma, pelo menos em tese, amparados pelo Direito Romano¹⁰.

Ao contrário, pode-se notar que os romanos tinham consciência acerca do direito moral e patrimonial de autor. Apesar disso, não são conhecidas regras específicas a esse respeito e também não são conhecidos casos em que autores contestaram judicialmente o desrespeito à autoria¹¹.

3.1 A consciência dos romanos em relação aos interesses espirituais e morais do autor

Os romanos realmente estavam cientes do fato de que a publicação e a exploração da obra guardava íntima ligação com interesses espirituais e morais, tanto é que cabia ao autor a decisão quanto à divulgação ou não de seu trabalho e os plagiadores eram mal vistos pela sociedade¹².

Aliás, em Roma, tal qual na Grécia, era corrente o problema do plágio, palavra que chegou ao português pelo latim (*plagium*), decorrendo das previsões da

⁴FRAGOSO, João Henrique da Rocha, *Direito Autoral: da Antiguidade à Internet*, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 58.

⁵Ibid., p. 56-57.

⁶ROCHA, Daniel, *Direito de Autor*. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001, p.14.

⁷Ibid., p. 14.

⁸CARBONI, op. cit., p. 34.

⁹EBOLI, João Carlos de Camargo. *Pequeno Mosaico do Direito Autoral*. São Paulo: Irmãos Vitale, 2006, p. 17.

¹⁰COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. 2. ed. São Paulo: FTD, 2008, p. 52.

¹¹SCHICKERT, Katharina, *Der Schutz literarischer Urhebererschaft im Rom der klassischen Antike*, p. 66. Reh binder, igualmente, aponta a inexistência, na Antiguidade, do reconhecimento de um direito do autor a um bem espiritual, não obstante a perfeita consciência acerca de uma “propriedade espiritual” (REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht*, p. 7).

¹²LIPSYC, 1993, p. 28.

Lex Fabia de Plagiariis, do século segundo antes de Cristo. O plágio do Direito romano, entretanto, não tinha nada a ver com a acepção atual da palavra¹³, pois os romanos, sob o nome de *plagium*, puniam “a escravização de homem livre, bem como a compra e venda ou assenhoreamento de escravo alheio”¹⁴.

Contudo, a expressão sofreu desvio histórico, atribuído ao poeta Marco Valério Marcial (42-104 d.C.), que comparou seus epigramas a escravos libertos, os quais estariam nas mãos de um sequestrador de nome Fidentino (*plagiarius*)¹⁵.

Marcial escreveu em seus epigramas (Epigrama 30, Livro I):

Segundo consta, Fidentino, tu lês os meus trabalhos ao povo como se fossem teus. Se queres que os digam meus, mandar-te-ei de graça os meus poemas; se quiseres que os digam teus, compra-os, para que deixem de ser meus.

E no quinto Epigrama asseverou ainda o escritor latino: “Quem busca a fama por meio de poesias alheias, que lê como suas, deve comprar não o livro, mas o silêncio do autor”¹⁶.

Outro caso célebre de plágio envolveu Virgílio e Batilo. O autor da Eneida, ainda desconhecido do público, acusou Batilo de se apropriar da paternidade de um texto em honra de Augusto¹⁷. Era época de jogos e Virgílio escreveu anonimamente, durante a noite, no pórtico do palácio imperial, em honra do imperador, o seguinte dístico:

Nocte pluit tota, redeunt spectacula mane
Divisum imperium cum Jove Caesar habet¹⁸.

O imperador, então, sentindo-se lisonjeado, quis saber quem tinha escrito os versos, apresentando-se Batilo como o autor. Inconformado, Virgílio, novamente de forma anônima, acrescentou aos versos anteriores mais um outro verso, seguido de quatro outros incompletos e repetidos¹⁹:

Hos ego versiculos fecit, tulit alter honoris:
Sic vos non vobis
Sic vos non vobis
Sic vos non vobis
Sic vos non vobis

Diante do texto, o imperador Augusto pediu a Batilo a sua complementação, no entanto, o mesmo não obteve êxito na tarefa, dando espaço para Virgílio, seu verdadeiro autor, que completou os versos da seguinte forma²⁰:

Hos ego versiculos fecit, tulit alter honoris:
Sic vos non vobis nidificates aves,
Sic vos non vobis vellera fertis oves,
Sic vos non vobis mellificatis apes,
Sic vos non vobis fertis aratra boves²¹,

E para além de todos esses casos, é muito marcante uma disputa envolvendo Cícero e o editor Dorus, que foi analisada de forma bastante sóbria por Sêneca, não deixando dúvida acerca da consciência dos romanos em relação à distinção entre a criação intelectual e o suporte físico. Segundo o filósofo romano, o litígio tinha, em realidade, dois lados, visto que Cícero reivindicava seus livros como autor (*auctor*), enquanto que Dorus o fazia como comprador (*emptor*)²².

Pois bem, das passagens transcritas ficou evidenciado que os romanos tinham consciência acerca da autoria de uma obra, inclusive distinguindo

¹³ Conforme esclarece Chinellato, durante a Renascença os “jurisconsultos Duareno e Tomásio concluíram que o plágio era punido pela *Lex Fabia de Plagiariis*, entendimento que foi seguido por autores modernos, o qual, no entanto, baseou-se em erro” (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Notas sobre plágio e autoplágio. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 29, p. 305-328, jan./jun. 2012, p. 306).

¹⁴ HUNGRIA, 1982, v. 6, p. 198.

¹⁵ REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht*, 16. ed. Munchen: C. H. Beck, 2010, p. 7.

¹⁶ ROCHA, 2001, p. 15.

¹⁷ GAUDENZI, Andrea Sirotti. *Il nuovo diritto d'autore*. Sautacangelo di Romogna: Mogglioli, 2009, p. 41.

¹⁸ “Chove a noite toda, de manhã recomeçam os jogos. Deste modo, César divide o poder com Júpiter”. Tradução de Mauro Mendes (MENDES, Mauro. *Virgílio e os cantadores*. Disponível em: <http://www.arquivors.com/mmendes_virgilio.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2011).

¹⁹ MENDES, Mauro. *Virgílio e os cantadores*. Disponível em: <http://www.arquivors.com/mmendes_virgilio.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2011.

²⁰ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de Autor e Direitos da Personalidade*, reflexões à luz do Código Civil. Tese para Curso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 45.

²¹ “Eu escrevi estes versos, outro ficou com as honrarias: Assim vós, aves, não fazeis os ninhos para vós, assim vós, ovelhas, não produzis a lã para vós, assim vós, abelhas, não fabricais o mel para vós, assim vós bois, puxais o arado, mas não para vós”. Tradução de Ignácio Maria Poveda Velasco (VELASCO, Ignácio Maria Poveda. “Actio iniuriarum” e direito de autor. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 17, p. 109-114, jan./mar. 1993, p. 113).

²² FRAGOSO, 2009, p. 199.

o suporte físico (*corpus mechanicum*) da criação intelectual propriamente dita (*corpus mysticum*)²³.

Todavia, ao lado da consciência dos romanos, resta-nos indagar se seria possível a utilização dos instrumentos jurídicos da época para a proteção da obra e do autor.

3.2 A possibilidade de tutela dos direitos da personalidade do autor

A *actio iniuriarum* era uma demanda relacionada com a *iniuria* e delitos semelhantes. Inicialmente, no período da República, o tipo da *iniuria* era interpretado restritamente, pois era necessário para sua configuração uma severa agressão contra uma pessoa. Porém, com o passar do tempo, a *actio iniuriarum* foi envolvendo um número cada vez maior de condutas, como, por exemplo, a contrariedade aos costumes e o ataque à boa fama de uma mulher²⁴.

A extensão dada pelo pretor ao conceito de *iniuria* acabou, no decorrer da evolução do Direito Romano, assegurando a proteção contra qualquer lesão a um aspecto da personalidade, diferentemente do antigo conceito, que abarcava apenas as lesões físicas²⁵.

Assim sendo, especula-se sobre a possibilidade de utilização da *actio iniuriarum* em casos como de plágio, de publicação sem o consentimento do autor e de desrespeito à integridade da obra²⁶. Nessa linha, poder-se-ia afirmar, por exemplo, que a publicação de uma obra sem autorização, por desrespeitar a vontade do autor e, por conseguinte, sua própria pessoa, ensejaria a aplicação da *actio iniuriarum* para garantir a proteção da honra²⁷.

Esse raciocínio foi complementado por Carlo Fadda, ao esclarecer que

[...] assim como ofendia a personalidade a ilícita revelação das disposições testamentárias, de segredos familiares ou do conteúdo de uma carta missiva, da mesma forma ofendia a divulgação de uma obra não destinada pelo autor a vir a público²⁸.

A tese poderia ser aplicada em um caso ocorrido em Roma, em que um editor, sem o consentimento do autor, publicou sua obra. Trata-se do quinto livro da obra *De finibus*, que chegou às mãos de Balbus por meio de Atticus, o que foi severamente criticado por seu autor Cícero, pois isso ocorreu antes mesmo que Brutus, a quem foi dedicada, pudesse ter tido contato com o trabalho. Entrementes, Cícero não chegou a tomar medidas jurídicas contra Atticus, uma vez que possuíam amizade muito próxima²⁹.

Aliás, não somente a publicação sem autorização, mas também a própria figura do plágio poderia ser considerada ilícita e tutelada pela *actio iniuriarum*³⁰. Nessa sentença, adverte Velasco que se considerarmos a obra como projeção da personalidade de seu autor, então o plágio levaria à ofensa da personalidade e poderia ser punido com o uso da *actio iniuriarum*³¹.

Contudo, ao lado da possibilidade de proteção da autoria, da integridade e do ineditismo, em várias passagens de textos de Marcial fica evidente a possibilidade de transferência da autoria de escritos ainda não publicados, o que certamente configuraria uma afronta ao Direito de Autor atualmente em vigor.

Realmente, conforme alguns doutrinadores, a figura do *ghost writer*, como a conhecemos na atualidade, não era repudiada pelo Direito Romano, posto que às vezes era permitido que autores, mediante pagamento, entregassem seus trabalhos não publicados a terceiros, que os assumiriam como seus³².

De qualquer forma, o tema é bastante discutível, não sendo possível saber se a autoria poderia ser

²³ CHINELLATO, 2008, p. 32. Não é outra a lição de Gautier, o qual destaca que os romanos conheciam perfeitamente a noção de obra do espírito, de maneira que foram os pioneiros no que toca à distinção entre o suporte material e a obra do espírito (GAUTIER, Pierre-Yves, *Propriété littéraire et artistique*, p. 13).

²⁴ SCHICKERT, 2005, p. 63.

²⁵ VELASCO, Ignácio Maria Poveda, *Actio iniuriarum e direito de autor*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, ano 17, p. 109-114, jan/mar. 1993. p. 111.

²⁶ SCHICKERT, 2005, passim.

²⁷ SCHICKERT, 2005, p. 64. Na mesma linha, Santos Cifuentes aduz que os romanos “não concebiam que os frutos da inteligência ou da inspiração artística pudessem ser matéria de um ius especial; que o pensamento representaria um bem suscetível de proteção, à parte da matéria que serve de suporte”. Entretanto, lembra que se recorria à *actio iniuriarum* “quando a violação importava um ataque à personalidade, em particular se não se havia cedido a obra a ninguém” (CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008, p. 193-194).

²⁸ VELASCO, op. cit., p. 112.

²⁹ SCHICKERT, op. cit., p. 57.

³⁰ GAUDENZI, 2009, p. 42.

³¹ VELASCO, 1993, p. 113.

³² Marcial, por exemplo, menciona um certo Paulo, que comprou poesias e as recitou como suas. E o próprio Marcial exigiu várias vezes de Fidentino a compra da autoria de textos, os quais poderiam, posteriormente, ser recitados em conformidade com o direito, visto que até então Marcial denominava-se dominus de suas poesias (SCHICKERT, 2005, p. 71).

ocultada por meio de contrato e se a suspensão de tal obrigação poderia ser conseguida à força, mesmo porque a reconstrução da exata organização romana existente à época é impossível³³.

3.3 O interesse econômico na produção autoral

Os romanos tinham plena ciência da existência de interesse econômico na produção autoral. É notório, por exemplo, o benefício pecuniário que desfrutavam os poetas Horácio e Virgílio junto a Caius Maecenas, estadista romano cujo nome simboliza atualmente o patronato das artes³⁴.

A existência do interesse econômico também fica patente em uma carta de Cícero dirigida ao seu amigo e editor Atticus, onde Cícero elogia o excelente trabalho do editor na “venda” do seu discurso *Pro Ligario*, afirmando o autor que no futuro entregaria a Atticus, para publicação, o que viesse a escrever³⁵.

É certo ainda que o interesse despertado pelos espetáculos teatrais abriu novas perspectivas para os autores. De fato, vale lembrar que Terêncio, então escravo cartaginês, recebeu por seus versos seis mil sestércios, pagos pelo edil Cecílio³⁶. Há, igualmente, outro relato da compra de versos do mesmo Terêncio. Segundo revelou Seutônio, os edis pagaram oito mil sestércios por duas representações da comédia “O Eunuco”³⁷.

Poderíamos, ademais, para reafirmar o interesse econômico na produção intelectual, citar o caso de Plauto, “que adquiriu no teatro uma verdadeira fortuna, perdida depois no comércio, porque era simultaneamente autor, ator e diretor de companhia”³⁸.

Porém, afora algumas exceções, deve-se notar que havia em Roma um comércio para as criações literárias e artísticas ao qual os autores estavam sujeitos de maneira muito similar àquela verificada mais tarde com a invenção da imprensa, ou seja, em Roma também era evidente a hipossuficiência dos autores.

Os autores não tinham, como os livreiros, relações comerciais para vender e espalhar as obras por Roma e suas províncias. Também não tinham condições de reproduzir as obras, o que demandava trabalho enfadonho e, às vezes, necessitava de um copista com tal instrução que não era fácil encontrar. Isso sem falar na adulação e no servilismo, especialmente diante dos imperadores, o que acabava por ofuscar, muitas vezes, o gênio de muitos artistas romanos, que não podiam criar com independência³⁹.

Realmente, até mesmo autores de sucesso não chegaram a se beneficiar com os lucros das vendas de seus textos, valendo aqui, mais uma vez, citar Marcial, que apesar de toda a popularidade, viveu e morreu pobre, escrevendo:

Que me importa saber que os nossos soldados leem meus versos no interior da Dácia, e que os meus epigramas são cantados no fundo da Bretanha, se isto não aproveita à minha bolsa?⁴⁰.

Tácito também explicita a situação dos escritores no “Diálogo dos oradores” (*Dialogus de oratoribus*), evidenciando que o interesse moral era quase o único incitamento que impelia boa parte dos autores:

Os versos não dão fortuna, o seu fruto limita-se a um prazer curto, a louvores frívolos e estéreis; e a fama a que os poetas se sacrificam, e que confessam ser o único preço de seus escritos, ainda é inferior à dos oradores⁴¹.

Ademais, é curioso observar que os romanos, tal como corriqueiramente vemos na atualidade, pagavam vultosas quantias por obras de arte de artistas já falecidos. Não davam, no entanto, o mesmo valor ao trabalho dos artistas vivos, o que fica muito claro nas palavras de Sêneca: “Adoramos as imagens e desprezamos os que as esculpem”⁴².

Vê-se, assim, que os autores e artistas, no geral, não obtinham grande compensação financeira pelos seus trabalhos. Eram impulsionados, em realidade, mais pelo interesse moral, pela glória e pelo reconhecimento dos concidadãos, do que propriamente pela pretensão de lucro com a exploração da obra.

Enfim, ao lado de todas essas dificuldades, deve-se ainda acrescentar que havia na sociedade romana

³³ SCHICKERT, 2005, p. 72.

³⁴ COSTA NETTO, 2008, p. 51.

³⁵ FRAGOSO, 2009, p. 61.

³⁶ JORDÃO, Levy Maria. A propriedade litteraria não existia entre os romanos. In: *Historia e Memórias da Academia Real das Sciencias de Lisboa: Classe de Sciencias Moraes, Politicas, e Bellas-lettas*, tomo II, parte II. Lisboa: Academia, 1863, p. 10.

³⁷ ROCHA, 2001, p. 15.

³⁸ JORDÃO, op. cit., p. 12.

³⁹ JORDÃO, op. cit., p. 4-7.

⁴⁰ JORDÃO, op. cit., p. 3.

⁴¹ JORDÃO, 1863, p. 2-3.

⁴² EBOLI, 2006, p. 18.

repulsa e reprovação pela conduta do criador que explorava economicamente sua obra, o que configurava mais um obstáculo para o desenvolvimento dos direitos patrimoniais de autor⁴³.

3.4 A defesa do autor como um problema atinente aos direitos reais

O problema atinente ao reconhecimento dos chamados direitos patrimoniais do autor está ligado ao fato de se saber se o Direito Romano admitia a existência de direitos intelectuais. É certo que o livro, antes de sua publicação, era propriedade de seu autor, o qual poderia, inclusive, mantê-lo inédito. No entanto, a indagação que deve ser respondida refere-se à situação depois da venda ou cessão da obra.

Parece-nos acertada, apesar da grande polêmica existente sobre o tema, a posição de Lipszyc, a qual afirma que em Roma a “criação intelectual era regida pelo direito de propriedade comum”, já que o autor, ao criar uma obra literária ou artística, produzia uma coisa, a qual poderia ser alienada por seu proprietário, como qualquer outro bem material⁴⁴.

Seja como for, a questão relativa à *res incorporalis* no Direito Romano está longe de ser pacífica. Pode-se citar, nessa linha, o estudo de Marie Claude D’Ock, o qual

[...] atesta com robustez, que havia estruturas sociais e econômicas a demonstrar que a noção de ‘propriedade literária’ em Roma estava presente, ainda que indiretamente e em regiões localizadas⁴⁵.

A controvérsia surge, precipuamente, em razão do tratamento dado pelo Direito Romano aos textos literários (*scriptura*) e às pinturas (*pictura*).

De acordo com Gaio, se alguém escreve em papiro ou pergaminho, ainda que com letras de ouro, o objeto pertence ao proprietário do papiro ou pergaminho. O mesmo não acontecia na hipótese de pintura, que pertencia ao pintor, a despeito de ter sido feita em tela alheia⁴⁶. O jurisconsulto considerava de difícil explicação a diversidade do tratamento dado ao tema (*cuius diversitate vix idonea ratio redditur*), mas deixou claro que a tela é que acede à pintura⁴⁷.

A ideia também foi acolhida por Justiniano, nas Institutas (553 a.C.), o que pode ser observado no Livro Segundo, que trata “Da divisão das coisas” (Inst. 2.1.33 e Inst. 2.1.34)⁴⁸. De fato, a solução acolhida pelo direito justinianeu é aquela que considerava principal não a coisa de maior valor ou volume, mas sim aquela que imprimia ao todo sua função social. Assim, no caso particular da *pictura*, os sabinianos consideravam principal a tela, enquanto que os proculianos a obra pintada. Justiniano, interrompendo a disputa, considerou que o quadro pertencia ao pintor, que deveria, porém, indenizar o valor da tela⁴⁹.

Em relação ao tema, ensina Moreira Alves que nas hipóteses de acessão de coisa móvel a coisa móvel,

[...] quanto à *scriptura*, sempre se julgou, no direito romano, que o escrito acede ao material sobre o qual se escreve; assim, se alguém escrevesse em material alheio, o escrito passava, materialmente (e não literalmente) [ao dono da matéria]⁵⁰.

Já no caso de pintura sobre tela alheia, destaca o romanista que no direito clássico havia divergência no que toca à solução do problema. Alguns entendiam que “as tintas acediam à tela, e, assim, o proprietário dela se tornava proprietário do quadro; outros eram de opinião contrária — o quadro passava à propriedade do pintor”. No entanto, ao final, como já mencionamos, prevaleceu a tese de que o quadro passava à propriedade do pintor, opinião seguida por Justiniano⁵¹.

Diante das soluções encontradas pelo Direito Romano, bem como com respaldo nas lições de Moreira Alves, conclui Chinellato que

[...] os romanos tinham plena consciência da diferença entre suporte físico da obra e a criação intelectual que deu origem à terminologia de fundamental importância para o direito autoral: *corpus mechanicum* e *corpus mysticum*⁵².

Em sentido contrário, Brunner assevera que

[...] o direito romano não conhecia nenhuma diferenciação entre a propriedade do objeto no

⁴³ LEITE, Eduardo Lycurgo. *Plágio e Outros Estudos em Direito de Autor*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 116.

⁴⁴ LIPSZYC, 1993, p. 29.

⁴⁵ CHINELLATO, 2008, p. 43.

⁴⁶ ROCHA, 2001, p. 16.

⁴⁷ CHINELLATO, 2008, p. 29.

⁴⁸ CHINELLATO, loc. cit.,

⁴⁹ SANFILIPPO, Cesare. *Istituzioni di diritto romano*, 10. ed. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2002, p. 205.

⁵⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1, p. 299.

⁵¹ Id.

⁵² CHINELLATO, 2008, p. 32.

qual um trabalho intelectual estava incorporado e o trabalho em si mesmo⁵³.

Não é outro o entendimento de Picard, o qual lembra que repugnava ao espírito eminentemente positivo e materialista dos romanos a ideia de que “uma coisa puramente intelectual pudesse ser objeto de um direito”⁵⁴.

Levy Maria Jordão, com efeito, atento ao problema mencionado, adverte que “a diversidade da solução das duas hipóteses não provinha da diferença entre o papel e a escrita, entre o quadro e a tela”, mas sim decorria do princípio da *praevalentia*⁵⁵.

Parece-nos, a despeito das inúmeras interpretações voltadas para a análise da questão da *pictura* e da *scriptura*, que os romanos não estavam preocupados com nenhum tipo de questionamento envolvendo uma suposta “propriedade intelectual”, mas sim tinham em vista apenas a resolução do problema da atribuição da propriedade material em caso de escrito ou de pintura feitos em bens alheios⁵⁶.

4 Considerações finais

A partir dessas premissas, é fácil de se constatar que o Direito de Autor não existia em Roma e muito menos na Grécia. Em Roma, apenas de forma embrionária poderia ser assegurada a proteção de alguns aspectos da personalidade do autor, que não obstante a ausência de registro histórico, poderiam ser tutelados pela *actio iniuriarum*.

Ainda, ao que tudo indica, os romanos tinham consciência da distinção entre o *corpus mechanicum* e o *corpus mysticum*, porém, isso não outorgou à *res incorporalis* uma proteção patrimonial. E não poderia ser diferente, pois seria bastante difícil pretender que um povo aristocrático, pragmático e guerreiro,

preocupado com questões concretas, pudesse ter reconhecido ao autor o direito exclusivo de reprodução de sua obra, bem como a remuneração pela produção de cada novo exemplar dela.

Assim sendo, a despeito do comércio de obras intelectuais ter se desenvolvido muito em Roma, os autores não obtinham grande compensação financeira pelos seus trabalhos, pois acabavam sendo explorados pelos editores e comerciantes. Por isso, pode-se afirmar que a glória e o reconhecimento dos concidadãos impulsionavam a produção de obras do espírito, ficando o lucro com sua exploração relegado a um segundo plano.

Por conseguinte, acreditamos que, não obstante a importância dos desenvolvimentos ocorridos na Antiguidade Clássica, os direitos autorais não foram reconhecidos nas sociedades grega e romana, pois o que existiu foi apenas uma proteção embrionária e fragmentada de alguns pontos da matéria, que não pode ser comparada com a tutela posteriormente outorgada pelo Estatuto da Rainha Ana (1710) e pelos decretos franceses de 1791 e 1793.

Bibliografia

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1.

BRUNNER, Richard. *Urheber- und leistungsschutzrechtliche Probleme der Musikdistribution im Internet: unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie 2001/29/EG und ihrer Umsetzung in deutsches Recht*. Berlin: Tenea, 2004.

CARBONI, Guilherme. *Direito Autoral e Autoria Colaborativa: na Economia da Informação em Rede*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Notas sobre plágio e autoplágio. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 29, p. 305-328, jan./jun. 2012.

_____. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. Tese para Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. 2. ed. São Paulo: FTD, 2008.

⁵³ Tradução livre: “Das römische Recht kannte keine Differenzierung zwischen dem Eigentum an dem Gegenstand, in dem ein geistiges Werk verkörpert war und dem Werk selbst” (BRUNNER, Richard, *Urheber- und leistungsschutzrechtliche Probleme der Musikdistribution im Internet: unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie 2001/29/EG und ihrer Umsetzung in deutsches Recht*, p. 13).

⁵⁴ PICARD, Edmond. *Le Droit Pur*, Paris: Ernest Flammarion, 1908, p.93.

⁵⁵ JORDÃO, 1863, p. 14.

⁵⁶ Nesse sentido também se manifesta Rehinder, para quem a disputa entre os sabinianos e proculianos em torno da pintura ou escrita feita em objeto alheio diz respeito meramente ao problema da aquisição da propriedade de um novo bem, que surge como decorrência de uma especificação, não tendo a discussão nenhuma relação com o direito aos bens intelectuais (REHBINDER, Manfred, *Urheberrecht*, p. 7).

- EBOLI, João Carlos de Camargo. *Pequeno Mosaico do Direito Autoral*. São Paulo: Irmãos Vitale, 2006.
- FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- GAUDENZI, Andrea Sirotti. *Il nuovo diritto d'autore*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2009.
- GAUTIER, Pierre-Yves. *Propriété littéraire et artistique*. 7. ed. Paris: PUF, 2010.
- HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. 6.
- JORDÃO, Levy Maria. A propriedade litteraria não existia entre os romanos. In: *Historia e Memorias da Academia Real das Sciencias de Lisboa: Classe de Sciencias Moraes, Políticas, e Bellas-lettras*, tomo II, parte II. Lisboa: Academia, 1863, p. 1-15.
- LEITE, Eduardo Lycurgo. *Plágio e Outros Estudos em Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LIPSZYC, Delia.. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Unesco, 1993.
- MENDES, Mauro. *Virgílio e os cantadores*. Disponível em: <http://www.arquivors.com/mmendes_virgilio.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2011.
- PICARD, Edmond. *Le Droit Pur*. Paris: Ernest Flammarion, 1908.
- REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht*. 16. ed. München: C. H. Beck, 2010.
- ROCHA, Daniel. *Direito de autor*. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001.
- SANFILIPPO, Cesare. *Istituzioni di diritto romano*. 10. ed. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2002.
- SCHICKERT, Katharina. *Der Schutz literarischer Urheberschaft im Rom der klassischen Antike*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.
- VELASCO, Ignácio Maria Poveda. *Actio iniuriarum e direito de Autor*. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 17, p. 109-114, jan./mar. 1993.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Estatuto da Rainha Ana: estudos em comemoração dos 300 anos da primeira lei de *copyright*. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 39, dez. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao039/leonardo_zanini.html>. Acesso em: 10 jan. 2013.

Atos vinculados de julgamento de processo administrativo disciplinar: temperamentos pelos princípios da proporcionalidade e justiça

Antonio Carlos Alencar Carvalho*

Resumo

O artigo procura demonstrar que a vinculação da autoridade julgadora de processo administrativo disciplinar, nos casos de penas máximas, não autoriza a aplicação mecânica da lei sem a consideração das peculiaridades do caso concreto e dos efeitos da paralela incidência dos princípios da justiça, proporcionalidade e individualização da pena, com o mandamento de que deve haver perfeita harmonia entre a sanção imposta e a gravidade da conduta, o que não afasta a pertinência da demissão, da cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou da destituição de cargo em comissão, nas situações de cometimento de infrações graves, com grave desonestidade funcional, improbidade administrativa dolosamente cometida, crime contra a Administração Pública ou conduta com violência ou ameaça contra pessoa, prejuízos ao Erário causados por dolo e má-fé.

Palavras-chave: Processo administrativo disciplinar. Atos vinculados de julgamento. Temperamentos.

1 Introdução

Tema que causa perplexidades na casuística da Administração Pública é o dos julgamentos de processo administrativo disciplinar em que as penas cabíveis para as condutas praticadas constituem atos vinculados: há possibilidade de a autoridade ou órgão decisor aplicar pena menos grave do que a prevista prévia e genericamente no Estatuto dos Servidores Públicos? Ou deve haver a mecânica aplicação da norma à revelia das circunstâncias do caso concreto? Em quais situações se justifica temperamento ao exercício da competência vinculada?

* Procurador do Distrito Federal desde 1996, autor do livro *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública* (2. ed., 1.286 páginas, editora Fórum, 2011), advogado em Brasília/DF, especialista em Direito Público e Advocacia Pública pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

Enfrentamos o tema nos originais da 3ª edição revista, atualizada e aumentada do nosso Manual de Processo Administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública, com originais no prelo, em vias de lançamento nacional pela Editora Fórum, 2012, e agora calha abordar o tema neste artigo.

2 Importância da motivação dos atos administrativos vinculados

A obrigatoriedade da existência do motivo autorizador é mais que patente no caso da atividade administrativa vinculada, quando todos os elementos do ato administrativo são regulados pela lei, sem margem de consideração do administrador público quanto ao motivo e ao objeto respectivos, com reservas, em certos casos, todavia, da incidência dos princípios da justiça, proporcionalidade e individualização da pena, especialmente quando não houver grave desonestidade funcional, nem prejuízos relevantes ao Erário, nem enriquecimento ilícito do infrator, nem violência contra pessoa ou crime contra a Administração Pública.¹

É lógico que, mesmo em atos vinculados sancionadores, deve haver harmonia entre a gravidade da infração, diante da consideração das circunstâncias do caso, e da penalidade aplicada.

Enuncia Weida Zancaner²:

No exercício dos poderes vinculados, a concreção do direito se perfaz através de um processo interpretativo e aplicativo da lei, pois, em ocorrendo as condições de fato, cujos conceitos se encontram previstos hipoteticamente na regra de direito, a norma incide, e o administrador tem que agir do modo que ela previu, independentemente

¹ Qual é o risco para a segurança nacional que determinaria a demissão de um ocupante de cargo público de motorista, lotado em repartição no interior, em pequeno município, apenas porque, para conseguir sustentar a família, aceitou emprego de motorista de um consulado ou representação diplomática de um país com boas relações consulares com o Brasil?

² ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 69.

de seu querer, visto estar vinculado à determinação legal. Nestes casos, o administrador apenas constata o suposto de fato, contrasta-o com o tipo legal e, havendo subsunção do conceito do fato ocorrido no mundo tangível ao conceito do suposto descrito na regra de direito, age o administrador, nos termos estritamente previstos pela norma, sendo-lhe defeso outra conduta ter, que não aquela prescrita.

Na atuação vinculada, a motivação é sobretudo relevante para a legalidade dos atos praticados pela Administração Pública, porquanto é a efetiva existência dos motivos previstos em lei que autoriza a expedição das respectivas decisões pelo Estado, as quais, inclusive, já foram previamente definidas, em tese, em um diploma legal.

O ato vinculado tem seu objeto e motivo previamente regrados na lei, visto que o legislador, previamente, determinou a providência que deveria ser adotada pelo administrador público, uma vez que ocorressem, no mundo fático, os seus pressupostos, ressalvada a paralela incidência de princípios controladores da proporcionalidade e justiça no ato administrativo diante do caso concreto.

Por conseguinte, a motivação, nas hipóteses de vinculação, cinge-se, em regra, à prova da existência do motivo estipulado em lei como determinante da prática da providência já indicada no texto legal, mas não dispensa o cotejo das circunstâncias e parâmetros dosimétricos de penalidades no exercício do poder disciplinar estatal.

Cometido crime contra a Administração Pública, evidenciado mediante as provas pertinentes, impõe-se ao hierarca superior aplicar a sanção demissória (art. 132, I, Lei federal 8.112/1990).

Não se tolera, em hipótese de vinculação, quando configurada a expressiva e inequívoca gravidade da conduta e o elevado grau de censurabilidade ao proceder do faltoso, que a autoridade administrativa deixe de demitir o acusado, movida por uma questão de conveniência ou oportunidade (juízo discricionário), seja pela falta de pessoal na repartição, seja pela excelente qualificação do servidor, incurso em infração passível de penalidade demissória (como é o caso de crime contra a Administração Pública).

O legislador ditou ao administrador público a providência única a ser adotada, caso o fato ensejador de demissão, expressamente previsto no estatuto funcional pertinente, seja configurado na conduta do servidor acusado.

Evidentemente, entretanto, que a providência punitiva, mesmo em atos vinculados, deve guardar

harmonia com os princípios constitucionais e legais reitores da Administração Pública, como os da proporcionalidade, razoabilidade, moralidade, eficiência e individualização da pena, como se abordará mais adiante, no item referente ao julgamento do processo administrativo disciplinar em casos de vinculação da autoridade decisora.

É intuitivo que o legislador exerceu, sim, um juízo de ponderação de valores e de escolha da retribuição cabível a determinadas condutas como regramento genérico nos casos de cabimento de infrações e decorrentes sanções mais graves, o que, não obstante, não significa que o sistema jurídico-disciplinar elencou apenas retoricamente os princípios da proporcionalidade, justiça e individualização da pena, facultando, paradoxalmente, uma aplicação mecanicista da lei pela autoridade administrativa, apesar de as circunstâncias do caso concreto apontarem no sentido da aberrante injustiça da decisão demissória ou de cassação de aposentadoria no caso concreto, ante as circunstâncias peculiares apuradas.

É claro que foi delineado pelo legislador um parâmetro de ponderação de certas condutas reputadas como determinantes do rompimento do vínculo funcional ou previdenciário do infrator com a Administração Pública. A prática de conduta escandalosa na repartição, a improbidade praticada dolosamente, com má-fé, com grave desonestidade funcional, o crime contra a Administração Pública, a obtenção de vantagem em troca do exercício funcional, o abandono do cargo e o descaso da inassiduidade habitual, a dolosa dilapidação do patrimônio público ou desvio de verbas estatais, a corrupção, dentre outras condutas merecem repúdio na disciplina legislativa e justificam a expulsão dos quadros administrativos. Nesses casos, uma vez justificada e corretamente promovido o enquadramento jurídico dos fatos nesses tipos, não haverá como se justificar medida punitiva outra que não a pena máxima.

Isso não significa, contudo, que certos comportamentos em tese previstos como causa de demissão não possam, em concreto, ante as circunstâncias apuradas, como o bom comportamento, a prestação de serviços relevantes para a Administração Pública, os elogios funcionais, a ausência de prejuízos ao Erário, a inexistência de enriquecimento sem causa, a não configuração de grave desonestidade funcional ou de severa ruptura da confiança nele depositada pelo Estado nem abalo da dignidade moral e profissional do infrator, o abandono há anos da ação ilícita, não seja possível aplicar pena distinta da máxima, proporcional

à real e específica gravidade do cenário fático apurado concretamente.

Não se pode sentenciar que, absolutamente sem exceções, em todas as situações, genérica e independentemente das circunstâncias verificadas no caso concreto, o administrador público seja um autômato servil da norma, estando supostamente forçado a aplicar a pena máxima vinculada, a despeito de reconhecer a aberrante desproporção da penalidade para a menor gravidade do fato, apesar da grotesca violação do princípio da justiça e do desprezo ao mandamento constitucional da individualização da pena, do claro vilipêndio ao ditame da dignidade da pessoa humana, dos efeitos devastadores desnecessários contra o servidor apenado e sua família, inadequados e demasiados na espécie.

O direito enaltece o bom-senso, a razoabilidade como referência para o exercício correto e justo do poder disciplinar também.

A relação de harmonia não pode ser rompida: fato muito grave, pena muito grave.

Mas realmente não se justifica que o administrador público feche os olhos com vendas para não atender para a injustiça que comete no julgamento concreto, desconsiderando a análise de efetiva ofensa ou ameaça ao bem jurídico tutelado pela conduta infrativa apurada.

Fosse a aplicação da norma em casos de vinculação em tese da autoridade administrativa uma atividade mecânica, não teria sido confiada a seres humanos, investidos de competência decisória, de juízo de prudência e discernimento, de ânimo de equidade, de fazer justiça em concreto — a tarefa poderia ser exercida por robôs ou computadores.

O direito administrativo disciplinar é exercido por e contra seres humanos.

A vinculação administrativa não foi instituto criado para que o titular do poder disciplinar agisse sob a consciência de que faz injustiça flagrante na espécie, que adota medida demasiada, excessiva, aberrantemente desproporcional.

O legislador conferiu certos limites ao poder decisório nos casos de atos vinculados, mas não se pode concluir que isso significa que a previsão genérica legislativa tornou secundária a incidência dos princípios da justiça, proporcionalidade e individualização da pena, em certas situações com circunstâncias indicativas de que a pena máxima é francamente injusta naquele caso.

É lógico que não como, a pretexto de invocação de princípios constitucionais de justiça e proporcionalidade, tentar justificar a permanência do corrupto primário, do que, apesar de bons antecedentes, comerce sua função pública para lograr proveito para si ou terceiros, para o que agride outras pessoas, o que, a despeito de elogios funcionais anteriores, comete crime contra a própria Administração Pública a que perverte, o que age com grave desonestidade funcional, que revele insustentável manter a confiança do Estado na pessoa do infrator desonesto, do que dolosamente aplica mal dinheiro público, desvia recursos públicos, fraudula licitações ou contratos administrativos, exige ou solicita ou recebe vantagens de valor não desprezível a troco do desempenho funcional, e outras ações substancial e manifestamente graves. Infração muito grave, pena muito grave, não há desproporção nessa relação de harmonia entre fato e sanção.

3 A fórmula do reenquadramento jurídico mais adequado aos fatos

Além disso, em incontáveis casos de alegação de prática de atos vinculados sancionadores, há um errôneo enquadramento jurídico dos fatos, promovido culposa ou dolosamente.

Calha lembrar ainda que, a despeito da ponderação de valores procedida pelo próprio legislador nos casos de atos sancionadores disciplinares, inclusive sob o prisma da proporcionalidade dos fatos e tipos disciplinares e penas respectivamente arbitradas em tese, as circunstâncias do caso concreto podem conduzir, muitas vezes, a um reenquadramento jurídico mais adequado se a penalidade que se entremostra resultante da equação fato-norma se afigura exacerbada ou manifestamente injusta.³

É pertinente lembrar a orientação do emérito administrativista português Diogo Freitas do Amaral⁴

³“III - *In casu*, revela-se desproporcional e inadequada a penalidade de demissão do cargo de técnico do seguro social imposta à impetrante, por ter se utilizado de veículo contratado pela agência Rio de Janeiro/Sul do INSS, para efetuar deslocamentos no percurso residência/trabalho e vice-versa, enquanto no exercício do cargo de gerente executiva daquele posto de atendimento, tendo em vista seus bons antecedentes funcionais, a ausência de prejuízo ao erário, bem como a sua comprovada boa-fé. Segurança concedida, sem prejuízo da imposição de outra penalidade administrativa, menos gravosa. Prejudicado o exame do agravo regimental da União.” (Superior Tribunal de Justiça, MS 1.3716/DF, Min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 13/02/2009).

⁴AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. V. II. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 91.

no sentido de que os órgãos executores do direito são comissionados para procurar

[...] o que é a medida justa do caso concreto, por modo a empenhar a sua responsabilidade e a sua melhor ciência e consciência, sim, mas ao mesmo tempo também por um modo criativo e talvez mesmo inventivo.

Sob outro plano de consideração, boa parte da doutrina também propõe, como Sebastião José Lessa, que a estrita vinculação administrativa na imposição de penalidades também seja contornada por meio da desclassificação da conduta e seu reenquadramento em outra previsão legal de melhor talhe jurídico, uma vez que o julgador se convença ideologicamente que o conjunto fático-probatório leva a tanto, melhor ajustando os fatos à norma compatível com a infração cometida.

Se a demissão se revela agressiva ao princípio da proporcionalidade e/ou da razoabilidade, que desaconselham a pena, é evidência, na verdade, de aplicação do princípio da insignificância, ou de se concluir que o comportamento sujeito à penalidade demissória (motivo de fato e de direito) na verdade não ocorreu, porquanto a conduta apenada com a expulsão do serviço público não foi cometida.

Por exemplo, se a autoridade administrativa se convence de que, a despeito da classificação pelo colegiado disciplinar de certa conduta como insubordinação grave em serviço, passível de demissão (art. 132, VI, Lei federal 8.112/1990), na verdade a imposição de pena máxima se afigura exagerada, demasiada, ante as circunstâncias fáticas, deve retipificar a acusação para, por exemplo, desobediência ao dever de urbanidade, sujeito a pena de advertência ou suspensão (art. 116, XI, c/c art. 129, *fine*, Lei federal 8.112/1990).

Em muitas situações, o problema decisório reside no mau enquadramento da conduta, que pode afastar a discussão de vinculação no exercício do poder disciplinar sancionador.

Afigura-se, destarte, que a solução dos casos polêmicos pode passar, na maioria das situações, por esse entendimento, no sentido de não se enquadrarem os fatos no tipo de demissão, quando as circunstâncias objetivas e subjetivas, a menor gravidade do fato, sua insignificância, o bom-senso, a justiça, apontam para o melhor enquadramento em outro modelo típico disciplinar cominatória de reprimenda mais branda.

4 Princípio da insignificância

Em outras situações, o princípio da insignificância pode ser definitivo para evitar a punição.

O doutor em direito pela Universidade de Valência, o aclamado administrativista espanhol Juan B. Lorenzo de Membiela, em sua magistral obra, aponta que a insignificância jurídica afeta a própria tipicidade material do ilícito administrativo, quando não ocorra uma efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado, no que se arrima na lição do direito alemão.⁵

5 A definição das infrações mais graves não se destina exclusivamente a vincular a autoridade julgadora do processo disciplinar, mas tem finalidade garantista para os servidores públicos, pelo princípio da tipicidade

Não se pode perder de vista a perspectiva também garantista do direito administrativo disciplinar sob a ótica da tipicidade⁶ das infrações mais graves, sujeitas a penas mais severas: não foi exclusivamente com o fim de suprimir a liberdade decisória da autoridade administrativa julgadora que o legislador delimitou os casos submetidos, em tese, a sanções demissórias ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, mas também com o efeito de conferir segurança jurídica aos servidores públicos, no sentido de que somente nesses casos expressamente arrolados é que poderia suceder a perda do cargo ou da inatividade remunerada, modo por que não se pode, em casos extremos, quando não há como reenquadrar juridicamente os fatos, por falta de preceito legal mais brando no estatuto disciplinar, nem aplicar o princípio da insignificância, aplicar de forma mecânica pena manifestamente excessiva para a menor gravidade da ação do infrator, ainda que em nome da vinculação.

Nessa situação singular, merece acolher a doutrina do direito português⁷, que admite

⁵ MEMBIELA, Juan B. Lorenzo de. *Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera*. Segunda edición. Navarra: Aranzandi, 2008, p. 135.

⁶ "Las infracciones o faltas, así como las sanciones disciplinarias deben estar perfectamente descritas y predeterminadas." (MEMBIELA, Juan B. Lorenzo de. *Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera*. Segunda edición. Navarra: Aranzandi, 2008, p. 130.)

⁷ "Assim, uma vez considerado o princípio da proporcionalidade como critério para determinar as sanções, a operação lógica operado pelo juiz penal e pela Administração é exactamente a mesma: ambos apreciam se os factos se verificaram ou não e uma vez constatado

temperamentos à regra da tipicidade ou vinculação no exercício sancionador disciplinar, abrandando a rigidez formal do sistema definidor das infrações mais graves e das penas cabíveis, o qual não pode deixar de ser sobretudo interpretado como uma garantia dos servidores⁸, a permitir, excepcionalmente, a aplicabilidade de pena proporcionalmente grave, mas não máxima, a depender da hipótese concreta.

Uma das funções paralelas do art. 132, da Lei 8.112/1990, não se pode esquecer, foi proporcionar segurança jurídica aos servidores públicos de conhecerem as hipóteses de condutas consideradas graves e suscetíveis, em princípio, de penas severas, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, a bem do princípio da tipicidade das infrações disciplinares (pelo menos as muito graves).

O preceito legal funciona como limite de atuação da autoridade administrativa no exercício do poder disciplinar. Não poderá demitir fora dos casos taxativamente tipificados no art. 132, do Estatuto Federal.

A finalidade importante, se não precípua, da definição exaustiva dos casos de aplicação de penas máximas é garantista, tolhendo a incidência dessas penalidades em situações não descritas, o que não pode ser objeto de interpretação que exclusivamente enfatize o caráter vinculado do julgamento da autoridade administrativa, suprimindo do juízo decisório da Administração Pública os indispensáveis requisitos conformadores irradiados pelos princípios da justiça e da proporcionalidade e individualização da pena.

6 Relação de harmonia entre os fatos e a pena: eventuais circunstâncias favoráveis ao infrator não excluem penas máximas para transgressões muito graves

Nunca se olvide, contudo, que o vedado pelo sistema é o excesso flagrante no poder disciplinar, não que para ilícitos inequivocamente graves não possa a autoridade administrativa impor penas demissórias ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ainda que exista alguma circunstância favorável ao acusado.

É evidente que o infrator primário que estupra colega de trabalho na repartição, ou o corrupto que desvia dezenas ou centenas de milhares de reais pela primeira vez, deve, sim, ser demitido, a despeito da primariedade, pois a equação gravidade de conduta e correspondente punição severa está harmônica.

A prática de crime contra a Administração Pública justifica demissão, dentre outras condutas gravíssimas.

É preciso recordar que a demissão é reservada para irregularidades gravíssimas, em que se patenteia elevado o grau de censura à conduta. Luís Vasconcelos Abreu, professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito de Lisboa, confirma o elo entre as sanções disciplinares⁹ máximas para condutas que revelem a impossibilidade de manutenção do vínculo do agente com a Administração Pública, sobretudo a quebra de confiança¹⁰:

que sim verificam se são subsumíveis a uma norma que preveja uma consequência punitiva. Esta não se encontra total e absolutamente determinada e deve concretizar-se em face das circunstâncias concorrentes, presididas pelo princípio da proporcionalidade. Portanto em ambos os casos, a legislação fixa um Direito punitivo abstrato onde se permitem várias opções de entre as quais o juiz penal ou a Administração deverão escolher a punição adequada ao caso concreto, de acordo com os princípios nela contidos. Consequentemente e por esse processo não há em nenhum caso diversas soluções justas a partir da norma, mas apenas uma única.” (FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva. *O poder disciplinar no estatuto dos trabalhadores da Administração Pública: Lei 58/2008 — doutrina — jurisprudência*. Alfornelos: Petrony, 2011, p. 421.)

⁸“No Estado de direito, as normas punitivas de direito disciplinar que prevejam penas expulsivas, atenta a gravidade destes, têm de cumprir uma função de garantia. Têm, por isso, de ser normas delimitadoras. [...] Não há que ter medo da técnica da tipicidade aplicada ao Direito Disciplinar, pois também ela pode ser sensível a alguns abrandamentos que lhe retirem a rigidez formal de que longamente se serviu.” (HENRIQUES, M. Leal. *Procedimento disciplinar: função pública, outros estatutos, regime de férias, faltas e licenças*. 5. ed. Rei dos Livros: Lisboa, 2007, p. 163.)

⁹ABREU, Luís Vasconcelos. *Para o estudo do procedimento disciplinar no Direito Administrativo português vigente: as relações com o processo penal*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 43.

¹⁰A respeito da quebra de confiança como fator determinante da extinção sancionadora do vínculo funcional do servidor com a Administração Pública, calha trazer a lume a cátedra de Luís Vasconcelos Abreu, professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito de Lisboa:

“Saber, por exemplo, se uma determinada pessoa pode continuar como agente administrativo depende mais do seu comportamento — avaliação baseada em factos, não arbitrária —, do que das consequências de suas ações. Toda a [sic] *relação de trabalho* subordinado assenta em elementos pessoais, designadamente na confiança entre as partes, assumindo os chamados deveres acessórios um vigor reforçado. Ora, a confiança pode ser posta em causa pela simples realização de determinadas condutas violadoras dos deveres a que o agente se encontra vinculado, independentemente da produção de resultados materiais negativos pelas mesmas.” (ABREU, Luís Vasconcelos. *Para o estudo do procedimento disciplinar no direito administrativo português vigente: as relações com o processo penal*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 29-30.)

A finalidade característica das medidas disciplinares é, pois, a prevenção especial ou correção, motivando o agente administrativo que praticou uma infração disciplinar para o cumprimento, no futuro, dos seus deveres, sendo as finalidades retributiva e de prevenção geral só secundária ou acessoriamente realizadas. Quando a gravidade da infração praticada torne impossível a subsistência da relação, terá lugar a aplicação de uma medida expulsiva, ficando o corpo de agentes administrativos livre de quem, pela sua conduta, mostrou não possuir condições para lhe pertencer, já que não dá garantias de poder continuar a contribuir para assegurar a capacidade funcional da Administração.

A aplicação de pena diversa da demissão em caso de fatos sujeitos em tese a essa penalidade supõe bom-senso decisório e prudência, sentimento de fazer justiça no caso concreto e individualizar a pena, sem condescendência nem imoralidade no ato de julgamento, e sobretudo que não tenha havido prejuízos ao Erário dolosamente causados pela conduta; não exista ato de improbidade administrativa (requisito dolo); não exista grave descumprimento do dever nem desonestidade, nem a obtenção de proveito para si ou para outrem por parte da ação do agente infrator.

Não se pode, contudo, a pretexto de longo tempo de serviços prestados pelo acusado deixar de demitir se a conduta é gravíssima, se há obtenção de vantagens dolosamente, se há prática de crimes contra a Administração Pública ou especificamente arrolados no estatuto disciplinar, ou se a pena mais branda não corresponde à necessidade de punição compatível com a extrema gravidade da transgressão.

Tem que haver coerência e proporcionalidade entre a infração e a punição, tolhendo-se abrandamentos injustificados e imorais de sanções necessárias e compatíveis com a severidade do ilícito praticado.

Somente não se pode excluir, em casos especiais, o adequado exercício do poder disciplinar com penas de suspensão de 90 dias, por exemplo, caso justificado na situação concreta, em vez de uma demissão mecânica e manifestamente desproporcional para o caso, depois de não se poder equacionar o impasse pelo reequadramento jurídico da conduta nem pela incidência do princípio da insignificância.

7 Parâmetros constitucionais conformadores do julgamento do processo disciplinar

Não se pode olvidar que a perda do cargo público pelo servidor efetivo diz com o princípio constitucional

do direito de acesso aos postos administrativos e permanência neles (sólido no direito espanhol¹¹), o direito ao trabalho na Administração como meio de assegurar a sobrevivência do funcionário e de sua família, a preservação da dignidade e da moral profissional, da reputação, que pode ser aniquilada por uma demissão, que pode decretar a miséria do funcionário, amiúde com faixa etária que lhe obsta o acesso ao mercado de trabalho preconceituoso na iniciativa privada ou de labéu decorrente da sentença demissória que não pode ser elidido do nome abalado do servidor punido, até porque o fato apurado chega pela imprensa ao conhecimento geral.

É pertinente a admoestação de Raquel Dias da Silveira:

Todo e qualquer servidor público, estatutário ou trabalhista, é, antes de tudo, trabalhador. Um trabalhador que precisa ser tratado com o respeito e a dignidade que o direito confere ao ser humano, como profissional.¹²

Mas a jurisprudência ainda não aderiu plenamente a esse entendimento com muita flexibilidade, menos ainda a Administração Pública.¹³

O entendimento ora ventilado é abraçado, a seu modo, no Direito português positivo, pois, apesar de também regrar as hipóteses de condutas consideradas graves, sujeitas a demissão no seu art. 18¹⁴, ainda que

¹¹ “El derecho al cargo se proyectaría en exclusiva sobre el derecho a la permanencia en el puesto de trabajo y el ejercicio de funciones inherentes al mismo, en atención a que el término cargo, tal y como aparece plasmado en la Ley de Funcionarios de 1964, se utiliza como sinónimo de plaza, destino, puesto, funciones.” (MEMBIELA, Juan B. Lorenzo de. *Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera*. Segunda edición. Navarra: Aranzandi, 2008, p. 80.)

¹² SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 60.

¹³ “Tratando-se de conduta tipificada na Lei 8.112/1990 como infração passível de demissão, a comprovação da autoria e da materialidade em processo administrativo disciplinar, regularmente instruído e desenvolvido com observância aos princípios constitucionais, em especial, da ampla defesa e do contraditório, enseja a aplicação da penalidade legalmente prevista, motivo pelo qual não há falar em vício no ato administrativo apontado como coator.” (MS 14404/DF, Mandado de Segurança 2009/0110096-6, rel. Min. Haroldo Rodrigues (desembargador convocado do TJ/CE) (8195), Órgão Julgador S3, Terceira Seção, data do julgamento 25/05/2011, data da Publicação/Fonte DJe 15/06/2011).

¹⁴ Artigo 18.º *Demissão e despedimento por facto imputável ao trabalhador*

1 – As penas de demissão e de despedimento por facto imputável ao trabalhador são aplicáveis em caso de infração que inviabilize a manutenção da relação funcional, nomeadamente aos trabalhadores que:

a) Agridam, injuriem ou desrespeitem gravemente superior hierárquico, colega, subordinado ou terceiro, em serviço ou nos

não em caráter exaustivo como sucede no sistema brasileiro da Lei federal 8.112/1990, o Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem funções públicas (Lei 58/2008, Portugal) prevê expressamente, à semelhança, *mutatis mutandis*, do art. 128, do Estatuto federal brasileiro:

Artigo 20.

Escolha e medida das penas

Na aplicação das penas atende-se aos critérios gerais enunciados nos artigos 15.º a 19.º, à natureza, missão e atribuições do órgão ou serviço,

locais de serviço;

b) Pratiquem actos de grave insubordinação ou indisciplina ou incitem à sua prática;

c) No exercício das suas funções, pratiquem actos manifestamente ofensivos das instituições e princípios consagrados na Constituição;

d) Pratiquem ou tentem praticar qualquer acto que lese ou contrarie os superiores interesses do Estado em matéria de relações internacionais;

e) Voltem a praticar os factos referidos nas alíneas c), h) e i) do artigo anterior;

f) Dolosamente participem infracção disciplinar supostamente cometida por outro trabalhador;

g) Dentro do mesmo ano civil dêem 5 faltas seguidas ou 10 interpoladas sem justificação;

h) Sendo nomeados ou, não sendo titulares de cargos dirigentes ou equiparados, exerçam as suas funções em comissão de serviço, cometam reiterada violação do dever de zelo, iniciada em processo de averiguações instaurado após a obtenção de duas avaliações de desempenho negativas consecutivas apesar da frequência de formação adequada aquando da primeira avaliação negativa;

i) Divulguem informação que, nos termos legais, não deva ser divulgada;

j) Em resultado da função que exercem, solicitem ou aceitem, directa ou indirectamente, dádivas, gratificações, participações em lucros ou outras vantagens patrimoniais, ainda que sem o fim de acelerar ou retardar qualquer serviço ou procedimento;

l) Comparticipem em oferta ou negociação de emprego público;

m) Sejam encontrados em alcance ou desvio de dinheiros públicos;

n) Tomem parte ou interesse, directamente ou por interposta pessoa, em qualquer contrato celebrado ou a celebrar por qualquer órgão ou serviço;

o) Com intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício económico ilícito, falem aos deveres funcionais, não promovendo atempadamente os procedimentos adequados, ou lesem, em negócio jurídico ou por mero acto material, designadamente por destruição, adulteração ou extravio de documentos ou por viciação de dados para tratamento informático, os interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhes cumpre, em razão das suas funções, administrar, fiscalizar, defender ou realizar;

p) Autorizem o exercício de qualquer actividade remunerada nas modalidades que estão vedadas aos trabalhadores que, colocados em situação de mobilidade especial, se encontrem no gozo de licença extraordinária.

2 - Tornando-se inviável a manutenção da relação funcional, as penas de demissão e de despedimento por facto imputável ao trabalhador são ainda aplicáveis aos trabalhadores que, encontrando-se em situação de mobilidade especial:

a) Exerçam qualquer actividade remunerada fora dos casos previstos na lei;

b) No gozo de licença extraordinária, exerçam qualquer actividade remunerada nas modalidades que lhes estão vedadas.

ao cargo ou categoria do arguido, às particulares responsabilidades inerentes à modalidade da sua relação jurídica de emprego público, ao grau de culpa, à sua personalidade e a todas as circunstâncias em que a infracção tenha sido cometida que militem contra ou a favor dele.

Isto é, apesar de a disposição legal lusitana abranger o art. 18 (penas dos arts. 15 a 19), nota-se que o fato de a lei prever os casos de demissão, conferindo uma certa margem de segurança jurídica aos acusados, em menor grau do que no sistema brasileiro e espanhol (que elencam taxativamente os casos de pena demissória), admite que a autoridade individualize a pena.

Entre nós, parece que a doutrina e a jurisprudência ainda precisam evoluir, conquanto com reservas para evitar impunidade ou condescendência, na exegese do art. 128, da Lei federal 8.112/1990.

8 Temperamento ao exercício mecânico do poder disciplinar no caso de atos vinculados sancionadores

Por outro ângulo, na verdade, a aplicação das normas jurídicas, inclusive as prescritivas da edição de atos administrativos sancionadores vinculados (como é o caso da demissão na Lei federal 8.112/1990), não pode deixar de se harmonizar com a incidência dos princípios constitucionais e legais regentes da atividade da Administração Pública, como a razoabilidade, a proporcionalidade, a individualização da pena, paralelamente à legalidade estrita, modo por que é diante do caso concreto que se verificará a plena adequação da pena vinculada, a qual poderá, segundo entendimento jurisprudencial e doutrinário, ser ajustada aos reclamos dos paralelamente eficazes princípios de direito, os quais devem conviver em sintonia no mister exegético e de concreta efetivação da regra na situação fática abordada.

Não pode o aplicador da norma ignorar a imperatividade de que as penas disciplinares não sejam manifestamente desproporcionais, desmotivadas, desarrazoadas, não individualizadas em face das circunstâncias objetivas e subjetivas verificadas no caso concreto.

Semelhante entendimento é esposado por Ricardo Marcondes Martins¹⁵, o qual explicita:

¹⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 213.

Suponha-se que, diante da prática de determinada falta disciplinar, uma lei exija a aplicação da pena de demissão; os princípios concretizados pela regra instituidora da falta disciplinar não são afastados o caso concreto por princípios opostos, e a pena de demissão mostra-se adequada, necessária e proporcional. Num outro caso, porém, suponha-se que a pena de demissão se mostre inadequada, desnecessária ou desproporcional (a disjunção é necessariamente excludente porque as etapas do procedimento de verificação são subsidiárias) e que, diante das circunstâncias, apenas a advertência mostre-se proporcional. Nas duas hipóteses, a aplicação, respectivamente, das penas de demissão e de advertência é vinculada e, caso não aplicadas pela Administração, poderão, havendo provocação, ser impostas pelo Judiciário.

Destarte, o que não pode suceder é que ato administrativo punitivo, vinculado ou discricionário, colida com princípios constitucionais e legais, como a proporcionalidade, a razoabilidade ou a individualização da penalidade, a moralidade, a legalidade, a eficiência, sob pena de a vinculação administrativa abrigar contraposição direta ao próprio ordenamento jurídico.

Ricardo Marcondes Martins¹⁶ chega a acentuar que, como o legislador não pode antever todas as peculiaridades de cada caso concreto, a sua ponderação não pode ser tomada como absoluta, impondo-se à Administração, ao aplicar a lei, o dever de promover nova ponderação para apurar “qual princípio, diante das circunstâncias, apresenta maior peso: o concretizado pela lei ou o que se opõe a ela”.

Todas essas asserções servem para desaguar numa premissa geral: a situação de cada caso concreto é que determinará a solução adequada a ser eleita pela Administração Pública, a quem incumbe concretizar, com acerto e propriedade, os princípios constitucionais e legais reitores de sua atividade, não se obrigando, em todos os casos, a título de mero cumprimento da vinculação e incidência do princípio da legalidade estrita, a impor penas desproporcionais, desarrazoadas, não individualizadas.

É o bom senso que deve conduzir o jurista na decisão do processo administrativo disciplinar, a pugnar pela hierarquização axiológica dos princípios constitucionais em cada caso concreto.

A previsão apriorística da pena cabível não autoriza a injustiça no caso concreto, nem dispensa da autoridade decisora o bom-senso, o respeito à

dignidade da pessoa humana, nem o dever de apreciar a lesividade ou ameaça da conduta ao bem jurídico ou valor tutelado pelo sistema disciplinar.

Nesse sentido, parece trilhar esse caminho com sua importante nota o doutor em direito e professor português da Universidade do Porto António Francisco de Sousa em sua excelente obra :

No entanto, este princípio tem plena e especial aplicação quando o poder exercido é vinculado e leva a situações concretas de manifesta e grave injustiça [...] o princípio da justiça deve ser aplicado sem complexos de qualquer espécie, sempre que a sua invocação se revele necessária ou útil à realização da justiça no caso concreto, independentemente de os poderes exercidos serem discricionários ou vinculados. A actividade da Administração Pública de aplicação da lei ao caso concreto não pode cingir-se a uma aplicação meramente mecânica da lei, não podendo revelar-se insensível à realização da justiça material e à prossecução do interesse público. A legalidade da actuação da Administração não é um conceito de possa conceber-se sem justiça no caso concreto e sem realização do interesse público.

O legislador não veiculou norma garantista dos servidores para manejo distorcido pelo hierarca decisor, determinante de injustiça e iniquidade, afigurando-se necessário uma apreciação particular do instituto da vinculação sob a ótica dos princípios constitucionais de regência do poder disciplinar administrativo, conforme as circunstâncias do caso concreto.

Por conseqüente, não se justifica que, em certos casos isolados, depois de perceber que não é possível o reenquadramento jurídico da conduta nem a incidência do princípio da insignificância, a autoridade administrativa, vendo-se diante de reconhecida injustiça e juízo exacerbado, sobremodo rigoroso, quase cruel, exercite sua competência disciplinar, a pretexto de vinculação, de forma mecânica, automática, ainda que em claro descompasso com os ditames do princípio da proibição de excesso (proporcionalidade) e individualização da pena, com o sentimento e convicção de que viola a dignidade da pessoa humana, que vilipendia o direito ao trabalho, à permanência no cargo, ao sustento da família, à preservação da esfera jurídica moral profissional e pessoal do servidor público julgado.

Não se justifica que situações graves, de locupletamento ilícito contra a Administração ou de captação importante de vantagens financeiras ou de outra natureza pelo mau uso do cargo, ou de grave desonestidade funcional, de estupro ou violência contra colegas de trabalho, de corrupção, de improbidade, sejam objeto de providências condescendentes de aplicação de pe-

¹⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

nas mais brandas do que a demissória pela autoridade julgadora, apenas porque o acusado conta com algum fator benéfico em antecedentes funcionais ou circunstâncias fáticas, porquanto para infrações graves cabe a pena severa, nisso existe relação de conformidade e harmonia, que justifica a expulsão do serviço público ou o rompimento do vínculo previdenciário do aposentado que transgrediu durante a atividade.

Mas a regra do art. 128, da Lei 8.112/1990, não deve ser exclusiva das infrações de suspensão, porquanto o legislador não poderia ter instituído o preceito, decorrente do princípio da individualização da pena, restritamente.

9 Algumas situações que justificam a mudança da pena vinculada por força dos princípios da justiça, proporcionalidade e individualização da pena

Cabe, pois, em certos casos excepcionais, em que não há prática de improbidade, nem ruptura da confiança depositada na pessoa do infrator pela Administração, nem severa demonstração de indignidade profissional ou pessoal (se houver cabimento na situação a responsabilidade por atos da vida privada), não existe desvio ou aproveitamento das vantagens do cargo para fins pessoais próprios ou de terceiros, sem grave desonestidade funcional, nem crime contra a Administração Pública, em que o bem jurídico disciplinar tutelado não chegou efetivamente a ser ofendido ou ameaçado na verdade, quando não há prejuízos ao Erário consideráveis, nem enriquecimento sem causa, nem violência contra servidores ou cidadãos, que a autoridade administrativa aplique, em nome do princípio constitucional da proporcionalidade, pena de suspensão de até 90 dias para fatos em princípio sujeitos a demissão.

O fato de um servidor, com mais de 25 anos de serviço público, ser sócio-cotista de sociedade de responsabilidade limitada, em estabelecimento comercial mal conduzido, com pouca dedicação gerencial, que conta oficialmente e na prática com verdadeiro gerente empregado atuante, vir somente a cobrar uma dívida extrajudicial e pessoalmente, ou ter contratado um ou dois empregados (atos de administração), sem que tenham jamais ocorrido faltas aos serviços por parte do funcionário processado, que cumpre regularmente suas funções e conta inclusive com vários elogios funcionais, o qual mal comparece à sede da loja de que é sócio, dedicando-se em primeiro lugar à Administração Pública, sem que a entidade

privada celebre contratos com o Erário nem dispute licitações com o órgão a que pertence o servidor, o qual inclusive já transferira a participação social a terceiros mais de cinco anos antes do julgamento do processo disciplinar, não parece autorizar a demissão do serviço público por prática de atos de administração social isolados, pois a medida, apesar de em tese estar prevista vinculadamente no art. 132, XIII, c/c art. 117, X, da Lei federal 8.112/1990¹⁷, se afigura exacerbada, sobretudo ante a falta de incompatibilidade com o cargo e a ausência de prejuízos ao exercício funcional.

O fato de um servidor, ocupante de cargo de padoleiro ou auxiliar de enfermagem de hospital público federal, aceitar emprego de igual natureza oferecido por parte de Estado estrangeiro em organização filantrópica por este mantida deve determinar a demissão do funcionário da União? Houve, no caso, risco à segurança nacional, quebra de sigilo de informações privilegiadas? É ofuscante que não.

Diferente será no caso de um agente da Agência Brasileira de Inteligência que aceite repassar informações privilegiadas a outro país no exercício de emprego em embaixada.

Será que tanto num caso como noutro a autoridade administrativa deve adotar a medida demissória, indistintamente?

Um professor de escola primária estadual ou municipal que aceite emprego de professor de português em consulado estrangeiro deve ser demitido por risco ou ameaça à segurança nacional?

Um servidor de um outro órgão, que não conhece ninguém no Departamento de Trânsito Estadual, que solicita a transferência de veículo de sua filha, mediante procuração por ela outorgada, sem exercício de atividade remunerada nem profissional, sem projetar influência para acelerar a tramitação administrativa da formalidade, que é atendido por senha eletrônica e espera sua vez como qualquer outro

¹⁷ Art. 117. Ao servidor é proibido: (Vide Medida Provisória 2.225-45, de 04/09/2001)

[...]

X – participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (Redação dada pela Lei 11.784, de 2008

[...]

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

[...]

XIII – transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

cidadão, deve ser demitido por atuar como procurador junto a repartições públicas?

É evidente que a norma em apreço rechaça é a figura do lobista, do que se serve das facilidades, conhecimentos, amizades, influência e penetração na repartição para ostensivamente facilitar e agilizar o deferimento de pleitos, do que age como um despachante, do que desembaraça processos administrativos em troca de recompensas financeiras. É para essas situações que a demissão se aplica.

São apenas ilustrações da iniquidade, injustiça e desproporção que o manejo irrestrito, obtuso, irredutível, de competência sancionadora a título de vinculação pode revelar.

Não se concorda, reitere-se, que casos de crime contra a Administração, ou de grave manifestação de desonestidade, sejam abonados imoralmente com penas mais brandas. Para fatos realmente graves, a proporcionalidade não impede, antes recomenda e determina, penas máximas.

O que deve ser revisto na esfera decisória da Administração Pública é que o caráter em princípio vinculado dos casos de infrações disciplinares sujeitas a demissão e cassação de aposentadoria e disponibilidade merece aplicação como regra geral, sim, mas não quer dizer que o hierarca decisor seja obrigado a cometer injustiças flagrantes e subtrair a fonte de sustento do servidor e de sua família para fatos menos graves, ante as circunstâncias concretas.

O legislador exerceu uma ponderação de valores das condutas, sim, ao tipificar as infrações graves sujeitas a penas de rompimento do vínculo funcional ou previdenciário, orientando genericamente a autoridade administrativa no rumo decisório dos processos disciplinares dessa formatação, em linha geral, mas a vinculação administrativa deve ser harmônica com os princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, justiça, proporcionalidade e individualização da pena, devendo-se cotejar a efetiva gravidade da conduta diante da pena a ser imposta, admitindo-se a retipificação jurídica dos fatos, para preservar harmonia entre o poder sancionador e a severidade da censura ao procedimento, a incidência da insignificância quando o caso, e, em último lugar, se a injustiça decorrente da aplicação da lei em tese se afigurar manifesta, excessiva, desproporcional de forma aberrante para a menor gravidade da falta, o hierarca decisor deve invocar a proporcionalidade, nos casos inquestionavelmente justificados, para fazer justiça e apenar os ilícitos na medida cabível.

Repita-se, *ad nauseam*, que a vinculação deve ser respeitada como regra geral, sem margem a condescendência nem a aplicação de penas mais brandas injustificados, ante a gravidade e censurabilidade elevada das faltas cometidas, mas em situações especiais deve a autoridade administrativa evitar agir de forma automática no exercício do poder sancionador.

A equação gravidade do fato e severidade da pena deve ser harmônica.

Sobretudo o bom e correto enquadramento jurídico dos fatos é a mais importante forma de evitar perplexidades e injustiças na seara disciplinar.

10 Conclusão

Por todo o exposto, resume-se que o exercício do poder disciplinar decisório em caso de atos vinculados sancionadores deve ser harmonizado com os princípios da justiça, proporcionalidade e individualização da pena, a bem de se evitar uma aplicação puramente mecânica da lei causadora de aberrante desproporcionalidade ou injustiça no caso concreto, o que não desautoriza, contudo, a imposição de penalidades máximas para condutas muito graves, ainda que o infrator seja primário ou possua bons antecedentes funcionais, desde que seja preservada a relação de harmonia entre os fatos e a sanção infligida.

Referências

- ABREU, Luís Vasconcelos. *Para o estudo do procedimento disciplinar no direito administrativo português vigente: as relações com o processo penal*. Coimbra: Almedina, 1993.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, v. II, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública*. 3. ed. rev. atual. aumen. Belo Horizonte: Fórum, 2012, *passim*. No prelo.
- FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva. *O poder disciplinar no estatuto dos trabalhadores da Administração Pública: Lei 58/2008 — doutrina — jurisprudência*. Alfornelos: Petrony, 2011.
- HENRIQUES, M. Leal. *Procedimento disciplinar: função pública, outros estatutos, regime de férias, faltas e licenças*. 5. ed. Rei dos Livros: Lisboa, 2007.

LESSA, Sebastião José. *Temas práticos de direito administrativo disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEMBIELA, Juan B. Lorenzo de. *Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera*. Segunda edición. Navarra: Arazandi, 2008.

SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOUSA, António Francisco de. *Código do procedimento administrativo anotado e comentado*. 2. ed. rev. e atual. Lisboa: *Quid juris*, 2010.

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei Complementar 143, de 17/07/2013.

Altera a Lei Complementar 62, de 28 de dezembro de 1989; a Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional); e a Lei 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), para dispor sobre os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE); e revoga dispositivos da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Publicada no *DOU* de 18/07/2013.

Lei 12.837, de 09/07/2013.

Altera as Leis 6.704, de 26 de outubro de 1979, para dispor sobre o Seguro de Crédito à Exportação nas operações relativas a exportações do setor aeronáutico; 11.494, de 20 de junho de 2007, para dispor sobre o cômputo no Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb das matrículas em pré-escolas conveniadas com o Poder Público; 12.715, de 17 de setembro de 2012, para estender a data-limite para adesão ao Regime Especial de Tributação do Programa Nacional de Banda Larga para Implantação de Redes de Telecomunicações – REPNBL–Redes; 11.096, de 13 de janeiro de 2005; e 12.513, de 26 de outubro de 2011.

Publicada no *DOU* de 10/07/2013.

Lei 12.839, de 09/07/2013.

Reduz a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep, da Cofins, da Contribuição para o PIS/Pasep-Importação e da Cofins-Importação incidentes sobre a receita decorrente da venda no mercado interno e sobre a importação de produtos que compõem a cesta básica; altera as Leis 10.925, de 23 de julho de 2004; 10.147, de 21 de dezembro de 2000; 10.865, de 30 de abril de 2004; 12.058, de 13 de outubro de 2009; 12.350, de 20 de dezembro de 2010; 12.599, de 23 de março de 2012; 10.485, de 3 de julho de 2002; 10.438, de 26 de abril de 2002; 10.848, de 15 de março de 2004; 12.783, de 11 de janeiro de 2013; 9.074, de 7 de julho de 1995; e 9.427, de 26 de dezembro de 1996; revoga dispositivo da Lei 12.767, de 27 de dezembro de 2012; e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 10/07/2013.

Lei 12.846, de 1º/08/2013.

Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

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

Lei 12.850, de 02/08/2013.

Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

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

Lei 12.853, de 14/08/2013.

Altera os arts. 5º, 68, 97, 98, 99 e 100; acrescenta arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-A, 99-B, 100-A, 100-B e 109-A e revoga o art. 94 da Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a gestão coletiva de direitos autorais; e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 15/08/2013.

Decreto 8.035, de 28/06/2013.

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

Publicado no *DOU* de 1º/07/2013.

Decreto 8.052, de 11/07/2013.

Altera o Decreto 3.937, de 25 de setembro de 2001, que regulamenta a Lei 6.704, de 26 de outubro de 1979, que dispõe sobre o Seguro de Crédito à Exportação, e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 12/07/2013.

Decreto 8.061, de 29/07/2013.

Altera o Decreto 5.820, de 29 de junho de 2006, o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, aprovado pelo Decreto 52.795, de 31 de outubro de 1963, e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 30/07/2013.

Decreto 8.064, de 1º/08/2013.

Dispõe sobre a antecipação do abono anual devido aos segurados e dependentes da Previdência Social, no ano de 2013.

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

Decreto 8.070, de 14/08/2013.

Altera a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI, aprovada pelo Decreto 7.660, de 23 de dezembro de 2011, para reduzir a zero a alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI incidente sobre outros açúcares de cana.

Publicado no *DOU* de 15/08/2013

Decreto 8.073, de 14/08/2013.

Altera o Decreto 7.633, de 1º de dezembro de 2011, que regulamenta o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras – Reintegra, para contemplar as alterações introduzidas pela Lei 12.688, de 18 de julho de 2012.

Publicado no *DOU* de 15/08/2013.

Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação em Embargos à Execução 0000271-90.2000.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Catão Alves
Apelante: Halba Comércio e Indústria de Pedras Preciosas S/A
Advogados: Dra. Rosa Maria Carvalho Pinho Tavares e outros
Apelado: Banco Central do Brasil – Bacen
Procuradores: Dra. Ana Luísa Fernandes Martins e outros
Suscitante: Sexta Turma Suplementar do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Suscitada: Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Publicação: e-DJF1 de 23/08/2013, p. 24–25

Ementa

Arguição de inconstitucionalidade. Multa administrativa. Sonegação de cobertura cambial. Hipótese prevista no art. 3º do Decreto 23.258/1933. Redação alterada pelo art. 12, caput, da Lei 11.371/2006, mantendo, contudo, no § 2º, a penalidade para os fatos ocorridos até 03/08/2006. Débito de natureza não tributária. Retroatividade da lei mais benéfica. Dispositivos do Código Tributário Nacional. Supremo Tribunal Federal, Súmula 654. Inaplicabilidade na espécie. Processo administrativo iniciado em 1986 e concluído em 1995, assegurado à embargante direito ao devido processo legal. Constituição Federal, art. 5º, LIV. Ofensa não demonstrada. Inconstitucionalidade afastada.

Arguição de inconstitucionalidade do § 2º do art. 12 da Lei 11.371/2006.

I. “A controvérsia *sub judice*, consubstanciada na legitimidade da aplicação da multa prevista no Decreto 23.258/1933, pela prática de operações de câmbio ilegais, quando do advento dos decretos s/n de 25/04/1991 e 14/05/1998 – é de índole infraconstitucional, por isso que a eventual ofensa à Constituição opera-se de forma indireta, circunstância que inviabiliza a admissão do extraordinário. (Precedentes: AI 145.680-AgR, rel. o Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ de 30/04/1993; AI 157.906-AgR, rel. o Min. Sydney Sanches, 1ª Turma, DJ de 09/12/1994; RE 148.512, rel. o Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ de 02/08/1996; AI 757.658 -AgR, rel. o Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJ de 24/11/2009; RE 627.527, rel. o Min. Luiz Fux, DJe de 03/10/2011, entre outros). Os princípios da legalidade, o do devido processo legal, o da ampla defesa e do contraditório, bem como a verificação dos limites da coisa julgada e da motivação das decisões judiciais quando a verificação da violação dos mesmos depende de reexame prévio de normas infraconstitucionais, revela ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a instância extraordinária. (Precedentes: AI 804.854, 1ª Turma, rel. a Min. Cármen Lúcia, DJe de 18/08/2010; e, AI 756.336-AgR, 2ª Turma, rel. a Min. Ellen Gracie, DJe de 25/10/2010)”. (AgR-RE 649.161/RS – Rel. Min. Luiz Fux – STF – Primeira Turma – Unânime – DJe-100 23/05/2012.) (Grifei e destaquei.)

II. “Inaplicável a disciplina jurídica do Código Tributário Nacional, referente à retroatividade de lei mais benéfica (art. 106 do CTN), às multas de natureza administrativa. Precedentes do STJ”. (REsp 1.176.900/SP – Rel. – Min. Eliana Calmon – STJ – Segunda Turma – Unânime – DJe 03/5/2010.)

III. “Inaplicável o Código Tributário Nacional, no que se refere à retroatividade de lei mais benéfica (art. 106 do CTN), às multas de natureza administrativa”. (Ap 0040559-14.2003.4.01.3400/DF – rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso – TRF 1ª Região – Oitava Turma – Unânime – e-DJF1 23/07/2010 – p. 192.)

IV. A inconstitucionalidade do § 2º do art. 12 da Lei 11.371/2006 fora suscitada, de ofício, pela egrégia 6ª Turma Suplementar ao fundamento de “provável ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal no aspecto substancial. CF, art. 5º, LIV”. (fls. 808–809.)

V. O débito impugnado é de natureza não tributária, decorrente de multa administrativa aplicada à embargante pelo Banco Central do Brasil – Bacen em 23/01/1995 ao ser concluído o Processo Administrativo Decam-86/002, iniciado em 07/02/1986 (fls. 589 e 615), à justificativa de “haver praticado operações lesivas ao mercado de câmbio — sonegação de divisas — ao deixar de negociar em estabelecimentos autorizados a operar em câmbio no País”. (fls. 589 e 615.)

VI. “São passíveis de penalidades as sonegações de coberturas nos valores de exportação, bem como o aumento de preço de mercadorias importadas para obtenção de coberturas indevidas”. (Decreto 23.258/1933, art. 3º - redação anterior ao advento da Lei 11.371/2006.)

VII. “É passível de penalidade o aumento de preço de mercadorias importadas para obtenção de coberturas indevidas”. (Decreto 23.258/33, art. 3º - redação atual.)

VIII. “As infrações aos arts. 1º, 2º e 3º do Decreto 23.258, de 1933, ocorridas a partir de 4 de agosto de 2006, serão punidas com multas entre 5% (cinco por cento) e 100% (cem por cento) do valor da operação”. (Lei 11.371/2006, art. 12, *caput*.)

IX. “Sujeitam-se às penalidades do art. 6º do Decreto 23.258, de 1933, as sonegações de cobertura nos valores de exportação ocorridas até 3 de agosto de 2006”. (Lei 11.371/2006, art. 12, § 2º).

X. Embora tenha suprimido a infração tipificada como sonegação de cobertura nos valores de exportação do art. 3º do Decreto 23.258/1933, o legislador manteve, na nova redação do § 2º do art. 12 da Lei 11.371/2006, a penalidade quanto às infrações verificadas até a edição da Medida Provisória 315/2006 em 03/08/2006, tendo sido essa, precisamente, a justificativa para a arguição de inconstitucionalidade à asserção de que “esse parágrafo afastou, de forma explícita, a possibilidade de aplicação retroativa da lei mais favorável ao agente”. (fl. 805)

XI. Não dispondo o Banco Central do Brasil de competência para legislar, não há como ser admitida, como absoluta, no caso, a aplicabilidade da Súmula 654 do Supremo Tribunal Federal.

XII. Tendo a norma legal posterior mais favorável ao infrator sua aplicabilidade limitada a questões de natureza *criminal* (Código Penal, art. 2º, parágrafo único) e tributária (Código Tributário Nacional, art. 106, II), não há como estendê-la a questões de natureza não tributária, hipótese destes autos. Logo, não sendo prevista, legal e expressamente, a aplicabilidade de norma posterior mais favorável, envolvendo dívida de natureza não tributária, não cabe à autoridade administrativa nem ao Judiciário fazê-lo, pois, onde o legislador não fez distinção, não cabe ao intérprete da norma distinguir.

XIII. Incabível, no caso, o argumento de que “não há porque admitir a retroatividade benéfica no que concerne à infração penal, mas rejeitá-la (*sic*) no concernente à infração administrativa. Diante do princípio da unidade do injusto, ambas devem ser tratadas de igual forma à vista de norma posterior mais benéfica”. (fl. 805.)

XIV. Esta egrégia Corte, em sintonia com jurisprudência dominante no venerável Superior Tribunal de Justiça, tem decidido, reiteradamente, que não são aplicáveis dispositivos do Código Tributário Nacional a obrigações de natureza não tributária, notadamente quando resultantes de penalidade administrativa, ainda que se trate de retroatividade de lei mais favorável ao infrator.

XV. Há pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a ausência de questão constitucional envolvendo discussão decorrente da aplicação de multa administrativa com espeque em dispositivo do Decreto 23.258/1933.

XVI. Aplicada a multa com amparo em norma legal válida, precedida a inscrição em Dívida Ativa de procedimento específico e assegurado à embargante direito ao devido processo legal, não há como ser admitida, na espécie, alegação de ofensa ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

XVII. Não sendo a questão de natureza criminal ou tributária, hipóteses em que é admitida, legalmente, a retroatividade de lei mais favorável ao infrator, inaplicável a jurisprudência consubstanciada na Súmula 654 do Supremo Tribunal Federal, não merecendo acolhida a arguição de inconstitucionalidade do § 2º do art. 12 da Lei 11.371/2006 por não haver, no caso, ofensa ao disposto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

XVIII. Determinação de retorno dos autos ao relator para prosseguimento do julgamento na 7ª Turma.

Acórdão

Decide a Corte, por maioria, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade do § 2º do art. 12 da Lei 11.371/2006 e determinar o retorno dos autos ao relator, integrante da 7ª Turma e 4ª Seção.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 15/08/2013.

Desembargador Federal *Catão Alves*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: —

Vistos, etc.

1. Halba Comércio e Indústria de Pedras Preciosas S/A, empresa qualificada nos autos, moveu ao Banco Central do Brasil embargos à execução fiscal que lhe fora proposta para cobrança de valor devido a título de multa decorrente de irregularidades na contratação de operações de câmbio, acrescido das respectivas cominações legais.

2. Alega que o débito exequendo não pode prevalecer por faltarem os requisitos de liquidez e certeza à Certidão de Dívida Ativa—CDA.

3. Intimado o embargado, oferecida impugnação e julgado improcedente o pedido, a embargante, mediante recurso de apelação regularmente respondido, pleiteia modificação da sentença que dirimiu a controvérsia, insistindo na alegação de “Incompetência do Bacen” para lavratura do auto de infração impugnado. (fl. 773) (Original grifado.)

4. Reexaminando a questão em grau de recurso, a egrégia 6ª Turma Suplementar deste Tribunal, em julgamento de 21/11/2011, reconheceu, de ofício, à unanimidade, a inconstitucionalidade do § 2º do art. 12 da Lei 11.371/2006 ao fundamento de “provável ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal no aspecto substancial. CF, art. 5º, LIV”. (fls. 808–809.) (Grifei e destaquei.)

5. Ouvida, a Procuradoria Regional da República opinou pela rejeição da arguição de inconstitucionalidade.

6. É o relatório.

Ao exmo. Sr. desembargador federal-presidente. (Regimento Interno, art. 355, § 3º)

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: —

1. Verifica-se, pelo exame dos autos, que a *inconstitucionalidade* do § 2º do art. 12 da Lei 11.371/2006 fora suscitada, de ofício, pela egrégia 6ª Turma Suplementar, conforme acórdão lavrado nos seguintes termos:

MULTA POR SONEGAÇÃO DE COBERTURA NOS VALORES DE EXPORTAÇÃO (SONEGAÇÃO CAMBIAL). ARTIGO 3º DO DECRETO 23.258/1933. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NÃO-REVOGAÇÃO PELO DECRETO SEM NÚMERO DE 25 DE ABRIL DE 1991. MULTA POR SONEGAÇÃO DE COBERTURA CAMBIAL. CARACTERIZAÇÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 3º DO DECRETO 23.258/1933. REVOGAÇÃO DA MULTA POR SONEGAÇÃO DE COBERTURA CAMBIAL PELO ARTIGO 12, CAPUT, DA LEI 11.371/2006, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ARTIGO 3º DO DECRETO 23.258/1933. ‘LEX MITIOR’ ADMINISTRATIVA. AFASTAMENTO DA LEI NOVA MAIS FAVORÁVEL PELO PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 12 DA LEI 11.371/2006. PROVÁVEL OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ASPECTO SUBSTANCIAL. (CF, ARTIGO 5º, LIV.) DECISÃO DA TURMA NO SENTIDO DE SUSCITAR A INCONSTITUCIONALIDADE DE OFÍCIO DESSE DISPOSITIVO LEGAL.

1. Decreto 23.258/1933. Recepção, pela Constituição Federal de 1988, com a natureza jurídica de lei federal.

2. Decreto 23.258/1933. Revogação pelo Decreto sem número de 25 de abril de 1991. Impossibilidade jurídica, porquanto o primeiro foi recebido pela CF/1988 com a natureza jurídica de lei federal.

3. Multa por sonegação de cobertura nos valores de exportação. ‘SÃO PASSÍVEIS DE PENALIDADES AS SONEGAÇÕES DE COBERTURAS NOS VALORES DE EXPORTAÇÃO’. Decreto 23.258/1933, artigo 3º, primeira parte. Obtenção, pela Embargante, de importância em moeda estrangeira, em virtude da exportação de mercadorias (pedras preciosas). Quantia em moeda estrangeira que não ingressou em território nacional por meio de instituições autorizadas a operar em câmbio. Ausência de retorno das mercadorias. Sonegação de cobertura nos valores de exportação. CARACTERIZAÇÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 3º DO DECRETO 23.258/1933.

4. Sonegação de cobertura nos valores de exportação (SONEGAÇÃO CAMBIAL). MULTA prevista no artigo 3º do Decreto 23.258/1933 na redação original. Revogação da hipótese de incidência da multa por sonegação de cobertura cambial pelo artigo 12, caput, da Lei 11.371/2006. ‘Lex mitior’ administrativa.

5. AFASTAMENTO da incidência da RETROATIVIDADE BENIGNA pelo parágrafo 2º do artigo 12 da Lei 11.371/2006. Incidente de inconstitucionalidade suscitado por PROVÁVEL OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL do devido processo legal no aspecto substancial. CF, artigo 5º, LIV.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente, Tolentino Amaral, Hilton Queiroz, Carlos Moreira Alves, I'talo Mendes, Carlos Olavo, Daniel Paes Ribeiro, João Batista Moreira, Maria do Carmo Cardoso, Neuza Alves e Kassio Marques.

6. Incidente de inconstitucionalidade suscitado de ofício. (Fls. 808/809.) (Grifei e destaquei.)

2. Dispõem os arts. 5º, LIV, da Constituição Federal, 3º e 6º, do Decreto 23.258/1933, e 12, § 2º, da Lei 11.371/2006, cuja interpretação dera origem à arguição de inconstitucionalidade:

Art. 5º

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Decreto 23.258/1933

[...]

Art. 3º É PASSÍVEL DE PENALIDADE O AUMENTO DE PREÇO DE MERCADORIAS IMPORTADAS PARA OBTENÇÃO DE COBERTURAS INDEVIDAS.

[...]

Art. 6º As infrações dos arts. 1º, 2º e 3º serão punidas com multas correspondentes ao dobro do valor da operação, no máximo, e no mínimo de cinco contos de réis (5:000\$000), nos termos do art. 5º, § 1º, letra b, da lei nº 4.182, citada.

Lei 11.371/2006

[...]

Art. 12. As infrações aos arts. 1º, 2º e 3º do Decreto nº 23.258, de 1933, ocorridas a partir de 4 de agosto de 2006, serão punidas com multas entre 5% (cinco por cento) e 100% (cem por cento) do valor da operação.

[...]

§ 2º Sujeitam-se às penalidades do art. 6º do Decreto nº 23.258, de 1933, as SONEGAÇÕES DE COBERTURA nos valores de exportação OCORRIDAS ATÉ 3 de agosto de 2006. (Grifei e destaquei.)

3. Prescrevia o art. 3º do Decreto 23.258/1933, em sua redação anterior ao advento da Lei 11.371/2006:

São passíveis de penalidades as SONEGAÇÕES DE COBERTURAS NOS VALORES DE EXPORTAÇÃO, bem como o aumento de preço de mercadorias importadas para obtenção de coberturas indevidas. (Grifei e destaquei.)

4. Assim, embora tenha suprimido a infração tipificada como sonegação de cobertura nos valores de exportação do art. 3º do Decreto 23.258/1933, o legislador mantivera, na nova redação do § 2º do art. 12 da Lei 11.371/2006, a penalidade referente às infrações ocorridas até a edição da Medida Provisória 315/2006 em 03/08/2006, tendo sido essa, precisamente, a justificativa para a arguição de inconstitucionalidade, ao fundamento de que “esse parágrafo afastou, de

forma explícita, a possibilidade de aplicação retroativa da lei mais favorável ao agente”. (fl. 805) (Grifei e destaquei.)

5. Em seu voto, assevera o ilustre relator:

[...]

NO PRESENTE CASO, é razoável a conclusão no sentido de que o parágrafo 2º do artigo 12 da Lei 11.371 ofende o princípio constitucional do devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV) no aspecto substancial, ou princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. NÃO há razão fundamental para afastar a aplicação do consagrado princípio geral de direito da retroatividade da norma sancionadora mais benéfica. ALBERTO XAVIER, em manifestação lapidar, ressaltou que “o mesmo Estado não pode aceitar respeitáveis princípios de civilização moderna, comportar-se como Estado civilizado num determinado capítulo e rasgar os valores da civilização noutra capítulo”. (VI Curso de Especialização em Direito Tributário, São Paulo: Resenha Tributária, 1978, vol. II, p. 736, apud RAFAEL MUNHOZ DE MELLO, O Regime Jurídico das Sanções Administrativas, Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná – nº 4 – Ago/Dez 2009.) Não há porque admitir a retroatividade benéfica no que concerne à infração penal, mas rejeitá-la(‘sic’) no concernente à infração administrativa. Diante do princípio da unidade do injusto, ambas devem ser tratadas de igual forma à vista de norma posterior mais benéfica.

A DOUTRINA está dividida. No sentido da aplicação retroativa pontificam, dentre outros, RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (*Infrações e Sanções Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 44-45), DANIEL FERREIRA (*Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 138-139), HERALDO GARCIA VITTA (*A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 112-113), EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR (*Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 219, p. 127-151, jan./mar. 2000, p. 145-147), SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI (*Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 156, apud RAFAEL MUNHOZ DE MELLO, cit.). No sentido da inaplicabilidade da retroatividade benéfica às infrações administrativas, RAFAEL MUNHOZ DE MELLO e FÁBIO MEDINA OSÓRIO (*Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 277-278).

DIVIDIDA, também, se apresenta a jurisprudência. *Reconhecendo a inconstitucionalidade do parágrafo 2º do artigo 12 da Lei 11.371/2006*. “Aplicabilidade retroativa da Lei nº 11.371, de 28/11/2006, que deixou de considerar como infração o fato ensejador da aplicação da multa anulanda, por força do(sic) disposto no art. 106, II, a, do CTN. Inconstitucionalidade

e ilegalidade do disposto no §2º do art. 12 da Lei nº 11.371/2006, seja porque retira a força retroativa da lei que deixa de considerar infração o fato a que se refere, seja porque entra em testilha com o próprio dispositivo constante do art. 106, inciso II, alínea 'a', do Código Tributário Nacional, sendo que a matéria relativa a retroatividade, em matéria tributária, é reservada constitucionalmente à lei complementar." (AC 200551010028828, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO CARVALHO, TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, DJ 25/4/2007.) *Reconhecendo a validade do parágrafo 2º do artigo 12 da Lei 11.371/2006.* 'O fato de a Lei 11.371, de 28/11/2006, deixar de considerar infração a referida sonegação, não afasta a penalidade imposta com base no referido Decreto 23.258/33, como expressamente disposto no parágrafo 2º da própria Lei 11.371/2006'. (EIAI 200551010028828, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ESPIRITO SANTO, TRF2 - TERCEIRA SEÇÃO ESPECIALIZADA, DJ 23/3/2009 – P. 22.) "As provas acostadas aos autos demonstram que as operações praticadas pela recorrente entre 1993 e 1995 foram corretamente caracterizadas como sonegação de cobertura cambial, conforme previsto na redação que tinha o art. 3º do Decreto nº 23.258/33 à época dos fatos. Por outro lado, a alteração na redação do art. 3º pela Lei 11.371/2006 não teve o condão de afastar a ilicitude das operações, uma vez que o parágrafo 2º do art. 12 (da Lei nº 11.371/2006) ressaltou que 'sujeitam-se às penalidades do art. 6º do Decreto nº 23.258/33 as sonegações de coberturas nos valores de exportação ocorridas até 03/8/2006'. Assim, como as operações ocorreram dentro do prazo estipulado pela própria Lei 11.371/2006, não há como dar guarida ao argumento de 'atipicidade' da conduta praticada." (AC 200783080018380, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, TRF5 - TERCEIRA TURMA, DJE 23/11/2010 – P. 414.)

POR OUTRO LADO, "[a] garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado." (STF, Súmula 654, DJ de 9/10/2003, p. 3; DJ de 10/10/2003, p. 3; DJ de 13/10/2003, p. 3. Legislação Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXVI.) DESSA FORMA, o BACEN não pode invocar, em seu favor, a garantia da irretroatividade em causa.

ASSIM SENDO, bem como diante da Súmula Vinculante 10 do STF, "cumpre ao órgão fracionário [...] suscitar o incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial, nos termos do art. 97 da CF" (RESP 768.273, TEORI ALBINO ZAVASCKI, STJ - PRIMEIRA TURMA, 13/02/2006), do parágrafo 2º do artigo 12 da Lei 11.371/2006, à vista do artigo 5º, LIV, da CF.

CONCLUSÃO. À vista do exposto:

a) suscito, de ofício, a inconstitucionalidade do parágrafo 2º do artigo 12 da Lei 11.371/2006, à vista do artigo 5º, LIV, da CF;

b) determino a remessa dos autos ao Ministério Público Federal (CPC, artigo 480). (Fls. 805/806.) (Grifei.)

6. Entendo, *data venia*, que não dispondo o Banco Central do Brasil de competência para legislar, incabível a aplicabilidade, no caso, da Súmula 654, do Supremo Tribunal Federal, em favor da empresa infratora:

EMENTA: Correção monetária de contas vinculadas ao FGTS deferida por decisão judicial, com base no direito adquirido: ação rescisória proposta pela Caixa Econômica Federal, com fundamento em violação da norma do inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal: possibilidade jurídica do pedido.

1. Consolidou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal no sentido de que 'A GARANTIA DA IRRETROATIVIDADE DA LEI, PREVISTA NO ART. 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NÃO É INVOCÁVEL PELA ENTIDADE ESTATAL QUE A TENHA EDITADO' (Súmula 654).

2. DAÍ NÃO SE EXTRAÍ, PORÉM, QUE, NÃO POSSA O ESTADO IMPUGNAR EM JUÍZO, com base na referida norma constitucional do art. 5º, XXXVI, A DECISÃO QUE A TENHA INDEVIDAMENTE APLICADO a hipótese onde não haja direito adquirido a garantir: precedentes.

3. DE RESTO, É EXTREMAMENTE DUVIDOSO QUE A PREMISSA DO ACÓRDÃO SE APLIQUE À CAIXA ECONÔMICA, QUANDO LITIGA COMO GESTORA DO FGTS. (RE nº 415.505/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – STF – Primeira Turma – Unânime – D.J. 04/06/2004.) (Grifei e destaquei.)

7. Tendo a norma legal posterior mais favorável ao infrator sua aplicabilidade limitada a questões de natureza criminal (Código Penal, art. 2º, parágrafo único) e tributária (Código Tributário Nacional, art. 106, II), não há como estendê-la a questões de natureza não tributária, hipótese destes autos. Logo, não sendo prevista, legal e expressamente, a aplicabilidade de norma posterior mais favorável envolvendo dívida de natureza não tributária, não cabe à autoridade administrativa nem ao Judiciário fazê-lo, pois, *onde o legislador não fez distinção, não cabe ao intérprete da norma distinguir.*

8. Nessa circunstância, incabível, no caso, o argumento de que

[...] não há porque admitir a retroatividade benéfica no que concerne à infração penal, mas rejeitá-la ("sic") no concernente à infração administrativa. Diante do princípio da unidade do injusto, *ambas devem ser tratadas de igual forma à vista de norma posterior mais benéfica.* (fl. 805) (Grifei e destaquei.)

9. Esta egrégia Corte, em sintonia com jurisprudência dominante no venerável Superior Tribunal de Justiça, tem decidido, reiteradamente, que não são aplicáveis dispositivos do *Código Tributário Nacional* a obrigações de natureza não tributária, notadamente, quando resultantes de penalidade administrativa, ainda que se trate de retroatividade de lei mais favorável ao infrator:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. AUTO DE INFRAÇÃO DE MULTA. PORTARIA DNC 27/1996. LEI 9.847/1999. LEGALIDADE. MULTA ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Lei 9.478/1997 criou a Agência Nacional do Petróleo - ANP e conferiu-lhe atribuição para fiscalizar, regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, bem como para proteger os interesses dos consumidores quanto à oferta de produtos.

2. No que tange à infração contida no art. 7º da Portaria DNC 27/1996, o fato típico indicado pela autoridade administrativa em 08/8/2000 está expressamente previsto na Lei 9.847, de 26/10/1999, e não somente na Portaria.

3. INAPLICÁVEL O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, NO QUE SE REFERE À RETROATIVIDADE DE LEI MAIS BENÉFICA (ART. 106 DO CTN), ÀS MULTAS DE NATUREZA ADMINISTRATIVA.

4. Apelação a que se nega provimento". (Ap nº 0040559-14.2003.4.01.3400/DF – Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – TRF/1ª Região – Oitava Turma – UNÂNIME – e-DJF1 23/7/2010 – pág. 192.) (Grifei e destaquei.)

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA POR INOBSERVÂNCIA DE NORMA LEGAL. TRABALHO AOS DOMINGOS. MULTA ADMINISTRATIVA. CLT, ART. 74. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CF, ART. 114. EC 45/2004. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO. SÚMULA VINCULANTE 21 - STF. NÃO-APLICAÇÃO DADA A AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO RESPECTIVO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO PROVIDAS. SÚMULA 168 - EX-TFR.

1 - "1. Tratando-se de multa imposta em razão de inobservância da legislação trabalhista, pela nova redação dada ao art. 114 da Constituição Federal, pela EC nº 45/2004, a competência para processar e julgar ação relativa a penalidade administrativa imposta a empregador por órgão de fiscalização das relações de trabalho é da Justiça Laboral. Entretanto, a nova regra de competência somente se aplica às causas não sentenciadas na data da entrada em vigor da EC nº 45/2004. 2. É 'INAPLICÁVEL O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, NO QUE SE REFERE À RETROATIVIDADE DE LEI MAIS BENÉFICA (ART. 106 DO CTN), ÀS MULTAS DE NATUREZA ADMINISTRATIVA.

(AC 2003.34.00.040605-4/DF, Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, TRF1 - Oitava Turma, 23/7/2010)'. (AC 0038196-52.2002.4.01.3800/MG - Relator: Juiz Federal Saulo José Casali Bahia - 7ª Turma Suplementar Publicação: e-DJF1 p. 433 de 29/7/2011 Data da Decisão: 17/5/2011.)

2 - 'É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo' (Súmula Vinculante nº 21). (AC 0019512-04.2000.4.01.0000/DF - Relator: Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, Juiz Federal Cleberon José Rocha (Conv.) - Oitava Turma - e-DJF1 p. 162 de 31/5/2010 Data da Decisão: 30/4/2010.)

3 - Como se pode conferir nos autos do processo administrativo (fls. 37 e segs.), não se recorreu hierarquicamente, pelo que não há falar em ofensa ao contraditório e à ampla defesa. Com efeito, 'inviabilizam, contudo, o provimento do recurso, no particular, a não-comprovação do exercício da faculdade de recorrer na esfera administrativa e a judicialização da controvérsia que possibilitou a ampla discussão da validade dos autos de infração impugnados'. (AC 2000.01.00.077380-5/DF; APELAÇÃO CIVEL Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira - 5ª Turma Suplementar - e-DJF1 p. 328 de 27/3/2012 Data da Decisão: 20/3/2012).

4 - Remessa oficial e apelação providas. Inexiste condenação em honorários, tendo em conta a Súmula 168, ex-TRF. (Ap nº 0001257-69.1999.4.01.3900/PA – Relator: Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (Convocado) – TRF/1ª Região - 5ª Turma Suplementar – UNÂNIME – e-DJF1 16/11/2012 – pág. 1.079.) (Grifei e destaquei.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - CONSÓRCIOS - FUNCIONAMENTO SEM AUTORIZAÇÃO - MULTA ADMINISTRATIVA - PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA DOS DISPOSITIVOS - FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL - REEXAME DE PROVAS: SÚMULA 7/STJ.

1. INAPLICÁVEL A DISCIPLINA JURÍDICA DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, REFERENTE À RETROATIVIDADE DE LEI MAIS BENÉFICA (ART. 106 DO CTN), ÀS MULTAS DE NATUREZA ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES DO STJ.

2. Não se conhece do recurso especial, no tocante aos dispositivos que não possuem pertinência temática com o fundamento do acórdão recorrido, nem tem comando para infirmar o acórdão recorrido.

3. Inviável a reforma de acórdão, em recurso especial, quanto a fundamento nitidamente constitucional (caráter confiscatório da multa administrativa).

4. É inadmissível o recurso especial se a análise da pretensão da recorrente demanda o reexame de provas.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e provido". (REsp nº 1.176.900/SP – Relatora: Ministra Eliana Calmon – STJ – Segunda Turma – UNÂNIME – DJe 03/5/2010.) (Grifei e destaquei.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PODER DE POLÍCIA. SUNAB. APLICAÇÃO DE MULTA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO POR ANALOGIA('SIC') DE REGRAS DOS DIREITOS TRIBUTÁRIO E PENAL. IMPOSSIBILIDADE. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. ARGUMENTO CONSTITUCIONAL DA ORIGEM. RECURSO ESPECIAL VIA INADEQUADA.

1. Em primeiro lugar, a controvérsia foi decidida pela origem com fundamento constitucional (princípio da irretroatividade das leis - art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República vigente), motivo pelo qual a competência para apreciar e julgar eventual irresignação é do Supremo Tribunal Federal e o recurso especial é via inadequada para tanto. Precedente.

2. Em segundo lugar, NÃO SÃO APLICÁVEIS À ESPÉCIE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E DO CÓDIGO PENAL PORQUE, EMBORA O ESPECIAL TENHA SIDO INTERPOSTO NOS AUTOS DE EXECUÇÃO FISCAL, A MULTA IMPOSTA DECORRE DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp nº 761.191/RS – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – STJ – Segunda Turma – Unânime – DJe 27/05/2009.) (Grifei e destaquei.)

10. Não fora isso, há pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a ausência de questão constitucional envolvendo discussão decorrente da aplicação de multa administrativa com espeque em dispositivo do Decreto 23.258/1933:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OPERAÇÃO DE CÂMBIO ILEGÍTIMA. DECRETO Nº 23.258/33. APLICAÇÃO DE MULTA. ADVENTO DOS DECRETOS SEM NÚMERO DE 25/4/1991 E 14/5/1998. REVOGAÇÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. REPERCUSSÃO GERAL NÃO EXAMINADA. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. ART. 323 DO RISTF C.C. ART. 102, III, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF).

2. Consectariamente, se inexistente questão constitucional, não há como se pretender seja reconhecida "a repercussão geral das questões

constitucionais discutidas no caso" (art. 102, III, § 3º, da CF).

3. A CONTROVÉRSIA 'SUB JUDICE', CONSUBSTANCIADA NA LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO DECRETO Nº 23.258/33, pela prática de operações de câmbio ilegais, quando do advento dos Decretos s/nº de 25/4/1991 e 14/5/1998 – É DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL, POR ISSO QUE A EVENTUAL OFENSA À CONSTITUIÇÃO OPERA-SE DE FORMA INDIRETA, circunstância que inviabiliza a admissão do extraordinário. (Precedentes: AI nº 145.680-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, 1ª Turma, DJ de 30/4/93; AI nº 157.906-AgR, Relator o Ministro Sydney Sanches, 1ª Turma, DJ de 09/12/1994; RE n. 148.512, Relator o Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ de 02/8/1996; AI nº 757.658 -AgR, Relator o Ministro Eros Grau, 2ª Turma, DJ de 24/11/2009; RE nº 627.527, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 03/10/2011, entre outros).

4. OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, O DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, O DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO, BEM COMO A VERIFICAÇÃO DOS LIMITES DA COISA JULGADA E DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS QUANDO A VERIFICAÇÃO DA VIOLAÇÃO DOS MESMOS DEPENDE DE REEXAME PRÉVIO DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS, REVELA OFENSA INDIRETA OU REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL, O QUE, POR SI SÓ, NÃO DESAFIA A INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. (Precedentes: AI n. 804.854, 1ª Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 18/8/2010 e AI n. 756.336-AgR, 2ª Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 25/10/2010).

5. A decisão fundamentada, embora contrária à expectativa da parte, não importa em negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação.

6. *In casu*, o acórdão originariamente recorrido assentou: "EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO ADMINISTRATIVO. OPERAÇÕES DE CÂMBIO. TRÂNSITO POR INSTITUIÇÕES AUTORIZADAS OU CREDENCIADAS. AUSÊNCIA. DECRETO Nº 23.258/1993. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. SEGURANÇA JURÍDICA. DECRETO SEM NÚMERO DE 25/4/1991. REVOGAÇÃO. MULTA. REDUÇÃO. 1. A teor do previsto no artigo 1º do Decreto 23.258/1933, são ilegais as operações de câmbio que não transitam perante as instituições autorizadas ou credenciadas, restando sujeitos os infratores ao pagamento de multas cujo patamar máximo pode chegar ao dobro do valor das operações, conforme consta do artigo 6º do mesmo diploma legal. 2. Firmada posição no sentido de considerar, em atenção à garantia da segurança jurídica, que o Decreto sem número datado de 25/4/1991 figurou na condição de ato normativo apto a revogar o Decreto nº 23.258/1933. Em 14/5/1998, com o advento de novo Decreto sem número, houve o reconhecimento da nulidade do Decreto de 25/4/1991, tornando a partir de então a produzir efeitos o Decreto nº 23.258/1993.

3. REDUÇÃO DA MULTA ADMINISTRATIVA inicialmente fixada para a expressão de 20% sobre o valor atualizado das operações cambiais apuradas pelo BACEN no procedimento discutido, limitado ao período sujeito a sanção, qual seja aquele compreendido entre agosto/1998 e 24/4/1991”.

7. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgR-RE nº 649.161/RS – Rel. Min. Luiz Fux – STF – Primeira Turma – Unânime – DJe-100 23/05/2012.) (Grifei e destaquei.)

11. Na espécie, o voto condutor esclarece que

[...] a ocultação é evidente, porque a RECORRENTE firmou contratos de câmbio, decorrentes da exportação de pedras preciosas, no valor total de US\$ 4,052,333.24, sendo que *nem os valores em causa nem as pedras preciosas exportadas retornaram ao Brasil*. Houve, inegavelmente, a ocultação dos valores em causa”. (Fl. 803.) (Grifei e destaquei.)

12. E mais, a dívida em discussão é de *natureza não tributária*, decorrente de multa administrativa aplicada pelo Banco Central do Brasil – Bacen à embargante em 23/01/1995 ao ser concluído o Processo Administrativo Decam-86/002, iniciado em 07/02/1986 (fls. 589 e 615), à justificativa de

[...] haver praticado operações lesivas ao mercado de câmbio — sonegação de divisas — ao deixar de negociar em estabelecimentos autorizados a operar em câmbio no País. (fls. 589 e 615.) (Grifei.)

13. Nessa ordem de ideias, aplicada a multa com amparo em norma legal válida, precedida a inscrição em Dívida Ativa de procedimento específico e assegurado à embargante direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, não há como ser admitida, na espécie, alegação de ofensa ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

14. Finalmente, não sendo a questão de natureza criminal ou tributária, hipóteses em que é admitida, legalmente, a retroatividade de lei mais favorável ao infrator, inaplicável a jurisprudência consubstanciada na Súmula 654 do Supremo Tribunal Federal, não merecendo acolhida a arguição de inconstitucionalidade do § 2º do art. 12 da Lei 11.371/2006 por ofensa ao disposto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

Pelo exposto, rejeito a arguição de inconstitucionalidade do § 2º do art. 12 da Lei 11.371/2006 em relação ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

Retornem os autos ao ilustre relator para prosseguimento do julgamento na 7ª Turma.

É o meu voto.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Senhor presidente, entendo que, em princípio, aplica-se o princípio da retroatividade benéfica também às infrações administrativas, isto em consideração à teoria da unidade do injusto, amplamente aceita. Todavia, há que se fazer uma distinção. Outro dia, na 5ª Turma, tivemos um caso parecido. A anterior Lei do Cade estabelecia que as empresas devessem comunicar as operações de concentração dentro de certo prazo, sob pena de multa. Veio nova lei e mudou o sistema. Não há mais a concentração e, em seguida, comunicação ao Cade dentro de certo prazo; a aprovação do Cade deve ser prévia, portanto, acabou aquela obrigação de comunicação. As empresas vieram, então, alegando que as multas por ter comunicado fora do prazo estão extintas. A nova lei retroage. Estou há muito tempo longe do Direito Penal, não me recordo muito bem de seus conceitos, mas parti da consideração de que a situação é parecida com a da norma penal em branco. Há duas espécies de norma penal em branco, os exemplos clássicos são aqueles da lista de entorpecentes e da tabela de preço. A lei diz que portar substância entorpecente é crime. Aí vem uma portaria do Ministério da Saúde e diz quais são as substâncias entorpecentes. É uma norma administrativa complementar da lei. Se, por meio de exames, se chega à conclusão que uma substância que está naquela portaria, na verdade, é inócua, não tem qualquer efeito de causar dependência física ou psíquica, aquela substância é retirada da lista, essa norma retroage, porque se reconhece que desde o início era indevida a inclusão daquela substância na lista. Outro exemplo: a lei prevê que violar tabela de preço é infração. Há uma tabela de preço, hoje. Amanhã, essa tabela muda. Nesse caso, a nova tabela não retroage, porque a primeira tabela era adequada àquele momento, justificava-se pelo momento em razão da política de controle de preços. Vindo uma nova tabela, leva em consideração o novo momento econômico. Então, não pode retroagir, porque foi baixada em razão de novas circunstâncias. Usei essa argumentação e estava presente à sessão o ilustre Procurador Regional da República, Dr. Eugênio Pacelli, reconhecido doutrinador do Direito Penal e do Processo Penal, o qual complementou que esse é um caso típico de ultra-atividade. A tabela anterior tem efeito em relação aos fatos ocorridos à época; ainda que esses fatos não tenham sido levantados, poderão ser punidos no futuro, porque há ultra-atividade daquela tabela. Naquele caso, julgamos sem precisar arguir inconstitucionalidade, porque não

havia esta regra da lei que diz não retroagir. Bastou a interpretação.

Aqui, há um artigo dizendo que a nova lei não retroage. É esse artigo que está sendo acoimado de inconstitucional. Então, penso que há justificativa, sim, a decisão tomada pela turma é formalmente correta, entendendo que a retroação estaria deixando de aplicar esse dispositivo. Há justificativa para a arguição perante a Corte. Cabe à Corte considerar essa mudança de política, essa mudança da regra: não há mais necessidade de cobertura cambial. Não se justifica em função de uma nova política ou já não se justificava, desde a origem? Foi uma simples mudança de critério ou foi o reconhecimento de que era injustificável desde a origem? Quer parecer, pelo que foi sustentado da tribuna, que é resultado de uma mudança de política. Antes havia uma política de comércio exterior, cobertura cambial, que foi mudada em razão de nova circunstância do cenário econômico. Neste caso, realmente, não há por que retroagir. Só retroagiria, de acordo com os motivos da lei, se houvesse o reconhecimento de que a exigência era indevida desde a origem. Não estou afirmando isso categoricamente, pode ser que essa mudança tenha sido em face do reconhecimento de que desde a origem a regra era indevida, era injustificável. Isso não está bem informado. Pelo fato de não estar bem esclarecido se foi realmente uma mudança de política ou se foi reconhecimento tardio de que a exigência é indevida, tenho que decidir a questão com base na presunção de constitucionalidade das leis. Na dúvida, ou não estando bem esclarecida a situação, devo afirmar a constitucionalidade da lei. É por isso que rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

Voto-Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Senhor presidente, inicialmente, entendo que devemos considerar o alcance da expressão “legislação tributária” como assim posta na letra do art. 96 do Código Tributário Nacional, na amplitude que essa lei complementar dera a tal expressão, no sentido de compreender

[...] as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

O mesmo Código Tributário Nacional, ao tratar do alcance dos decretos no contexto da legislação tributária, que, diga-se logo, por oportuno, não trata apenas de matéria *tributária stricto sensu*, mas

também de matéria de natureza fiscal, que é gênero do tributário, assim dimensiona o alcance dos decretos, nos termos seguintes:

O conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta lei.

Essa norma traz um princípio de grande dimensão que é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência nacional e estrangeira, mas, sobretudo, pela inteligência jurisprudencial e doutrinária nacional, à luz do que dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil, na compreensão de que não existe no ordenamento jurídico brasileiro a figura do decreto autônomo. A função do decreto no campo legislativo é de regulamentar a lei, e é nesse sentido que Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, em seu clássico *Princípios Gerais do Direito Administrativo*, leciona com propriedade na inteligência de que os decretos não podem extrapolar as comportas da lei, posto que somente a lei pode criar direitos e obrigações na ordem jurídica. O texto do Código Tributário Nacional, elaborado didaticamente pelas inteligências de Rubens Gomes de Souza, Amílcar de Araújo Falcão e Aliomar Baleeiro, não romperá com as amarras do regime de exceção em cujo contexto fora editado, na medida em que manteve a figura esdrúxula e ditatorial do *solve et repete* para a repetição do indébito quando, a rigor, a consciência jurídica da cidadania não haveria de suportar tamanho abuso, mesmo naquele contexto histórico — mormente hoje, em pleno regime democrático. A despeito da manifesta cultura dos autores do código, temos de admitir que a redação deste código, nominalmente fulcrada no conceito de tributo, como previsto no art. 3º do referido diploma legal, a rigor, trata — esse diploma — de matéria fiscal e tributária, e tanto assim é que, no capítulo que cuida da obrigação tributária, o art. 113 diz que

[...] a obrigação tributária é principal ou acessória; a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, e extingue-se juntamente com o débito dela decorrente (§ 1º).

E, logo a seguir, define a obrigação acessória como decorrente

[...] da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos (§ 2º).

Como se vê, no capítulo que cuida da obrigação tributária, o legislador cuida de uma obrigação que denomina de acessória, que é de natureza essencialmente administrativa, instrumental e, portanto, não está submetida à reserva absoluta da lei em sentido estrito. Isto mostra como a sistemática do Código Tributário Nacional está voltada não só para o fenômeno tributário *stricto sensu* — que submete ao princípio da legalidade estrita em matéria de configuração do tributo na definição do art. 3º do CTN —, mas também disciplina a instrumentalidade de arrecadação desses tributos através da administração tributária e, por isso, temos, como intérpretes, de verificar nesse contexto qual a função do decreto, que, evidentemente, não tem competência nem legitimidade para descrever infrações nem aplicar penalidades, de acordo com o que dispõe o art. 97 do mesmo Código Tributário Nacional, que submete à reserva absoluta da lei a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias aos seus dispositivos e para outras infrações nela definidas e também submete à reserva absoluta da lei a fixação de penalidades na esfera administrativa. Por isso é que a doutrina tributária nacional e estrangeira admite a existência de um ramo do Direito Tributário com a denominação de Direito Tributário Penal, quando, a rigor, o correto seria aqui considerar um direito fiscal e não estritamente tributário no campo das penalidades administrativas.

No caso *sub judice*, não vamos incursionar quanto à legitimidade ou não do Decreto 23.258, de 19/10/1933 para descrever como descrevera as infrações administrativas objeto das penalidades previstas em seu art. 6º, nos termos seguintes:

Art. 6º As infrações dos arts. 1º, 2º e 3º serão punidas com multas correspondentes ao dobro do valor da operação, no máximo, e, no mínimo, de cinco contos de réis (5:000\$000), nos termos do , citada.

O parágrafo único diz o seguinte:

Parágrafo único. Àqueles que se opuserem aos exames de que trata o art. 4º, serão aplicadas as penas estatuídas no art. 70, letra a, alínea 3ª, do Decreto 14.728, de 1921.

Este decreto, que é de 1933, foi expressamente revogado por um decreto sem número, de 25/04/1991, e, através do decreto, também sem número, de 14/05/1998, foi reconhecida e declarada a nulidade do art. 4º do decreto de 25/04/1991 na parte em que revogou o Decreto 23.258, de 19/10/1933.

Como se vê, a esdrúxula e abusiva legiferância em matéria de decretos neste país, onde, a rigor, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, II, dispõe expressamente que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, como princípio geral, e em matéria de administração tributária e de submissão a pagamento de tributos, o princípio da legalidade é que deve reger essas relações, para a segurança jurídica de todos.

Através da Medida Provisória 315, de 03/08/2006, a matéria disciplinada no decreto autônomo, que veio a ser revogado e logo depois repristinado, ou seja, ressuscitado por um novo decreto, como visto, estabelece essa medida provisória, no seu art. 11, que:

O art. 3º do Decreto 23.258, de 19 de outubro de 1933, passa a vigorar com a seguinte redação: 'Art. 3º É passível de penalidade o aumento de preço de mercadorias importadas para a obtenção de coberturas indevidas.

E no art. 12 estabelece:

As infrações aos artigos 1º, 2º e 3º do Decreto 23.258, de 1933, ocorridas a partir de 4 de agosto de 2006, serão punidas com multas entre 5% e 100% do valor da operação.

E aqui me parece que a situação do administrado fica bem mais gravosa; primeiro, porque o valor fixado nessa medida provisória impõe multa de até 100% do valor da operação, o que é, na minha ótica, abusivamente gravoso; e estabelece um termo para as infrações previstas do malsinado Decreto 23.258, de 1933, ocorridas a partir de 4 de agosto de 2006. Essa medida provisória foi convertida na Lei 11.371, de 28 de novembro de 2006, que, no seu art. 12, dispõe nos seguintes termos:

Art. 12 - As infrações aos arts. 1º, 2º e 3º do Decreto no 23.258, de 1933, ocorridas a partir de 4 de agosto de 2006, serão punidas com multas entre 5% (cinco por cento) e 100% (cem por cento) do valor da operação.

§ 1º O Conselho Monetário Nacional disciplinará o disposto nos arts. 1º, 2º e 3º do Decreto no 23.258, de 1933, podendo estabelecer gradação das multas a que se refere o caput deste artigo.

§ 2º Sujeitam-se às penalidades do art. 6º do Decreto no 23.258, de 1933, as sonegações de cobertura nos valores de exportação ocorridas até 3 de agosto de 2006.

A questão da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal reside, a meu sentir, no que tange à retroatividade *in bonam partem*, isto é, para favorecer o administrado neste campo infracional, colocando-

se a doutra argumentação do eminente relator, a quem admiro e peço vênia para divergir de seu douto voto, no sentido de que a lei não pode retroagir em matéria de penalidade administrativa ou de natureza não tributária, citando respeitáveis precedentes jurisprudenciais nesse sentido.

Peço vênia a essa inteligência jurisprudencial, também, porque não posso admitir que um intérprete faça distinção onde a lei não distingue. E, no caso em exame, o art. 106 do Código Tributário Nacional é taxativo nas letras seguintes: “A lei aplica-se a ato ou fato pretérito”. E aqui observo que a matéria prevista no art. 106, visando à retroatividade benéfica da lei em favor do administrado, no campo fiscal tributário, diz respeito à aplicação da legislação tributária, e não a que se discute a questão relativa à lei em sentido estrito.

Numa exegese sistemática e teleológica desse dispositivo legal, eu diria até tópico-normativa por se tratar de aplicação da legislação tributária, há de se admitir que também a norma decretal está abrangida por esse dispositivo do art. 106 do CTN, quando diz expressamente que:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados.

No inciso II do referido art. 106, está escrito que, em se tratando de ato não definitivamente julgado, aplica-se retroativamente a lei quando deixe de defini-lo como infração.

Portanto, senhor presidente, com a mais respeitosa vênia, eu divirjo do voto do eminente relator por entender que a arguição de inconstitucionalidade procede na espécie e, por isso, declaro, sim, a inconstitucionalidade do dispositivo previsto no § 2º do art. 12 da Lei 11.371/2006, como assim suscitado no incidente. Este é o meu voto.

Corte Especial

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0057014-54.2012.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Relatora p/acórdão: Desembargadora Federal Selene Almeida
Requerente: Fazenda Nacional
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Requerido: Juízo Federal da 5ª Vara/DF
Autora: Cia. Sulamericana de Tabacos
Advogados: Dra. Vera Carla Nelson Cruz Silveira e outros
Publicação: e-DJF1 de 28/06/2013, p. 138

Ementa

Agravo regimental em suspensão de liminar. Grave lesão à ordem tributária e à saúde pública.

I. “Evidenciada a grave lesão à saúde pública quando, deixando de recolher o IPI, que é a parcela preponderante na composição do preço final do produto, o fabricante de cigarros tem condições de colocá-lo no mercado a um preço muito menor, o que faz aumentar o seu consumo e, conseqüentemente, os riscos à saúde da população.

II. Verificada, também, a grave lesão à economia pública: a uma, porque, ao não recolher o IPI, o Estado ficou sem parcela importante da arrecadação tributária, parcela essa que poderia ser utilizada, inclusive, para custear o tratamento das pessoas acometidas pelos malefícios causados pelo consumo de cigarros; a duas, porque, ao praticar preços mais baixos, a empresa alarga assim fatia da concorrência e ganha poder de mercado, prejudicando a concorrência que, em tese, esteja recolhendo os tributos, e não poderia, por isso, com ela competir.” (AGRSL 0024266-42.2007.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Corte Especial, e-DJF1, p. 158, de 17/08/2009.)

III. Agravo regimental da Fazenda Nacional provido.

Acórdão

Decide a Corte, por maioria, dar provimento ao agravo regimental da Fazenda Nacional.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 20/06/2013.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora p/ acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — A União (Fazenda Nacional) interpõe agravo regimental de decisão de minha lavra que, nos autos da suspensão de liminar e antecipação de tutela, indeferiu o pedido, a fim de suspender os efeitos da decisão proferida pela ilustre juíza federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, a qual deferiu a antecipação de tutela para “suspender os efeitos do Ato Declaratório Executivo Cofis 33, de 31 de maio de 2012, de forma a autorizar a continuidade das atividades da autora, até pronunciamento final nesta ação; ou até que a ré proceda à revisão do parcelamento concedido à autora com parâmetro na Lei 11.941/2009” (fl. 3.693).

A agravante sustenta que a parte autora (Cia. Sulamericana de Tabacos) é contumaz sonegadora de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), incidente sobre a produção de cigarros, circunstância que autoriza o cancelamento do registro especial para a atividade, conforme dispõem os arts. 2º e 10 do Decreto-Lei 1.593/1977, com a redação dada pela Lei 12.715, de 17/09/2012.

Ressalta que a situação fiscal da empresa autora é de evidente inadimplência, pois tem inúmeros débitos fiscais, com exigibilidade ativa, e que somam mais de 238 milhões de reais. Diz que apenas alguns débitos foram considerados pela magistrada de primeiro grau, para conceder a antecipação da tutela, os quais,

todavia, não serviram de base para o cancelamento do registro especial.

Assevera que a decisão proferida nos autos principais afronta a legislação aplicável à espécie e causa riscos à economia, à ordem e à saúde públicas, e transcreve trecho de decisão proferida nos autos da SLAT 2007.01.00.024797-8/DF, na qual se discutiu questão semelhante à dos autos e foi deferido o pedido de suspensão da liminar pela presidência deste Tribunal.

Pugna, pois, pela reforma da decisão agravada, a fim de suspender a decisão proferida nos autos da ação ordinária que tramita em primeira instância.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Inicialmente, faço consignar que os presentes autos foram a mim conclusos em razão do impedimento declarado pelo Presidente deste Tribunal, o eminente Des. Federal Mário César Ribeiro (fl. 3.700).

A decisão agravada foi assim fundamentada (fls. 3702-3708):

Segundo dispõe o art. 4º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, o presidente do Tribunal poderá suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar em ações movidas contra o Poder Público, “em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

O exame da questão posta nos autos, assim, estará limitado à verificação da ocorrência de tais requisitos, para o que, no entanto, não é vedado incursionar, ainda que de forma superficial, a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, consoante entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal (SS 846-AgR/DF – rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ de 29/05/1996; SS 1.272-AgR/RJ – rel. Min. Carlos Velloso – DJ de 18/05/2001, entre outros).

Sustenta a requerente que a decisão invecivada provoca “*séria lesão à economia, à ordem e à saúde públicas*”, nestes termos (fls. 17-18):

a) *grave lesão à economia pública*, uma vez que a inadimplência da empresa interessada (a dívida

consolidada da empresa é de impressionantes R\$ 401.835.751,33), decorre de opção deliberada de não pagar tributos, acarretando prejuízos econômicos diários tanto à União, por deixar de receber da empresa sonegadora, quanto à ordem econômica, uma vez que gera uma nítida concorrência desleal no mercado em que atua em comparação com as demais empresas que arcam com elevadíssima carga tributária;

b) *grave ameaça à ordem pública*, pois o funcionamento da empresa interessada, que sistematicamente se nega a recolher tributos, em especial o IPI, cuja alíquota representa parte substancial do preço do cigarro, derruba toda a lógica da tributação extrafiscal proibitiva que é imposta pelo Estado, corrompendo toda a teleologia da norma que disciplina a situação (Decreto-Lei 1.593/1977);

c) *grave ameaça à saúde pública*, pois, com a chancela do Poder Judiciário ao “planejamento tributário” da empresa interessada, que continuará a vender seus produtos com a ausência de pagamento de IPI, o cigarro vai ao mercado com um preço muito menor, o que serve de estímulo para seu consumo, acarretando sérios prejuízos à sociedade como um todo.

Entendo, porém, que tais alegações não bastam para demonstrar a satisfação dos requisitos exigidos para a suspensão da decisão de primeira instância, a qual foi proferida depois de ouvida a União (Fazenda Nacional), estando fundamentada em sólidos argumentos, *verbis* (fls. 3.684–3.687):

[...]

Vislumbro verossimilhança nas alegações da autora.

Primeiramente, ressalte-se que sobre a recepção do Decreto-lei 1.593/77 pela Constituição Federal o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, tendo se manifestado pela higidez de seus dispositivos.

A abrangência da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que estaria fundamentada em postura contumaz de sonegação fiscal da então empresa litigante para obter vantagens concorrenciais desleais, não merece apreciação neste momento, em face de suas peculiaridades e por demandar um amadurecimento maior da lide.

A relação processual sequer foi complementada com a citação e apresentação de defesa por parte da Fazenda Nacional, tornando precoce maiores divagações nesse aspecto, inclusive quanto à vedação constante das Súmulas 70 e 323 do STF.

A pretensão da autora ganha pertinência ao se constatar, pelos documentos juntados aos autos, que os débitos motivadores do Ato Declaratório

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tolentino Amaral, Daniel Paes Ribeiro, Kassio Marques, Olindo Menezes, Carlos Moreira Alves, Neuza Alves, Néviton Guedes, Novély Vilanova, Jirair Aram Meguerian e Souza Prudente.

em debate encontram-se, em sua grande parte, suspensos.

Isso porque dentre os débitos apontados pela própria Fazenda Nacional como ensejadores do Ato Declaratório que cancelou o registro especial da autora estão aqueles objeto do parcelamento administrativo facultado pela Lei 11.941/09.

[...]

Ou seja, dentre os dezoito débitos alegados pela Fazenda Nacional como motivadores do cancelamento do registro da autora estariam incluídos os 12 débitos parcelados, segundo as disposições da Lei 11.941/2009.

As alegações da União (Fazenda Nacional) quanto à impossibilidade de inclusão dos débitos constantes do pedido de aditamento do parcelamento em referência não enfraquecem o direito da autora, na medida em que antes de qualquer providência tendente à aplicação das disposições do Decreto-lei nº 1.593/77, com o cancelamento do registro da autora e a consequente paralisação das atividades da empresa, a fiscalização deveria proceder à revisão/exclusão dos débitos consolidados e parcelados indevidamente, segundo alega a ré.

O fato é que os documentos juntados aos autos, extraídos no site do próprio Ministério da Fazenda, apontam que os débitos, em sua grande maioria (12), que teriam motivado o Ato Declaratório em litígio, foram consolidados e incluídos no parcelamento propiciado pela Lei nº 11.941/2009.

Não há qualquer alegação de impontualidade no referido parcelamento. O ato da fiscalização de proceder ao cancelamento de registro da empresa sem antes revisar os débitos parcelados, intimar a autora da exclusão de alguns deles do parcelamento, oportunizando, assim, a defesa que couber na hipótese, afigura-se arbitrário e passível, sim, de ser coibido pelo Poder Judiciário.

O princípio da separação dos poderes não pode servir como fundamento para afastar da análise pelo poder judiciário da legalidade dos atos da Administração, supostamente praticados sem a observância de princípios basilares a que está vinculada, devendo ser coibida a sua atuação eventualmente arbitrária e desmotivada.

Por outro lado, a Administração se vale da prerrogativa de rever seus próprios atos e deve assim agir se entende irregular o parcelamento concedido à autora, ma não pode, definitivamente, aplicar sanção tão drástica, como o cancelamento do seu registro, sob o frágil argumento de que o valor consolidado será revisado pelo SERPRO, sob pena de inversão indevida dos fatos.

Observe-se que a autora sequer teria condições de apurar o valor devido, vez que o parcelamento, concretamente, englobou todos os doze débitos de IPI, sendo certo que a incumbência de excluir os débitos incluídos indevidamente no

parcelamento, apurar o que já foi pago e definir o que está em aberto é da própria fiscalização.

Antes de tais providências, inadmissível, segundo esta análise inicial, o fechamento da empresa sob o fundamento de descumprimento das obrigações tributárias.

[...]

Efetivamente, não é suficiente a alegação de grave lesão à economia, à saúde e à ordem públicas, fazendo-se necessária a demonstração de sua ocorrência, consoante já decidiu este Tribunal:

AGRAVO REGIMENTAL. REQUERIMENTO DE SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. ANÁLISE RESTRITA. RECURSOS ORIUNDOS DO FUNDEB E SUS. VEDAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA PARA CONTA ÚNICA DO ESTADO. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM A PREVISÃO LEGAL. GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.

1. Na medida de contracautela prevista no art. 4º da Lei 8.437/1992 e no art. 15 da Lei 12.016/2009 não cabe, em regra, pelo menos de forma exauriente, o exame das questões de mérito envolvidas no processo principal, relativamente ao acerto ou desacerto jurídico da decisão, na perspectiva da ordem jurídica, matéria que deve ser tratada nas vias recursais ordinárias. Admite-se apenas, a título de delibação ou de descrição do cenário maior do caso, para aferição da razoabilidade do deferimento ou do indeferimento do pedido, um juízo mínimo a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal.

2. A determinação de que os recursos repassados pela União ou entidades da Administração Indireta Federal a outros entes federativos sejam movimentados exclusivamente por meio de conta específica aberta para tal fim, bem como de que tais recursos somente podem ser aplicados no fim objeto da avença que culminou na transferência advém de uma série de determinações legais e infralegais.

3. Para o deferimento de suspensão requerido ao presidente do tribunal, a requerente deve demonstrar cabalmente os danos que poderá advir do cumprimento da decisão que se quer suspender, uma vez que tais danos não podem ser tidos como presumidos.

4. Não demonstrado de que modo os depósitos do SUS e do FUNDEB em contas especiais, como manda a lei, possam inviabilizar a confecção das folhas de pagamento dos servidores das áreas de educação e saúde ou atrasar o pagamento daqueles servidores, frágil se torna o argumento para sustentar a existência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

5. A manutenção de “conta única” pelo Estado inviabiliza a fiscalização dos recursos repassados pela União, por força de convênios firmados para

a consecução de projetos de interesses comuns da União e do Estado.

6. Agravo regimental desprovido.

(AGRSLT 0072160-72.2011.4.01.0000/PI – Rel. Des. Federal Mário César Ribeiro – Corte Especial – e-DJF1 de 04/09/2012, p. 3)

AGRAVO REGIMENTAL. PROGRAMA DE AÇÃO AFIRMATIVA DE INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR – PAAES. SUBPROGRAMA 2008/2011. EFEITO MULTIPLICADOR E GRAVE LESÃO À ORDEM. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. DECISÕES JÁ EXECUTADAS. IMPOSSIBILIDADE DE EFEITOS RETROATIVOS.

1. A suspensão de segurança, expressão utilizada em sentido genérico, em face da execução de liminar ou de sentença, não constitui o julgamento de mérito, na perspectiva do acerto ou desacerto da decisão ou da sentença, em face do ordenamento jurídico. Constitui, sim, uma via excepcional de revisão temporária, no plano da produção de efeitos (eficácia) do ato judicial. Seu enfoque se restringe ao exame da potencialidade danosa do provimento jurisdicional, a fim de se “evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” (arts. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, e 15 da Lei 12.016/2009).

2. Não há, no caso, demonstração da grave lesão à ordem pública, configurada na probabilidade de efeito multiplicador da decisão judicial e na necessidade de criação de novas vagas na universidade sem a respectiva estrutura capaz de abrigar todos os matriculados. Os alunos beneficiados pelas liminares (seis) estão em plena vida acadêmica, sem nenhum transtorno para a estrutura administrativa da Universidade. Em suspensão de liminar ou de sentença, não basta argumentar com o risco potencial ou hipotético de grave lesão aos interesses públicos. É imprescindível a demonstração do dano.

3. O objetivo da suspensão de segurança é apenas afastar a execução da decisão, sem reduzir ou expandir o conteúdo decisório. A suspensão de segurança (assim denominada genericamente) não concede efeito suspensivo ativo e não tem força para acarretar o statu quo ante.

4. Embora o legislador não tenha estabelecido prazo para ajuizamento do pedido de suspensão de segurança, entende-se que o requerimento deve ser ajuizado antes da execução do ato judicial, haja vista que o instituto se presta a uma tutela preventiva. A suspensão de segurança não visa corrigir eventual error in procedendo ou error in iudicando, mas, tão somente, suspender, provisoriamente, os efeitos da liminar, a fim de evitar que da sua execução decorra grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

5. Improvimento do agravo regimental.

(AGRSLT 0006120-11.2011.4.01.0000/MG – Rel. Des. Federal Olindo Menezes – Corte Especial – e-DJF1 de 17/04/2012, p. 34)

Na hipótese, entendo que a requerente não demonstrou que o cumprimento da decisão impugnada possa causar efetiva lesão à economia, à saúde e à ordem públicas, pois a inadimplência da empresa não configura, por si só, sonegação contumaz de tributos, ademais na situação examinada, em que a empresa requereu parcelamento de débitos, numa demonstração inequívoca de que deseja regularizar a situação tributária. Não se verifica ameaça à ordem pública em razão do funcionamento da empresa, assim como à saúde pública, pela venda de seus produtos, os quais, embora sabidamente prejudiciais à saúde, é certo que a retirada do mercado dos cigarros fabricados por uma empresa em nada modificará a situação.

Entendo que as razões da agravante não são suficientes para infirmar a decisão agravada, a qual, como visto, considerou que a manutenção do *decisum* de primeiro grau não traduz risco à economia, à ordem e à saúde públicas.

Com efeito, a agravante teceu as mesmas considerações explicitadas na peça vestibular sem trazer, contudo, argumento capaz de traduzir o risco que alega estar presente com a manutenção da decisão de primeiro grau e que é o pressuposto para o deferimento de pedido formulado em sede de suspensão de liminar e antecipação de tutela.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o meu voto.

Voto-Vista

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — A Fazenda Nacional interpõe agravo regimental contra decisão da lavra do eminente vice-presidente desta Corte Regional que indeferiu pedido de suspensão de decisão do Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que deferiu antecipação de tutela em favor da Cia. Sulamericana de Tabacos para suspender os efeitos do Ato Declaratório Executivo Cofis 33, de 31 de maio de 2012, de forma a autorizar a continuidade das atividades da autora, até decisão final da demanda ou até que a ré proceda à revisão do parcelamento concedido à autora com parâmetro na Lei 11.941/2009.

A Fazenda Nacional alega que a parte autora (Cia. Sulamerica de Tabacos) é sonegadora contumaz

de Imposto sobre Produtos Industrializados, incidente sobre a produção de cigarros, fato que autoriza o cancelamento de registro especial para a atividade, conforme dispõem os arts. 2º e 10 do Decreto-Lei 1.593/1999, com a redação dada pela Lei 12.715/2010.

Alega que a decisão do juízo de primeiro grau é contrária à legislação aplicável à espécie e causa riscos à economia, à ordem e à saúde públicas.

Afirma que há grave lesão à economia pública uma vez que a inadimplência da empresa (dívida consolidada) é de R\$ 401.835.751,33) decorre da opção de não pagar tributos, causando prejuízo econômico diário à União quanto à ordem econômica, pois cria concorrência desleal no mercado em que atua a agravada em comparação com as demais empresas que arcam com elevadíssima carga tributária.

Afirma que há ameaça à ordem pública porque o funcionamento da empresa interessada, que sistematicamente se recusa a recolher tributos, em especial o IPI, cuja alíquota representa parte substancial do preço do cigarro, derruba toda a lógica da tributação extrafiscal proibitiva que é imposta pelo Estado.

Sustentou a existência de grave ameaça à saúde pública, pois a empresa continuará a vender seus produtos com a ausência de pagamento de IPI, o cigarro vai ao mercado com preço muito menor, o que serve de estímulo para seu consumo acarretando sérios prejuízos à sociedade.

Alegou ainda que:

[...]

O pedido de suspensão de liminar foi manejado contra decisão de primeiro grau que deferiu medida cautelar determinando à União que restabeleça o registro especial para fabricação de cigarros, desconsiderando a exigência legal de regularidade fiscal.

O Excelentíssimo Sr. Vice-Presidente indeferiu o pedido de suspensão entendendo que as alegações da União (Fazenda Nacional) não seriam suficientes para demonstrar a satisfação dos requisitos exigidos para a suspensão da decisão de primeira instância.

Em suma a decisão monocrática acolheu os fundamentos da decisão do juízo *a quo*, concluindo que “a requerente não demonstrou que o cumprimento da decisão impugnada possa causar efetiva lesão à economia, à saúde e à ordem públicas, pois a inadimplência da empresa não configura, por si só, sonegação contumaz de tributos, ademais na situação examinada, em que a empresa requereu parcelamento de débitos, numa demonstração inequívoca de que deseja regularizar a situação tributária” (fl. 3707).

Referida decisão, todavia, merece ser reformada, como será demonstrado a seguir.

Ao contrário do que constou da decisão, não se trata de mera inadimplência da empresa, mas sim de sonegação contumaz do IPI devido, conforme amplamente demonstrado na petição inicial.

Nem mesmo a alegada “regularidade fiscal” se evidencia na hipótese dos autos. Conforme se observou a ilustre magistrada de primeiro grau considerou apenas uma parte dos débitos ativos da empresa para justificar sua pretensa regularidade fiscal, passando ao largo de outras inscrições milionárias absolutamente exigíveis, que, como cediço, gozam de presunção de legitimidade. Inexiste qualquer respaldo jurídico ao direito pleiteado pela parte autora. Com efeito, a empresa Cia. Sulamericana de Tabacos é possuidora de inúmeros débitos frente à Receita Federal do Brasil e à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional sem suspensão de exigibilidade, motivo pelo qual se revela absolutamente inalterada a situação de reiterada inadimplência que ensejou o cancelamento de Registro Especial de fabricante de cigarros.

Além da manifesta irregularidade fiscal, a Cia. Sulamericana de tabacos também descumpre reiteradamente obrigação principal em relação ao recolhimento do IPI devido pela fabricação e comercialização de cigarros.

Ressalte-se que existem duas hipóteses totalmente distintas previstas nos incisos 1 e II do art. 2º do Decreto-lei nº 1.593/77 para cancelamento do Registro Especial, tendo a Cia. Sulamericana sido enquadrada em ambos conforme consta do ADE Cofis 33/2012. Confira-se o teor do dispositivo:

“Art. 2º O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos:

I - desatendimento dos requisitos que condicionaram a concessão do registro;

II - não cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal;

[...]”

O § 2º, inciso 1, do art. 1º, do Decreto-lei nº 1.593/77, por sua vez, estabelece como um dos requisitos para concessão do Registro Especial a comprovação de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional por parte da empresa requerente. Desta forma, além da ausência de regularidade fiscal, conforme comprovam os documentos acostados ao processo, caracterizando desatendimento a requisito que condiciona a concessão do Registro Especial, a Cia. Sulamericana também descumpre reiteradamente obrigação principal em relação ao recolhimento do IPI devido pela fabricação e comercialização de cigarros, hipóteses de cancelamento do Registro Especial previstas nos incisos 1 e 11 do art. 2º do decreto-lei nº 1.593/77.

As duas hipóteses distintas foram estabelecidas exatamente para que a empresa não perpetue a prática de sonegação e fique aguardando a constituição definitiva dos créditos pela Fazenda Nacional para somente então promover o parcelamento, que acaba sendo pago no curto prazo mediante a continuidade do não cumprimento da obrigação principal em relação aos produtos que comercializa, como ocorre exatamente em relação a CIA. Sulamericana neste momento, só que sob a tutela do Poder Judiciário, gerando um efeito multiplicador no passivo tributário da empresa, que no médio prazo acaba se tornando impagável e também inviável do ponto de vista de execução fiscal pela PGFN.

Cabe ressaltar a nova redação do artigo 2º, §§ 1º e 10 do decreto-lei nº 1.593/77 dada pela lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012:

“Art. 2º O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos:

I - desatendimento dos requisitos que condicionaram a concessão do registro;

II - não cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal;

[...]

§ 1º Para os fins de aplicação do disposto no inciso II do *caput*, deverão ser consideradas as seguintes práticas reiteradas por parte da pessoa jurídica detentora do registro especial: (Redação dada pela Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012)

I - comercialização de cigarros sem a emissão de nota fiscal; (incluído pela Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012)

II - não recolhimento ou recolhimento de tributos menor que o devido; (Incluído pela Lei 11º 12.715, de 17 de setembro de 2012)

III - omissão ou erro nas declarações de informações exigidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012).

[...]

§ 10. Para fins do disposto no § 1º, considera-se prática reiterada a reincidência das hipóteses ali elencadas, independentemente de ordem ou cumulatividade. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 1º de setembro de 2012)”

O artigo 2º-A do decreto-lei nº 1.593/77 dispõe que a caracterização das práticas descritas nos incisos II e III do art. 2º, para fins de cancelamento do registro especial, independe da prova de regularidade fiscal da pessoa jurídica perante a Fazenda Nacional. Confira-se:

“Art. 2º-A. A caracterização das práticas descritas nos incisos II e III do art. 20, para fins de cancelamento do registro especial, independe

da prova de regularidade fiscal da pessoa jurídica perante a Fazenda Nacional (Incluído pela Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012)”

O referido artigo corrobora de maneira clara a distinção das hipóteses previstas nos incisos 1 e 11 do art. 2º do decreto-lei nº 1.593/77 para aplicação da pena de cancelamento.

No caso sob apreciação, a situação é ainda mais grave, na medida em que a empresa se enquadra em ambas as hipóteses para o cancelamento do registro especial: não possui regularidade fiscal e não cumpre obrigação principal em relação aos produtos que comercializa. Conforme se observou, essa última hipótese, por si só, já ensejaria o cancelamento do registro especial, diante da previsão do artigo 2º-A do decreto-lei nº 1.593/77.

O raciocínio desenvolvido pelo eminente Ministro Cezar Peluso, em seu douto voto, proferido nos autos da MC 1657/DF (STF), bem evidencia que o exame do Decreto-Lei 1.593/77 enseja interpretação específica quanto aos aspectos da ordem jurídica existente, considerando o caráter da extrafiscalidade do tributo e do regime especial em tela.

A decisão agravada deixou de apreciar a questão referente à ausência de regularidade fiscal quanto aos demais débitos cujas exigibilidades não estão suspensas por parcelamento, bem como quanto ao fato de que a empresa não cumpre obrigação principal em relação aos produtos que comercializa.

De fato, a empresa não paga o IPI devido, pois declara somente 20% de sua produção, sonegando os 80% restantes, conforme cruzamento da produção controlada pelo sistema SCORPIOS com as respectivas DCTF. Quando os créditos se tomam exigíveis a empresa “regulariza” sua situação mediante simples adesão a parcelamentos, cujo pagamento no curto prazo se dá à custa de mais sonegação. Prova disso é a quantidade de inscrições em Dívida Ativa plenamente ativas, sem qualquer suspensão de exigibilidade.

Portanto, o fundamento da r. decisão ora combatida não é suficiente para considerar que a empresa possa continuar funcionando, como adiante se verá independentemente dos débitos incluídos no parcelamento da Lei nº 11.941/2009, existem vários outros débitos que demonstram a irregularidade fiscal da empresa e que fundamentam o cancelamento do seu registro especial.

Outrossim, a decisão monocrática também restou omissa quando às inscrições nºs. 70.3.09.000206-60, 70.3.10.000143-10, 70.3.10.000145-81 e 70.3.11.000213-93.

Conforme demonstram os autos, por uma opção deliberada de não pagar tributos, a dívida consolidada da empresa é superior a R\$ 401.835.751,33 (quatrocentos e um milhões, oitocentos e trinta e cinco mil, setecentos e cinquenta e um reais e trinta e três centavos), dos quais R\$ 238.939.529,32 (duzentos e trinta e oito milhões, novecentos e trinta e nove mil, quinhentos e vinte e nove reais e trinta e dois centavos) estão com a exigibilidade plenamente ativa (doc. 2).

Além dos prejuízos econômicos gerados à União, por deixar de receber da empresa sonegadora dinheiro público para fazer frente às despesas públicas, a busca por se esquivar de obrigações legalmente impostas, gera uma nítida concorrência desleal no mercado em que atua em comparação com as demais empresas que arcam com elevadíssima carga tributária.

Há que se considerar ainda que a autorização pelo Judiciário do funcionamento de uma empresa, que sistematicamente se nega a recolher tributos, em especial o IPI, cuja alíquota representa parte substancial do preço do cigarro, derruba toda a lógica da tributação extrafiscal proibitiva que é imposta pelo Estado, corrompendo toda a teleologia da norma que disciplina a situação (Decreto-Lei nº 1.593/1977).

Sem o pagamento dos tributos legalmente exigíveis, a empresa tem condições de vender seus produtos com a ausência de pagamento de IPI, gerando evidente concorrência desleal, causando grave dano à ordem econômica e servindo de estímulo para o consumo de cigarros, acarretando sérios prejuízos à sociedade como um todo.

A Empresa propôs a ação ordinária tendo como pretensão a anulação do Ato Declaratório Executivo COFIS nº. 33, de 31 de maio de 2012, que, nos termos do art. 2º, incisos I e II, do Decreto-Lei nº. 1.593, de 1977, em razão do manifesto e reiterado descumprimento de diversas obrigações tributárias, cancelou o Registro Especial anteriormente outorgado à Cia. Sulamericana de Tabacos.

Em sua exordial, sustentou a empresa que:

a) a falta de pagamento de tributos não pode ser alvo de sanções políticas, em suposta interpretação das Súmulas nº. 70 e nº. 323 do Supremo Tribunal Federal;

b) a Constituição Federal não teria recepcionado o procedimento estabelecido pelo Decreto-Lei nº. 1.593/1977 para cancelamento do Registro Especial, por prejudicar a ampla defesa e o contraditório;

c) o Ato Declaratório Executivo COFIS nº. 33/2012 seria absolutamente ilegal em razão de ser fundamentado em informações obtidas a partir do Sistema de Controle e Rastreamento da Produção de Cigarros (SCORPIOS);

d) todos os débitos apontados pela Administração como fundamento para edição do Ato Declaratório apresentam-se com a exigibilidade suspensa.

Em urna análise perfunctória e, *data maxima venia*, equivocada, a douta Juíza Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, deferiu, *ad cautelam*, a suspensão do ato administrativo impugnado, determinando à empresa interessada a apresentação de demonstrativo circunstanciado de sua suposta regularidade fiscal.

À oportunidade, a União atravessou petição nos autos demonstrando a flagrante situação de irregularidade fiscal da empresa. Com efeito, conforme restou consignado no processo administrativo nº. 15563.000224/2007-06, a Cia. Sulamericana de Tabacos:

a) *sistematicamente não recolhe o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidente sobre a comercialização dos cigarros por ela produzidos;*

b) *possui débitos em cobrança, sem exigibilidade suspensa, inscritos em Dívida Ativa que totalizam R\$ 238.939.529,32 (duzentos e trinta e oito milhões, novecentos e trinta e nove mil, quinhentos e vinte e nove reais e trinta e dois centavos);*

c) *possui débitos de contribuições ao Programa de Integração Social (PIS) e ao Financiamento da Seguridade Social (COFINS) em cobrança sem exigibilidade suspensa em relação ao período de apuração dezembro de 2011 (no âmbito da Receita Federal do Brasil, no valor de mais de R\$ 800.000,00 — oitocentos mil reais);*

d) *devidamente intimada, não regularizou sua situação fiscal e suas informações e justificativas não foram suficientes a comprovar a regularidade perante a União.*

Não obstante o exposto, a ilustre magistrada de primeiro grau, decidindo a questão unicamente sob a perspectiva de débitos indevidamente incluídos no âmbito do parcelamento instituído pela Lei nº. 11.941, de 2009, deferiu o pedido de antecipação de tutela nos seguintes termos:

“Pelo exposto, DEFIRO O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA requerido por CIA SULAMERICANA DE TABACOS contra a UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), para suspender os efeitos do Ato Declaratório Executivo COFIS nº 33, de 31 de maio de 2012, de forma a autorizar a continuidade das atividades da autora, até pronunciamento final *ii* esta ação; ou até que a ré proceda à revisão do parcelamento concedido à autora com parâmetro na Lei nº 11.941/2009, caso em que a questão será novamente submetida à apreciação deste Juízo.” Grifamos.

Conforme se ressaltou, a ilustre magistrada de primeiro grau considerou apenas uma parte dos débitos ativos da empresa para justificar sua pretensão regularidade fiscal, passando ao largo de outras inscrições milionárias absolutamente exigíveis, que, como cediço, gozam de presunção de legitimidade.

Inexiste qualquer respaldo jurídico ao direito pleiteado pela parte autora. Com efeito, a empresa Cia. Sulamericana de Tabacos é possuidora de inúmeros débitos frente à Receita Federal do Brasil e à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional sem suspensão de exigibilidade, motivo pelo qual se revela absolutamente inalterada a situação de reiterada inadimplência que ensejou o cancelamento de Registro Especial de fabricante de cigarros.

Como se demonstrou a r. decisão atacada além de ferir o princípio da separação dos poderes,

afrontar a legislação pertinente (Decreto-lei n.º 1.593/1977), gera grave lesão à economia, à ordem e à saúde públicas, que autorizam a utilização da presente Suspensão de Liminar/Antecipação de Tutela. Ante a urgência que o caso requer, consubstanciada na grave lesão à economia à ordem e à saúde públicas, a presente suspensão se impõe em decorrência da imperiosa necessidade de imediato controle político da respeitável decisão de primeiro grau, em especial diante da comprovação dos requisitos previstos no art. 40 da Lei n.º 8.437, de 1992, no art. 1.º da Lei n.º 9.494, de 1997, e no art. 322 do Regimento Interno deste colendo Tribunal Regional Federal da 10 Região, sobretudo, a grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas.

ESCLARECIMENTOS FÁTICOS SOBRE O CASO - DEMONSTRAÇÃO DA IRREGULARIDADE FISCAL DA EMPRESA

Faz-se necessário esclarecer detalhadamente os fatos que permeiam a situação ora apresentada e os fundamentos para que se entenda equivocada a interpretação realizada pela decisão atacada.

Como já conseguido nos autos de origem (fis. 3540–3548), em julho de 2007 iniciou-se o procedimento administrativo competente para apurar a situação fiscal da empresa Cia. Sulamericana de Tabacos, devidamente registrado sob o n.º 15563.000224/2007-06.

Nos termos da Informação n.º 49/2012 (fis. 3555/3561), exarada pela Equipe de Acompanhamento dos Maiores Contribuintes (EQMACO), no âmbito da Receita Federal, foram apurados dois débitos ativos em cobrança em face da Autora: um relativo ao PIS/PASEP e outro referente à COFINS, ambos já encaminhados para inscrição em Dívida Ativa desde 27 de fevereiro de 2012.

Por sua vez, em relação aos débitos já inscritos em Dívida Ativa da União, foram apuradas dezoito inscrições em cobrança em face da empresa em questão, a saber: 70.3.02.000075-46 (IPI Ativa Ajuizada); 70.3.01.000076-27 (IPI Ativa Ajuizada); 70.3.01.000077-08 (IPI Ativa Ajuizada); 70.3.02.000297-03 (IPI Ativa Ajuizada); 70.3.03.00020-25 (IPI Ativa Ajuizada); 70.3.09.000009-88 (IPI Ativa Ajuizada); 70.3.09.00064-04 (IPI Ativa Ajuizada); 70.3.09.000065-95 (IPI Ativa Ajuizada); 70.3.09.000076-48 (IPI Ativa Ajuizada); 70.3.09.000077-29 (IPI Ativa Ajuizada); 70.3.09.000206-60 (IPI Ativa Ajuizada); 70.3.10.000143-10 (IPI Ativa Ajuizada); 70.7.10.002451-59; 70.3.10.000145-81 (IPI Ativa Ajuizada); 70.6.10.011221-18; 70.3.11.000213-93 (IPI Ativa Ajuizada); 70.7.11.003946-95; e, finalmente, 70.6.11.018320-01.

De todos os débitos apresentados, atualmente, apenas as inscrições n.º 70.7.10.002451-59 e n.º 70.6.10.011221-18 foram canceladas e sequer foram aventadas pela Receita Federal como causa legítima para cancelamento do Registro Especial (fl 3560, com o devido registro “Sem informação”).

Outras duas (inscrições n.º 70.7.11.003946-95 e n.º 70.6.11.018320-01) foram parceladas através da Lei n.º 10.522, de 2002, o chamado parcelamento simplificado automático, quinze dias a publicação do cancelamento de seu Registro Especial (Ato Declaratório COFIS n.º 33, publicado no Diário Oficial da União em 04 de junho de 2012), isto é, em 19 de junho de 2012. Em síntese, portanto, dos vinte débitos apresentados na referida informação fiscal, apenas cinco não são atualmente exigíveis. Todos os dezesseis débitos restantes estão com a exigibilidade plenamente ativa. Na verdade, inclusive, se considerarmos a data da publicação do Ato Declaratório que cancelou o Registro Especial da empresa, dezoito débitos estavam com a exigibilidade integralmente ativa.

Aliás, atualmente, como se pode verificar da documentação em anexo, a empresa em questão possui 21 (vinte e uni) inscrições com a exigibilidade plenamente ativa, totalizando R\$ 238.939.529,32 (duzentos e trinta e oito milhões, novecentos e trinta e nove mil, quinhentos e vinte e nove reais e trinta e dois centavos).

O que se percebe é que a respeitável decisão, data vênia, de maneira absolutamente equivocada, promoveu uma verdadeira confusão com as informações que lhes foram levadas.

Com efeito, prima facie, vê-se que, dos 18 débitos apresentados como fundamentos para cancelamento do Registro Especial da empresa, a douta magistrada de primeiro grau limitou-se a analisar (e de maneira equivocada!) apenas doze. Referida restrição indevida acabou por ser seguida pela decisão agravada. Em resumo, eis os equívocos de análise cometidos pela decisão:

1) AS INSCRIÇÕES N.ºS. 70.3.03.000020-25 E 70.3.09.000077-29 JAMAIS FORAM PARCELADAS.

Como cediço, uma única inscrição pode abarcar diversos débitos com datas de vencimento completamente distintas. Dessa forma, até mesmo para preciso cumprimento das disposições legais (apenas os débitos com vencimento até dezembro de 2008, nos termos do art. 10, §2º, da Lei n.º 11.941/2009, podem ser parcelados), eventualmente torna-se necessário o desmembramento de algumas inscrições.

No caso concreto, a empresa interessada em comento optou livremente por parcelar apenas parte das referidas inscrições. Dessa forma, de acordo com a própria vontade da empresa interessada, foram geradas novas inscrições (de n.ºs. 70.3.11.000011-04, 70.3.11.000012-87 e 70.3.11.000010-15), derivadas das inscrições acima destacadas, que restaram devidamente incluídas no âmbito da Lei n.º 11.941/2009.

Dessa forma, as inscrições originais acima identificadas (de n.ºs. 70.3.03.000020-25 e 70.3.09.000077-29), tanto em razão da manifestação expressa da empresa interessada como pela própria impossibilidade legal de parcelamento, não foram parceladas. Reitere-se: apenas as inscrições derivadas

das referidas numerações é que foram devidamente incluídas no programa de regularização fiscal previsto pela Lei n.º 11.941/2009.

2) AS INSCRIÇÕES N.ºs. 70.3.01.000076-27, 70.3.01.000077-08, 70.3.01.000075-46, 70.3.02.000297-03, 70.3.09.000009-88, 70.3.09.000064-04, 70.3.09.000065-95, 70.3.09.000076-48 E 70.3.11.000213-93 NÃO FORAM INCLUÍDAS NO PARCELAMENTO DA LEI N.º 11.941/2009.

Ao contrário do que restou consignado na decisão de primeiro grau (fl. 3615), as inscrições em referência não foram indevidamente incluídas no parcelamento instituído pela Lei n.º 11.941/2009, tanto que todas elas figuram como “ATIVA AJUIZADA” no Sistema de Dívida Ativa, o que, conforme glossário da Dívida Ativa da União indica que a inscrição encontra-se exigível e que a execução fiscal, inclusive, já foi ajuizada.

Referido equívoco acabou por ser repetido pela decisão ora agravada, na medida em que acolheu os mesmos fundamentos para indeferir a suspensão pretendida.

Na verdade, tais inscrições jamais poderiam ter sido incluídas na modalidade de parcelamento a que aderiu a empresa interessada. Segundo livre manifestação volitiva da empresa interessada, em relação aos débitos existentes no âmbito da PGFN, houve adesão apenas à modalidade consubstanciada no art. 10 da Lei 11.941/2009, que abarca tão somente dívidas nunca antes parceladas.

Ocorre que as inscrições n.ºs. 70.3.01.000076-27, 70.3.01.000077-08, 70.3.01.000075-46 e 70.3.02.000297-03, por exemplo, já haviam sido parceladas no âmbito do Parcelamento Especial (PAES), o que, inexoravelmente, impediria a liberação da referida modalidade de parcelamento.

De fato, por uma falha operacional, foram incluídas indevidamente algumas inscrições no parcelamento criado pela Lei n.º 11.941/2009, mas tais débitos sequer foram aventados como causa para cancelamento do Registro Especial da empresa, como se expõe a seguir.

3) AS INSCRIÇÕES N.ºs. 70.3.08.000176-84, 70.3.10.000146-62, 70.3.11.000007-10, 70.6.09.002949-08 E 70.7.09.000882-21 NÃO SERVIRAM COMO SUPEDÂNEO AO CANCELAMENTO DO REGISTRO ESPECIAL DA EMPRESA E A SITUAÇÃO DAS MESMAS JÁ FOI DEVIDAMENTE REGULARIZADA PELA PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL (FOI PROCEDIDA A REVISÃO DO PARCELAMENTO DA LEI 11.941/2009), O QUE AFASTA O ÚNICO FUNDAMENTO DA DECISÃO QUESTIONADA.

Como acima já se adiantou, de fato, em razão de problemas operacionais alheios à vontade da União, foram incluídas indevidamente algumas inscrições no parcelamento instituído pela Lei n.º 11.941/2009. Ocorre que essas inscrições, como uma perfunctória leitura da fl. 3.558 permite, não forma

utilizadas no embasamento para justificar a ausência de regularidade fiscal do fabricante de cigarros.

Com efeito, por questão de lealdade e boa-fé processual, a Fazenda Nacional detalhou todo o imbróglio envolvendo a opção da empresa no parcelamento em referência, apesar de, efetivamente, as inscrições indevidamente incluídas no programa de regularização fiscal sequer terem sido mencionadas pela Receita Federal como causa para cancelamento do Registro Especial da empresa.

De toda forma, em razão da celeuma formada em torno da questão, torna a Fazenda Nacional esclarecer novamente todo o ocorrido.

Muito embora a empresa interessada tenha efetivado a opção do parcelamento encetado pela Lei n.º 11.941/09, tem-se que ela própria fez a opção de não incluir a totalidade dos seus débitos no programa, tendo discriminado apenas parte dos débitos das inscrições n.ºs. 70.3.03.000020-25, 70.3.09.000205-80 e 70.3.09.000077-29.

Dessas três inscrições antes apontadas no Anexo 1 da Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 03/2010, originaram-se três novas inscrições, cujos débitos seriam incluídos no parcelamento, a saber: n.º 70.3.11.000011-04 (oriunda da inscrição n.º 70.3.03.000020-25), n.º 70.3.11.000012-87 (oriunda da inscrição n.º 70.3.09.000205-80) e n.º 70.3.11.000010-15 (oriunda da inscrição n.º 70.3.09.000077-29).

Portanto, estas três novas inscrições foram devidamente incluídas no parcelamento, contudo as inscrições originárias não foram objeto de parcelamento (item 1 do presente tópico). Desse modo, os débitos n.ºs. 70.3.03.000020-25 e n.º 70.3.09.000077-29 encontram-se com situação “ATIVA AJUIZADA” junto à PGFN, enquanto que a inscrição n.º 70.3.09.000205-80 originária foi extinta com base na Informação no. 34/2011 EQMACO/DRF/NIU, exarada em sede do processo administrativo n.º 10374.000032/2009-67.

Contudo, como as três novas inscrições não estavam sendo disponibilizadas pelos sistemas da PGFN/RFB para a consolidação do parcelamento no período previsto na Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 02/2011, a PGFN teve que utilizar a ferramenta que acabou disponibilizando, além daquelas três, outras inscrições que não haviam sido indicadas pela Cia. Sulamericana no Anexo 1, e que acabaram sendo incluídas na consolidação do parcelamento, o que, conforme dito, contraria o entendimento constante da Solução de Consulta Interna PGFN/CDA n.º 01/2011 (fis. 3593/3596 dos autos de oiigem).

Em resumo, a situação do parcelamento da empresa é a seguinte:

a) houve a opção, pela empresa, por não incluir a totalidade de seus débitos, nos termos da Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 03/2010;

b) a empresa optou por apresentar no Anexo 1 da citada portaria apenas parte dos débitos de 3

inscrições (70.3.03.000020-25, 70.3.09.000205-80 e 70.3.09.000077-29);

c) esses débitos indicados originaram novas inscrições, sendo que somente essas novas inscrições é que poderiam ser parceladas (70.3.11.000011-04, 70.3.11.000012-87 e 70.3.11.000010-15);

d) em razão de falha operacional no sistema fazendário, restaram parceladas outras inscrições, cujos débitos não foram indicados no Anexo 1;

e) no entanto, as inscrições indevidamente parceladas (70.3.08.000176-84, 70.3.10.000146-62, 70.3.11.000007-10, 70.6.09.002949-08 e 70.7.09.000882-21) não foram, em momento algum, utilizadas como fundamento para caracterização da empresa interessada como inadimplente.

No entanto, o aludido equívoco já foi devidamente corrigido pela Procuradoria da Fazenda Nacional que, procedendo à revisão do parcelamento da Lei 11.941/2009 encetado pela empresa, excluiu do mesmo as inscrições n.ºs. 70.3.08.000176-84, 70.3.10.000146-62, 70.3.11.000007-10, 70.6.09.002949-08 e 70.7.09.000882-21, que não constavam originariamente do Anexo 1 apresentado pelo sujeito passivo.

Conforme se pode verificar da documentação em anexo (doc. 03), as inscrições que se encontravam parceladas indevidamente forma excluídos do aludido programa, voltando a ter plena exigibilidade.

É dizer, as inscrições 70.3.08.000176-84, 70.3.10.000146-62, 70.3.11.000007-10, 70.6.09.002949-08 e 70.7.09.000882-21, excluídas do parcelamento da Lei 11.941/2009, apenas reforçam que a empresa em questão encontra-se em situação de patente irregularidade fiscal, a justificar o ato de cancelamento questionado.

Sendo de tal forma, é dizer, tendo sido encetado o procedimento revisional que se encontrava pendente, não mais pode subsistir a decisão proferida pela r. decisão a quo ora questionada, pois o único fundamento utilizado pela mesma para concluir pela regularidade fiscal da empresa foi a necessidade de a Fazenda Nacional proceder à revisão do parcelamento da Lei 11.941/2009.

Sim, registrou a Magistrada de primeira instância que:

“C) tanto a Procuradoria-Seccional da Fazenda Nacional em Duque de Caxias, como a Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional em Brasília concordam que a autora obteve o parcelamento, mas alegam irregularidade quanto à inclusão de grande parte dos débitos.

A revisão/exclusão, por seu turno, depende de serem criadas ferramentas, ainda não disponíveis, razão pela qual o parcelamento se mantém regular e os débitos nele incluídos devem ser suspensos até as providências da administração de revisão/exclusão.”

Ora, como visto, a aludida revisão/exclusão já foi devidamente realizada, sendo as inscrições referidas devidamente excluídas da Lei 11.941/2009.

Sem qualquer sustentáculo, pois, a decisão objurgada.

4) AS INSCRIÇÕES N.ºS. 70.3.09.000206-60, 70.3.10.000143-10, 70.3.10.000145-81 E 70.3.11.000213-93 NÃO FORAM ANALISADAS PELA DECISÃO ORA IMPUGNADA.

Não bastasse tudo o quanto exposto, é de se registrar que, malgrado as considerações do juízo de primeiro grau acerca do parcelamento instituído pela Lei n.º. 11.941/2009, as Certidões de Dívida Ativa n.ºs. 70.3.09.000206-60 (IPI Ativa Ajuizada); 70.3.10.000143-10 (IPI Ativa Ajuizada); 70.3.10.000145-81 (IPI Ativa Ajuizada); e 70.3.11.000213-93 (IPI Ativa Ajuizada) simplesmente foram solenemente ignoradas pela decisão de primeiro grau, apesar de, estas sim, haverem sido expressamente consideradas pela Receita Federal como causa legítima para o cancelamento do Registro Especial da empresa.

No ponto, a própria decisão ratifica a absoluta desconsideração a respeito de, pelo menos, um terço dos débitos que foram utilizados como motivação do ato administrativo hostilizado. À fl. 3615, registra a magistrada:

“Ou seja, dentre os dezoito débitos alegados pela Fazenda Nacional como motivadores do cancelamento do registro da autora estariam incluídos os 12 débitos parcelados, segundo as disposições da Lei Lei 11.941/2009”.

A par do erro devidamente demonstrado no item 2 do presente tópico (os doze débitos registrados pela própria decisão não estão incluídos no programa de regularização criado pela Lei n.º. 11.941/2009), percebe-se que a decisão simplesmente ignora boa parte dos débitos que demonstram a evidente inadimplência da empresa (já constantes do doc. 02).

Referida omissão também pode ser observada na decisão do eminente Desembargador Vice-Presidente, que não menciona referidos débitos da empresa.

As inscrições em destaque, isoladamente, representam um débito plenamente exigível de mais de R\$ 70.500.000,00 (setenta milhões e quinhentos mil reais), o que apenas denota o desacerto da análise parcial, pela decisão *a quo*, dos motivos que levaram à edição do Ato Declaratório COFIS n.º. 33/2012.

Por todo o exposto, percebe-se que a conclusão exarada pela respeitável decisão não guarda consonância com a efetiva motivação apurada em longo processo administrativo levado a cabo pela Receita Federal do Brasil, o qual levou quase cinco anos até ser concluído com o cancelamento do Registro Especial (Ato Declaratório COFIS n.º. 33, publicado no Diário Oficial da União em 04 de junho de 2012) e no qual houve ampla possibilidade

de defesa por parte da empresa interessada, como revelam as próprias cópias carreadas aos autos pela autora na ação de primeiro grau.

DAS RAZÕES PARA SUSPENSÃO IMEDIATA DA DECISÃO SOB EXAME:

EXISTÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 4º DA LEI Nº. 8.437/92, 1º DA LEI Nº. 9.494/97 E 322 DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

A respeitável decisão de primeiro grau, ao conceder antecipação de tutela em favor de empresa fabricante de cigarros, provoca séria lesão à economia, à ordem e à saúde públicas. Como adiante será demonstrada de maneira pormenorizada, a decisão em questão provoca:

a) grave ameaça à economia pública, uma vez que a inadimplência da empresa interessada (a dívida consolidada da empresa é de impressionantes R\$ 401.835.751,33), decorre de opção deliberada de não pagar tributos, acarretando prejuízos econômicos diários tanto à União, por deixar de receber da empresa sonegadora, quanto à ordem econômica, uma vez que gera uma nítida concorrência desleal no mercado em que atua em comparação com as demais empresas que arcam com elevadíssima carga tributária;

b) grave ameaça à ordem pública, pois o funcionamento da empresa interessada, que sistematicamente se nega a recolher tributos, em especial o IPI, cuja alíquota representa parte substancial do preço do cigarro, derruba toda a lógica da tributação extrafiscal proibitiva que é imposta pelo Estado, corrompendo toda a teleologia da norma que disciplina a situação (Decreto-Lei nº. 1.593/1977);

c) grave ameaça à saúde pública, pois, com a chamada do Poder Judiciário ao “planejamento tributário” da empresa interessada, que continuará a vender seus produtos com a ausência de pagamento de IPI, o cigarro vai ao mercado com um preço muito menor, o que serve de estímulo para seu consumo, acarretando sérios prejuízos à sociedade como um todo.

O quadro em referência, sem dúvidas, dá azo à utilização do instituto da Suspensão de Liminar/Antecipação de Tutela. Os artigos 4º da Lei nº. 8.437/1992, 1º da Lei nº 9.494/1997 e 322 do Regimento Interno deste colendo Tribunal Regional Federal prevêem a possibilidade de que pessoa jurídica de direito público requeira a suspensão de provimento judicial liminar quando este puder causar lesão grave à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Eis os citados comandos legais, respectivamente:

“Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito

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

“Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.” Original sem destaques.

“Art. 322. Na ação civil pública, o presidente do Tribunal poderá suspender a execução de medida liminar (art. 12, ‘ 1º, da Lei 7.347/1985), ou mesmo podendo ocorrer uns hipóteses de que tratam o art. 4º da Lei 8.437/1992 e o art. 1º da Lei 9.494/1997. Poderá, ainda, suspender a execução de sentenças nas hipóteses do § 1º do art. 4º da Lei 8.437/1992” Destaques nossos.

Como passa a detalhar a Fazenda Nacional, configura-se claramente a lesão à economia e à ordem públicas nacionais, além de grave dano ao primado da e saúde pública, pela respeitável decisão de primeiro grau, razão pela qual se impõe o deferimento d suspensão ora perseguida.

DA GRAVE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA

A grave lesão à economia pública causada pela decisão de primeiro grau é evidente sob duas perspectivas, quais sejam:

a) porque, ao cancelar o deliberado recolhimento a menor de IPI, ainda que não seja esta a finalidade principal da referida incidência tributária, o Estado fica sem parcela importante da arrecadação fiscal;

b) porque, ao praticar preços mais baixos em decorrência da contumácia da evasão fiscal, a empresa interessada amplia seu mercado consumidor frente aos concorrentes e ganha poder de mercado, violando diretamente a ordem econômica sedimentada no âmbito constitucional (art. 170).

Em conformidade com os reiterados argumentos fazendários, os débitos da empresa chegam a impressionantes R\$ 401.835.751,33 (quatrocentos e um milhões, oitocentos e trinta e cinco mil, setecentos e cinquenta e um reais e trinta e três centavos), dos quais R\$ 238.939.529,32 (duzentos e trinta e oito milhões, novecentos e trinta e nove mil, quinhentos e vinte e nove reais e trinta e dois centavos) estão com a exigibilidade plenamente ativa.

No ponto, é fundamental ressaltar que a dívida que não decorre de dificuldades financeiras, mas de opção deliberada da empresa de não pagar tributos, acarretando prejuízos econômicos diários tanto à União, por deixar de receber da empresa sonegadora, quanto às empresas concorrentes, que pagam corretamente seus tributos e, por isso, acabam por perder espaço no mercado e, conseqüentemente, têm seus faturamentos reduzidos.

Como exaustivamente exposto, o passivo tributário da Cia. Sulamericana de Tabacos, derivado diretamente do sistemático recolhimento a menor do IPI, é decorrência de seu intencional comportamento fiscal perante a União ao longo dos anos.

Apenas para que se tenha uma dimensão dos aviltantes prejuízos aos cofres públicos causados pela empresa anualmente, segue abaixo urna análise das carteiras de cigarros produzidas pela Cia. Sulamericana desde a implementação do Sistema de Controle e Rastreamento da Produção de Cigarros (SCORPIOS) pela Receita Federal nas suas linhas de produção a partir de março de 2008:

Ano	Produção Cigarros (por maços)	Estimativa IPI Devido (A)	Arrecadação IPI (B)	Diferença (B – A)
2008	82.906.105	R\$ 52.363.664,00	R\$ 7.842.504,00	R\$ 44.521.160,00
2009	80.912.170	R\$ 59.962.525,00	R\$ 7.665.169,00	R\$ 52.297.356,00
2010	64.002.163	R\$ 59.962.525,00	R\$ 14.171.671,00	R\$ 36.725.104,00
2011	85.669.119	R\$ 50.886.775,00	R\$ 16.132.953,00	R\$ 51.037.448,00
2012 (até mar)	15.393.879	R\$ 67.170.401,00	R\$ 2.065.017,00	R\$ 10.402.161,00
Total	328.883.436	R\$ 242.850.543,00	R\$ 47.877.314,00	R\$ 194.973.229,00

Somente no período de março de 2008 a março de 2012, a empresa em questão já produziu mais de 328 (trezentos e vinte e oito) milhões de carteiras de cigarros, o que, somente em termos de IPI devido, correspondem a mais de R\$ 242,8 milhões, contra uma arrecadação efetiva neste mesmo período de 47,8 milhões, ou seja, uma diferença de quase R\$ 195.000.000,00 (cento e noventa e cinco milhões de reais) sonogados dos cofres públicos em apenas 4 anos de produção.

Isso porque a empresa declara como IPI devido nas DCTFs mensais entregues à Receita Federal somente o correspondente aos valores efetivamente arrecadados, o que representa algo em torno de 20% (vinte por cento) da produção real do fabricante. Isso equivale a dizer que cerca de 80% da produção de cigarros da empresa interessada são comercializados pela pessoa jurídica sem a correspondente declaração à Receita Federal dos respectivos débitos do IPI.

Em resumo, o que se vê é que a empresa sonega o IPI devido, aguarda o lançamento dos créditos pela Receita Federal, entra com todos os recursos administrativos e judiciais possíveis visando garantir a suspensão da exigibilidade, adere a parcelamentos especiais, tudo com o objetivo de protelar e inviabilizar a cobrança dos créditos, bem como evitar o cancelamento do Registro Especial, e, quando os débitos estão em fase de cobrança final, continua contestando em sede administrativa, como no presente caso, arguindo duplicidades de cobranças e protocolando novos requerimentos com o mesmo objetivo, alegando que ainda não foram analisados.

Quando vislumbramos o ano corrente, percebemos que o comportamento fiscal da empresa em relação ao recolhimento a menor do IPI em comparação com a produção de cigarros sob a égide da nova sistemática de tributação deste imposto,

instituída pela Lei nº. 12.546, de 2011, oriunda da conversão da Medida Provisória nº. 540/2011, não foi modificado de qualquer forma. Eis os dados:

Mês/ano	Produção Cigarros (por maços)	Estimativa IPI Devido (A)	Arrecadação IPI (B)	Diferença (B – A)
Dezembro 2011	9.849.186	R\$ 7.879.348,80	R\$ 1.881.589,30	R\$ 5.997.759,50
Janeiro 2012	2.932.438	R\$ 2.345.950,40	R\$ 0,00	R\$ 2.345.950,40
Fevereiro 2012	5.412.467	R\$ 4.345.903,15	R\$ 184.032,81	R\$ 4.161.870,34
Março 2012	7.048.974	R\$ 5.775.324,65	R\$ 1.344.388,83	R\$ 4.430.935,82
Abril 2012	8.740.104	R\$ 7.193.205,45	R\$ 1.104.553,17	R\$ 6.088.652,28
Maio 2012	7.841.012	R\$ 8.541.361,94	R\$ 681.507,74	R\$ 7.859.854,20
Junho 2012	5.535.833	R\$ 6.000.069,87	R\$ 1.315.115,74	R\$ 4.684.954,13
Julho 2012	3.640.947	R\$ 3.973.073,85	R\$ 387.521,84	R\$ 3.585.552,01
Total	51.000.961	R\$ 46.054.238,11	R\$ 6.898.709,43	R\$ 39.155.528,68

Os números falam por si: apenas neste ano de 2012, considerando tão somente os sete primeiros meses do ano, a empresa já sonogou quase R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais) em dívidas tributárias.

Fica evidente, portanto, que a empresa em questão simplesmente mantém a prática de reiterada evasão fiscal, chegando ao absurdo de, em janeiro de 2012, simplesmente não arrecadar um único centavo a título de IPI, mesmo havendo produzido quase três milhões de maços, ou seja, sessenta milhões de cigarros.

A grave lesão à economia pública, portanto, é evidente, dada a consequente subtração deliberada ao Erário de milionário verba pública, dinheiro do qual depende, em última instância, o destino daqueles que integram os segmentos mais desvalidos e excluídos da Nação.

A decisão de primeiro grau que foi objeto de pedido de suspensão é a seguinte:

Trata-se de pedido de suspensão de liminar/ antecipação de tutela formulado pela UNIÃO (Fazenda Nacional), com o objetivo de suspender os efeitos da decisão proferida pelo Juízo da 5ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos de ação de procedimento ordinário (processo n. 0027352-30.2012.4.01.3400), mediante o qual a CIA. SULAMERICANA DE TABACOS postulou e obteve provimento liminar que determinou a suspensão dos efeitos do Ato Declaratório Executivo COFIS n. 33, de 31 de maio de 2012, da Secretaria da Receita Federal, o qual cancelara o seu registro especial para fabricação de cigarros, autorizando a continuidade das atividades da empresa, até o julgamento final da ação.

Alega a requerente que a decisão impugnada examinou a questão “unicamente sob a perspectiva de débitos indevidamente incluídos no âmbito do parcelamento instituído pela Lei n. 11.941, de 2009”, quando – acrescenta –, não obstante alguns débitos da empresa tenham sido incluídos no parcelamento autorizado pela referida Lei, existem vários outros que demonstram a sua irregularidade fiscal e que

fundamentam o cancelamento de seu registro especial.

Afirma que (fl. 3):

Conforme demonstram os autos, por uma opção deliberada de não pagar tributos, a dívida consolidada da empresa é superior a R\$ 401.835.751,33 (quatrocentos e um milhões, oitocentos e trinta e cinco mil, setecentos e cinqüenta e um reais e trinta e três centavos), dos quais R\$ 238.939.529,32 (duzentos e trinta e oito milhões, novecentos e trinta e nove mil, quinhentos e vinte e nove reais e trinta e dois centavos) estão com a exigibilidade plenamente ativa (doc. 2).

Dessa forma, entende que o ato da empresa, além de representar sonegação de tributos, gera nítida concorrência desleal no mercado em que atua, em comparação com as demais empresas que arcam com elevadíssima carga tributária.

Justifica o cabimento do pedido, que não se configura como sucedâneo do recurso próprio, tempestivamente aviado, “ante a urgência que o caso requer, consubstanciada na grave lesão à economia, à ordem e à saúde públicas, a presente suspensão se impõe em decorrência da imperiosa necessidade de imediato controle político da respeitável decisão de primeiro grau” (fl. 6).

Fundamenta o pedido nos arts. 4º da Lei n. 8.437/1992, 1º da Lei n. 9.494/1997 e 322 do Regimento Interno do Tribunal, entendendo demonstrados os requisitos autorizadores, “sobretudo, a grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas” (fl. 7).

Aduz que, “como se pode verificar da documentação em anexo, a empresa em questão possui 21 (vinte e um) inscrições com exigibilidade plenamente ativa”, sendo que, “dos *dezoito* débitos apresentados como fundamentos para cancelamento do Registro Especial da empresa, a douta magistrada de primeiro grau limitou-se a analisar (e de maneira equivocada!) apenas *doze*” (fl. 11).

Decido.

Esclareço, inicialmente, que o presente pedido veio à minha apreciação em razão de impedimento declarado pelo eminente Presidente do Tribunal (fl. 3.700).

Segundo dispõe o art. 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, o presidente do tribunal poderá suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar em ações movidas contra o Poder Público, “em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

O exame da questão posta nos autos, assim, estará limitado à verificação da ocorrência de tais requisitos, para o que, no entanto, não é vedado incursionar, ainda que de forma superficial, a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, consoante entendimento consagrado pelo Supre-

mo Tribunal Federal (SS 846-AgR/DF – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – DJ de 29/05/1996; SS 1.272-AgR/RJ – Relator Ministro Carlos Velloso – DJ de 18.05.2001, entre outros).

Sustenta a requerente que a decisão investivada provoca “séria lesão à economia, à ordem e à saúde públicas”, nestes termos (fls. 17-18):

a) grave lesão à economia pública, uma vez que a inadimplência da empresa interessada (a dívida consolidada da empresa é de impressionantes R\$ 401.835.751,33), decorre de opção deliberada de não pagar tributos, acarretando prejuízos econômicos diários tanto à União, por deixar de receber da empresa sonegadora, quanto à ordem econômica, uma vez que gera uma nítida concorrência desleal no mercado em que atua em comparação com as demais empresas que arcam com elevadíssima carga tributária;

b) *grave ameaça à ordem pública*, pois o funcionamento da empresa interessada, que sistematicamente se nega a recolher tributos, em especial o IPI, cuja alíquota representa parte substancial do preço do cigarro, derruba toda a lógica da tributação extrafiscal proibitiva que é imposta pelo Estado, corrompendo toda a teleologia da norma que disciplina a situação (Decreto-Lei nº. 1.593/1977);

c) *grave ameaça à saúde pública*, pois, com a chancela do Poder Judiciário ao “planejamento tributário” da empresa interessada, que continuará a vender seus produtos com a ausência de pagamento de IPI, o cigarro vai ao mercado com um preço muito menor, o que serve de estímulo para seu consumo, acarretando sérios prejuízos à sociedade como um todo.

Entendo, porém, que tais alegações não bastam para demonstrar a satisfação dos requisitos exigidos para a suspensão da decisão de primeira instância, a qual foi proferida depois de ouvida a União (Fazenda Nacional), estando fundamentada em sólidos argumentos, verbis (fls. 3.684-3.687):

[...]

Vislumbro verossimilhança nas alegações da autora.

Primeiramente, ressalte-se que sobre a recepção do Decreto-lei nº 1.593/77 pela Constituição Federal o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, tendo se manifestado pela higidez de seus dispositivos.

A abrangência da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que estaria fundamentada em postura contumaz de sonegação fiscal da então empresa litigante para obter vantagens concorrenciais desleais, não merece apreciação neste momento, em face de suas peculiaridades e por demandar um amadurecimento maior da lide.

A relação processual sequer foi complementada com a citação e apresentação de

defesa por parte da Fazenda Nacional, tornando precoce maiores divagações nesse aspecto, inclusive quanto à vedação constante das Súmulas 70 e 323 do STF.

A pretensão da autora ganha pertinência ao se constatar, pelos documentos juntados aos autos, que os débitos motivadores do Ato Declaratório em debate encontram-se, em sua grande parte, suspensos.

Isso porque dentre os débitos apontados pela própria Fazenda Nacional como ensejadores do Ato Declaratório que cancelou o registro especial da autora estão aqueles objeto do parcelamento administrativo facultado pela Lei nº 11.941/09.

[...]

Ou seja, dentre os dezoito débitos alegados pela Fazenda Nacional como motivadores do cancelamento do registro da autora estariam incluídos os 12 débitos parcelados, segundo as disposições da Lei 11.941/2009.

As alegações da União (Fazenda Nacional) quanto à impossibilidade de inclusão dos débitos constantes do pedido de aditamento do parcelamento em referência não enfraquecem o direito da autora, na medida em que antes de qualquer providência tendente à aplicação das disposições do Decreto-lei nº 1.593/77, com o cancelamento do registro da autora e a conseqüente paralisação das atividades da empresa, a fiscalização deveria proceder à revisão/exclusão dos débitos consolidados e parcelados indevidamente, segundo alega a ré.

O fato é que os documentos juntados aos autos, extraídos no *site* do próprio Ministério da Fazenda, apontam que os débitos, em sua grande maioria (12), que teriam motivado o Ato Declaratório em litígio, foram consolidados e incluídos no parcelamento propiciado pela Lei nº 11.941/2009.

Não há qualquer alegação de impontualidade no referido parcelamento. O ato da fiscalização de proceder ao cancelamento de registro da empresa sem antes revisar os débitos parcelados, intimar a autora da exclusão de alguns deles do parcelamento, oportunizando, assim, a defesa que couber na hipótese, afigura-se arbitrário e passível, sim, de ser coibido pelo Poder Judiciário.

O princípio da separação dos poderes não pode servir como fundamento para afastar da análise pelo poder judiciário da legalidade dos atos da Administração, supostamente praticados sem a observância de princípios basilares a que está vinculada, devendo ser coibida a sua atuação eventualmente arbitrária e desmotivada.

Por outro lado, a Administração se vale da prerrogativa de rever seus próprios atos e deve assim agir se entende irregular o parcelamento concedido à autora, ma não pode, definitivamente, aplicar sanção tão drástica, como o cancelamento do seu registro, sob o frágil argumento de que o

valor consolidado será revisado pelo SERPRO, sob pena de inversão indevida dos fatos.

Observe-se que a autora sequer teria condições de apurar o valor devido, vez que o parcelamento, concretamente, englobou todos os doze débitos de IPI, sendo certo que a incumbência de excluir os débitos incluídos indevidamente no parcelamento, apurar o que já foi pago e definir o que está em aberto é da própria fiscalização.

Antes de tais providências, inadmissível, segundo esta análise inicial, o fechamento da empresa sob o fundamento de descumprimento das obrigações tributárias.

[...]

Efetivamente, não é suficiente a alegação de grave lesão à economia, à saúde e à ordem públicas, fazendo-se necessária a demonstração de sua ocorrência, consoante já decidiu este Tribunal:

AGRAVO REGIMENTAL. REQUERIMENTO DE SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. ANÁLISE RESTRITA. RECURSOS ORIUNDOS DO FUNDEB E SUS. VEDAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA PARA CONTA ÚNICA DO ESTADO. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM A PREVISÃO LEGAL. GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.

1. Na medida de contracautela prevista no art. 4º da Lei 8.437/1992 e no art. 15 da Lei 12.016/2009 não cabe, em regra, pelo menos de forma exauriente, o exame das questões de mérito envolvidas no processo principal, relativamente ao acerto ou desacerto jurídico da decisão, na perspectiva da ordem jurídica, matéria que deve ser tratada nas vias recursais ordinárias. Admite-se apenas, a título de delibação ou de descrição do cenário maior do caso, para aferição da razoabilidade do deferimento ou do indeferimento do pedido, um juízo mínimo a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal.

2. A determinação de que os recursos repassados pela União ou entidades da Administração Indireta Federal a outros entes federativos sejam movimentados exclusivamente por meio de conta específica aberta para tal fim, bem como de que tais recursos somente podem ser aplicados no fim objeto da avença que culminou na transferência advém de uma série de determinações legais e infralegais.

3. Para o deferimento de suspensão requerido ao presidente do tribunal, a requerente deve demonstrar cabalmente os danos que poderá advir do cumprimento da decisão que se quer suspender, uma vez que tais danos não podem ser tidos como presumidos.

4. Não demonstrado de que modo os depósitos do SUS e do FUNDEB em contas especiais, como manda a lei, possam inviabilizar a confecção das folhas de pagamento dos servidores das áreas de educação e saúde ou atrasar o pagamento daqueles servidores, frágil se torna o argumento

para sustentar a existência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

5. A manutenção de “conta única” pelo Estado inviabiliza a fiscalização dos recursos repassados pela União, por força de convênios firmados para a consecução de projetos de interesses comuns da União e do Estado.

6. Agravo regimental desprovido.

(AGRSLT 0072160-72.2011.4.01.0000/PI – Relator Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Corte Especial – e-DJF1 de 04.09.2012, p. 3)

AGRAVO REGIMENTAL. PROGRAMA DE AÇÃO AFIRMATIVA DE INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR – PAAES. SUBPROGRAMA 2008/2011. EFEITO MULTIPLICADOR E GRAVE LESÃO À ORDEM. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. DECISÕES JÁ EXECUTADAS. IMPOSSIBILIDADE DE EFEITOS RETROATIVOS.

1. A suspensão de segurança, expressão utilizada em sentido genérico, em face da execução de liminar ou de sentença, não constitui o julgamento de mérito, na perspectiva do acerto ou desacerto da decisão ou da sentença, em face do ordenamento jurídico. Constitui, sim, uma via excepcional de revisão temporária, no plano da produção de efeitos (eficácia) do ato judicial. Seu enfoque se restringe ao exame da potencialidade danosa do provimento jurisdicional, a fim de se “evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” (arts. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, e 15 da Lei 12.016/2009).

2. Não há, no caso, demonstração da grave lesão à ordem pública, configurada na probabilidade de efeito multiplicador da decisão judicial e na necessidade de criação de novas vagas na universidade sem a respectiva estrutura capaz de abrigar todos os matriculados. Os alunos beneficiados pelas liminares (seis) estão em plena vida acadêmica, sem nenhum transtorno para a estrutura administrativa da Universidade. Em suspensão de liminar ou de sentença, não basta argumentar com o risco potencial ou hipotético de grave lesão ao interesses públicos. É imprescindível a demonstração do dano.

3. O objetivo da suspensão de segurança é apenas afastar a execução da decisão, sem reduzir ou expandir o conteúdo decisório. A suspensão de segurança (assim denominada genericamente) não concede efeito suspensivo ativo e não tem força para acarretar o *statu quo ante*.

4. Embora o legislador não tenha estabelecido prazo para ajuizamento do pedido de suspensão de segurança, entende-se que o requerimento deve ser ajuizado antes da execução do ato judicial, haja vista que o instituto se presta a uma tutela preventiva. A suspensão de segurança não visa corrigir eventual *error in procedendo* ou *error in iudicando*, mas, tão somente, suspender, provisoriamente, os efeitos da liminar, a fim de evitar que da sua execução

decorra grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

5. Improvimento do agravo regimental.

(AGRSLT 0006120-11.2011.4.01.0000/MG – rel. Des. Federal Olindo Menezes – Corte Especial – e-DJF1 de 17/04/2012, p. 34)

Na hipótese, entendo que a requerente não demonstrou que o cumprimento da decisão impugnada possa causar efetiva lesão à economia, à saúde e à ordem públicas, pois a inadimplência da empresa não configura, por si só, sonegação contumaz de tributos, ademais na situação examinada, em que a empresa requereu parcelamento de débitos, numa demonstração inequívoca de que deseja regularizar a situação tributária. Não se verifica ameaça à ordem pública em razão do funcionamento da empresa, assim como à saúde pública, pela venda de seus produtos, os quais, embora sabidamente prejudiciais à saúde, é certo que a retirada do mercado dos cigarros fabricados por uma empresa em nada modificará a situação.

Ante o exposto, ausentes os pressupostos autorizadores, indefiro o pedido de suspensão. Intime-se. Publique-se.

O ilustre relator deste agravo regimental em seu douto voto negou provimento ao recurso sob o fundamento de que

[...] a inadimplência da empresa não configura, por si só, sonegação contumaz de tributos, ademais que na situação examinada, em que a empresa requereu parcelamento de débitos, numa demonstração inequívoca de que se deseja regularizar a situação tributária. Não se verifica ameaça à ordem pública, pela venda de seus produtos, o qual, embora sabidamente prejudicial à saúde, é certo que a retirada do mercado dos cigarros falsificados por uma empresa em nada modificará a situação.

Pedi vista dos autos para examinar mais detidamente algumas questões de ordem fática e jurídica neste agravo regimental.

A Cia. Sulamericana de Tabaco requereu, na origem, o restabelecimento de seu registro especial de fabricantes de cigarro, sob a alegação de regularidade fiscal e que o Ato Declaratório Executivo Cofis 33, de 31 de maio de 2012 é ilegal.

A situação fática diz respeito ao pedido de parcelamento dos tributos (IPI) não pagos e a questão jurídica concerne a sempre presente questão do interesse público defendido em juízo, no caso, pela Fazenda Pública.

Este País tem uma política pública de restrição ao consumo de produtos derivados do tabaco e implementa tal propósito, dentre outros meios, pelo

crescente aumento da carga tributária incidente sobre a fabricação de cigarros. A carga tributária do cigarro implica cerca de 65% do preço do maço de cigarro pago pelo consumidor. É por isso que se diz que a tributação da produção de cigarro é caracterizada pela extrafiscalidade.

Se determinado agente econômico sonega tributo e vende mais produtos por preço inferior ao de mercado, exerce uma concorrência ilícita com os demais agentes que cumprem com suas obrigações com o Fisco e vende seus produtos por um preço maior. A empresa que sonega leva vantagem sobre seus concorrentes.

Por causa da sonegação o Estado aumenta ainda mais a carga de tributação para compensar a sonegação. Trata-se de um círculo vicioso em que outros setores, e não apenas o mercado, são prejudicados.

Temos em vigor o Decreto-Lei 1.593/1977 que estabelece que, após o processo legal administrativo, a Receita Federal pode cancelar o registro especial conferido aos fabricantes de cigarro, caso se constate o descumprimento reiterado de obrigação tributária, prática de conluio, fraude, crime contra a ordem tributária, etc.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Cautelar 1.657/07/RJ, na qual a fabricante de cigarros American Virginia pretendia restabelecer seu registro especial de fabricante, sob a alegação de que sua revogação teria natureza de sanção política, constatou a existência de dívida tributária de mais de 2 (dois) bilhões de reais e prática reiterada de sonegação fiscal, entendeu que a cassação do registro pela Receita Federal não violava a Constituição.

No seu voto condutor, o Min. Cezar Peluso, relator para o acórdão, analisou a questão controvertida sob o aspecto da sonegação fiscal propriamente dita e sob o aspecto do direito da concorrência. Para melhor esclarecer o debate que aqui se repete, transcrevo parte do voto do eminente ministro:

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: 1. American Virginia Indústria e Comércio Importação Exportação Ltda. pretende obter efeito suspensivo para recurso extraordinário admitido na origem, no qual se opõe a interdição de estabelecimentos seus, decorrente do cancelamento de seu registro especial para industrialização de cigarros, por descumprimento de obrigações tributárias.

A autora sustenta que “a administração tributária incidiu em flagrante inconstitucionalidade por afronta aos princípios do livre exercício de atividade econômica lícita e da liberdade de trabalho, de comércio e de indústria” (fls. 06). Alega,

ainda, que “os fundamentos dos acórdãos com que o TRF/2ª Região reformou a decisão de primeiro grau estão em absoluto e frontal conflito com os arts. 50, XIII, LIV, e 170, parágrafo único, da CF, e em contrariedade com a orientação jurisprudencial consolidada pela Suprema Corte a respeito da interpretação e aplicação desses dispositivos constitucionais a casos como o dos autos” (fls. 22).

Argumenta, ao depois, que a União não pode “utilizar como meio de coerção para pagamento de tributos sanções de natureza política, previstas ou não em diplomas infraconstitucionais, como ameaça de encerramento das atividades empresariais de uma sociedade legalmente constituída e que exerce atividade lícita” (fls. 23).

Entende ser essa a firme orientação da Corte, eis que “o STF afirma em suas súmulas 70, 323 e 547 (e reafirmou no RE 415.015-AS ao julgar caso concreto da empresa Requerente) que as restrições estatais (administrativas ou legislativas) fundadas em exigências transgressoras dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade (como a adotada pela administração tributária no Rio de Janeiro contra a requerente) afrontam a garantia do devido processo legal em sua dimensão material ou substantiva (*substantive due process of law*) consubstanciada no citado art. 50, LIV, (fls. 26).

Alega também que esta Corte já teria decidido, em vários precedentes, ser manifestamente inconstitucional a exigência de prévia satisfação de débito tributário como requisito indispensável à conservação, pela empresa inadimplente, de inscrição no cadastro geral de contribuintes mantido pelo Poder Público, “não importando o volume do crédito que consubstanciaria o alegado interesse fiscal do ente estatal” (fls. 27).

Além dessas razões, que caracterizariam a razoabilidade jurídica do pedido, o *periculum in mora* residiria na privação do exercício da atividade econômica empresarial, bem como “da disponibilidade de recursos financeiros para fazer face a ingentes compromissos, tais como pagamento de extensa folha de salários (780 empregados), de fornecedores e adimplemento de obrigações tributárias diversa”

2. O eminente relator, Min. JOAQUIM BARBOSA, votou pela concessão da medida liminar, “tão somente para preservar o resultado útil do processo” em razão do caráter capital e relativa irreversibilidade da sanção imposta à empresa, após o que pedi vista dos autos para exame mais detido.

3. Entendo que, *data venia*, não é caso de liminar.

A atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário é sempre medida clara de exceção e, como tal, exige severidade de juízo.

Ora, suposto o *periculum in mora* pudesse ou possa estar configurado à vista da interrupção das atividades da empresa, não lhe encontro razoabilidade jurídica ao pedido, por conta da

singularidade tactual e normativa do caso. Ainda na primeira hipótese, seria forçoso reconhecer a existência de *periculum in mora* inverso, consistente na exposição dos consumidores, da sociedade em geral e, em particular, da condição objetiva da livre concorrência, ao risco da continuidade do funcionamento de empresa para tanto inabilitada. Tal situação exigiria ponderação de segunda ordem, que sequer é necessária aqui, pois a só falta de um dos requisitos necessários à concessão de medida liminar basta-lhe ao indeferimento.

4. *Prevê o Decreto-Lei 1.593/77, como condição inafastável para o exercício da atividade econômica de industrialização de cigarros, um conjunto de requisitos que, se descumpridos, subtraem toda licitude à produção. Tal imposição parece-me, já neste juízo sumário, de todo razoável e válida, como procurarei demonstrar ao longo do voto.*

5. *Em primeiro lugar, note-se a extrema relevância do Imposto sobre Produtos Industrializados ("IPI") no contexto específico do mercado de cigarros. Estes são produtos reconhecidos e gravemente danosos à saúde, conseqüentemente supérfluo e, na produção, fortemente tributado pela mais alta alíquota da Tabela do IPI ("TIPI"), por força da seletividade em função da essencialidade: o P1 responde por obra de 70% (setenta por cento) do total da arrecadação de Impostos e contribuições desse setor produtivo (cf. memorial da Fazenda Nacional), onde é incontroverso que "os tributos correspondem, aproximadamente, a 70% do preço de cada maço de cigarros" (cf. memorial da ETCO).*

o IPI é rubrica preponderante no processo de formação do preço do cigarro, de modo que qualquer diferença a menor no seu recolhimento, por mínima que seja, tem sempre reflexo superlativo na definição do lucro (neste caso, aparentemente arbitrário) da empresa. Que dizer-se, pois, da repercussão do seu não recolhimento?

*Esse poderoso impacto dos tributos na estrutura de custos e preços da produção, não menos que no lucro do produtor, é incontestável realidade matemática. Veja-se, a título de comparação, que redução da alíquota de ICMS, na indústria de sabonetes, de 18% para 0%, causa, na apuração do lucro, uma variação da ordem de 388% (trezentos e oitenta e oito por cento)'.
Ora, como a alíquota de IPI, em relação à indústria de cigarros, é substancialmente mais elevada, seu não recolhimento (coeteris paribus) aumentará, de forma ainda mais ostensiva, a variação do lucro sobre o faturamento.*

Ora, como a alíquota de IPI, em relação à indústria de cigarros, é substancialmente mais elevada, seu não recolhimento (coeteris paribus) aumentará, de forma ainda mais ostensiva, a variação do lucro sobre o faturamento.

6- O Decreto-Lei nº 1.593/77 outorga exclusivamente aos detentores de registro especial na Secretaria da Receita Federal o direito de exercer atividade de fabricação de cigarros, cuja produção, como aduz o memorial da Fazenda, é meramente tolerada pelo poder público, que a respeito não tem alternativa política e normativa razoável. Sua função está em resguardar interesse específico da

administração tributária no controle da produção de cigarros e que não é apenas de cunho fiscal-arrecadatório. Antes, a indústria do tabaco envolve, como é intuitivo, implicações importantes sobre outros atores e valores sociais, tais como os consumidores, os concorrentes e o livre mercado, cujos interesses são também tutelados, com não menor ênfase, pela ordem constitucional.

A existência de normas tributárias com caráter não meramente arrecadatório suscita desde logo a questão de suas finalidades extrafiscais. Sobre o fenômeno da extrafiscalidade deve atentar-se para a lição de LUIZ EDUARDO SCHOUERI, extraída da inovadora obra que o alçou ao posto de Professor Titular de Legislação Tributária da Faculdade de Direito da USP:

[...] a ideia da extrafiscalidade traz em seu bojo todo o conjunto de funções da norma diversas da mera fiscalidade, ia, da simples busca da maior arrecadação [...] Tornando a extrafiscalidade, deve-se notar que o termo pode referir-se a um gênero e a uma espécie. O gênero da 'extrafiscalidade' inclui todos os casos não vinculados nem à distribuição equitativa da carga tributária, nem à simplificação do sistema tributário. [...] Inclui, neste sentido além de normas com função Indutora (que seria a extrafiscalidade em sentido estrito), outras que também se movem por razões não fiscais, mas desvinculadas da busca do impulsionamento econômico por parte do Estado (...).

É no sentido estrito do termo, isto é, na espécie do gênero, que a doutrina geralmente emprega a expressão 'extrafiscalidade', ali se incluindo 'as leis relativas à entrada derivada, que lhes confere características de consciente estímulo ao comportamento das pessoas e de não ter por fundamento precípua arrecadar recursos pecuniários a ente público', ou, na definição de Ataliba, 'o emprego dos instrumentos tributários — evidentemente por quem os tem à disposição — como (sic) objetivos não fiscais, mas ordinatórios', lembrando este autor que, sendo inerente ao tributo incidir sobre a economia, a extrafiscalidade fica caracterizada pelo 'emprego deliberado do instrumento tributário para finalidades (...) regulatórias de comportamentos sociais, em matéria econômica, social e política'. Com igual amplitude, o conceito de Gerd Willi Rothmann:

'Extrafiscalidade é a aplicação das leis tributárias, visando precipuamente a modificar o comportamento dos cidadãos, sem considerar o seu rendimento fiscal...), Hely Lopes Meirelles se refere à utilização do tributo como meio de fomento ou de desestímulo a atividades reputadas convenientes ou inconvenientes à comunidade.

Ao investigar a ratio iuris da necessidade de registro especial para a atividade de produção de cigarros, vê-se, logo, que provém de norma inspirada não só por objetivos arrecadatórios, senão também por outras finalidades que fundamentam a exigência jurídica dos requisitos previstos para a manutenção

do registro especial, entre os quais se inclui o da regularidade fiscal.

Esta finalidade extrafiscal que, diversa da indução do pagamento de tributo, legitima os procedimentos do Decreto-Lei n. 1.593/77, é a defesa da livre concorrência. Toda a atividade da indústria de tabaco é cercada de cuidados especiais em razão das características desse mercado, e, por isso, empresas em débito com tributos administrados pela SRF podem ver cancelado o registro especial — que é verdadeira autorização para produzir —, bem como interditados os estabelecimentos.

Não há impedimento a que norma tributária, posta regularmente, hospede funções voltadas para o campo da defesa da liberdade de competição no mercado, sobretudo após a previsão textual do art. 146-A da Constituição da República. Como observa MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI:

[...] “o crescimento da informalidade [...], além de deformar a livre concorrência, reduz a arrecadação da receita tributária, comprometendo a qualidade dos serviços públicos [...]. A deformação do princípio da neutralidade (quer por meio de um corporativismo pernicioso, quer pelo crescimento da informalidade [...], após a Emenda Constitucional n.º 42/03, afronta hoje o art. 146-A da Constituição da República. Urge restabelecer a livre concorrência e a lealdade na competitividade.”

Cumpra sublinhar não apenas a legitimidade destoutro propósito normativo, como seu prestígio constitucional. A defesa da livre concorrência é imperativo de ordem constitucional (art. 170, inc. IV) que deve harmonizar-se com o princípio da livre iniciativa (art. 170, *caput*). Lembro que ‘livre iniciativa e livre concorrência, esta como base do chamado livre mercado, não coincidem necessariamente. Ou seja, livre concorrência nem sempre conduz à livre iniciativa e vice-versa (cf. Farina, Azevedo, Saes: Competitividade: mercado, Estado e Organizações, São Paulo, 1997, cap. IV). Daí a necessária presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços CALIXTO SALOMÃO FILHO, referindo-se à doutrina do eminente Min. EROS GRAU, adverte que “livre iniciativa não é sinônimo de liberdade econômica absoluta [...]. O que ocorre é que o princípio da livre iniciativa, inserido no *caput* do art. 170 da Constituição Federal, nada mais é do que uma cláusula cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, porém social, e que pode, conseqüentemente, ser limitada.”

A incomum circunstância de entidade que congrega diversas empresas idôneas (ETCO) associar-se, na causa, à Fazenda Nacional, para defender interesses que reconhece comuns a ambas e à própria sociedade, não é coisa de desprezar.

Não se trata aqui de reduzir a defesa da liberdade de concorrência à defesa do concorrente,

retrocedendo aos tempos da “concepção privatística de concorrência”, da qual é exemplo a “famosa discussão sobre liberdade de restabelecimento travada por Rui Barbosa e Caiva Ihe de Mendonça no caso da da, de Juta (Revista do STF (III), 2/187, 19147, mas apenas de reconhecer que o fundamento para a coibição de práticas anticoncorrenciais reside na proteção a “ambos os objetos da tutela: a lealdade e a existência de concorrência [...]”. Em primeiro lugar, é preciso garantir que a concorrência se desenvolva de forma leal, isto é, que sejam respeitadas as regras mínimas de comportamento entre os agentes econômicos. Dois são os objetivos dessas regras mínimas. Primeiro, garantir que o sucesso relativo das empresas no mercado dependa exclusivamente de sua eficiência, e não de sua ‘esperteza negocial’ — isto é, de sua capacidade de desviar consumidores de seus concorrentes sem que isso decorra de comparações baseadas exclusivamente em dados do mercado.”

7. Ademais, o caso é do que a doutrina chama de tributo extra fiscal proibitivo, ou simplesmente proibitivo, cujo alcance, a toda a evidência, não exclui objetivo simultâneo de inibir ou refrear a fabricação e o consumo de certo produto. A elevada alíquota do IPI caracteriza-o, no setor da indústria do tabaco, como tributo dessa categoria, com a nítida função de desestímulo por indução na economia.

E isso não pode deixar de interferir na decisão estratégica de cada empresa de produzir ou não produzir cigarros.

É que, determinada a produzi-lo, deve a indústria submeter-se, é óbvio, às exigências normativas oponíveis a todos os participantes do setor, entre as quais a regularidade fiscal constitui requisito necessário, menos à concessão do que à preservação do registro especial, sem o qual a produção de cigarros é vedada e ilícita.

Nesse sentido, LUÍS EDUARDO SCHOUERI tem por “adequada a diferenciação de Becker, que afirma que enquanto a norma penal (que ele denominava ‘sanção’) seria ‘o dever preestabelecido por uma regra jurídica que o Estado utiliza como instrumento para impedir ou desestimular, diretamente, um ato ou fato que a ordem jurídica proíbe no tributo extra fiscal proibitivo ter-se-ia um ‘de ver preestabelecido por uma regra jurídica que o Estado utiliza como instrumento jurídico para impedir ou desestimular, indiretamente, um ato ou fato que a ordem jurídica permite.”

Ora, a previsão normativa de cancelamento da inscrição no Registro Especial por descumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, antes de ser sanção estrita, é prenúncio desta: uma vez cancelado o registro, cessa, para a empresa inadimplente, o caráter lícito da produção de cigarros; se persistente, a atividade, de permitida, passa a ostentar o modal deôntico de não permitida, ou seja, proibida.

É marcante a sutileza da distinção, provocada por uma permissão condicionada: a produção de cigarros, embora desacoroçada pelo alto valor da alíquota do IPI, é atividade permitida, desde que se cumpram os requisitos legais pertinentes, mas produzir cigarros sem preenchimento destes - o que conduz à perda direta do registro especial - é, mais do que atividade desestimulada, comportamento proibido e ilícito.

Não colhe, pois, a alegação de que a administração estaria, neste caso, a encerrar ou impedir “as atividades empresariais de uma sociedade que exerce atividade lícita.” A atuação fazendária não implicou, pelo menos à primeira vista, violação de nenhum direito subjetivo da autora, senão que, antes, a impediu de continuar a desfrutar posição de mercado conquistada à força de vantagem competitiva ilícita ou abusiva. É o que mostra TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, em artigo sobre o tema:

“uma das formas de quebra da lealdade como base da concorrência está justamente na utilização de práticas ilícitas (concorrência proibida) para obter uma vantagem concorrencial irreversível. [...] A lei brasileira não pune os agentes econômicos por condutas em si anticoncorrenciais, mas por efeitos anticoncorrenciais de condutas concorrenciais. O tipo infrativo não está, pois, na conduta, mas no efeito anticompetitivo que ela provoca sobre a livre concorrência e a livre iniciativa [...]. Mencione-se, por sua relevância, um caso *sui generis* de concorrência proibida, localizada no possível efeito anticompetitivo de certa prática tributária, a despeito de reiteradas autuações, por força do não recolhimento de tributo considerado como devido pelo Fisco”

Dadas as características do mercado de cigarros, que encontra na tributação dirigida um dos fatores determinantes do preço do produto, parece-me de todo compatível com o ordenamento limitar a liberdade de iniciativa a bem de outras finalidades jurídicas tão ou mais relevantes, como a defesa da livre concorrência e o exercício da vigilância estatal sobre setor particularmente crítico para a saúde pública.

Dai que o poder previsto no Decreto-Lei e as consequências que dele tirou a autoridade fazendária se afiguram válidos prima facie: se regularidade fiscal é condição para vigência do registro especial, que, por sua vez, é condição necessária da legalidade da produção de cigarros, não há excogitar lesão a direito subjetivo da autora, mas ato administrativo regular (conforme às regras), que abortou perpetuação de uma situação de ilegalidade.

8. Releve-se que a empresa não se está recusando a pagar tributo controvertido, que fosse ou seja alvo de freqüentes disputas judiciais — coisa que se deduziria e comprovaria a simples observações estatísticas de demandas, até por iniciativa dos concorrentes, expostos, que estariam todos, às mesmas exigências tributárias.

Donde se conclui que, perante as características desse mercado industrial concentrado, em que o fator tributo é componente decisivo na determinação dos custos e preços do produto, o descumprimento das obrigações fiscais é aqui acentuadamente grave, dados seus vistosos impactos negativos sobre a concorrência, o consumidor, o erário e a sociedade. E representa, ainda, tentativa de fraude ao princípio da igualdade e de fuga ao imperativo de que a generalidade dos contribuintes deva pagar tributos.

Tampouco apresenta a empresa, e isto é crucial, justificativas algo convincentes contra arguição de inadimplemento, aparentando adotar estudada estratégia empresarial de não recolhimento sistemático de tributos como instrumento de apropriação e acumulação de vantagens competitivas indevidas.

Tal atitude dá tons peculiaríssimos ao caso, pois, como averba a Fazenda nos memoriais, “a parte ora agravada não é uma empresa ordinária, detentora de um débito qualquer de titularidade da União” (42). O ETCO qualifica-a como “uma das maiores sonegadoras de tributos do país,” ponderando que, “por mais diligente que seja a Fazenda Nacional, alguns anos se passarão até que a situação fiscal da requerente seja regularizada. Neste interregno a requerente terá conquistado deslealmente parcela significativa tiva do mercado [...]” (fls. 06 dos memoriais).

A autora limita-se, deveras, na inicial, a apelar para argumentos genéricos, como, p. ex., o de que, “após o fracasso de diversos planos de estabilização econômica, a requerente passou por uma difícil situação econômico-financeira, nada diferente das vicissitudes atualmente atravessa das por grandes empresas”, e o de que os débitos fiscais que lhe teriam ocasionado a interdição de unidades fabris estariam “sendo discutidos administrativa ou judicialmente [...]”, sem adentrar, nem superficialmente, a questão da juridicidade das pretensões deduzidas naquelas demandas.

E foi o que não ficou despercebido ao acórdão do tribunal *a quo*, quando entendeu “mister consignar que a autora não questiona, nesta demanda, o débito [...]”.

Numa síntese, em passo algum da petição inicial, a empresa avança argumentos capazes de representar ou prefigurar razões jurídicas apreciáveis contra a pretensão de incidência dos tributos não recolhidos. Não se lhe encontra nenhuma que, baseada em tese ou teses de alguma razoabilidade jurídica, lhe justifique ou explique tão largo inadimplemento, a título de eventual *opinio iuris sive necessitatis* que revelaria crença justa na existência de direito subjetivo oponível ao Fisco.

Apesar de a empresa alegar que não seria sonegadora, pois, nos últimos dois anos, teria pago “mais de 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) de impostos [...] IR: R\$ 9.338.721,45 [...], sendo

certo que, do total de débitos inscritos em dívida ativa (o único imposto que se discute em juízo é o relativo ao Decreto 3070/99 — IPI fixado em reais), a maioria está com exigibilidade suspensa” (fls. 31), a Fazenda objeta, nos memoriais, que tais valores correspondem a ínfima parcela do total devido, não sendo legítimo “permitir-se o funcionamento de um fabricante de cigarros que não recolhe o IPI (os dados [do relatório final da CPI da pirataria] apontam desprezível recolhimento de 2%)” em mesma situação de competição com indústrias outras que arcam com suas obrigações tributárias”.

Dai, tenho, então, por acertada a distinção proposta no parecer de HUMBERTO ÁVILA:

“(6) O cancelamento do registro especial porque, após sua concessão, há ‘qualquer tipo’ de descumprimento de obrigação tributária, é inconstitucional, pois a cassação se transformaria em sanção política [...] por uso de meio coercitivo pelo Poder Público, adotado com o propósito direto ou indireto de forçar o contribuinte a pagar tributo, causador de restrição excessiva e desproporcional ao direito de livre exercício de atividade lícita;

(7) No entanto, se registro especial for cancelado porque, após a sua concessão, há descumprimento ‘substancial, reiterado e injustificado’ de obrigação tributária principal ou acessória, a medida já não mais se encaixa no conceito jurisprudencial de sanção política, já que embora haja uso de meio restritivo pelo poder público, ele é adotado com a finalidade de controlar a produção e a comercialização de cigarro, e de garantir a coexistência harmônica das liberdades, especialmente entre a liberdade de concorrência, e não causa, por essa razão, restrição excessiva nem desproporcional ao direito fundamental de livre exercício de atividade lícita”.

Tal distinção permite dar ao caso o tratamento singular que suas particularidades exigem, sem permitir à administração pública tirar, de eventual decisão contrária à demandante, tese aplicável a outras hipóteses em que se não verifique situação típica de comportamento anticoncorrencial aqui presente.

9. Noutras palavras, conquanto se reconheça e reafirme a aturada orientação desta Corte que, à luz da ordem constitucional, não admite imposição de sanções políticas tendentes a compelir contribuinte inadimplente a pagar tributo, nem motivadas por descumprimentos de menor relevo, estou convencido de que se não configura, aqui, caso estreme de sanção política, diante, não só da finalidade jurídica autônoma de que se reveste a norma, em tutela da livre concorrência, mas também de sua razoabilidade, porque, conforme acentua TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, coexistem aqui os requisitos da necessidade (“em setor marcado pela sonegação de tributos, falsificação do produto, o aproveitamento de técnicas capazes de facilitar a fiscalização e a arrecadação, é uma exigência indispensável”), da adequação (“o registro especial,

sob condição de regularidade fiscal, é específico para a sua destinação, isto é, o controle necessário da fabricação de cigarros”) e da proporcionalidade (não há excesso, pois a prestação limita-se “ao suficiente para atingir os fins colimados”).

Não custa insistir. Insurge-se o contribuinte contra o que considera “flagrante inconstitucionalidade e abusividade no ato (sanção política vedada na jurisprudência do STF), com que a Fazenda Nacional, a pretexto de cobrar tributo, determinou a interdição de seus estabelecimentos”. Sustenta, nesse sentido, que a União não poderia valer-se desses meios de coerção (“como a ameaça de encerramento das atividades empresariais de uma sociedade legalmente constituída e que exerce atividade lícita”), previstos ou não em diplomas infraconstitucionais, para exigir regularização da situação fiscal, pois haveria outros ‘meios legítimos para a cobrança de tributos”. Cita, para tanto, as súmulas 70, 323 e 547, bem como o RE n. 2 415.015.

Há, contudo, como venho sustentando, dissimilaridades decisivas que apontam para a singularidade do caso em relação à jurisprudência da Corte:

(a) existe justificativa extrafiscal para exigência da regularidade tributária, que é proporcional e razoável à vista das características do mercado concentrado da indústria de cigarros; (b) não se trata de simples “imposição de restrições e limitações à atividade em débito com a Fazenda [...] autorizada em lei” (RE 414.714, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA), mas de comando preordenado também ao resguardo de valor jurídico-constitucional de igual predicamento e dignidade, que é o princípio ou regra da livre concorrência; (c) o precedente do RE 415.018 (rel. Min. CELSO DE MELLO) cuida de restrições “fundadas em exigências que transgridam os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade”, “sem justo fundamento”, “limitações arbitrárias”, atividade legislativa “abusiva ou imoderada”, dentre outros predicados, que, como visto, não se aplicam, sequer remotamente, a este caso; (ci) as súmulas invocadas não quadram à hipótese, pois que, como decidi acertadamente o TRF-2, “o caso dos autos envolve a análise sobre a possibilidade do Estado exigir, com base em norma infraconstitucional, regularidade fiscal para manutenção de registro especial em ramo produtivo específico, inexistindo correlação com a simples adoção de medidas coercitivas para cobrar tributos”. É o que, aliás, sustenta JOSÉ AFONSO DA SILVA, no parecer, onde afirma que “não se trata, no caso, de mero inadimplemento de obrigações tributárias”), arrematando:

“Essas Súmulas não são invocáveis por diversas razões. Em primeiro lugar, porque se voltam contra ato administrativo concreto de interdição, ou apreensão, ou de proibição, sem base legal expressa e específica, simplesmente com o objetivo de obter o pagamento do tributo. Ora, o art. 2º daquele decreto-lei não estabelece meio coercitivo para

cobrança de tributo, mas sim sanções por práticas de atos ilícitos contra a ordem tributária

[...]

10. Do exposto, peço vênia para indeferir a liminar.

No texto acima transcrito do voto do Min. Cezar Peluso fez-se análise dos aspectos da parafiscalidade do tributo e, por isso mesmo, do seu regime especial e da questão da concorrência desleal também incluída na controvérsia destes autos.

A decisão de primeiro grau não apreciou a questão no aspecto da regularidade fiscal quanto aos débitos cujas exigibilidades não estão suspensas por parcelamento e que a empresa agravada não cumpre a obrigação principal em relação aos produtos que comercializa. Isto quer dizer que além dos débitos incluídos no parcelamento da Lei 11.941/2009, há outros que mostram a irregularidade fiscal da empresa e justificam o cancelamento de seu registro. A decisão monocrática nada disse sobre as inscrições 70.3.09.000206-60, 70.3.10.000143-10, 70.3.10.000145-81 e 70.3.11.000213-93. A decisão de primeiro grau considerou apenas uma parte dos débitos da empresa para considerar que haveria regularidade fiscal.

Conforme já foi dito, a dívida consolidada da empresa é de R\$ 401.835.751,33 dos quais R\$ 238.939.529,32 estão com exigibilidade ativa. A agravada também deve ao PIS e a Cofins que não estão com a exigibilidade suspensa em relação ao período de apuração de dezembro de 2011, no valor de mais de R\$ 800.000,00.

O art. 2º, incisos I e II, do Decreto-Lei 1.593/1977 prevê duas hipóteses para o cancelamento do registro especial, como se lê a seguir:

Art. 2º O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos:

I – desatendimento dos requisitos que condicionaram a concessão do registro;

II – não-cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal.

Com a nova redação do art. 2º, §§ 1º e 10 do Decreto-Lei 1.509/1977 dada pela Lei 12.715/2012 a questão do não cumprimento de obrigação tributária ou acessória relativa a tributo ou contribuição administrada pela Secretaria da Receita Federal ficou estabelecido que deverão ser consideradas como práticas reiteradas por parte de pessoa jurídica

detentora de registro especial o não recolhimento de tributos a menor que o devido, omissão ou erro nas declarações de informações exigidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Considera-se reiterada a reincidência de não recolhimento de tributo ou tributo recolhido a menor independentemente da ordem ou cumulatividade.

Se a empresa agravada é possuidora de débitos na Receita Federal e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional sem suspensão de exigibilidade tem-se situação de reiterada inadimplência que deu causa ao cancelamento do registro especial de fabricante de cigarros, porque houve opção da empresa de não incluir todos os seus débitos no parcelamento.

Observo que em caso análogo da Sudamax Indústria e Comércio de Cigarros Ltda., esta Corte Especial manteve decisão à unanimidade decisão do presidente deste Tribunal que deferira suspensão de liminar *in verbis*:

Nessa perspectiva:

a) Vislumbro, na espécie, a alegada ofensa à ordem pública, na medida em que está em discussão a dignidade do próprio Poder Judiciário, que não pode permitir a repetição de demandas em Juízos diversos, com o mesmo objeto e partes, sob pena de provocar total desordem ao exercício da Jurisdição.

Nesse ponto, conforme se extrai do indicado precedente do egrégio STJ (REsp n. 119.3145, Relator Ministro João Otávio de Noronha), é relevantíssima a tese da litispendência detectada pelo nobre Juízo Federal da 3 Vara de Campinas/SP, já comunicada ao Juízo da 9 Vara/DF e ainda não apreciada pelo Juízo ora requerido, com consequências práticas que causam desordem à Jurisdição, mal-estar entre órgãos judicantes e desprestígio ao próprio Poder Judiciário como um todo.

De outra parte, o raciocínio desenvolvido pelo eminente Ministro Cezar Peluso, em seu douto voto, proferido nos autos da MC 1 657/DF (STF), bem evidencia que o exame do Decreto-Lei 1.593/77 enseja interpretação específica quantos aos aspectos da ordem jurídica existente, considerando o caráter da extrafiscalidade do tributo e do regime especial em tela.

Como se sabe, aliás, no conceito de ordem pública estão incluídos os aspectos da ordem administrativa e da ordem jurídica.

b) Vislumbro, na hipótese vertente, também, a alegada ofensa à economia pública. Os princípios constitucionais da livre concorrência e da lealdade na competitividade, aliados à temática do regime especial da indústria fumageira, servem de substrato à argumentação econômica da Fazenda Nacional, com a indicação de valores impressionantes. Logo, está em jogo o próprio do Estado-Administração e

as políticas públicas envolvidas, inclusive quanto ao âmbito da saúde pública.

c) Verifico, finalmente, *in casu*, a alegada ofensa à segurança pública, considerando os sérios dados criminais noticiados no corpo desta decisão.

Diante do exposto, defiro o pedido de suspensão dos efeitos da liminar em comento, da lavra do ilustrada Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, até o trânsito em julgado de eventual sentença concessiva da segurança postulado.” Grifos nossos.

O acórdão restou assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL. DEFERIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE MEDIDA LIMINAR. NÃO PROVIMENTO.

I - Evidenciada a grave lesão à saúde pública quando, deixando de recolher o IPI, que é a parcela preponderante na composição do preço final do produto, o fabricante de cigarros tem condições de colocá-lo no mercado a um preço muito menor, o que faz aumentar o seu consumo e, conseqüentemente, os riscos à saúde da população.

II - Verificada, também, a grave lesão à economia pública: (a uma, porque, ao não recolher o IPI, o Estado fica sem parcela importante da arrecadação tributária, parcela essa que poderia ser utilizada, inclusive, para custear o tratamento das pessoas acometidas pelos malefícios causados pelo consumo de cigarros; a duas, porque, ao praticar preços mais baixos, a empresa alarga assim fatia da concorrência e ganha poder de mercado, prejudicando a concorrência que em tese, esteja recolhendo os tributos, e não poderia, por isso, com: ela competir.

III - Agravo regimental a que se nega provimento.

O regime especial de funcionamento dos fabricantes de cigarro tem o propósito de diminuir o estímulo de consumo de tabaco em larga escala, pois além dos problemas nocivos à saúde acarreta altos custos sociais que são suportados por todos os contribuintes, inclusive os não fumantes.

Correta a Fazenda Nacional quando afirma que

Se a entidade empresarial e os consumidores do produto não arcarem, por meio de pagamento de tributos, com os custos sociais que envolvem o consumo coletivo de tabaco, essa atividade que

antes era indesejável passa a se tornar intolerável, não merecendo mais respaldo por parte do Estado.

A agravante regimental anota que segundo dados recolhidos no estudo de economista da Fundação Oswaldo Cruz, Márcia Pinto, em 2005, o cigarro provoca um prejuízo anual para o Sistema Público de saúde de, pelo menos 338 milhões e segundo o Ministério da Saúde, o poder público gasta com o tratamento de fumantes duas vezes mais do que arrecada com os impostos do cigarro, sem contar com os prejuízos de empresas privadas por problemas da concorrência.

Em conclusão, a tributação de atividade econômica apenas tolerada pela lei, como a produção de cigarro, deve repassar os custos sociais para as empresas fabricantes e para os consumidores desse produto. Sem a tributação toda a sociedade arcará com o custo de saúde e tratamentos caros em detrimento de outras necessidades relevantes.

Se a União tem sua arrecadação diminuída e tem que suportar altos custos do sistema público de saúde com tratamento para os males do tabaco resta evidente que há uma lesão à ordem pública.

Por fim, volto ao problema da violação ao princípio da livre concorrência já mencionado no início deste voto-vista, pois se a empresa fabricante de cigarro não tem a carga tributária elevada, pode comercializar seus produtos com custo menor do que a dos seus concorrentes. Trata-se de uma situação de *dumping*, conforme definido pelo direito antitruste. Neste aspecto, a cassação do registro especial decorrente do inadimplemento de obrigações tributárias observa também o princípio da livre concorrência.

Em síntese, a existência do regime especial para a fabricação de cigarro e a necessidade de estar adimplente fiscal para a sua manutenção, nos termos do Decreto-Lei 1.593/1977 dão ensejo à cassação do registro especial necessário para o exercício da peculiar atividade de fabricação de cigarro.

Ante o exposto, defiro o pedido de suspensão requerido pela Fazenda Nacional e mantenho o ato que cassou o registro especial de funcionamento da agravada.

É o voto.

Corte Especial

Numeração única: 0029905-51.2001.4.01.0000

Embargos Infringentes 2001.01.00.035282-6/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes
 Embargantes: Paulo Bezerra Diniz e outros
 Advogado: Dr. Amário Cassimiro da Silva
 Embargantes: Noêmia da Silva Veloso Paim e outros
 Advogado: Dr. Francisco Assis de Araújo
 Embargada: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Publicação: e-DJF1 de 26/07/2013, p. 377

Ementa

Embargos infringentes. Ação rescisória. Reajuste de 84,32% (março/1990). Matéria constitucional. Súmula 343/STF. Inaplicabilidade. Inexistência de direito adquirido.

I. Rejeitada a preliminar de decadência porquanto o acórdão embargado considerou que o termo inicial do prazo para o ajuizamento da ação rescisória se deu com o trânsito em julgado da decisão que não admitiu o recurso extraordinário da União, por ausência de prequestionamento.

II. Andou bem o aresto embargado ao repelir a alegada falha da autora de não ter requerido a citação de todos os litisconsortes passivos necessários que integraram a relação jurídica originária, porque entendeu se tratar, na verdade, de litisconsórcio facultativo, embora unitário.

III. Não merece reforma o acórdão embargado por não haver considerado necessária a prévia interposição de recurso de apelação pela União nos autos originários, por não se tratar de requisito extrínseco para a admissibilidade da rescisória, conforme se extrai da redação do art. 485 do CPC, que apenas exige a existência de sentença de mérito transitada em julgado, independentemente de haver sido interposto ou não recurso de apelação.

IV. A jurisprudência pátria consolidou entendimento no sentido de que não existe direito adquirido à incorporação aos salários, vencimentos, proventos, soldos e pensões do índice de reajuste de 84,32% de março e resíduos de janeiro e fevereiro de 1990, por isso que a concessão do referido reajuste, expurgado do IPC de março de 1990, aos servidores públicos federais importa violação a literal disposição da Lei 8.030/1990, a ensejar a propositura de ação rescisória, posto que o alcance dado ao direito adquirido, neste caso, afrontou o disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da CF/1988.

V. Embargos infringentes aos quais se nega provimento.

Acórdão

Decide a Corte, por unanimidade, negar provimento aos embargos infringentes.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 18/07/2013.

Desembargador Federal *Néviton Guedes*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — Trata-se de embargos infringentes opostos contra o acórdão de fl. 322, do Plenário deste Tribunal que, em juízo de admissibilidade, por maioria, admitiu a ação rescisória; no juízo rescindendo, por maioria, julgou procedente

a ação, desconstituindo o acórdão rescindendo, que concedera o reajuste de 84,32% aos servidores públicos, a partir de abril/1990; e, no juízo rescisório, rejugando o mandado de segurança, por maioria, denegou a ordem, condenando os réus na verba honorária e custas.

Alegam os réus, ora embargantes, em síntese, que os votos vencedores não fizeram a devida justiça, por ser patente o descabimento da rescisória, tendo em vista a inexistência de violação a literal disposição de lei, requerendo, para tanto, a reforma do acórdão embargado para que prevaleça o entendimento exarado nos votos vencidos que votaram pela improcedência da rescisória.

Devidamente intimada, a União apresentou contrarrazões às fls. 401–405 e fls. 406–411.

Parecer ministerial pelo não acolhimento dos embargos infringentes.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — Tratam os autos de ação rescisória ajuizada pela União com objetivo de rescindir acórdão proferido nos autos do Mandado de Segurança 90.01.12745-2 — que concedeu o reajuste de 84,32% aos servidores públicos nominados na inicial, a partir de abril/1990 —, com pedido de novo julgamento da lide, sob a alegação de contrariedade a literal disposição de lei, porquanto o reajuste salarial fora efetuado com fundamento na inconstitucionalidade dos arts. 2º, II, § 1º e 9º, I, da Lei 8.030/1990.

O Plenário deste Tribunal decidiu, por maioria, pela procedência da rescisória para desconstituir o acórdão rescindendo e, reapreciando o mérito do mandado de segurança, também, por maioria, denegou a ordem postulada, condenando os réus na verba honorária e custas, por meio de acórdão assim ementado (fl. 322), *verbis*:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVEL. REAJUSTE DE 84,32% DOS SERVIDORES PUBLICOS: DIREITO ADQUIRIDO INEXISTENTE. TERMO A QUO DO PRAZO DA RESCISORIA. PROCEDENCIA DA AÇÃO. CAUTELAR PREJUDICADA.

I- A contagem do prazo para o ajuizamento da rescisória inicia-se a partir do trânsito em julgado da decisão que inadmitiu o recurso extraordinário por ausência de prequestionamento.

II- A única hipótese em que a interposição do recurso extraordinário não obsta a formação da coisa julgada, capaz de afastar o dies a quo da decadência, é a sua inadmissão por intempestividade. (Precedentes do STF e STJ).

III - A comunhão de direitos dos réus na presente rescisória é una, mas não é incindível, daí por que tratar-se de litisconsórcio passivo facultativo.

IV - O óbice constante da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal fica afastado nas causas constitucionais.

V - O excelso Pretório já pacificou o entendimento segundo o qual não existe direito adquirido dos servidores públicos ao reajuste de 84,32% referente ao IPC de março de 1990 (MS 21216-1, Rei. Mi OCTAVIO GALLOTTI, DI de 28/06/91). No mesmo sentido, a farta jurisprudência desta Corte, consolidada em sua Súmula 17.

VII - Cautelar que se interpõe para obtenção de efeito suspensivo da ação rescisória julgada prejudicada, por perda do objeto, ante o julgamento da própria rescisória.

(AR 95.01.12812-1/DF, Pleno, rel. Cândido Ribeiro, DJ de 06/10/1997, p. 81.959)

Contra esse acórdão, os réus ingressaram com os presentes embargos infringentes, postulando pela reforma do *decisum* embargado, para que prevaleçam os votos vencidos que votaram pela improcedência da rescisória.

Vejamos.

O acórdão embargado, com propriedade, afastou a preliminar de decadência, ao considerar que o termo inicial do prazo para o ajuizamento da ação rescisória se deu com o trânsito em julgado da decisão que não admitiu o recurso extraordinário da União, por ausência de prequestionamento, mediante as seguintes razões, destaque (fl. 420):

De ver-se que a única hipótese em que a interposição do recurso extraordinário não obsta a formação da coisa julgada, capaz de afastar o dies a quo da decadência, é a sua inadmissão por intempestividade. Não é a hipótese dos autos. O fundamento do despacho do então Presidente da Corte, o Exmo. JUIZ ALVEZ DE LIMA, para respaldar o entendimento da inadmissibilidade do recurso interposto pela União Federal, conforme faz prova o documento de fls. 65, consubstanciou-se na ausência de prequestionamento.

Desse modo, afastando o primeiro óbice reconhecido pelos dois Tribunais Superiores já citados, o dies a quo do prazo para a rescisória inicia-se após o trânsito em julgado da decisão que inadmitiu o recurso extraordinário. Ora, o despacho do ex- Presidente da Corte, o Exmo. JUIZ ALVES DE LIMA, foi publicado no Diário da Justiça do dia 02/04/93, e ocorrendo a intimação pessoal da União no dia 23/08/93, o trânsito em julgado efetivou-se 10 (dez) dias (prazo em dobro para interposição do agravo) após, ou seja, em 03/09/93.

A União Federal ajuizou a presente rescisória no dia 18/05/95. Portanto, tempestivamente.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Novély Vilanova, Ney Bello, Olindo Menezes, Hilton Queiroz, Carlos Moreira Alves, I'talo Mendes, Daniel Paes Ribeiro, Selene Almeida, Maria do Carmo Cardoso e Reynaldo Fonseca.

Da mesma forma, andou bem o aresto embargado ao repelir a alegada falha da autora de não ter requerido a citação de todos os litisconsortes passivos necessários que integraram a relação jurídica originária, porque entendeu se tratar, na verdade, de litisconsórcio facultativo, embora unitário, nos seguintes termos, destaque:

Outra questão posta pelos réus diz respeito à falha da autora de não ter requerido, na petição inicial da ação rescisória, a citação de todos os litisconsortes passivos necessários integrantes da relação jurídica que se pretende rescindir, o que vem a ensejar a nulidade do presente feito.

Importante ressaltar, que o MS 91.01.03681-5/DF deu origem a duas ações rescisórias, esta (de n. 95.01.128121/DF), da qual se originou a Medida Cautelar 95.01.13413-0/DF), e outra (de n. 93.01.27325-0/DF), de onde proveio outra medida cautelar (de n. 93.01.27440-0/DF), estas últimas, inclusive, já foram julgadas em 03/04/97, cuja decisão foi por unanimidade.

Daí por que o pedido de nulidade do processo por falta de citação de todos os impetrantes do mandado de segurança originário. Ocorre que os réus da presente rescisória foram incluídos como litisconsortes ativos, posteriormente à impetração do writ.

Creio que não se trata de litisconsórcio passivo necessário. A hipótese é de litisconsórcio facultativo, embora unitário, porquanto a decisão será a mesma para todos os litisconsortes que se encontram na relação jurídica.

A comunhão de direitos dos réus na ação rescisória é una, mas não é incidível, porquanto cada um pode ter legitimação para agir nessa qualidade. Faltando um dos réus, este não será atingido pela decisão. Assim, caso a União não tivesse ajuizado outra rescisória em face destes réus, eles apenas não seriam alcançados pelo decisum, porém, tal fato não ensejaria a extinção do processo.

Tem-se, portanto, que é o direito material que dirá se o litisconsórcio é ou não necessário.

Observo, ainda, que não há, no caso, o óbice da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, visto tratar-se de matéria constitucional. Afasto, pois, esse aspecto levantado pelos réus.

Tampouco merece reforma o acórdão embargado por não haver considerado necessária a prévia interposição de recurso de apelação pela União nos autos originários, por não se tratar de requisito extrínseco para a admissibilidade da rescisória, conforme se extrai da redação do art. 485 do CPC, que apenas exige a existência de sentença de mérito transitada em julgado, independentemente de haver sido interposto ou não recurso de apelação.

No tocante à aplicação da Súmula 343/STF, que entende que

[...] não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais,

a jurisprudência dos tribunais superiores já pacificaram entendimento pela não incidência desse enunciado quando houver pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão de mérito, contida no acórdão rescindendo.

Sobre o mérito propriamente dito, a jurisprudência pátria consolidou entendimento no sentido de que não existe direito adquirido à incorporação aos salários, vencimentos, proventos, soldos e pensões do índice de reajuste de 84,32% de março e resíduos de janeiro e fevereiro de 1990, por isso que a concessão do referido reajuste, expurgado do IPC de março de 1990, aos servidores públicos federais importa violação a literal disposição da Lei 8.030/1990, a ensejar a propositura de ação rescisória, posto que o alcance dado ao direito adquirido, neste caso, afrontou o disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da CF/1988.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO
- DECADÊNCIA - NÃO OCORRÊNCIA - AÇÃO RESCISÓRIA - ADMISSIBILIDADE - MATÉRIA CONSTITUCIONAL - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343 DO STF - REAJUSTE DE VENCIMENTOS NO PERCENTUAL DE 84,32% - RECONHECIDO PELO TRIBUNAL A INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO - SÚMULA 17 DO TRF - PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO.

1. Não ocorre a decadência para a ação rescisória, ainda que os Réu sejam citados após dois anos do trânsito em julgado da sentença rescindenda, se a ação foi ajuizada dentro do prazo do art. 495, do CPC. Preliminar rejeitada.

2. A Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal não se aplica quando se trata de interpretação de texto constitucional.

3. Este Tribunal firmou o entendimento no sentido de não existir direito adquirido à incorporação aos salários, vencimentos, proventos, soldos e pensões, do índice de reajuste de 84,32% de março e resíduos de janeiro e fevereiro de 1990 (Súmula 17).

4. Precedentes da Corte (AR Nº 95.01.27677-5/BA e AR Nº 95.01.01490-8/DF - Rel. Juíza Assuete Magalhães e AR Nº 95.01.19429-9/MG Rel. Juiz Luciano Tolentino Amaral).

5. Ação Rescisória procedente para, afastando o acórdão rescindendo, dar-se provimento à apelação e julgar improcedente o pedido.

(AR 0013221-56.1998.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, Primeira Seção, DJ, p. 3, de 10/05/2006)

Em face do exposto, nego provimento aos embargos infringentes.

Primeira Seção

Conflito de Competência 0057256-13.2012.4.01.0000/GO

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)
 Autor: Paulo César Lourenço
 Advogado: Dr. Alexandre Lunes Machado
 Ré: União Federal
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
 Suscitante: Juízo Federal da 7ª Vara/GO
 Suscitado: Juízo Federal da 3ª Vara/GO
 Publicação: e-DJF1 de 1º/08/2013, p. 43

Ementa

Conflito de competência. Conexão. Execução. Transitada em julgado. Determinação de reinvidicação dos valores na seara administrativa. Reclamação. Objeto. Processo administrativo. Súmula 235/STJ.

I. Transitada em julgado a sentença, a qual determinou que os valores recebidos pelos servidores por força de liminar fossem exigidos em procedimento administrativo, o questionamento judicial de tal procedimento administrativo de reposição ao Erário não implica prevenção do juízo da execução.

II. O Estado, e principalmente o Judiciário, não pode criar falsa expectativa no jurisdicionado, ainda que a parte interessada seja a Administração Pública, como no caso, sob pena de ofensa à boa-fé objetiva, aplicável ao processo.

III. Aplicação da Súmula 235 do STJ: *A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.*

IV. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, suscitante.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer do conflito para declarar competente o Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, suscitante.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 23/06/2013.

Juiz Federal *Cleberson José Rocha*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha: —

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 7ª Vara da Seção de Goiás, nos autos de reclamação, distribuída por dependência ao processo 91.00.06953-1, perante o Juízo Federal da 3ª Vara da mesma Seção Judiciária, o qual determinou a livre distribuição da ação, sob o fundamento de que o processo anterior encontra-se arquivado com trânsito em julgado.

2. A questão posta em debate decorre do ajuizamento de ação cautelar no ano de 1991, na qual foi deferida liminar determinando o pagamento

do percentual de 84,32% aos servidores substituídos. A citada liminar teve seus efeitos revogados por força de decisão do STF. A fim de reaver os valores decorrentes da execução provisória, a União manejou ação executiva, sendo esta extinta sem que os valores fossem restituídos à exequente. Contudo, restou determinado que tais valores poderiam ser reivindicados na esfera administrativa. Instaurado o procedimento administrativo, os servidores buscaram a via judicial para questioná-lo. Ajuizando a reclamação objeto do presente conflito.

3. O juízo suscitante sustenta que a questão encontra-se regulada pelo disposto no art. 575, II, do

CPC, devendo o juízo da ação executiva processar e julgar a reclamação.

4. Por seu turno, o juízo suscitado alega que *as sentenças proferidas em ambas as demandas (cautelar e execução), julgando improcedente o pedido e determinando o ressarcimento ao Erário, já transitaram em julgado*, ensejando a aplicação da Súmula 235, do Superior Tribunal de Justiça: *“a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”*.

5. Parecer do MPF.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha: —

1. A alegação de que o objeto da reclamação trata, em verdade, de impugnação a execução da Cautelar 91.00.06953-1, não se sobrepõe ao fato de que a referida execução encontra-se com trânsito em julgado certificado nos autos.

2. Em que pese a solução da execução não tenha posto termo à pretensão relativa à restituição ao Erário dos valores recebidos por força de decisão judicial precária, não há como se olvidar que o referido feito transitou em julgado e que a alteração da solução definida encontra-se preclusa.

3. Neste compasso, apesar de a reclamação guardar certa similitude com o objeto do feito executivo, estimo que o questionamento central da reclamação é o procedimento administrativo de restituição ao Erário. É o que se depreende da petição inicial da reclamação:

[...] ao apresentar o cálculo a União Federal extrapolou os limites da execução e notificou o Reclamante para que restituísse ao erário o valor de R\$ 45.114,28 (quarenta e cinco mil cento e quatorze reais e vinte e oito centavos).

Irresignado, o Reclamante apresentou *impugnação na seara administrativa*, momento em que todas as suas teses jurídicas foram rejeitadas pelo Douto Superintendente Regional do Departamento de Polícia Federal [...]

[...]

DOS PEDIDOS

[...]

b) seja considerada nula a Notificação em questão ante os vícios apontados, determinando-se a expedição de nova Notificação com abertura

de novos prazos para interposição de *defesa administrativa* e reclamação judicial;

4. Acrescente-se que a reclamação não é incidente da execução, mas sim processo novo que ataca novo procedimento administrativo. E, estando a execução arquivada com trânsito em julgado certificado, imperiosa a aplicação da Súmula 235 do e. STJ: *A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado*. Neste sentido:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO REVISIONAL DE MÚTUO HABITACIONAL. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PELO ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA SENTENÇA REVISIONAL. SÚMULA 235/STJ.

1. Não se tratando de incidente de execução da sentença transitada em julgado na ação revisional de contrato de mútuo habitacional, mas de ação autônoma de indenização, que tem como pressuposto o *alegado descumprimento daquela sentença*, não cabe a modificação de competência para a reunião da ação de indenização à execução da sentença. Diversidade de objeto e de causa de pedir. Aplicabilidade da Súmula 235 do STJ.

2. Conflito de competência acolhido, para declarar competente o Juízo Suscitado. (CC 200901000143917, Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, TRF1 - Terceira Seção, e-DJF1 Data: 29/06/2009, p. 1.256.)

5. Ante o exposto, conheço do conflito para declarar competente o Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, suscitante.

É como voto.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Ângela Catão, Néviton Guedes e Ney Bello e os Exmos. Srs. Juízes Federais Fábio Moreira Ramiro e Renato Martins Prates (convocados).

Segunda Seção

Numeração única: 0049690-86.2007.4.01.0000

Mandado de Segurança 2007.01.00.047440-4/AP

Relator : Desembargador Federal Olindo Menezes
Impetrante: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Fernando José Aguiar de Oliveira
Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara/AP
Interessado: a apurar
Publicação: e-DJF1 de 20/06/2013, p. 180

Ementa

Processual Penal. Mandado de segurança. Atuação do procurador da República no segundo grau. Feitos de competência originária. Falta de capacidade postulatória. Requisição de inquérito pela autoridade judiciária. Justa causa. Informações mínimas que deem norte ao agir da autoridade. Constrangimento ilegal. Denegação da segurança. Habeas corpus concedido de ofício.

I. Consoante os reiterados precedentes da 2ª Seção, o procurador da República com atuação no primeiro grau da Justiça Federal não tem capacidade postulatória para atuar no Tribunal Regional Federal em feitos de competência originária, nos quais deve atuar exclusivamente o procurador regional da República.

II. Embora se admita a subsistência, depois da Constituição de 1988, da possibilidade de poder o juiz requisitar a instauração de inquérito policial (art. 5º, II – CPP), a providência deve ter base em justa causa, com a indicação de elementos objetivos alusivos ao fato, às suas circunstâncias, ao indiciado e aos indícios de autoria e/ou participação, em ordem a dar à autoridade policial uma direção a seguir.

III. Hipótese em que a requisição se pautou, unicamente, em notícia de imprensa acerca de relatório do TCU acerca de obras inacabadas no Estado do Amapá, financiadas com recursos da União, em decorrência, entre outras causas, de disfunção do fluxo orçamentário/financeiro, de problemas relacionados ao projeto de execução, e de inadimplência do ente beneficiado, sem nenhuma referência a malversação e/ou desvios de recursos públicos, configurando constrangimento ilegal (art. 648, I – CPP), a justificar a concessão de *habeas corpus* de ofício, em homenagem ao princípio da indisponibilidade da liberdade.

IV. Denegação do mandado de segurança (Lei 12.016/2009 – art. 6º, § 5º). Concessão de *habeas corpus* de ofício (art. 654, § 2º – CPP).

Acórdão

Decide a Seção denegar o mandado de segurança e conceder *habeas corpus* de ofício, à unanimidade.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 12/06/2013.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Olindo Menezes*: —
O Ministério Público Federal, pelo procurador da República no Estado do Amapá, impetra mandado de segurança contra ato da 2ª Vara – AP, que, com base em notícias de jornal que divulgaram relatório do Tribunal de Contas da União dando conta da suposta existência de treze obras inacabadas no Estado do

Amapá, requisitou a instauração de inquérito à Polícia Federal.

Sustenta que a requisição judicial, prevista no art. 5º, II, do Código de Processo Penal, não foi recepcionada pela Constituição Federal, a qual separou os papéis de julgador e investigador, com atribuição deste ao MP e, daquele, ao Judiciário; que se trata de investigação requisitada aleatoriamente pela

autoridade impetrada, pois não há fato determinado para se investigar, muito menos suspeitos; que não há indícios mínimos a demonstrar que realmente houve malversação ou desvio de verbas públicas; e que deve haver o trancamento do inquérito, como forma de preservar a constitucionalidade e a legalidade de futuras investigações pelas autoridades competentes sobre os recursos públicos em comento.

Destaca, ainda, que se registra impedimento do magistrado, ligado à forma por meio da qual se deu a instauração do procedimento policial; que vincular o inquérito ao juiz requisitante malferir o princípio da inércia judicial; e que o interesse no sucesso da investigação impede a autoridade impetrada de manter-se vinculada ao inquérito policial.

Prestadas as informações (fls. 43–44), a liminar foi deferida (fls. 47–49), para suspender o andamento do Inquérito 207/2007 (Processo 2007.31.00.002454-4), tendo o Ministério Público Federal nesta instância, em parecer firmado pelo Procurador Regional da República Marcelo Antônio Ceará Serra Azul, opinado pela denegação da ordem (fls. 55–64), na premissa de que o juiz pode requisitar a instauração de inquérito policial.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — 1. Como se viu, o mandado de segurança vem impetrado pelo Procurador da República no Estado do Amapá, contra ato do Juízo da 2ª Vara – AP, que, com base em notícias de jornal que divulgaram relatório do Tribunal de Contas da União dando conta da suposta existência de treze obras inacabadas no Estado do Amapá, requisitou a instauração de inquérito à Polícia Federal.

A jurisprudência da 2ª Seção tem entendido que o procurador da República com atuação em primeiro grau de jurisdição da Justiça Federal não tem legitimidade (capacidade postulatória) para manejar mandado de segurança junto ao Tribunal, contra atos processuais nos feitos em que atue como parte ou fiscal da lei¹.

No julgamento do AgRMS 2004.01.00.041288-4/MG, o Juiz Federal Saulo Casali, relator, assim se manifestou:

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mônica Sifuentes e Catão Alves e a Exma. Sra. Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (convocada).

O parecer da ilustre Procuradora da República faz alusão a precedentes do STJ e do STF contrários a esta jurisprudência do Tribunal, a partir de enxertos dos seus fundamentos que, vistos isoladamente, poderiam ser abonadores da tese que advoga. Contudo, vistos na integralidade, observa-se que examinam a questão sob uma ótica completamente diversa da causa em julgamento, data vênua.

No julgamento do MS nº 8349-DF, de relatoria do Min. Teori Zavascki, o reconhecimento da capacidade postulatória do Procurador da República, com atuação junto à Primeira Instância da Justiça Federal, para impetração de mandado de segurança junto àquela Corte, se deu pela razão de que se destinava 'a tutelar prerrogativas funcionais próprias, que o órgão impetrante entende violadas por ato de autoridade.' Tratava-se de ato do Comandante do Exército brasileiro que expressamente deixou de atender requisição de informações para a instrução de processo administrativo instaurado no âmbito da Procuradoria da República no Distrito Federal.

Segundo Sua Excelência, na 'divisão legal das atribuições do Ministério Público, as funções junto aos Tribunais Superiores são exercidas por titular de cargo de Subprocurador-Geral da República (LC nº 75/93, art. 47, § 1º), vedado, portanto, seu exercício, ao Impetrante, que é Procurador da República, habilitado a atuar apenas junto aos órgãos de primeira instância da Justiça Federal. Mas essa vedação há que ser estendida nos limites próprios para as quais foi instituída. Ela se aplica aos casos em que a atuação do órgão ministerial se dá em nome da instituição e em defesa dos interesses normalmente tutelados pela instituição, como custos legis, parte ou substituto processual', precisamente a situação dos autos, em que a impetração se dá contra ato judicial em processo no qual atua como parte (Ação Penal).

Da mesma forma, os citados precedentes do STF não devem ser aplicados, tendo em conta que, em relação ao primeiro (HC 69802/SP), o exame da questão não se deu à luz do art. 47 da Lei Complementar 75, de 20/05/93, cuja edição é posterior ao julgamento, e cuja norma exige, para a atuação dos Procuradores da República nos Tribunais Superiores, o ato de delegação do Procurador Geral da República para tal atribuição, circunstância que não se faz presente nos autos, da mesma forma que, em relação ao segundo (HC 73913/GO), referência é impertinente, pois, tratando o paradigma de Promotor de Justiça (Ministério Público Estadual), o reconhecimento da possibilidade da impetração do mandado de segurança se deu com base na autorização legislativa expressa no art. 37 da Lei 8.625, de 12/02/93, cuja regência não se aplica ou se estende ao Ministério Público Federal.

A hipótese, portanto, de acordo com os precedentes, é de extinção do processo sem resolução do mérito, ou mesmo de denegação da ordem, à luz da Lei 12.016, de 07/08/2009 (art. 6º, § 5º), que manda denegar a segurança nas hipóteses do art. 267 do Código de Processo Civil.

2. Como foi dito, o Juízo Federal da 2ª Vara/AP, com base em notícias de jornal que divulgaram relatório do Tribunal de Contas da União, dando conta da suposta existência de treze obras inacabadas no Estado do Amapá, requisitou de ofício a instauração de inquérito à Polícia Federal, para apurar

[...] eventual desvio de verbas públicas nos convênios do Departamento Nacional de Infraestrutura Terrestre – DNIT, destinados à obra da BR – 156 – Macapá – Calçoene – Oiapoque (contrato rescindido) e do Ministério da Educação destinado ao CEP Santana, em que havia inadimplência do tomador/conveniente.

O art. 5º, II, do Código de Processo Penal — Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 — estabelece que o inquérito policial, nos crimes de ação pública, pode ser iniciado mediante requisição da autoridade judiciária, situando-se o fundamento da impetração, basicamente, na alegação de que o dispositivo não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

No precedente da 3ª Turma desta Corte, citado na inicial do *writ* (HC 2007.01.00.011589-7/BA, relator Des. Federal Tourinho Neto), no qual o relator abonava a tese da presente impetração, esta Seção entendeu que a conduta imputada ao paciente era atípica e, por esse motivo, concedeu a ordem para trancar o inquérito. A adesão dos outros dois julgadores à conclusão do voto do relator deu-se por fundamento diverso.

O Juiz Saulo Casali Bahia (convocado), que entendeu “ser possível que o juiz reclame a abertura de inquérito a partir do momento em que tome conhecimento de suposta infração”, não viu como essa situação pudesse se confundir com um indevido afastamento do juiz da imparcialidade quando conduz o processo. Mencionou a jurisprudência do STJ, pela possibilidade, e enfatizou que isso também não deveria se confundir com a notícia-crime ao Ministério Público do art. 40 do CPP, já que ali é referida quando houver indício com aptidão para ensejar um denúncia.

Cuida-se de matéria polêmica, embora os precedentes da jurisprudência do STJ se coloquem pela possibilidade de o inquérito policial ter início por

requisição da autoridade judiciária, nos termos fixados no art. 5º, II, primeira parte, do Código de Processo Penal.²

Ainda que se admita que possa o juiz requisitar a abertura de inquérito policial, no caso, a requisição não tem a menor razão de ser. Como afirma a impetração, não há fato determinado a se investigar, suspeitos e/ou indícios mínimos a demonstrar que realmente houve malversação ou desvio de verbas públicas.

As requisições dirigidas à autoridade policial para a instauração de inquérito “necessitam conter dados suficientes que possibilitem ao delegado tomar providências e ter um rumo a seguir”³. O § 1º do art. 5º do CPP⁴, estabelece as informações que o requerimento, sempre que possível, deve conter. (O dispositivo faz referência apenas a requerimento, mas, numa interpretação analógica, aplica-se, também, à requisição.)

O Ofício/GABJU/2ª Vara 37/2007 — ofício requisitório da instauração do inquérito policial —, complementado pelo Ofício/GABJU/2ª Vara 39/2007 (fls. 12 – 18), fundamentou-se, basicamente, em notícia vinculada em periódico da capital amapaense (fl. 45), que traz reportagem acerca de diagnóstico realizado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, acerca de obras inacabadas financiadas com recursos da União em todo o país.

O magistrado requisitou a abertura do procedimento para

[...] apuração de eventual desvio de verbas públicas nos convênios do Departamento Nacional de Infraestrutura Terrestre – DNIT destinado à obra da BR-156 - Macapá - Calçoene - Oiapoque (contrato rescindido) e do Ministério da Educação destinado ao CEP Santana, em que há inadimplência do tomador/conveniente.

Consta da nota jornalística que 13 das obras estavam no Estado do Amapá. Quanto às obras relativas aos convênios em questão (mencionados no requisitório), traz dados sobre datas, valores totais aplicados, custo total do empreendimento e percentual de execução físico-financeiro e aponta o motivo da paralisação dos serviços.

Relata, também, que de acordo com o TCU, “a principal causa de paralisação de obra pública é fluxo orçamentário/financeiro”, seguida de “problemas relacionados ao projeto de execução e a inadimplência do ente beneficiário (Estado e município)”.

Como se vê, não há nenhuma referência à malversação ou ao desvio de verbas públicas. Matéria de imprensa, via de regra informada pela superficialidade, não pode, em princípio, ensejar a abertura de inquérito, menos ainda por requisição da

¹ AgRMS 2004.01.00.041288-4/MG, julgado em 1º/06/2005; MS 2003.01.00.015254-4/MT, julgado em 19/11/2003; MS 2001.01.00.038250-3/TO, julgado em 19/11/2003; MS 0065005-81.2012.4.01.0000/MG; julgado em 20/02/2013; MS 2009.01.00.041651-6/MT, julgado em 25/11/2009; AgRMS 2008.01.00.052569-2/PA, julgado em 04/02/2009; MS 2006.01.00.041182-8/FD, julgado em 04/05/2007 e MS 2006.01.00.041181-4/DF, julgado em 11/07/2007, entre outros.

autoridade judiciária, que deve cuidar do seu serviço, das suas atribuições, e reservar-se para, sendo o caso, conduzir a futura persecução penal.

3. A requisição, e a conseqüente instauração do inquérito policial, nessas condições, sem justa causa, expressa constrangimento ilegal para os dirigentes e gestores das obras públicas referidas na reportagem da imprensa, justificando a concessão de *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para determinar o trancamento do inquérito, na linha de vários precedentes desta Seção.⁵

Cuida-se de providência que está em sintonia com o princípio da indisponibilidade da liberdade, sendo dever do magistrado zelar pela sua manutenção.

Em face do exposto, denego o mandado de segurança, mas concedo *habeas corpus* de ofício, para determinar o trancamento do Inquérito Policial 2007.31.00.002454-4, registrado no DPF/AP sob o 207/2007, ressalvada a possibilidade de a autoridade policial empreender nova investigação preliminar, sendo o caso, nos termos de lei processual, ou mesmo a pedido do Ministério Público Federal.

É o voto.

² Cat 24/RJ, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 3ª Seção, julgado em 05/11/1992, DJ 1º/02/1993, p. 434; RHC 3694/SP, rel. Min. Edson Vidigal, 5ª Turma, julgado em 15/06/1994, DJ 1º/08/1994, p. 18.664; HC 23230/SP, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, julgado em 05/08/2003, DJ 29/09/2003, p. 287.

³ Nucci, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9. ed. Ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 87, nota 19 ao art. 5º.

⁴ Art. 5º

§ 1º O requerimento a que se refere o no II conterà sempre que possível:

- a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;
- b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;
- c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

⁵ Revisão Criminal 2008.01.00.068556-3/GO, julgada em 25/07/2012; MS 0035063.04.2012.4.01.0000/BA, julgado em 05/09/2012; Revisão Criminal 2009.01.00.044515-0/RO, julgada em 02/02/2011; e Revisão Criminal 2004.01.00.036599-1/MT, julgada em 07/04/2010

Segunda Seção

Mandado de Segurança Criminal 0074347-19.2012.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro
 Impetrantes: Marcelo Leal de Lima Oliveira e outros
 Advogados: Dr. Marcelo Leal de Lima Oliveira e outros
 Impetrado: Juízo Federal da 11ª Vara/GO
 Interessada: Justiça Pública
 Publicação: e-DJF1 de 18/07/2013, p. 208

Ementa

Processo Penal. Mandado de segurança criminal. Solicitação de acesso aos documentos e mídias de inquérito e pedido de extração de cópias. Indeferimento. Decisão desfundamentada e tautológica. Cláusulas constitucionais pétreas. Art. 5º, inciso XXXIV, da CF/1988. Súmula Vinculante 14 do STF. Liminar satisfativa. Segurança concedida.

I. Merece reforma a decisão que, de forma desfundamentada, viola direitos fundamentais do impetrante, assegurados em cláusulas constitucionais pétreas, assim como o disposto na Súmula Vinculante 14 do STF, que estabelece: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

II. É tautológica a decisão que nega ao impetrante o acesso aos documentos do inquérito e extração de cópias, pelo simples fato deste não ser acusado, quando se pretende o acesso aos autos apenas para o exercício do direito de ampla defesa, justamente porque o impetrante não é acusado, mas teve sua honra e imagem violadas.

III. Liminar satisfativa não faz desaparecer o interesse na concessão da segurança, uma vez que se isso fosse admissível a situação jurídica do impetrante perderia por completo a proteção legal, voltando a uma mera situação de fato, tanto mais que a hipótese — extinção do processo sem resolução de mérito — levaria à cassação da própria liminar.

IV. Segurança concedida.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conceder a segurança.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 10/07/2013.

Desembargador Federal Cândido Ribeiro, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Marcelo Leal de Lima Oliveira e Thaís Aroca Datcho Lacava impetram mandado de segurança, com pedido de liminar, por si, e representando Celso Ubirajara Russomanno, contra decisão que indeferiu os pedidos deste último de extração de cópias do Inquérito Policial 89/2011, que deu origem à Ação Penal 10488220124013500, em especial do Relatório 169/2011 e, ainda, a extração de cópias das mídias contendo os diálogos interceptados, em especial os travados entre os alvos Gleyb Ferreira da Cruz e

Alex Antônio Trindade e entre Fábio e Alex Antônio Trindade.

Justificam os impetrantes o manejo do writ para assegurar-lhes e ao litigante Celso Ubirajara Russomanno, o direito de acesso, ao menos, ao Relatório de Análise Policial 169/2011 e aos áudios captados no curso da Operação Monte Carlo entre os interlocutores Alex Antônio Trindade e “Fábio”, tendo em vista que a decisão que indeferiu tais pedidos, além de desfundamentada, é tautológica, uma vez que lhes foi negado o acesso por não ser Celso Russomanno acusado nos autos do Inquérito Policial 89/2011. Sustenta que os ora impetrantes pretendem o acesso,

justamente, por não ser aquele considerado acusado; que, ademais,

[...] a concessão de acesso a um único indivíduo, interessado juridicamente em seu conhecimento, não teria qualquer efeito deletério sobre a intimidade dos envolvidos.

Afirmam que a matéria publicada no *Jornal Correio Braziliense* liga o nome de Celso Russomanno a um doleiro, de nome “Fábio”, e sugere sua contratação para o envio de dinheiro ao México, o que vem a atingir sua imagem e sua honra.

Sustentam, por fim, que a decisão hostilizada, além de violar direito líquido e certo do impetrante Celso Russomanno, também viola o direito de seus defensores, também impetrantes no *writ*, conforme prescreve o art. 7º, XIV, do Estatuto da Advocacia e a Súmula Vinculante 14 do STF.

Assim, requerem o deferimento liminar para que seja autorizado o exame e a extração de cópia do Inquérito Policial 89/2011, que deu origem à Ação Penal 10488220124013500, em especial do Relatório 169/2011 e, ainda, a extração de cópias das mídias contendo os diálogos interceptados, em especial os travados entre os alvos Gleyb Ferreira da Cruz e Alex Antônio Trindade e entre Fábio e Alex Antônio Trindade, e, no mérito, sua confirmação, concedendo-se a segurança (fls. 2–15).

Liminar deferida a fls. 82–85, de forma satisfativa,

[...] para que a autoridade apontada como coatora, no prazo, improrrogável, de 24 (vinte e quatro) horas, em relação aos autos da Ação Penal 10488-2.2012.4.01.3500: a) forneça certidão circunstanciada ao impetrante Celso Ubirajara Russomanno; e b) dê vista dos referidos autos aos impetrantes Marcelo Leal de Lima Oliveira e Thaís Aroca Datcho Lacava, para por eles serem examinados e extraídas cópias, inclusive das mídias contendo diálogos interceptados, em especial os travados entre Gleyb Ferreira da Cruz e Alex Antônio Trindade, e entre Fábio e Alex Antônio Trindade, [...]

oportunidade em que foram solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, estas prestadas a fls. 91–92.

Informação da União Federal, a fl. 93 v., no sentido de não mais possuir interesse no feito.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do eminente Procurador Regional da República Zilmar Antônio Drumond, opina pela extinção do feito, em face da perda superveniente de seu objeto (fls. 98–101).

Petição dos impetrantes a fl. 104, por meio da qual requerem o julgamento do mérito do *writ*, com total procedência do pedido, “para o fim de ratificar a liminar deferida, tudo a teor do art. 269, I, do CPC”.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Conforme já mencionado quando do exame da liminar, a decisão do juiz *a quo*, “de duas linhas e meia”, violou direitos fundamentais dos impetrantes, assegurados em cláusulas constitucionais pétreas, além de não atentar para o disposto na Súmula Vinculante 14 do STF, que assim estabelece, *verbis*:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Por outro lado, a tautologia existente na decisão é evidente, no momento em que é negado aos impetrantes acesso aos documentos porque Celso Russomanno não é acusado, quando se pretende o acesso aos autos do inquérito justamente porque aquele não é acusado. Ora, só há uma forma do impetrante se defender amplamente em relação às notícias contra ele veiculadas, é tendo acesso irrestrito aos autos do inquérito em que supostamente seu nome é utilizado como um dos envolvidos em operação deflagrada pela Polícia Federal e que foi noticiada na imprensa. A negativa a tal acesso lhe confere o direito líquido e certo à impetração do presente *writ*.

Vê-se claramente, pela decisão que concedera a liminar, a situação pela qual passaram o impetrante Celso Russomanno e os seus defensores, a qual transcrevo na íntegra:

2.1 Analisemos, primeiramente, a questão sob o ângulo do impetrante Celso Russomanno.

O Correio Braziliense, de Brasília, em edição de 31.07.2012, apresenta reportagem da lavra do jornalista Mascarenhas, em que é afirmado que Russomanno “é citado em um diálogo entre integrantes da quadrilha comandada pelo contraventor Carlos Augusto Ramos, o Carlinhos

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Hilton Queiroz, I'talo Mendes e Olindo Menezes e os Exmos. Srs. Juizes Federais Klaus Kuschel e Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocados).

Cachoeira, como sendo detentor de R\$ 7 milhões em uma conta operada pela organização criminosa”.

O teor da reportagem é este (v. fls.19):

Ex-deputado federal e candidato à prefeitura de São Paulo, Celso Russomano (PRB) é citado em um diálogo entre integrantes da quadrilha comandada pelo contraventor Carlos Augusto Ramos, o Carlinhos Cachoeira, como sendo detentor de R\$ 7 milhões em uma conta operada pela organização criminosa. A conversa foi interceptada pela Polícia Federal (PF), com autorização da Justiça. Nela, Alex Antonio Trindade, apontado pela PF como o membro do grupo responsável pela remessa de grandes valores para fora do país, afirma a um interlocutor identificado apenas como Fábio que ele tinha um contrato assinado como Russomano e sabia que o montante em questão estava disponível, sendo R\$ 4 milhões em um cofre e os outros R\$ 3 milhões na conta, prontos para “serem transferidos”. O candidato do PRB está tecnicamente empatado com José Serra (PSDB) à frente das pesquisas de intenção de voto.

Diante dessa reportagem, publicada em 31.07.2012, no dia seguinte, RUSSOMANO, ora impetrante, requereu ao Juiz da 11ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, JUIZ ALDERICO ROCHA, vista dos autos n. 13279.78.2011.4.01.3500, “com a autorização para extração de cópias reprográficas e das medias das interceptações telefônicas”. O Juiz negou o pedido.

Quería o impetrante CARLOS RUSSOMANO defender-se da cavilosa imputação que atingia sua honra e ainda mais porque estava em franca campanha para a Prefeitura da Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, “com vitória assegurada já no primeiro turno”, e a reportagem o punha numa situação difícil tendo em vista que “a opinião pública comovia-se com os ardilosos envolvimento entre o empresário Carlinhos Cachoeira e agentes públicos”.

O primeiro turno das eleições municipais de 2012 seria no dia 7 de outubro. A matéria em discussão foi publicada no dia 31.07.2012. Urgia que fosse tomada uma medida por parte do ora impetrante. Era necessário que obtivesse uma certidão da Justiça que informasse, ou não, que não lhe era imputado nenhum fato criminoso decorrente de uma suposta quadrilha, chefiada por Carlos Augusto Ramos, o Carlinhos Cachoeira.

O JUIZ ALDERICO ROCHA nega o pedido que se lhe fizera de ser fornecida a certidão ou de ser dada vista dos autos aos seus advogados para tirar cópias xerográficas. A negativa foi dada em uma decisão simples: “Indefiro os pedidos do requerente, CELSO UBIRAJARA RUSSOMANO, vez que não consta como acusado nos autos da “Operação Monte Carlo”.

O inciso XXXIV do art. 5º da Constituição Federal dispõe que *são a todos assegurados: “A OBTENÇÃO DE CERTIDÕES em repartições públicas,*

para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal”.

Julgando o Ag.RE 472489/RS, Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 29.04.2008, publicação em 29.08.2008, a Segunda Turma do Supremo Tribunal, decidiu:

O direito à certidão traduz prerrogativa jurídica, de extração constitucional, destinada a viabilizar, em favor do indivíduo ou de uma determinada coletividade (como a dos segurados do sistema de previdência social), a defesa (individual ou coletiva) de direitos ou o esclarecimento de situações.

A injusta recusa estatal em fornecer certidões, não obstante presentes os pressupostos legitimadores dessa pretensão, autorizará a utilização de instrumentos processuais adequados, como o *mandado de segurança* ou a própria ação civil pública (destaquei).

No entanto, na Casa da Justiça, o seu direito constitucional lhe foi negado!

No julgamento do AgRE 167118/SP, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 20.04.2010, publicação em 28.05.2010, essa 2ª Turma voltou a decidir:

A existência de interesse legítimo basta para autorizar o fornecimento de certidão pelo Poder Público.

A certidão a ser fornecida deverá indicar a existência ou não do ato objetivado e o exato modo como ele foi praticado.

2.2 A decisão em relação aos advogados impetrantes.

A decisão atacada obsta, também, o exercício da livre profissão dos advogados, impedindo-os o exame dos autos, com ou sem procuração, como lhes é assegurado pelo art. 7º, inciso XIII, da Lei 8.906, 04.07.1994 (Estatuto da Advocacia):

São direitos do advogado:

[...]

XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, *mesmo sem procuração*, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos.

A decisão tocou o direito dos impetrantes de exercer, com liberdade, a profissão. Atente-se que o advogado é indispensável à administração da justiça, como dito pelo art. 133 da Constituição Federal. O exercício da advocacia está elevado à dignidade constitucional. Não pode haver justiça, também, sem advogados.

Em Súmula Vinculante, a de n. 14 (DJe nº 26 de 9/2/2009, p. 1. DOU de 9/2/2009, p. 1), declarou o Supremo Tribunal Federal:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de

prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

A decisão, como dizem os impetrantes, é *tautológica*: “nega-se o acesso aos documentos porque não se é acusado, quando se quer o acesso justamente porque não se é acusado!”.

Na MED. CAUT. EM RECLAMAÇÃO 12.810, BAHIA, advertiu o Ministro Celso de Mello (in verbis):

O Estatuto da Advocacia - ao dispor sobre o acesso do Advogado aos procedimentos estatais, inclusive àqueles que tramitem em regime de sigilo (*hipótese* em que se lhe exigirá a exibição do *pertinente* instrumento de mandato) – *assegura-lhe*, como típica prerrogativa de ordem profissional, o *direito de examinar os autos, sempre* em benefício de seu constituinte, e *em ordem* a viabilizar, quanto a este, o *exercício* do direito de conhecer os dados probatórios já formalmente produzidos no âmbito da investigação penal, *para que se possibilite* a prática de direitos básicos de que *também* é titular *aquele* contra quem foi instaurada, pelo Poder Público, *determinada* persecução criminal.

Nem se diga, por absolutamente inaceitável, *considerada a própria declaração constitucional* de direitos, *que a pessoa sob* persecução penal (em juízo ou fora dele) *mostrar-se-ia destituída* de direitos e garantias. Esta Suprema Corte *jamais* poderia legitimar tal entendimento, *pois a razão de ser* do sistema de liberdades públicas *vincula-se*, em sua vocação protetiva, *a amparar* o cidadão *contra* eventuais excessos, abusos ou arbitrariedades *emanados* do aparelho estatal.

Não custa advertir, como já tive o ensejo de acentuar em decisão proferida no âmbito desta Suprema Corte (MS 23.576/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), *que o respeito* aos valores e princípios sobre os quais se estrutura, *constitucionalmente*, a organização do Estado Democrático de Direito, *longe de comprometer* a eficácia das investigações penais, *configura* fator de irrecusável legitimação *de todas as ações lícitas* desenvolvidas pela Polícia Judiciária, pelo Ministério Público ou pelo próprio Poder Judiciário.

Decisão do juiz a quo, autoridade apontada como coatora, de duas linhas e meia, violou direitos fundamentais dos impetrantes assegurados em cláusulas constitucionais pétreas (disposições que não podem ser suprimidas ou alteradas nem mesmo por meio de emenda, cf. CF, art. 60, § 4º, IV) e não atentou para a Súmula Vinculante n. 14, do STF. (Fls. 83/85).

Ao contrário do que alega o Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 98–101, a liminar satisfativa não faz desaparecer o interesse na concessão da segurança, uma vez que se isso fosse admissível a situação jurídica do impetrante perderia por completo

a proteção legal, voltando a uma mera situação de fato, tanto mais que a hipótese —extinção do processo sem resolução de mérito — levaria à cassação da própria liminar.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Segunda Seção, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR SATISFATIVA. PERDA DE OBJETO. DIREITO À OBTENÇÃO DE CERTIDÃO. 1. O mandado de segurança não perde o objeto quando a pretensão do impetrante, de caráter satisfativo, é plenamente atendida com o deferimento da liminar, de modo a justificar-se a extinção do processo, visto como, sem o julgamento de mérito, que a confirme, a situação jurídica do impetrante perderá por completo a proteção legal, regredindo para uma mera situação de fato, tanto mais que a hipótese - extinção do processo sem exame do mérito - levaria à cassação da liminar. 2. Constitui direito individual, de estatura constitucional, “a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações individuais de interesse pessoal”. (Cf. art. 5º, inciso XXXIV, “b” da Carta da República.) 3. Concessão do mandado de segurança.

(MS 0028876-92.2003.4.01.0000/MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, SEGUNDA SEÇÃO, DJ, p. 3, de 22/02/2005)

MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR COM NATUREZA SATISFATIVA. PERDA DE OBJETO. ADOGADO. VISTA DE AUTOS. MATÉRIA SIGILOSA. 1. O mandado de segurança não perde o objeto quando a pretensão do impetrante, de caráter satisfativo, é plenamente atendida com o deferimento da liminar, de modo a justificar-se a extinção do processo, pois, sem o julgamento de mérito, que a confirme, a situação jurídica do impetrante perderá por completo a proteção legal, voltando a uma mera situação de fato, tanto mais que a hipótese - extinção do processo sem o mérito - levaria à cassação da liminar. 2. O instituto do segredo de justiça visa proteger a intimidade das partes envolvidas no processo, não sendo aplicável a ela própria, a ponto de impedir-se o seu defensor legal de ter acesso aos dados, informações e documentos necessários ao exercício da defesa. 3. É direito do advogado examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da administração pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos (Lei nº 8.906/94 - art. 7º, inciso XIII). Já realizado o ato judicial - no caso, busca apreensão domiciliar -, não se justifica que o seu advogado não tenha acesso aos autos do processo. 4. Concessão da segurança. Confirmação da liminar.

(MS 0027377-44.2001.4.01.0000/GO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, SEGUNDA SEÇÃO, DJ, p. 4, de 23/09/2004)

PROCESSO PENAL - MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO REALIZADO - SIGILO DO IPL: NÃO ABSOLUTO - DIREITO À AMPLA DEFESA: PRODUÇÃO DE PROVAS - LIMINAR SATISFATIVA - SEGURANÇA CONCEDIDA. 1- Não se pode, ao final, considerar prejudicado o pedido de segurança quando concedida liminar de natureza satisfativa, até porque, no concreto, julgamento sem apreciação do mérito resultará na cassação da liminar, cujos efeitos se produziram e se exauriram, quicá em condições fáticas não reversíveis. 2- Se é certo que o IPL é simples peça informativa, não lhe sendo aplicável o princípio constitucional do contraditório; e que ao poder público (autoridade policial e magistrado) cabe o dever de assegurar o sigilo necessário à elucidação dos fatos em apuração, velando pelo interesse da sociedade no sucesso das investigações, correto, também, é ter presente que tal sigilo não é absoluto.

3- O segredo de justiça, como toda medida restritiva de direitos, não é absoluto, e não pode ser invocado contra aquele que pretende defender-se da medida constritiva já praticada pelo poder público. 4- A simples notificação da busca e apreensão não possibilita à parte interessada questionar sua legalidade e ou possíveis exageros, sendo necessária a compreensão dos motivos autorizativos da medida, que se factibiliza com a vista dos autos por ela ou por seu representante legalmente constituído. 5- Segurança concedida. 6- Autos recebidos em gabinete para lavratura do acórdão em 04/09/2003. Peças liberadas em 10/09/2003 para publicação do acórdão.

(MS 0027196-43.2001.4.01.0000/TO, rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, rel. ac. Des. Federal Tolentino Amaral, Segunda Seção, DJ, p. 13, de 25/09/2003)

Com tais considerações, concedo a segurança, para confirmar a liminar anteriormente deferida.

É como voto

Terceira Seção

Numeração única: 0013008-92.2008.4.01.3300

Embargos Infringentes 2008.33.00.013011-0/BA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
 Embargante: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Embargado: Luiz Carlos Barbosa da Silva
 Advogado: Dr. Antônio Augusto Soares do Bonfim
 Publicação: e-DJF1 de 28/06/2013, p. 146

Ementa

Constitucional e Civil. Embargos infringentes. Responsabilidade da Administração Pública. Acidente sofrido por servidor público durante o exercício de suas atribuições funcionais. Danos estéticos. Indenização. Cabimento.

I. Caracterizada, como no caso, a ocorrência de dano estético, consistente na perda da visão em um dos olhos do servidor público federal, decorrente de acidente ocorrido durante o exercício de suas atividades funcionais, responde a União Federal pela sua reparação, em face do que dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, no contexto normativo da responsabilidade civil objetiva da Administração Pública.

II. Embargos infringentes conhecidos e desprovidos.

Acórdão

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

3ª Seção do TRF1ª Região – 18/06/2013.

Desembargador Federal Souza Prudente, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de embargos infringentes interpostos pela União Federal, em face do v. acórdão proferido pela colenda Quinta Turma deste egrégio Tribunal (fls. 208–223), nos autos de ação ajuizada por Luiz Carlos Barbosa da Silva, buscando o pagamento de indenização, por danos morais e estéticos, em razão de acidente ocorrido durante viagem a serviço, na condição de servidor público federal (motorista) do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, com lotação na Superintendência Federal da Agricultura no Estado da Bahia. A sentença recorrida julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que, em casos que tais, os danos eventualmente suportados por servidor público, no exercício de suas atividades regulares, como no caso, haveriam de ser tutelados pela Lei 8.112/1990, fazendo jus ao direito à licença, e, se for o caso, à aposentadoria por invalidez.

O respeitável acórdão embargado, por maioria, deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto, para condenar a União Federal no pagamento de indenização, no valor de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), a título de danos estéticos, corrigidos monetariamente, a partir da data do arbitramento, e acrescido de honorários advocatícios, no montante de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), restando, assim ementado:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. ACIDENTE EM SERVIÇO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. MOTORISTA OFICIAL – DESLOCAMENTO DE VEÍCULO EM ESTRADA VICINAL DE TERRA. EXISTÊNCIA DE BURACOS NA VIA. DESLOCAMENTO DE RETINA. PERDA DA VISÃO EM OLHO DIREITO. UNIÃO: DEVER DE INDENIZAR POR DANOS ESTÉTICOS. LEI N. 8.112/1990. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

1. Designado o autor, servidor público federal da Superintendência Federal da Agricultura, Pecuária e Abastecimento no Estado da Bahia, para, em viagem a serviço, na função de motorista, dirigir carro oficial em zona rural do Município de Vitória da Conquista/BA, e estando a estrada de terra em péssimas condições, o que acarretou solavancos no veículo aptos a promover o deslocamento da retina do autor, que posteriormente teve perda de visão no olho direito, cabível a indenização pelos danos estéticos sofridos, a teor do art. 212 da Lei n. 8.112/1990.

2. O servidor público que se acidenta em serviço tem os seus direitos definidos pelas regras contratuais ou estatutárias, não se aplicando a regra do § 6º do art. 37 da CF/88, o qual prevê

a responsabilidade da administração por danos causados a terceiros.

3. O bem jurídico ofendido – integridade física – reclama a reparação por danos estéticos, a teor do disposto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal/88.

4. Inexistência de dano moral a ser indenizado pela Administração (art. 5º, V e X da CF/88), uma vez que a reparação buscada não se baseia na compensação de perdas emocionais e/ou psíquicas.

5. Embora seja imensurável a perda da visão, a indenização por danos estéticos não deve ser inexpressiva, dado o seu caráter reparador. Também não deve, por outro lado, proporcionar o enriquecimento sem causa do ofendido. Devem ser levados em consideração, para se fixar o seu quantum, o tipo de dano, as circunstâncias em que ocorrer o fato e a situação econômica e social da vítima.

6. Na presente hipótese, considerando as condições econômicas da parte autora e a finalidade da reparação, razoável a fixação da indenização por danos estéticos no valor de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais).

7. Apelação parcialmente provida.

Em suas razões recursais, sustenta a União Federal a prevalência do voto vencido do eminente Des. Federal João Batista Moreira, no sentido de não se reconhecer a indenização em referência, sob o fundamento de que, em casos que tais, eventuais danos suportados por servidor público, no exercício de suas funções haveria de se submeter à regra dos direitos previdenciários, eis que ausente qualquer culpa da entidade pública de que tenham resultado os aludidos danos. Acrescenta, ainda, que, no caso concreto, além de não ter sido comprovado que o dano sofrido ocorreu durante a viagem a serviço, inexistiria nexo de causalidade entre a conduta da União e o evento danoso, eis que se limitou a ordenar ao servidor o cumprimento de atividades inerentes ao seu cargo, destacando-se, ainda, que a noticiada má qualidade das estradas por onde trafegava seria da responsabilidade municipal, o veículo se encontrava em boas condições de uso, não houve falha mecânica, e era conduzido pelo próprio embargado, que seria o único responsável pelo acidente. Requer, assim, o provimento dos presentes embargos infringentes, para que prevaleça o voto vencido em referência, afastando-se a condenação que lhe foi imposta pelo acórdão embargado (fls. 238–252).

Transcorrido, *in albis*, o prazo para resposta, (fl. 254) e admitidos os embargos infringentes (fl. 255),

vieram-me os autos conclusos, por livre distribuição (fls. 259).

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — O voto condutor do julgado recorrido, da lavra da eminente relatora, Des. Federal Selene Almeida, após elucidativo relatório das alegações deduzidas pelas partes e da prova documental carreada para os presentes autos, resolveu a questão, com estas letras:

[...]

A sentença merece reforma.

Para a formação do convencimento do julgador, prevalece o princípio da livre convicção do juiz, que deve ser motivada.

Da análise da documentação carreada aos autos, restou comprovada a designação do autor, servidor público federal, para, em viagem a serviço, na função de motorista, dirigir carro oficial, na companhia de dois outros servidores, para que realizado o recadastramento de funcionários e pensionistas residentes em zona rural do Município de Vitória da Conquista/BA, no período de 10 a 14/11/2003 (fl. 13).

Conforme relatório de serviço expedido pelo autor, o acidente ocorreu em 12/11/2003, o que foi confirmado pelo laudo médico de fl. 19, expedido pelo Hospital de Olhos Calheiras, em Jequié/BA.

Do quanto relatado nos autos, o fato ocorreu da seguinte maneira: o autor, em serviço, ao conduzir veículo oficial em estrada de terra em péssimas condições, situada em zona rural, sofrendo solavancos em razão da existência de buracos na via, teve perda súbita de visão em seu olho direito, tendo sido posteriormente diagnosticado o deslocamento de retina, o que o levou a sofrer a perda da visão no referido olho.

Diante de tal contexto, o autor faz jus a indenização, por parte da União, pela perda parcial de sua visão.

A Súmula 387 do STJ estabelece da seguinte forma:

É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

Na presente hipótese, contudo, não há como vislumbrar a ocorrência de dano moral a ser

indenizado pela Administração, a teor do disposto no art. 5º, V e X da CF/88, uma vez que a reparação buscada não se baseia na compensação de perdas emocionais e/ou psíquicas.

Com efeito, segundo Carlos Alberto Bittar, “danos morais são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas”.¹

Assim, afasto a pretensão do autor de condenação da União por danos morais, haja vista que o bem jurídico ofendido – integridade física, reclama a reparação por *danos estéticos*, a teor do disposto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal/88.

Corroborando com tal entendimento, Eneas de Oliveira Matos, em sua obra “Dano Moral e Dano Estético” (Ed. Renovar, RJ, 2008, pp. 168-169) estabelece:

[...]

Nessa esteira, dano moral é toda ofensa causada aos direitos morais da pessoa humana, correspondentes à integridade moral da pessoa humana, sejam eles, v.g., direito à identidade, à honra, ao respeito, ao decoro, às criações intelectuais, ou aos direitos ao corpo, que não ligados diretamente à pessoa de seu titular, sem eles, v. g., direito à vida – dano moral por morte de ente querido –, ao cadáver – dano moral por desrespeito à integridade do cadáver de ente querido –, à imagem e à voz, ou ainda, aos direitos psíquicos, que não ligados diretamente à incolumidade da mente, como o direito à liberdade de pensamento, de expressão, à intimidade e ao segredo, gerando sentimentos de dor, sofrimento, lamentação, preocupação ou através de caracterização de dano injusto.

Dano estético é toda ofensa causada aos direitos físicos da pessoa humana, correspondentes à integridade física da pessoa humana, ligados diretamente à pessoa de seu titular, sejam eles, v. g., direito à higidez corpórea e às partes do corpo, protegendo o corpo de qualquer modificação não autorizada.

[...]

Portanto, retira-se a autonomia do dano estético do dano moral, considerando o bem juridicamente tutelado, vez que (i) o dano estético corresponde a uma ofensa à integridade física, enquanto o dano moral corresponde a uma ofensa à integridade moral, e também porque (ii) enquanto

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves, João Batista Moreira, Selene Almeida, Jirair Aram Meguerian e o Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado).

¹ *A Responsabilidade Civil do Estado e o Dano Moral – Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil* – Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery, RT, V. VI, p. 835.

o dano estético é passível de apreciação objetiva, o dano moral padece de análise de caráter subjetivo, casuístico.”

Com efeito, o servidor público que se acidenta em serviço tem os seus direitos definidos pelas regras contratuais ou estatutárias, não se aplicando a regra do § 6º do art. 37 da CF/88, o qual prevê a responsabilidade da administração por danos causados a terceiros.

A propósito, os seguintes precedentes, *mutatis mutandis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ACIDENTE EM SERVIÇO. POSSIBILIDADE.

1. Tendo em vista que o ora agravado, servidor público em exercício na Polícia Federal, foi vítima de acidente ocorrido durante Curso de Atualização em Bombas e Explosivos, ministrado pela própria instituição, resta configurado no caso presente o acidente em serviço, previsto na Lei nº 8.112/90, no seu art. 212: “Configura acidente em serviço o dano físico ou mental sofrido pelo servidor, que se relacione, mediata ou imediatamente, com as atribuições do cargo exercido”.

2. Pelos documentos de fls. 469/474 e contracheque de fls. 480, vê-se que o tratamento fisioterápico a que se submeteu o autor, ora agravado, foi custeado por ele próprio, não tendo a Administração disponibilizado todos os meios e recursos adequados a possibilitar o tratamento recomendado pelo atestado referido.

3. Não havendo dúvidas de que o acidente ocorreu em serviço e que o agravado necessita de tratamento fisioterápico constante, não pode a União se abster de arcar com os custos respectivos, conforme preceituam os arts. 212 e 213 da Lei nº 8.112/90.”

(AG 200704000061299, INGRID SCHRODER SLIWKA, TRF4 - TERCEIRA TURMA, 23/07/2008)

“EMBARGOS INFRINGENTES. ADMINISTRATIVO. MILITAR. ACIDENTE. REFORMA. INDENIZAÇÃO. INVIABILIDADE. O militar que, em virtude de acidente em serviço provocado por explosão de pólvora, quando perdeu três dedos da mão esquerda que o deixou incapacitado para o serviço militar, já obteve a reparação do dano sofrido com a concessão da reforma. *A responsabilidade civil do Estado, estabelecida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal/88, é da União em relação a terceiros atingidos por atos praticados por seus agentes, e não perante seus próprios agentes.* A CF/88 não determinou a aplicação do art. 7º, inciso XXVIII aos servidores militares. Inaplicável à espécie o art. 159 do Código Civil, pois a relação é de direito administrativo, e rege-se pelo art. 142 da CF/88. Embargos infringentes improvidos.” (grifei)

(EIAC 9604635689, MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, TRF4 - SEGUNDA SEÇÃO, 16/11/2000)

A Lei n. 8.112/1990, no que diz respeito a acidente em serviço, preceitua:

Art.212. Configura acidente em serviço o dano físico ou mental sofrido pelo servidor, que se relacione, mediata ou imediatamente, com as atribuições do cargo exercido.

Parágrafo único. Equipara-se ao acidente em serviço o dano:

I - decorrente de agressão sofrida e não provocada pelo servidor no exercício do cargo;

II - sofrido no percurso da residência para o trabalho e vice-versa.

Assim, com base na referida Lei, não procede a insistência da União em negar a responsabilidade no evento, uma vez que, de forma mediata, o fato ocorrido nos presentes autos acarretou o dano estético no autor.

Convém lembrar que há nos autos provas robustas da ocorrência do fato em razão do acidente em serviço, assim como, inúmeros laudos médicos que atestam o deslocamento da retina e a posterior perda da visão do olho direito do apelante em decorrência do evento. Há, portanto, nexos de causalidade entre o acidente em serviço e o deslocamento da retina do autor e posterior perda parcial de sua visão.

O autor, conseqüentemente, tem direito à indenização pelos *danos estéticos* sofridos, a teor do disposto no art. 212 da Lei 8.112/1990.

Embora seja imensurável a perda da visão, a indenização por danos estéticos não deve ser inexpressiva, dado o seu caráter reparador. Também não deve, por outro lado, proporcionar o enriquecimento sem causa do ofendido. Devem ser levados em consideração, para se fixar o seu quantum, o tipo de dano, as circunstâncias em que ocorrer o fato e a situação econômica e social da vítima.

Na presente hipótese, considerando as condições econômicas do apelante (vítima) e a finalidade da reparação, entendo razoável a fixação da indenização por danos estéticos no valor de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), uma vez que se mostra compatível com a situação demonstrada nos autos.

Diante de todo o exposto, dou parcial provimento à apelação, para condenar a União ao pagamento de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), a título de danos estéticos sofridos pelo autor, com correção monetária a incidir desde a data do arbitramento.

Condene a União em honorários advocatícios, que fixo em R\$ 7.000,00 (sete mil reais), a teor do disposto no § 4º do art. 20 do CPC.

Por sua vez, em seu voto vencido, o não menos eminente Des. Federal João Batista Moreira, destacou que:

Senhora Presidente, trata-se de servidor público – motorista oficial, que, no exercício de sua função, sofreu deslocamento de retina, ao que consta, em razão de “solavancos no veículo” quando dirigia em “estrada de terra em péssimas condições” na zona rural do Município de Vitória da Conquista/BA.

Conforme tenho sustentado nesta Turma, o servidor público tem, em regra, os direitos previdenciários; no caso, possivelmente, o direito de aposentadoria com vencimentos integrais em razão de eventual invalidez decorrente de acidente em serviço.

Quando o servidor executa atividade penosa, insalubre ou perigosa, tem direito a adicional de remuneração. Imagino que nessa condição encontram-se os motoristas oficiais, sabido que a atividade de motorista é uma atividade perigosa, pois sujeita a acidentes. Se assim é, ou seja, se o servidor tinha direito a adicional de remuneração, esse adicional, ao que presumo, deve ter-se incorporado aos proventos de aposentadoria.

Não vislumbro, no caso, culpa da entidade pública no fato, uma vez que não é apontado defeito do veículo, mas tão somente péssimas condições da estrada. Dirigir em estradas em precárias condições é próprio da atividade de motorista, ainda mais se tratando de motorista da Superintendência Federal de Agricultura, Pecuária e Abastecimento do Estado da Bahia, atividade na qual está implícita a necessidade de deslocamento par a zona rural.

Com estas considerações, conforme já disse, na linha do que tenho sustentado na Turma, não reconheço direito a indenização suplementar pelo lamentável acontecimento, ou seja, os direitos do servidor são apenas aqueles assegurados pela legislação previdenciária, incluído, possivelmente, adicional de remuneração em razão do fato de se tratar de atividade perigosa, conforme já ressaltai.

Conheço, de casos anteriores, o pensamento da ilustre relatora, que distingue danos materiais, morais e estéticos. Embora considere interessante essa distinção, ainda não vejo como fazê-la à luz de nosso direito positivo, de modo a cumular indenização triplíce. Entendo, pelo menos no estágio atual de nosso Direito, que a indenização por dano estético é, regra geral, da mesma natureza da indenização por dano moral, data venia.

Com estas breves considerações, nego provimento à apelação (fls. 217/218).

Como visto, a controvérsia instaurada no presente recurso gira em torno do pagamento de

indenização por danos estéticos em decorrência de acidente ocorrido durante viagem realizada pelo autor da demanda, na condição de servidor público federal, do que resultou o deslocamento de retina, com perda da visão de um de seus olhos. Enquanto o acórdão embargado reconheceu, por maioria, como legítima a referida indenização, a embargante pretende que prevaleça o entendimento divergente do Des. Federal João Batista Moreira, que a afastava sob o fundamento de que o suplicante, no caso, haveria de usufruir dos direitos previstos na legislação previdenciária, tais como, o direito a eventual aposentadoria por invalidez, na condição de agente do Estado, aí incluído, suposto adicional de remuneração, por se tratar de atividade perigosa.

Posta a questão nestes termos e em que pesem os fundamentos em que se amparou o voto divergente, não prospera a pretensão recursal deduzida pela União Federal, na medida em que não conseguem infirmar as razões lançadas pela eminente relatora, no sentido de que, no caso, afigura-se patente a responsabilidade da Administração Pública pelo dano causado ao autor da demanda, que, em razão disso, faz jus à indenização pretendida, a título de danos estéticos, eis que ficou privado da visão em um de seus olhos, no exercício do serviço público federal.

Com efeito, no caso concreto, o causador do dano foi o próprio Estado, por intermédio de um de seus agentes, afigurando-se irrelevante, na espécie, que esse agente tenha sido, eventualmente, o próprio autor da demanda, circunstância essa que sequer restou comprovada nestes autos ou o seu superior hierárquico. Ademais, ainda que eventualmente fosse comprovada a culpa do autor, no caso, estaria ele a agir em nome do Estado, a caracterizar a sua responsabilidade objetiva, como no caso em exame.

De outra banda, não se pode olvidar que, em casos que tais, há manifesta distinção entre a indenização decorrente do dano estético, daquela referente à remuneração por eventual aposentadoria compulsória, nos termos da legislação de regência, em virtude do acidente noticiado. Naquela, busca-se a composição patrimonial do dano causado, como forma de mitigar o trauma suportado pelo servidor em razão da perda parcial de sua visão; nesta, o pagamento auferido pelo servidor corresponde à contraprestação do seu trabalho, se em atividade estivesse, eis que a sua possível inatividade decorreria de acidente ocorrido durante exercício de suas atribuições funcionais.

Acerca do tema, trago à colação precedente da colenda Terceira Seção deste egrégio Tribunal, nestes termos:

CONSTITUCIONAL E CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ACIDENTE SOFRIDO POR SERVIDOR PÚBLICO MILITAR DURANTE EXERCÍCIOS MILITARES. DANOS ESTÉTICOS. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO.

I - Caracterizada, como no caso, a ocorrência de dano estético, consistente na perda de um dos olhos do servidor público militar, decorrente de acidente ocorrido durante exercícios militares realizados no interior da unidade onde prestava serviço, responde a União Federal por sua reparação, em face do que dispõe o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, no contexto normativo da responsabilidade civil objetiva do Estado.

II - Embargos infringentes conhecidos e desprovidos.

(EIAC 0001105-10.1997.4.01.3700/MA, rel. Des. Federal Souza Prudente, Terceira Seção, e-DJF1 p. 46 de 18/02/2008).

Com estas considerações, *nego provimento* aos presentes embargos, mantendo-se, em consequência, o acórdão embargado em todos os seus termos.

Este é meu voto.

Voto-Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Recordo-me deste julgamento na 5ª Turma e, apenas a título de esclarecimento das razões de decidir, naquela oportunidade, a respeito da incidência ou não da responsabilidade objetiva do Estado, esclareço a doutrina faz distinções entre a responsabilidade civil do estado *stricto sensu*, quando é baseada na teoria do risco administrativo e na teoria da responsabilidade pela falta do serviço, em que o fundamento da responsabilidade é uma culpa presumida; ou seja, houve falha na prestação do serviço porque algum responsável por ele foi negligente, imprudente ou imperito. Mas, como não se sabe precisar exatamente quem é o responsável, quem é o culpado pela falta na prestação do serviço, tem-se uma culpa presumida, uma culpa difusa, e daí é que emerge a figura de uma responsabilidade do Estado por culpa presumida. Vossas Excelências vão dizer: ora, que distinções bizantinas, ao final e ao cabo, o Estado é responsável seja por responsabilidade estritamente objetiva — vale dizer, aquela com base na teoria do risco administrativo — seja aquela com base na culpa presumida da falta

do serviço. Mas só estou explicando por que não acolhi a teoria da responsabilidade objetiva, porque me pareceu que essa é uma hipótese da chamada culpa presumida.

Vossas Excelências podem indagar: mas a culpa presumida não seria também uma espécie de responsabilidade objetiva? Bem, essas são questões doutrinárias que aqui, agora, não estão em discussão, mas, meramente, a existência de o dano estético ser indenizável ou não. Considerarei, na oportunidade, que estético no ser humano é ter dois olhos; que uma lesão é sempre motivo de repulsão; que existe um nexo de causalidade, o autor embargado perdeu a visão, perdeu o olho por causa do deslocamento da retina; ele não deu causa, a causa foi ele estar a serviço no momento com estrada esburacada, muito esburacada, em que ocorreram solavancos bruscos e quedas, infelizmente, a um acidente ocular.

Não vejo como o dano estético pode ser reparado por recebimento de pensão, aposentadoria de natureza previdenciária, estatutária. A pretensão do autor é totalmente diversa ao direito ao percebimento de aposentadoria etc. Por isso, reitero os termos do meu voto na apelação e acompanho o eminente relator no julgamento desses embargos.

Voto-Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Parto da constatação de que o art. 37, § 6º, da Constituição estabelece:

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.

Já escrevi que

[...] em uma conclusão apressada, poder-se-ia afirmar que terceiro é pessoa estranha a determinada relação bilateral, sentido em que o termo é empregado no Direito Civil (estipulação em favor de terceiros) e no Direito Processual Civil (intervenção de terceiros). No Direito Administrativo seria pessoa que não mantém com o Estado ou, especificamente, com a entidade prestadora de serviço público relação contratual ou estatutária em cujo âmbito tenha ocorrido o fato danoso. Portanto, tendo o usuário com a respectiva prestadora de serviço público relação quase sempre contratual, estaria excluído da categoria de terceiro, encontrando-se fora da disposição constitucional. O passageiro realiza contrato, ainda que tácito, com a empresa

prestadora do serviço público de transporte coletivo, pagando tarifa ou preço público, e não seria terceiro, mas parte na relação contratual.

Estou falando aqui do usuário do serviço público de transporte coletivo de passageiro, mas é uma situação análoga; a relação do usuário com a empresa transportadora é uma relação contratual, bilateral, portanto, o passageiro não seria, literalmente falando, terceiro. É a mesma situação do servidor público.

No sentido da disposição constitucional parece, todavia, que se inclui na categoria de terceiro quem não esteja na qualidade de agente daquelas pessoas. Há, assim, uma relação bilateral, no âmbito interno das pessoas jurídicas de Direito Público e pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos e seus agentes, fora da qual as demais pessoas são consideradas terceiros.

Faço uma nota de rodapé, em que digo:

É sustentável, não obstante, que o agente público no exercício de suas atribuições, vítima de ato ou omissão da Administração, equipara-se a terceiro para os fins do art. 37, § 6º, da Constituição. Assim já decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Portanto, não é tão relevante, em meu ponto de vista, esta discussão.

E digo mais:

Na opinião de Clovis Beznos, o termo *terceiro*, em primeiro exame, parece ter pertinência a todos aqueles que, não tendo relação funcional com a Administração (agentes atuantes na prestação da atividade) ou relação de emprego com a pessoa privada prestadora de serviços públicos, na situação causadora do dano, venham a sofrê-lo. Destarte, ao que respeita à atividade de serviços públicos, numa interpretação puramente literal do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o termo *terceiro* parece designar tanto os usuários dos serviços como os não usuários que sofram danos decorrentes de atividade comissiva da Administração, ou quem lhes faça as vezes.

Isso está no artigo *A responsabilidade das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos*, de Clovis Beznos, Revista *Interesse Público* 40, p. 29.

Portanto, em meu ponto de vista, essa discussão é irrelevante. O servidor público pode, sim, ser tido como terceiro se vier a sofrer dano causado por outro agente do serviço público, que não é o caso aqui. Ele sofreu um acidente no exercício de sua função, o que é diferente de, por exemplo, um policial em serviço que venha a ser vítima de [...] O policial, regra geral, tem uma

gratificação chamada *risco de vida* para cobrir o risco natural de sua função. Se sofre um acidente em serviço, tem aposentadoria integral, há alguns adicionais previstos; sua família, se ele morre em serviço, tem pensão integral. Então, o sistema previdenciário, regra geral, penso que seja o caso aqui, prevê vantagens especiais relacionadas com os riscos naturais da função exercida pelo servidor. Uma indenização adicional da entidade a que pertence pode ocorrer, mas, nos termos do art. 7º, XXVIII, da Constituição:

[...] seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Então, o servidor público que sofra acidente em serviço tem, se aquele acidente é decorrente de atividade que por natureza implique risco para sua função, as vantagens funcionais previdenciárias, legalmente previstas. Até penso que, se ele exerce uma função que implica riscos e não tem vantagens especiais previstas na legislação, teria uma indenização no caso de acidente, pela omissão do Estado em prever essas vantagens especiais para uma atividade de risco. Mas, fora isso, só haverá indenização da entidade a que pertence se houver culpa ou dolo da entidade para o acidente, o que não me parece ser o caso. Se fosse outro motorista dirigindo mal e ele acompanhante, mas ele mesmo dirigia, no exercício da sua função, numa função normal, dirigir em estrada esburacada, no Brasil, não parece uma coisa excepcional, é a regra. Dirigia em uma zona rural, solavanco do veículo que lhe causa deslocamento de retina me parece um acidente fortuito. Não vejo como imputar ao empregador a responsabilidade, porque não vejo culpa. Se o veículo estivesse defeituoso, por falta de manutenção, ou coisa semelhante, aí, sim, poderíamos atribuir culpa ao empregador. Se formos admitir que qualquer acidente ocorrido em serviço gera indenização paralela, além das vantagens previdenciárias, vai ser difícil distinguirmos as situações em que devemos realmente aplicar uma orientação dessa natureza. Qualquer doença que o servidor tenha em serviço, pelas situações que atravessa, qualquer aborrecimento, coisa natural da atividade, mas que lhe cause algum prejuízo, algum dano moral, estético ou mesmo físico é um risco natural da atividade. Não vejo até que ponto possamos deferir indenização por responsabilidade civil, paralela às vantagens funcionais, previdenciárias ou vantagens especiais previstas para o exercício daquela atividade de risco. Por isso, que mantenho o voto proferido na Turma.

Voto-Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Senhor presidente, embora não seja esse o objeto da nossa discussão aqui em sede de embargos infringentes, não tenho dúvida de que as consequências funcionais que esse autor da demanda, servidor público da União, tenha sofrido em virtude desse evento, dá margem às prestações previdenciárias decorrentes desse vínculo funcional, e isso em virtude exatamente não de um direito à indenização, mas, sim, como decorrência lógica de uma relação previdenciária contributiva. Então, embora essa parte não esteja em discussão, foi um dos fundamentos do quanto depreendi do voto de vossa excelência, para mim, é indubitável. Essa consequência previdenciária para mim também não tem o condão de afastar o direito em tese a uma indenização de quem tenha causado o dano que também tenha dado margem a essa prestação previdenciária. Também a jurisprudência nesse sentido me parece que é uniforme, não tenho dúvida disso. A questão não me parece, no entanto, ser essa, e me pareceu que quem procurou direcioná-la melhor em primeiro plano foi o Dr. Renato, com a pergunta que fez, porque, em sede de responsabilidade civil, seja ela objetiva, seja ela subjetiva, faz-se necessária a demonstração do nexos de causalidade direto, que é exatamente a relação direta entre o dano e uma ação ou omissão daquele a quem se pretende responsabilizar por esse dano.

Eu ouvi aqui dizer que a causa desse dano foi a circunstância de o autor ora embargado estar a serviço da União Federal. Isso, a meu ver, não é causa direta do dano; isso é uma circunstância que levou o autor ao local do dano, o que é muito diferente obviamente. Ficou claro, da exposição feita pelo eminente relator, que a causa do dano, a causa direta, pelo menos nesse sentido indicou o laudo pericial, foi a circunstância de o carro que era dirigido pelo autor, numa missão funcional, ter caído em um buraco numa estrada na zona rural do estado da Bahia. Não se sabe, pelo menos até agora eu não sei, se essa rodovia, se é que era uma rodovia, era uma rodovia federal, porque aí, sim, poderia causar a responsabilidade civil da União, e responsabilidade civil subjetiva pela má conservação da estrada se essa rodovia era uma rodovia estadual, e, aí sim, o causador potencial deste dano seria o estado responsável por essa rodovia ou se, eventualmente, era uma rodovia municipal, aí sim, o responsável por essa pretensão indenizatória, pela relação de causa e efeito direto que justifica responsabilização civil, seria o município. No caso, a meu ver, a União está sendo aqui condenada por um dano cuja responsabilidade,

a princípio, não é dela, porque, pelo menos não se demonstrou que essa rodovia em má conservação na zona rural fosse uma rodovia federal, única hipótese, a meu ver, em que poderia vingar contra ela, União Federal, uma pretensão indenizatória.

Durante essa discussão toda que me antecedeu, eu me questioneei: se esse deslocamento da retina do autor em serviço, em vez de ter sido causado pela batida do carro num buraco, tivesse sido causado por um tiro que ele sofreu nesse mesmo evento a serviço, seria isso responsabilidade civil da União Federal pelo só fato de ele estar naquele local a serviço? O fato de ele estar naquele local a serviço traz, como bem ponderou o voto de vossa excelência, como consequência uma eventual prestação previdenciária em virtude da relação previdenciária que se estabelece entre as partes, mas não traz, a meu ver, como consequência, a responsabilidade civil pelo dano causado à visão do autor, porque não teve, pelo menos não se demonstrou objetiva ou subjetivamente, nenhuma vinculação a ela, União Federal, com esse evento, a não ser que se pretenda responsabilizá-la pelo estado de conservação de uma via que, ao que tudo indica, até por se situar na zona rural, uma estrada de ferro, não é de sua responsabilidade. De qualquer forma, teria o autor, para fazer jus a essa responsabilização civil da União, a meu ver, que demonstrar essa circunstância de ter sido decorrente o dano de má conservação de uma rodovia federal. A meu ver, a hipótese aqui não seria nem de decreto de procedência ou de improcedência dessa pretensão indenizatória, mas, sim, de ilegitimidade passiva *ad causam* da União Federal para essa pretensão, que, ao que tudo indica, foi causada pela má conservação de uma via não administrada por ela. Então, essa circunstância, senhor presidente, pedindo licença a todos que entendem em contrário, me faz acompanhar o voto de vossa excelência, rejeitando os embargos, porque acolhê-los significa, em última análise, se responsabilizar a União Federal por um dano a que ela não deu causa, seria responsabilizá-la pela circunstância indireta de ter levado o seu agente ao local do dano, mas não pelo fato de ser ela a causadora desse dano. Como disse, acompanho vossa excelência, acolhendo os embargos infringentes, pelo fundamento da inexistência de nexos causal entre a União Federal e o dano que se pretende ver indenizado.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Conhecemos muito bem aquela distinção, que faz Hely Lopes Meirelles, entre risco administrativo e risco integral. Penso que responsabilizar a União só pelo fato de ser a empregadora, nessa situação, só porque

deu ordem para o servidor executar essa operação, é acolher a orientação do risco integral, *data venia*.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Numa extensão máxima.

Esclarecimento

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Senhor presidente, com a devida vênia dos doutos votos divergentes, observo que, na peça contestatória da União, em ponto algum de sua contestação, ela não traz sequer a alegação, muito menos a prova de que o acidente ocorreu em estrada sob administração municipal.

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Mas essa prova não é dela; essa prova é do autor, o autor é que tem que demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a pessoa a quem ela imputa esse dano, até para demonstrar a legitimação passiva *ad causam*.

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Entendo, assim, que não podemos inverter o ônus da prova, posto que, no caso, na contestação, para

elidir a pretensão do autor, a União é que tem o ônus de provar que o acidente ocorreu em estrada sob administração municipal e, por isso, assim, invocar a sua ilegitimidade passiva *ad causam*. Não cabe ao autor fazer prova contra a sua pretensão, até porque nos autos não há nenhuma discussão a respeito do local em que ocorreu o acidente. Então, com todas as vênias, não posso admitir aqui a inversão do ônus da prova no sentido de que o autor deva provar, contra a sua pretensão indenizatória, que o acidente ocorreu em estrada municipal; quem tem que trazer essa prova aos autos é o Poder Público, é a União Federal.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Não se alega como fundamento do pedido a má condição da estrada; faz-se uma referência à suposta má condição da estrada; a alegação básica é de que, porque estava a serviço da União, a União responde. Portanto, considero que seria aplicação do risco integral. Pelo simples fato de ser servidor da União, qualquer acidente que ocorra em serviço, a União seria obrigada a indenizar, paralelamente, às vantagens previdenciárias.

Quarta Seção

Ação Rescisória 0022079-85.2012.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral
 Autores: Município de Alpestre/RS e outro
 Procuradores: Dr. Jorge Amaury Maia Nunes e outros
 Ré: Fazenda Nacional
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
 Publicação: e-DJF1 de 28/06/2013, p. 156

Ementa

Tributário. Constitucional. Processual Civil. Ação rescisória. FPM (art. 159, I, c/c art. 72 do ADCT-CF/1988). Revisão dos repasses. Balanços da União (BGU) X Balançetes da STN. Deduções: Incentivos PIN e Proterra e restituições do IRRF pela União. Exclusão de 5,6% da base de cálculo (fração do IR destinada ao FEF/FSE: Leis 8.848/1994, 8.849/1994 e 8.894/1994).

I. Ação rescisória destilando matéria constitucional afasta a Súmula 343/STF.

II. CF/1988 (art. 159, I, b): a União entregará, da fração equivalente a 47% do produto da arrecadação do IR e do IPI, 22% ao Fundo de Participação dos Municípios (FPM).

III. Prepondera, porque específico e com periodicidade própria (LC 62/1989), o Balanço Geral da União em relação aos balançetes das portarias da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), para fins de determinar o montante de arrecadação tributária.

IV. O art. 72, I e II, do ADCT-CF/1988 normatiza integrar o “FSE – Fundo Social de Emergência” (adiante, FEF -- Fundo de Estabilização Fiscal) o produto da arrecadação do IRRF sobre renda e proventos pagos pelos entes públicos federais e, ainda, a parcela da arrecadação do IR proveniente das alterações advindas das Leis 8.894/1994,

8.849/1994 e 8.848/1994”, limitada (§ 5º) a 5,6% do “total do produto da sua arrecadação”, e que (§§ 2º e 3º) as parcelas do produto de arrecadação do IR integrantes do FSE/FEF seriam deduzidas da base de cálculo do FPM.

V. Legítima a dedução, para fins de determinação do repasse da União para o FPM, de 5,6% do total da arrecadação do Imposto de Renda gerado pela implementação das Leis 8.894/1994, 8.849/1994 e 8.848/1994, destinado ao FEF/FES, tanto mais quando a jurisprudência e manifestação do TCU demonstram que o incremento de arrecadação foi efetivo.

VI. Dedutíveis da base de cálculo do FPM os valores relativos os incentivos regionais PIN e Proterra, pois (DI 1.106/1980, DI 1.179/1971, DI 1.379/1974 e Lei 8.167/1991) são custeados com recursos provindos de 40% da renúncia fiscal do IRPJ pela União, anualmente determinada, e, ainda, o IRRF restituído pela União aos servidores federais, já porque não é valor arrecadado (não é base de cálculo do FPM), já porque o IRRF sobre os pagamentos dos entes públicos federais aos seus servidores integra apenas o FSE/FEF.

VII. Privilegia-se, *si et in quantum*, a posição pacífica do TRF1 (T7/T8 e S4) porque o acórdão da 1ª Turma do STF que trata da matéria em sentido contrário (AgRg-RE 607.100/DF), não bastasse ser posterior ao ajuizamento da rescisória, além de não ter (ainda) transitado em julgado (EDs julgados em 26/02/2013), não detém força vinculante (não tramitou sob o signo da repercussão geral), embora cite como fundamento posição do STF (RE 572.762/SC), essa sim, que atendeu ao comando do art. 543-B do CPC, destilando matéria, todavia, que, apesar de se aproximar desta em debate, com ela não se amolda em perfeita silhueta, e que sequer examina um dos pontos rescisórios (exclusão de até 5,6% da base de cálculo do FPM).

VIII. Pedido rescisório improcedente.

IX. Julgamento em 22/05/2013, autos recebidos em gabinete, em 21/06/2013, para lavratura do acórdão, liberados, em 24/06/2013, para publicação.

Acórdão

Decide a Seção julgar improcedente o pedido rescisório por unanimidade.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 22/05/2013.

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Os Municípios de Alpestre/RS e Aratiba/RS (indeferida a inicial dos demais, por ausência de procuração hábil, sem recurso), alegando “violação literal a disposição legal” (art. 485, V, do CPC), pedem (AR=18/ABR/2012) a rescisão do acórdão da T7/TRF1 (fls. 526–7: 2 jun. 2009), nos autos da AC 2001.34.00.009644-5/DF, que negou provimento à sua apelação da sentença de improcedência do pedido de revisão e complementação dos repasses da União às quotas do FPM a que teriam direito, atendida a decadência aplicável, [a] respeitados, quanto ao montante de arrecadação tributária, os balanços gerais oficiais da União (BGU), não os balancetes da STN; [b] sem deduzir da base de cálculo os valores dos incentivos regionais PIN (Programa de Integração Nacional) e Proterra (Programa de Redistribuição de Terras e de Estímulo à Agroindústria do Norte e do Nordeste) e, quanto ao IR, sem o impacto das restituições do IRRF pela União, suas autarquias e fundações (aos seus respectivos servidores federais); e [c] excluindo até 5,6% da base

de cálculo do FPM só sobre o efetivo incremento do IR adveniente das Leis 8.848/1994 e 8.849/1994, que compuser o FSE (Fundo Social de Emergência) ou FEF (Fundo de Estabilização Fiscal).

VC = R\$ 100.000,00. Sem custas por isenção legal e — ante a posição do STJ no EAR 568/SP — depósito prévio (art. 488, II, do CPC). Trânsito em julgado em mar. 2011.

Os autores sustentam que o acórdão malferiu preceitos legais e constitucionais que enumeram (art. 72, I e II, § 5º, do ADCT–CF/1988; art. 159, I, b, da CF/1988; e art. 1º, parágrafo único e § 5º do DL 1.106/1970 e art. 6º, § 3º, do DL 1.179/1971), tendentes a lhes assegurar o recálculo dos repasses da União.

Com contestação e réplica, sem fatos novos; as partes não produziram outras provas; ambas apresentaram razões finais.

A PRR opinou pela improcedência do pedido rescisório.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Notoriamente constitucional o tema não há falar no óbice da Súmula 343/STF.

No mérito, o Fundo de Participação dos Municípios (FPM) — centrado no princípio da repartição das receitas tributárias — encontra regramento na CF/1988 (art. 159, I, b): *a União entregará, da fração equivalente a 47% do produto da arrecadação do IR e do IPI, 22% ao FPM.*

O art. 72 do ADCT-CF/1988, que normativa o “FSE – Fundo Social de Emergência” (adiante, FEF – Fundo de Estabilização Fiscal), explicita que o integram (I) o produto da arrecadação do IRRF sobre renda e proventos pagos pela União e suas autarquias e fundações e, ainda, a (II) parcela do produto da arrecadação do IR “*decorrente das alterações produzidas pela Lei 8.894/1994, e pelas Leis 8.849/1994 e 8.848/1994*”, limitada (§ 5º) a 5,6% do “total do produto da sua arrecadação”.

E mais: que (§§ 2º e 3º) as parcelas do produto de arrecadação do IR integrantes do FSE/FEF (supracitadas) seriam deduzidas da base de cálculo do FPM.

Estes, os precedentes paradigmas do TRF1 que condensam com fidelidade e amplitude o pensamento das 7ª e 8ª Turmas, contrários a pretensão dos autores, tendo ambos transitado em julgado:

[...] (FPM). [...]. NÃO INCLUSÃO E EXCLUSÃO INDEVIDA DE VALORES NA BASE DE CÁLCULO DO FUNDO. PIN/PROTERRA. FEF/FSE (5,6%). RESTITUIÇÃO DO [IRRF] PELA UNIÃO, AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES. [...].

[...]

3. Correta a dedução do percentual de 5,6% para o Fundo Social de Emergência - FSE e para o Fundo de Estabilização Fiscal - FEF nos termos do art. 72, § 5º, do [ADCT-CF/88].

4. De fato, não há que se falar em indevida dedução para FSE/FEF, tendo por base o limite máximo permitido, vez que todos os dados indicam que as variações do IR e do IPI sempre foram, no mínimo, igual ou superiores a 5,6% da arrecadação total, o que caracteriza a inexistência de qualquer diferença a favor dos municípios em decorrência das divergências eventualmente verificadas. Ademais, conforme a decisão do TCU, restou demonstrada a impossibilidade, em face dos dados contábeis disponíveis, de se determinar se os Municípios ou Estados sofreram qualquer prejuízo com a utilização do percentual no máximo permitido.

5. Correto o procedimento adotado pela STN para a obtenção da base de cálculo do FPM, em que os valores correspondentes às contribuições ao PIN e ao PROTERRA são deduzidos do imposto original. De fato, tais valores devem ser deduzidos porque, embora arrecadados a título de imposto de renda, correspondem a incentivos fiscais redirecionados para aplicações em regiões incentivadas e como tal, constituem renúncia de receitas, e são deduzidos da base de cálculo da repartição tributária da União, conforme estabelecido na legislação pertinente.

6. Quanto às deduções de restituições de imposto de renda retido na fonte pela União (IRRF-União), melhor sorte não socorre o(s) município(s), na medida em que “[...] É inviável o pedido de recálculo das parcelas do FPM, por força de pretendida inclusão na base de cálculo do FPE/FPM, dos valores restituídos pela União a seus servidores e aos de suas autarquias e fundações, após as declarações anuais de ajuste do Imposto de Renda, pois a quantificação desses valores dependeria de impraticável prova pericial que identificasse as restituições feitas a cada um desses servidores, em todo o País” (AC 2000.34.00.007892-7/DF, Rel. Desembargador Federal Antônio Ezequiel Da Silva, Sétima Turma, DJ p.64 de 10/11/2006).

7. Precedentes do TRF/1ª Região e do TRF/4ª Região: (AC 2000.34.00.007892-7/DF (...); APELREEX nº200172050016233/SC; AC nº2001.34.00.033732-6/DF; e AC 2001.34.00.022806-3/DF).

[...]

(TRF1, AC nº 2002.34.00.016212-3/DF, Rel. Des. Fed. REYNALDO FONSECA, T7, DJ 10/07/2009, vencido o Des. Fed. CATÃO ALVES, transitado em julgado em MAI/2010)

“[...] - FPM. PORTARIA [STN] E BALANÇO GERAL DA UNIÃO. BASE DE CÁLCULO DO FUNDO. PIN E PROTERRA. FEF E FSE (5,6%). RESTITUIÇÃO DO [IRRF] PELA UNIÃO, AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES. INOCORRÊNCIA. INCLUSÃO DAS RECEITAS ORIUNDAS DA DÍVIDA ATIVA NA BASE DE CÁLCULO DO FPM.

[...]

2. Não há repasse a menor para o [FPM] pelo só fato de serem diferentes os valores divulgados nos Balanços Gerais da União daqueles previstos nas portarias mensalmente divulgadas pela [STN], por considerarem-se em tais atos períodos de arrecadação distintos, com formas distintas de contabilização.

3. Os valores recebidos pela União em ações executivas de cobrança do [IR] e do [IPI] devem ser incluídos na base de cálculo do FPM, conforme expressa disposição legal (art. 1º, parágrafo único, LC 62/1992).

4. As provas trazidas pela União de que o repasse ao FPM tem observado as receitas decorrentes de juros, multas e outros acréscimos do IPI, inclusive decorrentes de execuções fiscais, nos moldes em que determinado pelo [TCU], afastam o deferimento do pedido.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria do Carmo Cardoso e Novély Vilanova e os Exmos. Srs. Juizes Federais Clodomir Sebastião Reis e Arthur Pinheiro Chaves (convocados).

5. Os valores de contribuição para o Programa de Integração Nacional - PIN e para o Programa de Redistribuição de Terras e Estímulo à Agroindústria do Norte e Nordeste - PROTERRA não integram o produto da arrecadação do imposto de renda (art. 159, I, CF). Assim, correta a sua dedução da base de cálculo do (...) FPM.

6. A alíquota de 5,6% de que trata o § 5º do art. 72 do ADCT incide sobre o total da arrecadação do [IR] e do [IOF], e não apenas sobre o incremento de arrecadação desses tributos decorrentes das Leis 8.848, 8.849 e 8.894, todas de 1994.

7. Devem ser deduzidos da base de cálculo do FPM o produto da arrecadação do [IR] e os pagamentos efetuados pela União, suas autarquias e fundações, com expressa determinação de que não se lhe aplicam as disposições referentes ao FPM (art. 159).

8. Não podem ser considerados arrecadação do imposto de renda para os fins do art. 159, I, da CF/1988, os valores arrecadados antecipadamente e que, por determinação legal, devem ser restituídos ao contribuinte, deixando de integrar a base de cálculo do repasse ao FPM.

9. Apelação do autor a que se nega provimento.”

(TRF1, AC nº 0009456-23.2002.4.01.3400/DF, Rel. p/acórdão DES. Fed. MARIA DO CARMO CARDOSO, T8, DJ 24/09/2010, transitado em julgado em MAJ/2011)

Em síntese, para fins de determinação do repasse da União para o FPM:

O patamar de arrecadação tributária da União deve se balizar pelos balanços gerais da União, não pelos balancetes mensais da STN, haja vista – notadamente – a divergência de periodicidade entre ambos, que decorre do art. 4º da LC nº 62/98;

Legítima a dedução de 5,6% do total da arrecadação do imposto de renda gerado pela implementação das Leis nº 8.894/1994, nº 8.849/94 e nº 8.848/94, destinado ao FEF/FES, tanto mais quando a jurisprudência demonstra, fincada em considerações do TCU, que o incremento de arrecadação foi efetivo, sem diferenças em prol dos municípios, sempre superior ao fator de dedução previsto.

Dedutíveis da base de cálculo do FPM os [a] valores relativos os incentivos regionais PIN (Programa de Integração Nacional) e PROTERRA (Programa de Redistribuição de Terras e de Estímulo à Agroindústria do Norte e Nordeste), pois (DI nº 1.106/80, DI nº 1.179/71, DI nº 1.379/74 e Lei nº 8.167/91) custeados com recursos provindos de 40% da renúncia fiscal do IRPJ pela União, anualmente determinada, e, ainda, o [b] IRRF restituído pela União aos servidores federais, já porque não é valor arrecadado (não é base de cálculo do FPM), já porque o IRRF sobre os pagamentos dos entes públicos federais aos seus servidores integra apenas, na forma da legislação de regência (art. 159, I, da CF/88), o FSE/FEF.

Precedente da S4/TRF1 (EAC nº 0025131-94.2000.4.01.3400/DF, Rel. Des. Fed. MARIA DO CARMO CARDOSO, S4, DJ-e 30/05/2012):

“[...] - FPM. PORTARIA SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL E BALANÇO GERAL DA UNIÃO. BASE DE CÁLCULO DO FUNDO. PIN E PROTERRA. FEF E FSE (5,6%). RESTITUIÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE PELA UNIÃO, AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES. INOCORRÊNCIA. INCLUSÃO DAS RECEITAS ORIUNDAS DA DÍVIDA ATIVA NA BASE DE CÁLCULO DO FPM.

1. Não há repasse a menor para o Fundo de Participação dos Municípios pelo só fato de serem diferentes os valores divulgados nos Balanços Gerais da União daqueles previstos nas portarias mensalmente divulgadas pela Secretaria do Tesouro Nacional, por considerarem-se em tais atos períodos de arrecadação distintos, com formas distintas de contabilização.

2. Os valores de contribuição para o Programa de Integração Nacional - PIN e para o Programa de Redistribuição de Terras e Estímulo à Agroindústria do Norte e Nordeste - PROTERRA não integram o produto da arrecadação do imposto de renda (art. 159, I, CF). Assim, correta a sua dedução da base de cálculo do Fundo de Participação dos Municípios - FPM .

3. A alíquota de 5,6% de que trata o § 5º do art. 72 do ADCT incide sobre o total da arrecadação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários, e não apenas sobre o incremento de arrecadação desses tributos decorrentes das Leis 8.848, 8.849 e 8.894, todas de 1994.

4. Devem ser deduzidos da base de cálculo do FPM o produto da arrecadação do imposto sobre a renda e proventos e os pagamentos efetuados pela União, suas autarquias e fundações, com expressa determinação de que não se lhe aplicam as disposições referentes ao FPM (art. 159).

5. Não podem ser considerados arrecadação do imposto de renda para os fins do art. 159, I, da CF/1988, os valores arrecadados antecipadamente e que, por determinação legal, devem ser restituídos ao contribuinte, deixando de integrar a base de cálculo do repasse ao FPM.

6. Embargos infringentes a que se nega provimento.

Agregue-se que as considerações havidas pelo advogado na tribuna, quanto aos rumos da apreciação da matéria pelo STF, não impactam no destino da ação, não apenas porque a minha convicção, dados os serenos antecedentes do TRF1 (transitados em julgado), já está firmada, como, em meu sentir, consoante adiante expresso, a posição da T1 do STF *não repercute com tamanho poder a ponto de reverter a coisa julgada.*

Privilegia-se, *si et in quantum*, a posição do TRF1 (pacífica) porque o acórdão da 1ª Turma do STF que trata da matéria em sentido contrário (AgRg-RE

607.100/DF, DJ 1º/10/2012, rel. Min. Luiz Fux), não bastasse ser posterior ao ajuizamento da rescisória, além de não ter (ainda) transitado em julgado (ED's julgados ontem, 26 fev. 2013), não detém — ademais — força vinculante (não tramitou sob o signo da repercussão geral), embora cite como fundamento posição do Pleno do STF (RE 572.762/SC), essa sim, que atendeu ao comando do art. 543-B do CPC, destilando matéria, todavia, que, apesar de *se aproximar desta* em debate, com ela não se amolda em perfeita silhueta, pois cuida da não dedução de incentivos *estaduais* do repasse das quotas do ICMS aos municípios.

De todo modo, o aludido precedente da T1/STF não aborda a letra c do pedido rescisório, relativo à exclusão de até 5,6% da base de cálculo do FPM só sobre o efetivo incremento do IR adveniente das Leis 8.848/1994 e 8.849/1994, que compuser os FSE/FEF.

Pelo exposto, julgo improcedente o pedido rescisório.

Sem custas por isenção legal, e inaplicável a entes públicos a multa do art. 488, II, c/c art. 494 do CPC, os dois autores pagarão honorários de 10% do valor da causa.

É como voto.

Voto-Vista

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Esta ação rescisória foi ajuizada pelos Municípios de Alpestre/RS e de Aratiba/RS, com o intuito de obter a rescisão do acórdão da Sétima Turma deste Tribunal que negou provimento à apelação por eles interposta e manteve, em consequência, a sentença de improcedência do pedido de revisão e complementação dos repasses da União a título de Fundo de Participação dos Municípios.

Os autores defendem, em suma, que: o percentual de 5,6% retirado da base bruta do PFM é arbitrário e decorre de interpretação não autorizada do inciso II e do § 5º do art. 72 do ADCT; não existe amparo constitucional para a dedução dos valores relativos ao PIN e ao Proterra, bem como da parcela equivalente à restituição do IR retido pela União na fonte dos pagamentos feitos a autarquias e fundações; o cálculo do repasse deve ser efetuado com base no Balanço Geral da União, e não nos valores apresentados nas portarias da STN.

Iniciado o julgamento, o Des. Federal Tolentino Amaral, relator, afastou a incidência do enunciado 343 da Súmula do STF e, quanto ao mérito, na linha da orientação pacificada nesta Corte sobre o tema, julgou improcedente o pedido rescisório.

Pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia.

Como bem ressaltado pelo relator, a matéria deduzida nestes autos já foi objeto de exame por esta Corte, em diversas oportunidades, em sentido contrário à pretensão das autoras.

Nesse sentido, mantenho o entendimento por mim adotado no julgamento dos Embargos Infringentes na Apelação Cível 0025131-94.2000.4.01.3400/DF, cujo voto, no que interessa, ora reproduzo:

i) UTILIZAÇÃO DO BALANÇO GERAL DA UNIÃO – BGU COMO PARÂMETRO. IMPOSSIBILIDADE:

Os valores divulgados no BGU diferem dos previstos nas portarias mensalmente divulgadas pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN. Essas planilhas consideram períodos de arrecadação distintos, e são diferentes também as formas de contabilizar os valores. Contudo, isso não significa a ocorrência de repasse a menor para o FPM.

Conforme bem ressaltado pelo relator, de acordo com o art. 4º da Lei Complementar 62/1992, os repasses da União ao FPM devem ser efetuados de dez em dez dias, o que também acarreta a impossibilidade de ser observada a informação geral prevista no BGU, que é anual.

Além disso, não há comprovação nos autos de que as diferenças entre os dois balanços tenham efetivamente influenciado a base de cálculo do FPM e causado prejuízo ao município autor.

ii) RETIRADA LINEAR – ALÍQUOTA DE 5,6%:

Os artigos 71 e 72 do ADCT prevêm o Fundo Social de Emergência – FSE (posteriormente denominado Fundo de Estabilização Fiscal – FEF), decorrente de parcela da arrecadação do IR, com vigência para os exercícios financeiros de 1994 e 1995.

[...]

A base de cálculo do FSE, portanto, assim como do FEF, sobre os quais incide a alíquota prevista na Constituição é a arrecadação total do tributo, conforme previsto na Constituição, e não somente a parcela proveniente das alterações determinadas pelas Leis 8.848/1994 e 8.849/1994.

Além disso, bem salientou o juiz federal Cleberson José Rocha, relator convocado da AC 2001.34.00.028428-9/DF (fl. 519 dos autos do citado processo):

O incremento da arrecadação do IR, que decorreu das alterações produzidas pelas leis, pertenceria à União, limitado a 5,6% do produto da arrecadação do IR.

Por sua vez, o TCU – Tribunal de Contas da União, com a Decisão n. 535/1995, refere que as alterações do IR, que não decorreram simplesmente de elevação de alíquota, apresentavam inviabilidade técnica de apuração do incremento da arrecadação decorrente de tais alterações, a fim de ser verificada a correta aplicação do citado limitador. Mas concluiu que os Fundos de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vinham se apresentando

estáveis no que concerne à participação no total da arrecadação.

Na decisão de n. 771/2000, o TCU enfrentou a questão novamente, mas sob a ótica do incremento da arrecadação do IR.

Analisando os dados fornecidos pela STN, relativamente aos valores arrecadados de 1993 a 1999, verificou-se que o aumento da arrecadação do IR – que em tese, corresponderia, em parte, à parcela prevista no art. 72, II, do ADCT – é muito superior a 5,6% do total da arrecadação – limite previsto no art. 72, § 5º, do ADCT. Portanto, como concluiu o TCU, é de admitir-se como correta a dedução para o FSE/FEF com base no limite máximo permitido.

Por outro lado, não prospera a alegação dos municípios quanto à prorrogação do FSE/FEF pelas Emendas Constitucionais 10/1996 e 17/1997. Isso porque o incremento da arrecadação, decorrente do aumento da alíquota do IR previsto nas Leis 8.849/1994 e 8.848/1994, vinculado exclusivamente àqueles fundos, vigorou até 1995 e, com isso, a alíquota do IR retornou ao seu patamar normal.

Não há, assim, nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade na dedução linear efetuada pela União.

iii) PIN/PROTERRA – DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO FPM:

Com a opção do contribuinte pessoa jurídica, destinado aos programas de PIN/PROTERRA, como incentivo fiscal, poder-se-ia chegar à conclusão de que os valores abatidos do recolhimento efetivo do IRPJ estariam a macular o FPM, que haveria prejuízo aos Municípios destinatários que ficariam sem o ingresso financeiro daquelas parcelas. Mas efetivamente não é o que ocorre, pois compõe o valor bruto da arrecadação e a conta redutora do IRPJ.

O Programa de Integração Nacional – PIN e o Programa de Redistribuição de Terras e de Estímulo à Agroindústria do Norte e do Nordeste – PROTERRA, criados respectivamente pelos Decretos-Leis 1.106/1970 e 1.179/1971, possibilitam ao contribuinte pessoa jurídica optar por destinar parte do IRPJ devido a financiamentos e investimentos regionais (SUDENE, FINOR, SUDAN, FINAM e FUNRES).

Os valores de contribuição para o PIN/PROTERRA não ingressam de forma autônoma e distinta na receita do IR, ou seja, não integram o produto da arrecadação do IR, nos termos do que determina o art. 159, I, da Constituição da República de 1988.

iv) VALORES RESTITUÍDOS A TÍTULO DE IMPOSTO DE RENDA, REFERENTES AOS PAGAMENTOS EFETUADOS PELA UNIÃO, SUAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES – RETIRADA DA BASE DE CÁLCULO DO FPM.

O art. 72, I, § 2º do ADCT determina:

Art. 72. Integram o Fundo Social de Emergência:

I - o produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza incidente na fonte sobre pagamentos efetuados, a qualquer título, pela União, inclusive suas autarquias e fundações.

[...]

§ 2º As parcelas de que tratam os incisos I, II, III e V serão previamente deduzidas da base de cálculo de qualquer vinculação ou participação constitucional ou legal, não se lhes aplicando o disposto nos artigos, 159, 212 e 239 da Constituição.

Ou seja, devem ser deduzidos da base de cálculo dos valores do repasse ao FPM, do produto da arrecadação do imposto sobre a renda e proventos, dos pagamentos efetuados pela União, suas autarquias e fundações, com expressa determinação de que não se lhe aplicam as disposições referentes ao FPM (art. 159), e, ante a ausência de previsão constitucional, não podem ser revertidos em favor dos Municípios na forma de repasse ao FPM, uma vez que excluídos da base de cálculo do FPE e do FPM.

Não serve ao caso em tela a Decisão 125 do TCU, de 27/02/2002, pois o julgado da Corte de Contas se refere aos pagamentos efetuados pelos Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias e fundações.

Além disso, há de se considerar que os valores de imposto de renda restituídos aos contribuintes configuram quantias arrecadadas antecipadamente, e que, por determinação legal, devem ser restituídas ao contribuinte. Assim, não podem ser consideradas arrecadação do imposto de renda para o fim do art. 159, I, da CF/1988, e não podem integrar a base de cálculo do repasse ao FPM.

Não se trata, dessa forma, de inviabilidade de contabilização de valores em face da complexidade, mas, de ser correta a forma de cálculo utilizada pela União.

Não me impressiona, por outro lado, a existência de precedente do STF em sentido contrário, no tocante à dedução das receitas efetivadas pela União a título de contribuições para o Programa de Integração Nacional – PIN e para o Programa de Redistribuição de Terras e de Estímulo à Agroindústria do Norte e do Nordeste – Protterra — AgRg no RE 607.100/DF (*DJe* de 02/10/2012).

De fato, trata-se de precedente que não tem força vinculante e sequer transitou em julgado. Mas há mais. O fundamento ali adotado — de que a concessão de benefícios fiscais não pode implicar a diminuição do repasse de receitas tributárias constitucionalmente asseguradas a municípios — não atende ao problema prático criado pela ausência de parte da receita em razão de sua destinação específica a programas que visam à redução de desigualdades regionais.

Em outras palavras, não vejo como seja possível que a União deixe de receber determinada parcela —

que é destinada a esses programas e que, portanto, deixa de fazer parte do produto da arrecadação do Imposto de Renda — e, ao mesmo tempo, possa repassá-la aos municípios.

Entendo, por outro lado, que a criação de programas como o PIN e o Proterra traz benefícios

e melhorias que repercutem de forma positiva nos próprios municípios.

Ante o exposto, acompanho o relator e julgo improcedente a ação rescisória.

É como voto.

Quarta Seção

Numeração única: 0014881-31.2002.4.01.3400

Embargos Infringentes 2002.34.00.014915-5/DF

Relator:	Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)
Embargante:	Fazenda Nacional
Procuradora:	Dra. Cristina Luísa Hedler
Embargados:	Augusto Blanqui Gomdim Carmo e outros
Advogados:	Dr. Ivo Evangelista de Ávila e outros
Embargados:	Zélia Bispo dos Santos e outros
Advogados:	Dra. Carina Ribeiro Lima e outros
	Dra. Carolina Louzada Petrarca e outros
Publicação:	e-DJF1 de 26/07/2013, p. 386

Ementa

Juízo de retratação (§ 7º, II, do art. 543-C/CPC) fundado em julgado do STJ que tramitou sob o rito dos “recursos múltiplos idênticos”. Embargos infringentes da executada (FN) providos: assegurado, nos embargos à execução de sentença (restituição/IRRF), abatimento/dedução das restituições havidas nos ajustes anuais anteriores, consoante suas planilhas.

I. A manutenção da Selic, tema resolvido pela sentença e não recorrido, transitou em julgado.

II. Consoante julgados do STJ, sob o signo do art. 543-C do CPC, o que confere aos precedentes o tom da especial eficácia vinculativa (a impor ou muito aconselhar sua adoção aos casos análogos), legitima-se a dedução do total restituendo (IRRF) do montante já devolvido nas declarações de ajuste anual anteriores dos exequentes, podendo tal tema ser ventilado até em embargos da Fazenda Nacional à execução de sentença como excesso de execução, detendo, as planilhas dela, valor probatório como ato administrativo enunciativo, conferindo-lhes presunção *juris tantum* de veracidade, competindo aos contribuintes o encargo de contraditá-las. STJ (*Inter Plures*): REsp 1.298.407/DF; REsp 1.001.655/DF; REsp 1.098.728/DF; e AgRg no REsp 1.098.858/DF.

III. Juízo de retratação (§ 7º, II, do art. 543-C/CPC): embargos infringentes providos (apelação dos exequentes não provida, sentença confirmada).

IV. Peças liberadas pelo relator, em Brasília, 17 de julho de 2013, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Seção, em juízo de retratação, dar provimento aos embargos infringentes por unanimidade.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 17/07/2013.

Juiz Federal *Rafael Paulo Soares Pinto*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto: — A Presi/TRF1, ante o decidido pelo STJ (REsp 1.298.407/DF), sob o rito do art. 543-C/CPC, retornou os autos para exercício do juízo de retratação/confirmação do julgamento dos EIAC da FN, aos quais a S4/TRF1, em primeiro exame (maio/2008) negara provimento; nos EIAC, a FN pediu a reforma do acórdão majoritário da T7/TRF1, de que fui relator, vencido o Des. Fedederal Antônio Ezequiel, que dera provimento à apelação dos exequentes para afastar a dedução/abatimento das restituições anteriores, julgando, portanto, improcedentes os embargos da FN à execução de sentença (restituição do IRRF).

Eis a ementa do acórdão ora embargado (f. 361):

TRIBUTÁRIO)E PROCESSUAL CIVIL [...].

[...]

3—A suposta compensação pleiteada pela FN não tem qualquer plausibilidade, mesmo porque compensação não é. O que a FN pretende é a refeitura de declaração de ajuste anual para a qual o tempo decorrido talvez inviabilize até a apresentação da documentação ali utilizada. O contribuinte vencedor, então, deixa de receber o seu crédito e retorna à interminável “via crucis” de retificar a sua declaração de ajuste anual, à mercê da “boa vontade” do fisco, correndo o risco, quiçá, de ter que apresentar documentos que, em razão do decurso do tempo, sequer possui, tornando-se, o credor, refém da máquina administrativa, que, sabe-se lá, pode inventar “revisar” sua declaração embora expirado o prazo decadencial.

A embargante (FN) pugna pela prevalência do voto vencido (fls. 314–319), que negava provimento à apelação dos exequentes:

[...] retomo o meu entendimento inicial para admitir [...] o pleito de compensação dos valores já restituídos nas declarações de ajuste anual do aludido imposto, afastada, assim, a alegação de preclusão. [...].

Com contrarrazões, sem fatos novos.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto: — Rejulgamento dos EIAC por força e na forma do § 3º do art. 543-C/CPC.

A questão da aplicação da Selic (outro ponto dos embargos da FN à execução (sentença) restou resolvida pela sentença (que manteve sua incidência), sem recurso voluntário.

No mais, cabível, inclusive em sede de embargos à execução de sentença (restituição do IRRF), a compensação (abatimento/dedução) dos valores já restituídos nas anteriores declarações de ajuste anual de IRPF, porque questão resolvida pelo STJ (REsp 1.001.655/DF, rel. Min. Luiz Fux, S1, DJe de 30/03/2009) sob os ditames do art. 543-C/CPC, o que confere ao precedente a nota da especial eficácia vinculativa, a impor sua adoção aos casos análogos, detendo as planilhas da executada, como “atos enunciativos administrativos”, não o bastante, presunção relativa de verdade, cabendo aos exequentes, se e quando, contraditá-las; é ler-se:

[...] - IRRF - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA (ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA) - [...] - DEDUÇÕES DAS RESTITUIÇÕES OCORRIDAS NOS AJUSTES ANUAIS ANTERIORES: LEGÍTIMA - SELIC.

[...]

4-Legitima-se a dedução, do total restituendo, do montante já devolvido nas declarações de ajuste anual anteriores, podendo tal tema ser ventilado até em Embargos da Fazenda Nacional à Execução de Sentença (STJ, REsp nº 1.001.655/DF, sob o signo do art. 543-C do CPC) como excesso de execução, detendo, as planilhas da Fazenda Nacional, valor probatório como ato administrativo enunciativo (REsp nº 1.098.728/DF, AgRg no REsp nº 1.098.858/DF), conferindo-lhes presunção “juris tantum” de veracidade.

(TRF1, AC nº 0007406-43.2010.4.01.3400/DF, minha relatoria, T7, DJ-e 09/12/2011)

Este rejulgamento importa na confirmação da sentença (mérito e consectários).

Pelo exposto, em juízo de retratação (§ 7º, II, do art. 543-C/CPC), dou provimento aos embargos infringentes da FN para, fazendo prevalecer o voto vencido, negar provimento à apelação dos exequentes, confirmando o direito de a executada abater/deduzir do total executado as restituições havidas nos ajustes anuais anteriores, consoante suas planilhas.

É como voto.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Reynaldo Fonseca e Novély Vilanova e os Exmos. Srs. Juizes Federais Clodomir Sebastião Reis e Rodrigo de Godoy Mendes (convocados).

Primeira Turma

Numeração única: 0012351-13.2005.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 2005.38.00.012441-0/MG

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão
Apelante: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Apelada: Vivianne Gonçalves dos Mares Guia
Advogado: Dr. Dagenil Marçal
Remetente: Juízo Federal da 18ª Vara/MG
Publicação: e-DJF1 de 02/07/2013, p. 743

Ementa

Administrativo. Militar. Adicional de Compensação Orgânica. Dentista. Exposição constante e reiterada a raios X. Agravo retido não conhecido. Sentença mantida. (5)

I. Não se conhecerá de agravo retido se a parte não requerer expressamente sua apreciação pelo Tribunal nas razões ou na resposta da apelação (CPC, art. 523, § 1º).

II. A Gratificação de Compensação Orgânica é devida no percentual de 10% do soldo ao militar que exercer suas atividades com exposição direta e constante a raios X.

III. A autora, no exercício da sua profissão de dentista, operou com frequência o aparelho de raio X. Assim, estando a autora em constante exposição a substâncias radioativas, faz jus à percepção da Gratificação de Compensação Orgânica. Precedentes.

IV. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, não conhecer do agravo retido, negar provimento à apelação e à remessa oficial.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 14/05/2013.

Desembargadora Federal *Ângela Catão*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal *Ângela Catão*: — Vivianne Gonçalves dos Mares, qualificada nos autos, ajuizou a presente ação ordinária contra a União Federal, objetivando assegurar o direito à percepção dos valores relativos ao Adicional de Compensação Orgânica (Gratificação de raios X), no período de 08/11/1999 a 14/06/2004.

Contra a decisão que indeferiu a contradita das testemunhas, a União interpôs agravo retido (fl. 79).

Após a instrução do processo, foi proferida a r. sentença de fls. 90–93, julgando parcialmente procedente o pedido.

A União interpôs recurso de apelação (fls. 95–104).

A autora apresentou contrarrazões (fls. 106–110).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal *Ângela Catão*: — Inicialmente, não conheço do agravo retido interposto pela autora, em razão de ausência de pedido de sua

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Kassio Marques e Néviton Guedes.

apreciação como preliminar em razões de apelação, nos termos do § 1º do art. 523 do CPC.

Cinge-se a questão em verificar o direito da autora à percepção da Gratificação de Compensação Orgânica (Gratificação de raios X), em razão do exercício das funções de radiologista cumulativamente com as funções de dentista, no período em que esteve à disposição do Comando da Aeronáutica.

A Gratificação de Compensação Orgânica encontra-se regulada pela Lei 1.234/1950, modificada pela Lei 8.237/1991, nos seguintes termos:

Art. 18. A Gratificação de Compensação Orgânica é destinada a compensar os desgastes orgânicos consequentes das variações de altitude, das acelerações, das variações barométricas, dos danos psicossomáticos e da exposição a radiações resultantes do desempenho continuado das atividades especiais seguintes:

I - voo em aeronave militar como tripulante orgânico, observador meteorológico, observador aéreo e fotogramétrico;

II - salto em paraquedas, cumprindo missão militar;

III - imersão no exercício de funções regulamentares a bordo de submarino;

IV - mergulho com escafandro ou com aparelhos;

V - trabalho com raios X ou substâncias radioativas;

VI - controle de tráfego aéreo.

Parágrafo único. A um mesmo militar somente será atribuída gratificação correspondente a uma atividade especial.

Art. 19. A Gratificação de Compensação Orgânica é devida:

I - durante a aprendizagem da respectiva atividade especial, a partir da data:

a) do primeiro exercício de voo em aeronave militar;

b) do primeiro salto de paraquedas de aeronave militar em voo;

c) da primeira imersão em submarino;

d) do primeiro mergulho em escafandro ou com aparelho;

e) do início efetivo da atividade de controlador de tráfego aéreo;

II - no exercício financeiro subsequente ao cumprimento do plano de provas ou de exercícios, ao militar qualificado para a atividade especial de voo;

III - durante o período em que estiver servindo em organização militar específica da atividade considerada, ao militar qualificado para as atividades especiais de salto, submarino ou

mergulho, e desde que cumpra as missões, planos de provas ou de exercícios estabelecidos para as referidas atividades.

Parágrafo único. A Gratificação de Compensação Orgânica, por trabalho com raios X ou substâncias radioativas, será concedida na forma da legislação pertinente.

Verifica-se, assim, que a Gratificação de Compensação Orgânica é devida no percentual de 10% do soldo ao militar que exercer suas atividades com exposição direta e constante a raios X.

Verifico que a autora, no exercício da sua profissão de dentista, operou com frequência o aparelho de raio X. Assim, estando a autora em constante exposição a substâncias radioativas, faz jus à percepção da Gratificação de Compensação Orgânica.

Nesse sentido a jurisprudência deste Tribunal e do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, como se verifica pelo excerto dos seguintes julgados:

APELAÇÃO E REMESSA EX OFFICIO. MILITAR. DENTISTA. GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE ORGÂNICA. IMPROVIMENTO.

I - Cuidando-se a Gratificação de Compensação Orgânica de vantagem solvida mensalmente, a prescrição, prevista no art. 1º do Decreto 20.910/32, somente atinge as parcelas não reclamadas no lustro anterior, ponto observado na sentença, não abarcando o fundo do direito, como insiste a apelante.

II - Muito embora não seja extensível ao militar o adicional de insalubridade pago aos servidores civis, àquele é devido, quando desempenhe seu labor com raios X, como foi o caso do apelado, o pagamento de Gratificação de Compensação Orgânica, instituído pela Lei 1.234/50 e, na época dos fatos, prevista no art. 18, V, da Lei 8.237/91.

III - Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF 5ª Região, 4ª Turma, AC 2001.83.00.017981-8/PE, Rel. Des. Federal Edilson Nobre, DJ 07.03.2005, p. 663.)

[...]

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL AFASTADA. MILITAR TEMPORÁRIO. DENTISTA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DE PARCELAS. GRATIFICAÇÃO DE COMPENSAÇÃO ORGÂNICA. FÉRIAS SEMESTRAIS DE 20 (VINTE) DIAS. OPERAÇÃO DE APARELHO DE RAIOS X. LEIS Nº 1.234/50 E 8.237/91. COMPROVAÇÃO. PROVA TESTEMUNHAL. PAGAMENTO DEVIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. ART. 20, § 3º, DO CPC.

1. A existência de interesse processual se afere pelo binômio necessidade/utilidade da demanda, não dizendo respeito a eventual comprovação dos fatos alegados, que não se exige seja realizada de

plano, visto que compreendida na fase de ampla dilação probatória. Preliminar rejeitada.

2. Em se tratando de prestações de trato sucessivo, a prescrição não atinge o fundo do direito, mas apenas as parcelas anteriores ao quinquênio que antecede o ajuizamento da ação (Dec. n. 20.910/32 e Súmula 85/STJ).

3. Comprovado, por meio de prova testemunhal firme e convincente, o manuseio direto e constante de aparelho de raio X, em razão até mesmo da própria profissão de dentista, especialista em endodontia, devida é ao militar a Gratificação de Compensação Orgânica, no percentual de 10% (dez por cento), bem como férias semestrais de 20 (vinte) dias, indenizáveis, a teor do disposto nas Leis n 1.234/50 e 8.237/91.

4. Precedente da Corte (AC 96.01.46333-0/DF, Rel. Juiz Francisco de Assis Betti (conv), Primeira Turma, DJ de 28/06/1999, p. 68).

5. Havendo condenação, os honorários advocatícios devem incidir sobre o valor desta, e não sobre o valor da causa, a teor do disposto no art. 20, § 3º, do CPC.

6. Remessa oficial e apelação da ré a que se nega provimento. (TRF 1ª Região, 1ª Turma, AC 1999.38.00.035202-7/MG, rel. Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes (convocada), DJ 16/04/2007, p. 06.)

Ao proferir o voto condutor do acórdão, a ilustre relatora Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes destacou com propriedade o seguinte:

As provas testemunhais produzidas nos autos (fls. 76/78) são firmes e convincentes no sentido de confirmar a exposição do autor a substâncias radioativas, de forma direta e constante. Todas as testemunhas foram unânimes em afirmar que

o próprio autor, no exercício da sua profissão de dentista, especialista em endodontia, operou o aparelho de raio X que havia no seu consultório, nas ocasiões em que se submeteram a tratamento com ele, ainda que tivessem admitido que existia um servidor especialmente designado para tal tarefa.

Sem dúvida que a atividade de dentista endodontista, especialista no tratamento de canal dentário, exige a operação constante de aparelho de raio X, tanto que havia tais aparelhos nos consultórios de trabalho do autor, sem que houvesse nenhum anteparo protetor, ou que fosse disponibilizado ao autor nenhum tipo de equipamento de proteção.

Nesse sentido, ainda que houvesse funcionário especialmente designado para operar os aparelhos de raio X, restou sobejamente demonstrado nos autos que o próprio autor operava esses aparelhos, de forma frequente, por contingência da própria função, expondo-se, pois, de modo direto e constante, à ação dos raios eletromagnéticos, nocivos à sua saúde.

Em suma, comprovada a exposição do autor a condições de trabalho nocivas à sua saúde, impõe-se reconhecer-lhe o direito à Gratificação de Compensação Orgânica, no percentual de 10% do soldo, bem como à indenização de férias semestrais de 20 (vinte) dias não gozadas.

Ante o exposto, não merece reforma a r. sentença que julgou parcialmente procedente o pedido.

Isso posto, não conheço do agravo retido, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É o meu voto.

Primeira Turma

Numeração única: 0005740-62.2005.4.01.3600

Apelação Cível 2005.36.00.005740-5/MT

Relatora:	Desembargadora Federal Ângela Catão
Apelante:	Fundação Universidade Federal de Mato Grosso – FUFMT
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Apelados:	Nicolau Pinto de Godoy Filho e outro
Advogado:	Dr. Ioni Ferreira Castro
Rec. Adesivo:	Nicolau Pinto de Godoy Filho
Publicação:	e-DJF1 de 12/08/2013, p. 23

Ementa

Processual Civil. Constitucional e Administrativo. Competência. Servidor público. Recebimento de diferenças. URP. Sentença trabalhista transitada em julgado. Ação rescisória. Prescrição da pretensão de cobrança. Ocorrência. Honorários advocatícios. Sentença parcialmente reformada (8).

I. Em sendo objeto da lide a reposição ao Erário, por servidor público, de valores recebidos, quando já estatutário, em decorrência de sua relação jurídica com o Estado, a competência para julgamento do feito é da Justiça Federal. Preliminar rejeitada.

II. Não é aplicável a prescrição do Código Civil ao caso dos autos, em que se discute a cobrança de valores recebidos por servidor público federal, em decorrência desta relação com a Administração Pública, porque o Código Civil faz referência a questões de natureza civil e privada, incompatíveis com as recebidas em relação de Direito Público. Sob o mesmo fundamento (relação de Direito Público), inaplicáveis os prazos contidos na CLT (relações de trabalho).

III. Em estrita observância aos princípios da segurança jurídica e da razoabilidade, os casos de imprescritibilidade somente são os expressamente previstos em lei, em casos excepcionais, em razão de relevante interesse jurídico-social. Não é o caso dos autos. Assim, por força do princípio da isonomia, a jurisprudência pátria tem se firmado no sentido de que nas ações de cobrança movidas pela Fazenda Pública, de natureza não tributária nem decorrente de ilícito administrativo, é aplicável o prazo prescricional previsto no Decreto 20.910/1932.

IV. Prescrito, portanto, o pedido da autora uma vez que o trânsito em julgado da ação rescisória se deu em 31/03/1997, sendo ajuizada a presente ação de cobrança somente aos 06/05/2005, quando há muito transcorrido o lustro.

V. Ainda que fosse aplicável o prazo do art. 54 da Lei 9.784/1999, decaiu a pretensão da Administração em cobrar os valores, pois que, ainda que o prazo somente começasse a fluir a partir da publicação da citada lei, por ser inaplicável retroativamente aos atos praticados anteriormente a ela, transcorreu integralmente o prazo decadencial de cinco anos entre a data da Lei, editada em 29/01/1999, e o ajuizamento da presente ação, em 06/05/2005.

VI. Mesmo que o direito não estivesse prescrito ou não fosse verificada a decadência da pretensão, não seria devida a restituição ao Erário, pelos servidores públicos, de valores recebidos por força de sentença transitada em julgado e posteriormente desconstituída em ação rescisória, em razão da natureza alimentar da verba, em regra irrepetível, e por estar evidente a boa-fé do servidor, bem como em homenagem à segurança das relações jurídicas.

VII. *"A jurisprudência pacificou o entendimento de que, em face da natureza alimentar, não é devida a restituição de valores recebidos em razão de execução da sentença transitada em julgado, [...] ainda que posteriormente tal decisão tenha sido desconstituída em ação rescisória."* (AMS 200434000053599; rel. Des. Federal Carlos Olavo; Primeira Turma do TRF1; data da publicação 13/04/2010).

VIII. *"O eg. STJ pacificou o entendimento de que recebimentos de boa-fé não são sujeitos a ressarcimento, na forma prevista no art. 46 da Lei 8.112/1990."* (AMS 200434000053599; rel. Des. Federal Carlos Olavo; Primeira Turma do TRF1; data da publicação 13/04/2010).

IX. Amparados, no mínimo, por sentença judicial transitada em julgado e legislação expressa, além de amplo respaldo jurisprudencial, não há que se falar em ausência de boa-fé quando do levantamento dos valores depositados.

X. Honorários advocatícios majorados para 10% sobre o valor atualizado da causa, em conformidade com o art. 20, § 4º, do CPC.

XI. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, não providas. Recurso adesivo parcialmente provido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, e dar parcial provimento ao recurso adesivo.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 11/06/2013.

Desembargadora Federal *Ângela Catão*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — A Fundação Universidade Federal de Mato Grosso ajuizou a presente ação de cobrança em desfavor de Nicolau Pinto de Godoy Filho e outro objetivando a restituição ao Erário de quantias por eles recebidas em decorrência de reclamação trabalhista rescindida.

No mais, adoto o relatório constante na sentença proferida às fls. 198–202, da lavra do Juiz Federal Marcel Peres de Oliveira, *verbis*:

Narra a inicial que os requeridos integraram o pólo ativo da Reclamação Trabalhista que tramitou pela 2ª Junta de Conciliação e Julgamento, autos RT 440/1991, cuja pretensão era o pagamento das URP's de abril e maio/1988.

Em virtude de sentença concessiva aos reclamantes das diferenças salariais relativas às URP's de abril e maio/1988, no percentual de 16,19%, transitada em julgado, e findo o procedimento de execução do julgado, foi requisitado o precatório, sendo levantado pelos exequentes, entre eles os ora requerentes, em janeiro/1997, o valor total de R\$ 763.347,85.

Ocorre que os requeridos já haviam sido citados e respondiam à Ação Rescisória 1778/1995, referente à concessão das URP's de abril e maio/1988, junto ao TRF – 23ª Região, cuja decisão, proferida em dezembro de 1996, que limitou a condenação a 7/30 da URP de abril e maio/1988, é anterior ao levantamento feito pelos requeridos (22/01/1997).

O crédito dos reclamantes, confirmado na Ação Rescisória, totalizava a importância de R\$ 307.709,30, em detrimento da quantia levantada de R\$ 763.347,85, sendo que fora embolsado, indevidamente, a quantia de R\$ 455.638,55, considerada a data de janeiro/1997, cuja reposição ao erário tem-se configurada impossível nas vias amigáveis ou administrativas.

[...]

Após a instrução processual, sobreveio a sentença de fls. 198–202 extinguindo o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, frente à prescrição da pretensão da autora. Condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 500,00 para cada um dos litisconsortes passivos, bem como a restituir eventuais despesas processuais assumidas pelos réus.

Não houve remessa oficial.

A FUFMT, por sua vez, apela às fls. 205–215 sustentando a inoccorrência da prescrição, estando a sentença em contrariedade ao art. 1º do Decreto n. 90.910/1932 e ao art. 206, IV e V, do Código Civil. Tece considerações sobre a contrariedade aos arts. 46, § 3º,

da Lei 8.112/1990 e aos arts. 186, 187, 876, 884 e 927 do Código Civil. Fala sobre a inexistência de boa-fé e sobre o direito que tem a Administração de ter restituídos os valores que foram indevidamente levantados pelos requeridos.

Os réus apresentaram recurso adesivo às fls. 217–222 sustentando a necessidade de majoração dos honorários advocatícios.

Contrarrazões dos réus e da FUFMT às fls. 223–237 e fls. 239–242, respectivamente.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Inicialmente, no que se refere à incompetência desta Justiça Federal, não merece prosperar a alegação dos réus.

Com efeito, não se está a discutir relações de trabalho ou a correção de título judicial obtido na esfera trabalhista ou sua rescisão.

Ressalte-se, por oportuno, que ação rescisória não configura título executivo, vez que ausente natureza condenatória, e, por isso, não há que se falar em competência da justiça trabalhista para recompor relação jurídica ao *status quo ante*, principalmente tendo em vista a superveniente transposição de sistemas.

Ora, em sendo objeto da lide a reposição ao Erário, por servidor público, de valores recebidos, quando já estatutário, em decorrência de sua relação jurídica com o Estado, a competência para julgamento do feito é da Justiça Federal.

Sobre a matéria, *ex vi*: AC 0002556-35.2004.4.01.3600/MT, rel. Juiz Federal Francisco Hélio Camelo Ferreira, 1ª Turma Suplementar, *e-DJF1*, p. 624, de 09/05/2012.

Quanto à alegação de prescrição, é de se frisar que o levantamento dos valores questionados se deu em 22/01/1997, o trânsito em julgado da ação rescisória data de 31/03/1997 e o ajuizamento desta demanda ocorreu em 06/05/2005.

Em que pesem os argumentos recursais, observo que não é aplicável a prescrição do Código Civil ao caso dos autos, em que se discute a cobrança de valores recebidos por servidor público federal, em decorrência

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Kassio Marques e Néviton Guedes.

desta relação com a Administração Pública, porque o Código Civil faz referência a questões de natureza civil e privada, incompatíveis com as recebidas em relação de direito público.

Sob o mesmo fundamento (relação de Direito Público), inaplicáveis os prazos contidos da CLT (relações de trabalho).

Apesar da inexistência, de forma taxativa, de previsão legal para transcurso de prescrição em casos que tais, não há de se ter a imprescritibilidade do direito.

Com efeito, em estrita observância aos princípios da segurança jurídica e da razoabilidade, os casos de imprescritibilidade somente são os expressamente previstos em lei, em casos excepcionais, em razão de relevante interesse jurídico-social. Não é o caso dos autos.

Assim, por força do princípio da isonomia, a jurisprudência pátria tem se firmado no sentido de que nas ações de cobrança movidas pela Fazenda Pública, de natureza não tributária nem decorrente de ilícito administrativo, é aplicável o prazo prescricional previsto no Decreto 20.910/1932.

Nesse mesmo sentido, confira-se a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. OCORRÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. VALORES PAGOS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. AÇÃO RESCISÓRIA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Compete à Justiça Federal processar e julgar o feito no qual se discute vantagem vindicada de natureza ou origem relacionada ao antigo vínculo celetista do servidor, em sendo a parcela questionada relativa a momento posterior à inauguração da relação estatutária.

2. O Decreto n. 20.910/32 deve ser a norma regente quanto à prescrição da pretensão que ora se analisa. Isso porque - em que pese o artigo 1º do referido decreto não fazer referência à dívida ativa daqueles entes públicos - por aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria, deve-se impor à Administração Pública a mesma restrição para a cobrança de seus créditos. Precedentes.

3. A Ação Rescisória (AR2272/95), que resultou na procedência parcial do pedido reconhecendo o direito a 7/30 avos concernentes a URP de abril e maio/88, transitou em julgado em 27.09.1996. D' outra parte, esta demanda - cujo objetivo é a reposição dos valores que teriam sido pagos em razão da sentença rescindida - foi ajuizada em

31.03.2004, ou seja, a ação foi ajuizada após o prazo prescricional de 05 (cinco) anos.

4. Apelação da parte ré provida para reconhecer a prescrição da pretensão de reposição e extinguir o processo com julgamento do mérito.

(AC 0002556-35.2004.4.01.3600 / MT, rel. Juiz Federal Francisco Hélio Camelo Ferreira, 1ª Turma Suplementar, e-DJF1 p. 624 de 09/05/2012)

Prescrito, portanto, o pedido da autora uma vez que o trânsito em julgado da ação rescisória se deu em 31/03/1997, sendo ajuizada a presente ação de cobrança somente aos 06/05/2005, quando há muito transcorrido o lustro.

Por excesso, ainda que fosse aplicável o prazo do art. 54 da Lei 9.784/1999, decaiu a pretensão da Administração em cobrar os valores, pois que, ainda que o prazo somente começasse a fluir a partir da publicação da citada lei, por ser inaplicável retroativamente aos atos praticados anteriormente a ela, transcorreu integralmente o prazo decadencial de cinco anos entre a data da lei, editada em 29/01/1999, e o ajuizamento da presente ação, em 06/05/2005.

Ainda que assim não fosse, no mérito mereceria prosperar a pretensão dos réus.

Dispõe o art. 489 do Código de Processo Civil que:

Art. 489. O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.

Em face do exposto respaldo legal, não há que se falar em ausência de boa-fé por parte dos réus pelo simples fato de terem ciência do ajuizamento da ação rescisória em face de sentença, transitada em julgado, que lhes garantiu o direito a recebimento das diferenças pretendidas.

Nesse sentido, veja-se julgado desta Corte:

DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PRELIMINARES AFASTADAS. INSCRIÇÃO DÍVIDA ATIVA. IMPOSSIBILIDADE. RECEBIMENTO DIFERENÇAS PLANOS BRESSER E VERÃO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO RESCISÓRIA. PRECEDENTES DO STJ E DESTA TRIBUNAL.

[...]

3 - A jurisprudência pacificou o entendimento de que, em face da natureza alimentar, não é devida a restituição de valores recebidos em razão de execução da sentença transitada em julgado,

impedindo a inscrição em dívida ativa, ainda que posteriormente tal decisão tenha sido desconstituída em ação rescisória.

4. O eg. STJ pacificou o entendimento de que recebimentos de boa-fé não são sujeitos a ressarcimento, na forma prevista no artigo 46 da Lei nº 8.112/90.

5. Apelação e remessa oficial improvidas.

AMS 200434000053599; AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200434000053599; rel. Des. Federal Carlos Olavo; Sigla do órgão TRF1; Órgão julgador Primeira Turma; Fonte e-DJF1 DATA:13/04/2010 PAGINA:55; Data da Decisão 16/12/2009; Data da Publicação 13/04/2010. (Grifei)

Assim, não há que se falar em ausência de boa-fé por parte de servidor quando do levantamento dos valores depositados, uma vez que se encontrava amparado, no mínimo, por sentença judicial transitada em julgado proferida nos autos da reclamatória trabalhista e legislação expressa (art. 489 do CPC).

Quanto ao ressarcimento pretendido pela autora, a orientação desta Corte Federal, respaldada na mais recente jurisprudência das cortes superiores, é no sentido de que não é devida a restituição ao Erário, pelos servidores públicos, de valores recebidos por força de sentença transitada em julgado e posteriormente desconstituída em ação rescisória. Isso se dá em razão da natureza alimentar da verba, em regra irrepetível, e por estar evidente a boa-fé do servidor, bem como em homenagem à segurança das relações jurídicas.

Nesse sentido, confirmam-se:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL NÃO DEFINITIVA. REFORMA DA DECISÃO EM RECURSO ESPECIAL. CRITÉRIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA. INEXISTÊNCIA DE COMPORTAMENTO AMPARADO PELO DIREITO NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES ART. 46 DA LEI N. 8.112/90. NÃO APLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ.

1. O art. 46 da Lei n. 8.112/90 prevê a possibilidade de restituição dos valores pagos indevidamente aos servidores públicos. Trata-se de disposição legal expressa, não declarada inconstitucional e, portanto, plenamente válida.

2. Esta regra, contudo, tem sido interpretada pela jurisprudência com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé. A aplicação desse postulado, por vezes, tem impedido que valores pagos indevidamente sejam devolvidos.

3. A boa-fé não deve ser aferida no real estado anímico do sujeito, mas sim naquilo que ele exterioriza. Em bom vernáculo, para concluir se o agente estava ou não de boa-fé, torna-se necessário

analisar se o seu comportamento foi leal, ético, ou se havia justificativa amparada no direito. Busca-se, segundo a doutrina, a chamada boa-fé objetiva.

4. Na análise de casos similares, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado, ainda que implicitamente, um elemento fático como decisivo na identificação da boa-fé do servidor. Trata-se da legítima confiança ou justificada expectativa, que o beneficiário adquire, de que valores recebidos são legais e de que integraram em definitivo o seu patrimônio.

5. *É por esse motivo que, segundo esta Corte Superior, os valores recebidos indevidamente, em razão de erro cometido pela Administração Pública ou em decorrência de decisão judicial transitada em julgado e posteriormente reformada em ação rescisória, não devem ser restituídos ao erário. Em ambas as situações, eventual utilização dos recursos por parte dos servidores para a satisfação das necessidades materiais e alimentares é plenamente justificada.*

Objetivamente, a fruição do que foi recebido indevidamente está acobertada pela boa-fé, que, por sua vez, é consequência da legítima confiança de que os valores integraram em definitivo o patrimônio do beneficiário.

[...]

(AgRg no REsp 1263480/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DIFERENÇAS SALARIAIS RECEBIDAS POR FORÇA DE SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. POSTERIOR DESCONSTITUIÇÃO DA DECISÃO EM AÇÃO RESCISÓRIA. DEVOLUÇÃO DAS VERBAS. IMPOSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ. SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, revendo seu posicionamento, firmou o entendimento no sentido de que, nos casos em que o pagamento indevido foi efetivado em favor de servidor público, em decorrência de interpretação equivocada ou de má aplicação da lei por parte da Administração e havendo o beneficiado recebido os valores de boa-fé, mostra-se indevido o desconto de tais valores.

2. Hipótese que deve ser estendida aos casos em que o pagamento indevido deveu-se por força de decisão judicial transitada em julgado, posteriormente desconstituída em ação rescisória. Aplicação do princípio da segurança nas relações jurídicas.

3. Recurso especial conhecido e improvido.

(REsp 673.598/PB, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 17/04/2007, DJ 14/05/2007, p. 372)

De mesmo teor os seguintes precedentes, entre diversos outros: REsp 828.073/RN, rel. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 22/02/2010; AgRg no Ag 1.127.425/RS, rel. Min.

Felix Fischer, Quinta Turma, *DJe* 08/09/2009; REsp 1.104.749/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, *DJe* 03/08/2009; AgRg nos EDcl no REsp 701.075/SC, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, *DJe* 20/10/2008; REsp 673.598/PB, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, *DJ* 14/05/2007, p. 372.

Ora, por aplicação do princípio da proteção à boa-fé, permite-se que o servidor deixe de restituir aos cofres públicos aquilo que já havia recebido em decorrência do trânsito em julgado de ação condenatória, ainda que mais tarde desconstituída por ação rescisória. O efeito da ação rescisória é não permitir a continuidade do pagamento mensal das verbas tidas como indevidas. Assim, na verdade, em nome da boa-fé afasta-se a aplicação do princípio da legalidade.

Não merece prosperar, portanto, o recurso da FUFMT.

O recurso adesivo, no entanto, merece parcial provimento.

O valor arbitrado a título de honorários não remunera condignamente o trabalho realizado, eis que a referida verba deve atender aos princípios da razoabilidade e da equidade, razão por que deve ser majorado, observando-se os parâmetros estabelecidos nas alíneas *a*, *b* e *c* do art. 20, § 3º, *c/c* § 4º, do Código de Processo Civil.

Portanto, diante de tais circunstâncias, em apreciação equitativa, a teor do art. 20, § 4º, do CPC, considero razoável, no caso, a fixação dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, divididos igualmente entre os réus.

Isso posto, *nego provimento* à apelação e à remessa oficial, tida por interposta. *Dou parcial* ao recurso adesivo para fixar a verba honorária em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, divididos igualmente entre os réus.

É o meu voto.

Segunda Turma

Numeração única: 0000002-45.2009.4.01.3700

Apelação Cível 2009.37.00.000002-4/MA

Relator:	Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)
Apelante:	Saint Clair Barros Neto
Advogados:	Dra. Paula Andréa de Sousa de Araújo e outros
Apelada:	Editores Abril S.A.
Advogados:	Dr. Alexandre Fidalgo e outros
Apelado:	Jornal Folha de São Paulo
Advogados:	Dr. Rhelmson Athayde Rocha e outros
Apelada:	União Federal
Procuradora:	Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Publicação:	<i>e-DJF1</i> de 19/06/2013, p. 46

Ementa

Administrativo. Apelação. Militar. Promoção. Parecer desfavorável da comissão de promoção de graduados. Lei 6.880/1980. Decreto 883/1993. Greve dos controladores. Amotinamento. Divulgação de matéria jornalística. IPM: autor não investigado. Conselho de disciplina. Relatório: absolvição. Conclusão do comandante Cindacta IV: exclusão a bem da disciplina. Recurso. Comando-Geral Aeronáutica. Anulação do conselho de disciplina e instituição de outro. Writ. STJ. Anulação da conclusão. Promoção devida. Danos morais: ofensa à honra, à intimidade e à vida privada. Inexistência. Dano moral. Inexistência. Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca. Correção monetária. Juros moratórios. Apelação parcialmente provida.

I. O pedido manejado pelo autor objetivava promoção ao posto de 2º sargento da Força Aérea Brasileira – FAB, a partir de agosto de 2008, e a condenação em danos morais no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

II. O militar somente é promovido após cumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos, incluindo aí o parecer favorável da Comissão de Promoção de Graduados (CPG), o que não ocorreu no caso em razão do desempenho do autor e pelos fatos “*ocorridos nos dias 30 e 31 de março e 1º de abril de 2007*”.

III. A promoção não foi deferida em razão de constar na Ficha de Avaliação de Graduação (FAG) conceito disciplinar desfavorável em razão de: *a)* participação na “*greve dos controladores*”; *b)* aparição em registro fotográfico do citado movimento.

IV. O autor não fora indiciado no Inquérito Policial Militar – IPM para apuração do amotinamento e recebeu relatório pela absolvição pelo conselho de disciplina instaurado contra ele para exclusão dele da Força, cuja conclusão fora alterada pelo comandante do Cindacta IV tendo este decidido pela exclusão do militar a bem da disciplina. Após recurso do militar o comandante-geral da Aeronáutica decidiu anular o Conselho de Disciplina, para instauração de outro e devida apuração de fatos não constantes no primeiro libelo acusatório, fato que maculou a decisão do comandante do Cindacta IV. Contra tal decisão o autor manejou *writ* no STJ que anulou a decisão, prevalecendo no momento a conclusão do Relatório do Conselho pela absolvição do militar.

V. Conforme apurado nos autos, o autor exerceu suas atividades no dia 30 de março de 2007 e, no momento em que e encontrava de descanso no alojamento do Cindacta IV fora realizada fotografia dos militares que supostamente se estariam amotinados. Tal fato alijou o autor de ascender ao posto de 2º sargento. A aparição em foto junto com outros controladores de voo no alojamento não pode prejudicar, porque o fato estava vinculado à sua participação no amotinamento, o que fora afastado, e porque a prova dos autos demonstra que no dia ela havia cumprido seu horário de trabalho sem qualquer prejuízo para o serviço em turno distinto daquele em tirada a fotografia.

VI. O apelante, desde o ingresso na FAB, possuía comportamento exemplar não tendo sofrido qualquer punição até a data de 30/03/2007, inclusive nos exercícios de 2005 e 2006 no quesito conceito profissional o militar recebeu menção “*acima do normal*”.

VII. Cumpridos os ritos processuais aprezados e em tempo razoável seria intromissão indevida do Judiciário determinar o encaminhamento do autor para promoção, mas passado tanto tempo, muito além do prazo procedimental, não é razoável mantê-lo sem direito à promoção, tendo em vista que tais fatos não se coadunam com a simples posição de acusado de indisciplina.

VIII. Danos morais: examinando as matérias veiculadas na *Revista Veja* e no *Jornal Folha de São Paulo*, não se verificou qualquer elemento hábil a ensejar a reparação, a título de danos morais, principalmente pelo fato de que: *a)* não se sabe quem e em que circunstâncias a foto foi tirada e quem teria passado o registro para publicação pela imprensa; e *b)* não houve nas imagens e nas informações lançadas qualquer intenção de desabonar ou macular os militares ali retratados. Não havendo pedido contra a União por eventual excesso no uso do fato noticiado, não concebe averiguação de danos morais a esse título.

IX. Caracterizada a sucumbência recíproca, aplica-se a regra do art. 21 do Código de Processo Civil, segundo a qual se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários advocatícios.

X. A correção monetária incide sobre o débito previdenciário, a partir do vencimento de cada prestação, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

XI. Os juros de mora devem incidir no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação dada pela MP 2.180-35/2001, e, a contar da vigência da Lei 11.960/2009, a título de correção monetária e juros de mora, deverá incidir a taxa de remuneração básica e juros da caderneta de poupança.

XII. Apelação parcialmente provida para julgar parcialmente procedente a ação para determinar a promoção do autor ao posto de 2º sargento da Força Aérea Brasileira – FAB, a partir de agosto de 2008, se outro fato, além daqueles constantes no Conselho de Disciplina 1/Cindacta IV/2009 não impedi-lo e condenar a União a pagar as diferenças vencimentais ao autor desde então, nos termos dos itens X e XI.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar parcial provimento à apelação.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 10/04/2013.

Juiz Federal *Cleberon José Rocha*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberon José Rocha: — Trata-se de ação sob o rito ordinário ajuizado por Saint Clair Barros Neto contra a União objetivando promoção ao posto de 2º sargento da Força Aérea Brasileira – FAB, a partir de agosto de 2008, e a condenação em danos morais no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) à Editora Abril S.A. e a Empresa Folha da Manhã S.A.

Citadas, a União, a Editora Abril S.A. e a Empresa Folha da Manhã S.A., apresentaram contestação, respectivamente, às fls. 114–143, 207–220 e 265–275.

Sentença prolatada pelo MM. Juiz da 6ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão julgou improcedente o pedido do autor. Não houve fixação de honorários advocatícios em razão do apelante litigar sob o pálio da justiça gratuita. (fls. 340–345).

Em suas razões recursais, o apelante afirma que ostenta os requisitos necessários à promoção ao posto de 2º sargento da Força Aérea Brasileira – FAB. Aduz que o fato de ter sido fotografado juntamente com os participantes do movimento ocorrido nos dias 30 e 31 de março de 2007 não tem o condão de provar que houve participação do militar do referido movimento, principalmente pelo fato do local se constituir na sala de estar do AAC-AZ.

Frisa, ainda, que sequer fora denunciado no Inquérito Policial Militar – IPM 77/2007, instaurado para apurar os fatos dos dias 30 e 31 de março de 2007. Aduz que o Conselho de Disciplina 1/Cindacta IV 2009, à unanimidade, reconheceu a inocência do apelante. História diversas demandas em que recebera provimento jurisdicional no sentido da ilegalidade dos atos praticados pela Força Aérea Brasileira.

Aduz que é devida a indenização, a título de danos morais, sob o argumento de que houve conduta ilícita das apeladas. Sustenta que, ao divulgarem imagem do apelante, juntamente com informações que fazem referência aos controladores de voo que praticaram “aquartelamento e greve”, ofendeu à personalidade do apelante.

Apelo recebido à fl. 614.

Contrarrrazões da União apresenta às fls. 516–641.

O apelante, às fls. 543–673, apresentou novos documentos.

Contrarrrazões da Editora Abril coligida às fls. 675–689.

Subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberon José Rocha: — Trata-se de apelação contra sentença de julgou improcedente o pedido manejado pelo autor, que objetivava promoção ao posto de 2º sargento da Força Aérea Brasileira – FAB, a partir de agosto de 2008, e a condenação em danos morais no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) à Editora Abril S.A. e à Empresa Folha da Manhã S/A.

Com razão, em parte, o apelante.

Infere-se dos documentos coligidos aos autos, que a promoção perseguida pelo apelante fora indeferida, sob o argumento de que não houve preenchimentos dos requisitos legais necessários à promoção. Vejamos o seguinte excerto do Ofício 327/SECPG3/C-552 que aponta objetivamente as razões do indeferimento:

a) *Conceito Profissional*

- Aspectos constantes da Ficha de Avaliação de Graduados (FAG) do ano de 2007: nível de despenho “abaixo do normal” (ABN) em disciplina, bem como comentários desabonadores sobre esse fator; e

- CPG-4: Referente a aspectos constantes das Fichas de Avaliação Eventual – CPG-4 demeritórias, sobre atos praticados e fatos ocorridos nos dias 30 e 31 de março e 1º de abril de 2007 n Quarto Centro

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Murilo Ernandes de Almeida (convocado).

Integrado de Defesa Aérea e março de 1º de abril de 2007 no Quarto Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo (CINDACTA 4), na cidade de Manaus-AM. Por conseguinte contrariou os preceitos das obrigações e dos deveres militares na forma do previsto nos incisos I, II, III, IV, VI, VIII, IX, XII, XIII, XVI, XVII e XIX do art. 28 e incisos I, III, V do art. 21, deixou de atender o disposto no parágrafo único do art. 37 e incidiu no previsto no art. 45, todos da Lei nº 6.880/80, de 9 de dezembro de 1980 (estatuto dos militares). (grifos no original)

Os fatos desabonadores constantes na sua ficha de avaliação podem ser sintetizados nos seguintes: a) participação da greve dos controladores; b) aparecer em registro fotográfico publicado na imprensa como o movimento da greve dos controladores. O segundo fato corroboraria o primeiro.

Passaremos a analisar se tais fatos podem ser impingidos ao autor em prejuízo de sua promoção e verificar se, de fato, o autor preencheu os requisitos necessários à promoção ao posto de 2º sargento da Força Aérea Brasileira – FAB.

Nesse compasso, oportuno consignar que os critérios para promoção à carreira militar, conforme prevê o parágrafo único do art. 59 da Lei 6.880/1980, são elaboradas pelos respectivos comandantes por meio de normas regulamentadoras, nestes termos:

Art. 59. O acesso na hierarquia militar, fundamentado principalmente no valor moral e profissional, é seletivo, gradual e sucessivo e será feito mediante promoções, de conformidade com a legislação e regulamentação de promoções de oficiais e de praças, de modo a obter-se um fluxo regular e equilibrado de carreira para os militares.

Parágrafo único. O planejamento da carreira dos oficiais e das praças é atribuição de cada um dos Ministérios das Forças Singulares.

Relevante, ainda, colacionar o disposto nos arts. 15 e 45, II, § 1º, do Decreto 883/1993, nestas letras:

Art. 15. Para ingresso em quadro de acesso, é necessário que o graduado satisfaça os seguintes requisitos essenciais, que são estabelecidos para cada graduação:

- I - condições de acesso;
- II - conceito profissional;
- III - conceito moral;
- IV - comportamento militar.

Art. 45. O graduado não poderá, ainda, constar de qualquer quadro de acesso quando:

[...]

II - for considerado inabilitado para o acesso, a juízo da Comissão de Promoções de Graduados,

por ser incapaz de atender a qualquer dos requisitos estabelecidos nos incisos II e III do art. 15. *(Redação dada pelo Decreto nº 2.166, de 1997)*

§ 1º O graduado, com estabilidade adquirida, que incidir no inciso II deste artigo, será considerado inabilitado para o acesso, em caráter provisório, e submetido a Conselho de Disciplina nos termos do Decreto nº 71.500, de 5 de dezembro de 1972. *(Redação dada pelo Decreto nº 2.166, de 1997)*

Infere-se da legislação de regência que o militar somente é promovido após cumprimento de todos requisitos objetivos e subjetivos, incluindo aí o parecer favorável da Comissão de Promoção de Graduados (CPG), o que não ocorreu no caso em testilha pelos fatos anteriormente apontados.

Na hipótese, o ato guerreado pautou o indeferimento da promoção em razão do “nível de desempenho abaixo do normal” do autor e pelos fatos “ocorridos nos dias 30 e 31 de março e 1º de abril de 2007”.

Tais fatos retratam a greve dos controladores que paralisou o sistema aéreo.

Primeiro, quanto à foto publicada, não há qualquer evidência de sua origem e quem a passou para a imprensa que a utilizou como sendo momento em que os controladores se recusavam a efetuar o trabalho de seu ofício.

Afirma, que, no momento em que se encontrava de descanso, fora realizada fotografia no alojamento do Cindacta IV, indicando que os militares ali retratados estavam “de braços cruzados”, incluindo aí o apelante. Dos relatórios, extrai-se que no momento o autor não estava em seu turno de trabalho, tendo, naquele dia cumprido sua tarefa sem qualquer registro acerca de eventual ausência ao trabalho ou omissão na prestação de seu serviço.

Assim, tal fato por si só não poderia determinar qualquer embaraço à situação funcional do autor.

Quanto à participação no movimento grevista, que a Força Militar entendeu motim, não foi até o momento apurada sua ocorrência, pelos seguintes fatos: a) *ele não fora sequer acusado no Inquérito Policial Militar; b) não foi condenado à exclusão da Força pelo Conselho de Disciplina instalado para apuração do fato contra o autor.* Vejamos.

Para aclarar a controvérsia, mister apontar os principais eventos ocorridos nos dias acima apontados. O autor, conforme apurado nos autos, no dia 30/03/2007, exercia suas atividades no AAC-AZ –

Centro de Controle de Área Amazônico em Manaus, no período de 14h30 às 22 h.

Oportuno consignar que, após o amotinamento, fora instaurado Inquérito Policial Militar – IPM, a fim de apurar a responsabilidade pelos fatos ocorridos naqueles dias. Frise-se que o autor não teve seu nome incluído na denúncia ofertada pelo Ministério Público, fato que isentou o militar, naquela esfera, de qualquer responsabilidade pela participação no movimento realizado pelos militares, bem assim reforça a tese de que o apelante se encontrava no recinto para descanso.

Contudo, mesmo assim, a Força Aérea Brasileira – FAB instaurou procedimento de Conselho de Disciplina para os fins de apurar a conduta do apelante, processo que se encontra pendente de julgamento, por força de decisão do c. Superior Tribunal de Justiça.

O Conselho de Disciplina após apuração dos elementos apontados no ato de instalação conclui no seu relatório pela absolvição do autor da acusado formalizada, conforme consta às fls. 226–230. Sua conclusão é a seguinte (fls. 230):

RESOLVE O CONSELHO DE DISCIPLINA, por unanimidade, JULGAR que o acusado, 3S QSS BCT SAINT CLAIR BARROS NETO, não é culpado das acusações que lhes foram feitas, determinando que, lavrado o competente termo de encerramento, seja o presente processo encaminhado ao Exmo Sr Comandante-Geral do Pessoal, para fins de direito.

Cabe enfatizar que o Conselho de Disciplina é órgão colegiado, composto pelo presidente, o relator e o escrivão devidamente nomeados para o procedimento.

Não obstante tal conclusão, o comandante-geral, em ato individual, concluiu em sentido oposto ao Conselho nos seguintes termos (doc. 2 do apenso, s/n):

4.6 Entende este Comando que o 3S BCT SAINT CLAIR BARROS NETO *não reúne condições para permanecer no sérico ativo da Aeronáutica*, considerando todas as faltas, infrações e delitos apurados nos autos do Conselho de Disciplina.

4.7 Diante deste fato, e ciente da condição pessoal do acusado, este Comando propõe a EXCLUSÃO A BEM DA DISCIPLINA do 3S BCT SAINT CLAIR BARROS NETO (grifos do original)

O fundamento do comandante do Cindacta IV foram fatos relatados pelas testemunhas que o levaram a crer que o acusado havia colaborado para o amotinamento, como desídia na preparação de novos

profissionais e estagiários e faltas justificadas por supostos problemas de saúde.

O acusado, não se conformando com a conclusão do *Comando* e fundamentando no argumento de que tais fatos não foram objeto do ato de instituição do Conselho de Disciplina, recorreu ao comandante da Aeronáutica pedindo anulação da solução do Comandante do Cindacta IV.

O comandante da Aeronáutica então anulou o Conselho de Disciplina e determinou a abertura de novo Conselho em face de que os fatos nos quais se baseou a decisão do Comandante do Cindacta IV não foram objeto do libelo acusatório (doc. 6 – apenso 2).

Contra tal decisão foi impetrado mandado de segurança (15.290/DF) no Superior Tribunal de Justiça, no qual o relator, Min. Castro Meira, deferiu a liminar para suspender os efeitos do ato do Sr. comandante da Aeronáutica até julgamento da ação (doc. 9). A segurança foi concedida nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. MILITAR. MANDADO DE SEGURANÇA. COMANDANTE DA AERONÁUTICA. CONSELHO DE DISCIPLINA. COMPATIBILIDADE DA CONDUTA COM A ATIVIDADE MILITAR. ESPECIFICAÇÃO DA ACUSAÇÃO. NECESSIDADE.

EXISTÊNCIA DE VÍCIO APENAS NO ATO PRATICADO PELA AUTORIDADE NOMEANTE. ANULAÇÃO DE TODO O PROCEDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Discute-se no mandamus a legalidade do ato do Comandante da Aeronáutica que anulou o Conselho de Disciplina instaurado para examinar a compatibilidade da conduta praticada por Sargento da Aeronáutica com a atividade militar. Após a comissão processante ter apurado os fatos noticiados e concluído pela inocência do acusado, a autoridade nomeante, com base em outros elementos fáticos, condenou o servidor. O Comandante da Aeronáutica, por seu turno, reconheceu o vício daquele decisum por desrespeito à ampla defesa e ao contraditório, mas, ao invés de anular apenas a decisão da autoridade nomeante, decretou a invalidade de todo o Conselho de Disciplina, determinando a instauração de novo procedimento.

2. O art. 49 da Lei 6.880/80 instituiu Conselhos de Disciplina para avaliar a compatibilidade das condutas do Guarda-Marinha, do Aspirante-a-Oficial e dos praças estáveis com a atividade militar, conferindo-lhes a oportunidade de exercerem o direito ao contraditório e à ampla defesa. O Decreto 71.500/72, por sua vez, regulamentou o funcionamento desses Conselhos, prevendo sua instituição ex officio quando se verificar que o praça, dentre outros fatos: a) procedeu incorretamente no

desempenho do cargo; b) teve conduta irregular; ou c) praticou ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou decore da classe.

3. O Conselho de Disciplina deve apreciar os elementos que justificaram a sua instauração, especificando para o acusado as condutas que lhe são imputadas, a fim de que ele possa exercer, com plenitude, o direito de defesa. Isso não impede, contudo, que novos fatos suficientes para incapacitar o indivíduo para a atividade militar sejam apurados oportunamente, por meio de procedimento próprio, haja vista que o dever de manter a integridade moral e profissional é uma obrigação continuada do servidor.

4. Consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido.

5. No caso, está caracterizada a abusividade do ato apontado como coator, seja porque determinou a anulação de fase procedimental regular, seja porque os motivos apresentados para o reconhecimento da invalidade da decisão tomada pela autoridade nomeante, isto é, posteriormente às conclusões do Conselho, não contaminam os atos anteriormente praticados.

6. Segurança concedida. Prejudicado o agravo regimental de e-STJ fls. 140-152.

(MS 15290/DF, rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 14/11/2011)

Dessa forma, o ato considerado desabonador da conduta disciplinar do autor não pode prejudicar sua promoção salvo se instalado novo Conselho de Disciplina que venha a excluir o militar, o que depende de eventual reforma da citada decisão do STJ.

Vale frisar, no caso, que o apelante desde o ingresso na FAB tinha comportamento exemplar, não tendo sofrido qualquer punição até a data de 30/03/2007, fato provado pelas Fichas de Avaliação de Graduados (FAG) acostada às fls. 92–98. No citado documento, inclusive, nos exercícios de 2005 e 2006 no quesito conceito profissional, o militar recebeu menção “acima do normal” e que possuía

[...] eficiência no trabalho em equipe – possui a exata noção da importância da coesão do grupo para a boa prestação do serviço de controle do tráfego aéreo. Está sempre disposto a ajudar sua equipe [...].

Nada obstante, apesar dos bons serviços já prestados junto à FAB, nos exercícios de 2007 e 2008, o militar acumulou, estranhamente, no quesito conceito profissional menção desabonadora “abaixo do normal” (fls. 479–480).

Tais fatos alijaram o autor de ascender ao posto de 2º sargento, em razão de que havia menção “abaixo do normal”, principalmente relatos de que o apelante se envolvera no amotinamento dos militares ocorrido nos dias 30 e 31 de outubro de 2007.

É certo que o Poder Judiciário não pode se imiscuir na discricionariedade administrativa, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes. Contudo, deve verificar eventuais atos ilegítimos praticados pela Administração Militar, a fim de evitar ilegalidades.

Na hipótese *sub judice*, não se trata de modificação de ato administrativo e substituição ao Administrador. Os fatos que ocasionaram a inaptidão foram objeto de apuração para exclusão do militar por determinação do Comando da FAB, cuja decisão que vigora é pela absolvição, vinculando o resultado de sua avaliação para efeitos administrativos, inclusive para promoção.

Ademais, impedir o autor de concorrer à promoção desde fevereiro de 2007 até o presente momento, em razão da apuração dos fatos pelo Conselho de Disciplina 1/Cindacta IV/2009, anulado pelo STJ, representa efeito de uma culpa da qual está isento o militar.

Não se pode olvidar que, em regra, estar sendo investigado por conduta disciplinar pode impedir o militar de acessar aos demais níveis da carreira, mas no caso em análise o fato fora devidamente apurado em favor da sua absolvição e há decisão judicial pela manutenção da conclusão do relatório do Conselho de Disciplina.

No que toca ao pedido de indenização, a título de danos morais, relativamente à matéria veiculada na Revista Veja – Editora Abril e pelo Jornal Folha de São Paulo não merece guarida a irrisignação do autor.

Eventual excesso quanto à imagem publicada deve ser buscada na via adequada contra os responsáveis pelo fato. No caso presente o autor cumulou pedidos diversos contra réus diversos.

Não ficou comprovado que houve excesso quanto ao uso de imagem não autorizada. Não se sabe quem, quando e como foi tirada a foto e se foi autorizada ou não. Pelo contrário do alegado pelo autor parece que foi autorizada implicitamente pelos fotografados, mas desse fato não se pode extrair outros elementos.

Tanto assim que por ela, isoladamente, não se pode sustentar eventual punição disciplinar ao autor e de igual modo por ela não se pode sustentar ocorrência de dano moral ao autor.

No caso em apreço, oportuno consignar que a intimidade, a vida privada e a imagem estão tuteladas pela Constituição Federal de 1988, sendo integrantes dos direitos fundamentais da personalidade.

Nesse passo, havendo violação deverá haver reparação pelos danos causados, sejam eles patrimoniais ou morais, nos termos do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Assim, diante de eventual colisão de interesse mister, no caso concreto, analisar se a matéria jornalística se pautou pela razoabilidade, tendo em vista que a indenização somente é devida quando o veículo de comunicação extrapola a verdade dos fatos narrados.

No caso *sub judice*, examinando as matérias veiculadas (fls. 14–21), não se verificou qualquer elemento hábil a ensejar a reparação, a título de danos morais, principalmente pelo fato de que não houve nas imagens e nas informações ali lançadas qualquer intenção de desabonar ou macular os militares.

Eventual uso indevido da reportagem pela União não foi objeto da causa de pedir dos danos morais,

motivo pelo qual não se pode perquirir acerca de eventual excesso dela no uso de tal notícia.

Caracterizada a sucumbência recíproca, aplica-se a regra do art. 21 do Código de Processo Civil, segundo a qual se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários advocatícios.

Outrossim, a correção monetária incide sobre o débito previdenciário, a partir do vencimento de cada prestação, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

Os juros de mora devem incidir no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação dada pela MP 2.180-35/2001, e, a contar da vigência da Lei 11.960/2009, a título de correção monetária e juros de mora, deverá incidir a taxa de remuneração básica e juros da caderneta de poupança.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* à apelação para determinar a promoção do autor ao posto de 2º sargento da Força Aérea Brasileira – FAB, a partir de agosto de 2008, se outro fato, além daqueles constantes no Conselho de Disciplina 1/Cindacta IV/2009, não impedi-lo e condenar a União e a pagar as diferenças vencimentais ao autor desde então, nos moldes dos itens 42 e 43.

É o voto.

Segunda Turma

Numeração única: 0023472-74.2005.4.01.3400

Apelação Cível 2005.34.00.023735-6/DF

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)
 Apelantes: Aduino de Souza Marques e outros
 Advogada: Dra. Sônia Teles de Bulhões
 Apelada: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Publicação: e-DJF1 de 24/07/2013, p. 289

Ementa

Constitucional e Administrativo. Servidor aposentado do antigo Departamento de Correios e Telégrafos. Prescrição parcialmente afastada. Art. 515, § 3º, do CPC. Revisão de proventos para vinculação aos vencimentos do cargo de agente administrativo. Decreto 77.296/1976 e Lei 6.781/1980. Inaplicabilidade aos aposentados. Súmula 38 do STF. Aplicação retroativa do art. 40, § 4º, da CF/1988, em sua redação original. Impossibilidade.

I. A violação ao direito subjetivo dos demandantes ocorreu com o advento da Lei 6.781, de 19 de maio de 1980. Para os servidores aposentados posteriormente à vigência da aludida lei, ocorrência da prescrição do fundo de

direito. É que se trata de ato de enquadramento, que, por sua vez, não gera relação jurídica de trato sucessivo, pois que é ato único, que se exaure no instante em que se concretiza. A ação somente foi proposta em 2005, ou seja, mais de 20 (vinte) anos após a suposta lesão, quando já prescrito o próprio direito reclamado por eles.

II. Para os autores aposentados anteriormente ao advento da Lei 6.781/1980, o pedido deve ser analisado sob a ótica da igualdade de tratamento dos inativos com os servidores da atividade. O entendimento então a ser aplicado é de que, subsistindo o próprio direito de fundo, a inércia do titular macula com a prescrição as prestações anteriores ao quinquênio que precede à propositura da ação, ante a relação de trato sucessivo (Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça).

III. Superada a questão preliminar da prescrição, em relação aos autores enquadrados no item 2, em homenagem aos princípios da celeridade, economia processual e efetividade do processo, cabível a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC, vez que a causa versa questão exclusivamente de direito e está em condições de imediato julgamento do mérito.

IV. Entendimento pacificado nesta Corte segundo o qual as disposições do Decreto 77.296/1976 e da Lei 6.781/1980 são aplicáveis aos servidores ativos, e não aos servidores aposentados, de modo que não alcançam os apelantes aposentados quando do advento da norma na qual fundamentam a pretensão. Acrescente-se a inexistência, à época, de previsão de isonomia na reclassificação de cargos entre ativos e inativos.

V. Com efeito, “[...] não podendo tal dispositivo, entretanto, ser aplicado de forma retroativa — sem previsão legal —, para alcançar servidores aposentados anteriormente e alterar os efeitos pretéritos do ato jurídico perfeito e acabado, em absoluta harmonia com a ordem constitucional anterior e com a legislação vigente ao tempo da reunião dos requisitos necessários para a inativação”. (EIAC 0008290-34.2003.4.01.0000/PI, rel. Des. Federal Tourinho Neto, rel. ac. Des. Federal Assusete Magalhães, Primeira Seção, DJ, p. 6, de 05/11/2004).

VI. Incidência na espécie da Súmula 38 do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a disciplina da aposentadoria se faz segundo a lei então vigente. “Súmula 38 do STF: “Reclassificação posterior à aposentadoria não aproveita ao servidor aposentado”.

VII. A Emenda Constitucional de 1969, dando nova redação à Constituição Federal de 1967, vigente ao tempo que os requerentes aposentaram, prescrevia somente que a revisão obrigatória dos proventos é unicamente a que decorre da revisão dos estímulos da atividade, por motivo de alteração do poder aquisitivo.

VIII. A Constituição Federal de 1988 (art. 40, § 4º), em sua redação original, por sua vez, previu a extensão aos inativos de “*quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.*” Inaplicável, todavia, ao caso dos autos.

IX. Mantido os honorários advocatícios conforme fixados na sentença recorrida.

X. Apelação parcialmente provida para afastar a prescrição do fundo de direito em relação aos autores aposentados antes do advento da Lei 6.781/1980. Prosseguindo no julgamento, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, no mérito, pedido julgado improcedente.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e julgar improcedente o pedido.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 05/06/2013.

Juiz Federal *Cleberson José Rocha*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Cleberson José Rocha*: —

1. Adauto de Souza Marques e outros ajuizaram ação ordinária em face da União Federal objetivando a

revisão de seus benefícios para que sejam vinculados à Classe A, Padrão III (Classe S, Ref. NM- 32), acrescidos de gratificações, conforme dispõe a Lei 6.781/1980.

2. Citada, a União apresentou contestação ao pedido às fls. 149–162.

3. À vista do quanto contido nos autos, o MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal extinguiu o feito, sem resolução de mérito para o autor Expedito Rodrigues do Nascimento, nos termos do art. 267, V, e, quanto aos demais autores, reconheceu a prescrição do fundo de direito, com fulcro no art. 269, IV, do Código de Processo Civil. (fls. 265–266).

4. Apela a parte autora reiterando o pedido formulado na inicial (fls. 268–277).

5. Com contrarrazões às fls. 282–286, ascenderam os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha: —

1. Trata-se de apelação deduzida pelos autores com o fito de obterem a vinculação de seus proventos ao vencimento da categoria funcional de agente administrativo (Classe A, Padrão III (Classe S, Ref. NM-32), sob a alegação do direito adquirido, face ao que preceitua a Lei 6.781/1980.

2. Os apelantes são servidores do extinto Departamento de Correios e Telégrafos e, embora facultado pela Lei 6.184/1974 a permuta para o regime celetista, optaram por permanecer prestando serviço à Administração direta. Em razão da não inclusão no Plano de Classificação de Cargos, passaram a integrar o Quadro de Pessoal Suplementar. Posteriormente, em face da Lei 7.080/1982 foram enquadrados no nível CNM-13.

3. Em relação ao autor Expedito Rodrigues do Nascimento, o processo foi extinto, ante a existência da coisa julgada, de cuja decisão não houve interposição de recurso.

4. Considerando que a violação ao direito subjetivo dos demandantes ocorreu com o advento da Lei 6.781, de 19 de maio de 1980 — dispõe sobre o enquadramento dos servidores remanescentes da implantação do Plano de Classificação de Cargos instituído pela Lei 5.645/1970 —, a prejudicial de mérito reconhecida pela sentença recorrida merece parcial reforma.

5. Com efeito, para os servidores que tiveram sua aposentadoria concedida *posteriormente* à vigência da aludida lei, tenho pela ocorrência da

prescrição do fundo de direito. É que se trata de ato de enquadramento, que, por sua vez, não gera relação jurídica de trato sucessivo, pois que é ato único, que se exaure no instante em que se concretiza.

6. A ação somente foi proposta em 2005, ou seja, mais de 20 (vinte) anos após a suposta lesão, quando já prescrito o próprio direito reclamado por eles. Neste sentido, cito o seguinte precedente desta Corte:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CARTEIRO DO EXTINTO DEPARTAMENTO DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. LEI Nº 3.780/60. REENQUADRAMENTO FUNCIONAL NO CARGO DE AGENTE ADMINISTRATIVO, NÍVEL NM-32 DO NOVO PLANO DE CLASSIFICAÇÃO DE CARGOS. LEI Nº 5.645/70 C/C LEI Nº 6.781/80. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. OCORRÊNCIA. ART. 1.º DO DECRETO N.º 20.910/32.

1. *Já se encontra pacificado nesta Corte e no STJ o entendimento segundo o qual o ato de enquadramento não gera relação jurídica de trato sucessivo, pois que é ato único, que se exaure no instante em que se concretiza. Por conseguinte, nas ações de reenquadramento, a prescrição alcança o próprio fundo de direito, e não somente as parcelas vencidas antes do quinquênio legal.*

2. *“Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que o ato de enquadramento (ou reenquadramento) constitui-se em ato único de efeito concreto que, a despeito de gerar efeitos contínuos futuros, não caracteriza relação de trato sucessivo, a atrair a aplicação do entendimento sufragado na Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça. Decorridos cinco anos do ato de reenquadramento, prescrito está o próprio fundo de direito, nos termos do art. 1º do Decreto n.20.910/32.” (AgRg no AgRg no REsp 1205220/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010)” (AgRg no Ag 1319984/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe, 29/03/2011).*

3. *Considerando que a violação ao direito subjetivo do demandante ocorreu com o advento do Lei n.º 6.781/80, e tendo a ação sido ajuizada em prazo superior a cinco anos - Decreto n. 20.910/32 -, inequívoca a ocorrência da prescrição.*

[...]

Apelação não provida.

(AC 0021111-84.2005.4.01.3400 / DF, rel. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu, 3ª Turma Suplementar, e-DJF1, p. 504, de 15/02/2013) (negritei)

7. Assim, para os autores: Adauto de Souza Marques (DIB: 22/05/1980), Geraldo Homem Grossi de Faria (DIB: 30/05/1990), Olimpio Gonçalves de Barros (DIB: 29/09/1980) e Raimundo Nonato Neiva Lages (DIB: 09/09/1991) a pretensão encontra óbice na prescrição

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (convocado).

do fundo de direito, conforme já consignado pela sentença recorrida.

8. Por outro lado, para os autores aposentados anteriormente ao advento da Lei 6.781/1980, o pedido deve ser analisado sob a ótica da igualdade de tratamento dos inativos com os servidores da atividade. O entendimento então a ser aplicado é de que, subsistindo o próprio direito de fundo, a inércia do titular macula com a prescrição as prestações anteriores ao quinquênio que precede à propositura da ação, ante a relação de trato sucessivo (Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça)

9. Postos assim os fatos, para os autores: Alcides Rodrigues de Mesquita (DIB: 31/03/1980), Jessé José Duarte (DIB: 20/11/1979), José Jorge de Carvalho (DIB: 05/06/1978), Leomar Veras (DIB 17/07/1980), Messias Jesus de Sá Teles (DIB: 25/01/1978), Osvaldo Sérgio Pires (DIB: 04/08/1978), Urias Conrado (30/10/1979), encontram-se prescritas apenas as prestações anteriores ao quinquênio que antecede à propositura da presente ação.

10. Superada a questão preliminar da prescrição, em relação aos autores elencados no item 9, em homenagem aos princípios da celeridade, economia processual e efetividade do processo, cabível a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC, vez que a causa versa questão exclusivamente de direito e está em condições de imediato julgamento do mérito.

11. Quanto ao mérito, já se encontra pacificado nesta Corte o entendimento segundo o qual as disposições do Decreto 77.296/1976 e da Lei 6.781/1980 são aplicáveis aos servidores ativos, e não aos servidores aposentados, de modo que não alcançam os apelantes aposentados quando do advento da norma na qual fundamentam a pretensão. Acrescente-se a inexistência, à época, de previsão de isonomia na reclassificação de cargos entre ativos e inativos.

12. Como bem observou a eminente Des. Federal Assusete Magalhães, em seu voto-vista nos autos dos EAC 0008290-34.2003.4.01.0000/PI

[...] não podendo tal dispositivo, entretanto, ser aplicado de forma retroativa – sem previsão legal –, para alcançar servidores aposentados anteriormente e alterar os efeitos pretéritos do ato jurídico perfeito e acabado, em absoluta harmonia com a ordem constitucional anterior e com a legislação vigente ao tempo da reunião dos requisitos necessários para a inativação.

13. Nesse sentido, em hipóteses análogas, manifestou esta Corte:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. CARTEIRO. REVISÃO DE PROVENTOS EQUIVALÊNCIA COM OS ATIVOS. DECRETO-LEI Nº. 1445/76. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS NºS 38 E 359 DO STF.

1. “Reclassificação posterior à aposentadoria não aproveita ao servidor aposentado.” - Súmula nº 38 do STF.

2. “Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária.” - Súmula nº 359 do STF.

3. *In casu*, aplica-se as referidas Súmulas.

4. Apelação não provida.

(AC 91.01.01976-7/BA, rel. Juíza Federal Gilda Sigmaringa Seixas (conv), Segunda Turma Suplementar, DJ de 03/02/2005, p. 88)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - FUNCIONÁRIO PÚBLICO APOSENTADO, DO ANTIGO DEPARTAMENTO DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - CARTEIRO - REVISÃO DE PROVENTOS, PARA VINCULÁ-LOS AOS VENCIMENTOS DO CARGO DE AGENTE ADMINISTRATIVO, INTEGRANTE DO PLANO DE CLASSIFICAÇÃO DE CARGOS - IMPOSSIBILIDADE - DECRETO Nº 77.296/76 E LEI Nº 6.781/80 - INAPLICABILIDADE AOS APOSENTADOS - INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS NºS 38 E 359 DO STF - APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 40, § 4º, DA CF/88, EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL - IMPOSSIBILIDADE - NORMA CONSTITUCIONAL QUE TEM EM VISTA VANTAGEM DE CARÁTER GENÉRICO, E NÃO INDIVIDUAL. I - As disposições do Decreto nº 77.296/76 e da Lei nº 6.781/80 são aplicáveis aos servidores ativos, e não aos aposentados, de sorte que não alcançam o autor-embargado, funcionário estatutário do antigo Departamento de Correios e Telégrafos - não optante pelo regime da CLT e, portanto, integrante de Quadro Suplementar, vinculado ao Ministério das Comunicações - aposentado em 08/07/70, no cargo de Carteiro, anteriormente aos aludidos diplomas legais, que fundamentam sua pretensão de revisão de proventos, para vinculá-los ao vencimento do cargo de Agente Administrativo, Código SA-800, Classe E, NM-32 - integrante do Plano de Classificação de Cargos - desde 19/05/80, com os acréscimos de Gratificação de Apoio e do Adicional por Tempo de Serviço. II - “Reclassificação posterior à aposentadoria não aproveita ao servidor aposentado.” (Súmula nº 38 do STF). III - “Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária.” (Súmula nº 359 do STF). IV - A Constituição Federal de 1988 - promulgada posteriormente à aposentadoria do autor - previu

a extensão, aos inativos, de “quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei” (art. 40, § 4º, em sua redação original), não podendo tal dispositivo, entretanto, ser aplicado de forma retroativa - sem previsão legal - para alcançar servidores aposentados anteriormente e alterar os efeitos pretéritos do ato jurídico perfeito e acabado, em absoluta harmonia com a ordem constitucional anterior e com a legislação vigente ao tempo da reunião dos requisitos necessários para a inativação. V - O art. 40, § 4º, da CF/88 assegurou aos inativos a extensão de vantagens concedidas, posteriormente, em relação ao cargo em que ocorreu a aposentadoria, hipótese distinta do reposicionamento dirigido ao seu ocupante, de modo peculiar, e que, no caso vertente, dependia de habilitação em processo seletivo, requisito impossível de ser implementado pelo autor-embargado. VI - Consoante a jurisprudência do TRF/1ª Região, “a norma constitucional de equiparação salarial entre servidores ativos e inativos (art. 40, § 4º) somente se aplica a vantagem de caráter genérico, e não individual” (AC nº 91.01.10171-4/GO, Relator (então convocado) Desembargador Federal Amílcar Machado, 2ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, *in DJU* de 28/06/99, pág. 104). VII - Embargos infringentes providos.

(EIAC 0008290-34.2003.4.01.0000 / PI, rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, rel. ac. DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, *PRIMEIRA SEÇÃO, DJ*, p. 6, de 05/11/2004)

14. Com efeito, há súmula do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a disciplina da aposentadoria se faz segundo a lei então vigente, vejamos:

Súmula n. 38 do STF: Reclassificação posterior à aposentadoria não aproveita ao servidor aposentado.

15. Acrescente-se que a Emenda Constitucional de 1969, dando nova redação à Constituição Federal de 1967, vigente ao tempo que os requerentes aposentaram, prescrevia somente que a revisão obrigatória dos proventos é unicamente a que decorre da revisão dos estipêndios da atividade, por motivo de alteração do poder aquisitivo. Confira-se:

Art. 102. Os proventos da aposentadoria serão:

I - integrais, quando o funcionário:

a) contar trinta e cinco anos de serviço, se do sexo masculino, ou trinta anos de serviço, se do feminino; ou

b) se invalidar por acidente em serviço, por moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei.

II - proporcionais ao tempo de serviço, quando o funcionário contar menos de trinta e cinco anos de serviço, salvo o disposto no parágrafo único do artigo 101.

§ 1º Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade.

§ 2º Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade.

§ 3º O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade, na forma da lei. (*negritei*)

16. Somente, posteriormente, a Constituição Federal de 1988 (art. 40, § 4º), em sua redação original, previu a extensão aos inativos de

[...] quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

Inaplicável, todavia, ao caso dos autos, pelos motivos já expostos.

17. Mantenho os honorários advocatícios conforme fixados na sentença recorrida, qual seja, R\$ 2.000,00 (dois mil reais) *pro rata*.

18. Em face do exposto, dou parcial provimento à apelação para afastar a prescrição do fundo de direito em relação aos autores aposentados antes do advento da Lei 6.781/1980 e, prosseguindo no julgamento do mérito, nos termos do art. 515, § 3º do CPC, julgo improcedente o pedido inicial.

É o voto.

Terceira Turma

Habeas Corpus 0028000-88.2013.4.01.0000/PA

Relator: Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado)
 Impetrante: Dr. Moacir Nepomuceno Martins Júnior
 Impetrado: Juiz Federal da Subseção Judiciária de Altamira/PA
 Paciente: Solidé Fátima Triques (ré presa)
 Publicação: e-DJF1 de 28/06/2013, p. 208

Ementa

Processo Penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Fundamentação. Observância do art. 312 do Código de Processo Penal. Garantia da ordem pública e da instrução criminal. Inexistência de constrangimento ilegal a justificar a concessão de liberdade provisória. Excesso de prazo. Demora justificada. Decisão, suficientemente, fundamentada. Aparecimento de indícios da prática do delito de redução à condição análoga a de escravo. Remessa dos autos à Justiça Federal. Nulidade da decisão do juízo estadual. Inocorrência. Inaplicabilidade das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Habeas corpus denegado.

I. A prisão preventiva constitui-se medida excepcional, regida pelo princípio da necessidade, mediante a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, porquanto restringe a liberdade de uma pessoa que ainda não foi julgada e que tem em seu benefício a presunção constitucional da inocência.

II. Tanto o decreto prisional quanto a decisão que indeferira a sua revogação estão devidamente fundamentados, razão pela qual não há na espécie o alegado constrangimento ilegal a justificar a concessão de liberdade provisória.

III. Não há nulidade da decisão do juízo estadual que determinou a prisão preventiva porque, após declinada a competência, em razão do aparecimento de indícios do crime de redução à condição análoga a de escravo, a decisão foi devidamente ratificada pelo juízo federal que só então tornou-se competente.

IV. “Não há constrangimento ilegal por excesso de prazo quando a complexidade da causa justifica a razoável duração para o encerramento da ação penal.” (STF, HC 88.435, rel. Min. Marco Aurélio.)

V. Não se apresenta como suficiente a substituição da prisão preventiva por eventual medida cautelar substitutiva da custódia provisória, uma vez que a soltura da paciente representa ameaça à ordem pública e a instrução criminal.

VI. *Habeas corpus* denegado.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 19/06/2013.

Juiz Federal *Klaus Kuschel*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Klaus Kuschel*: —

Vistos, etc.

1 - Solidé Fátima Triques (ré presa), qualificada nos autos, impetra *habeas corpus* (fls. 2–48) à asserção de que a autoridade apontada como coatora, juiz federal da Subseção Judiciária de Altamira – PA, ao indeferir a revogação da sua prisão preventiva, infligira-

lhe constrangimento ilegal por não ter observado, fielmente, o disposto no art. 312 do Código de Processo Penal e por ocorrer no caso excesso de prazo para formação da culpa, uma vez que está presa há 86 (oitenta e seis) dias.

2 - Pede liminar para reconhecimento da ilegalidade da sua prisão preventiva ao argumento de que a decisão destoa das provas existentes nos autos.

3 - Liminar indeferida. (fls. 147–148.)

4 - Notificada, a autoridade apontada como coatora prestou as informações de fls. 152–154 e 236–238, acompanhadas dos documentos de fls. 239–250, esclarecendo que decretara a prisão preventiva da paciente para garantir a ordem pública e assegurar a instrução criminal, uma vez que se está diante de organização criminosa.

5 - Ouvida, a Procuradoria-Regional da República opinou pela denegação da ordem de *habeas corpus* por se fazerem presentes os pressupostos que autorizam a prisão preventiva, além de inexistir excesso de prazo por já ter sido oferecida e recebida a denúncia. (fls. 157–163.)

6 - É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel: —

1 - Trata-se de *habeas corpus* impetrado visando à concessão de liberdade provisória a Solidé Fátima Triques, presa preventivamente em 21/02/2013 e posteriormente denunciada pela prática, em tese, de tráfico interno de pessoas e manutenção de estabelecimento para exploração sexual, além da redução das vítimas à condição análoga a de escravo em associação criminosa.

2 - Argumenta-se, especialmente, que não há prova nos autos de participação da paciente na empreitada criminosa e excesso de prazo uma vez que a paciente está presa a 86 (oitenta e seis) dias por ordem do juízo estadual.

3 - Acerca da prisão preventiva, faz-se necessário mencionar constituir-se medida excepcional, regida pelo princípio da necessidade, mediante a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, porquanto restringe a liberdade de uma pessoa que ainda não foi julgada e que tem em seu benefício a presunção constitucional da inocência.

4 - A decisão que decretou a prisão preventiva, proferida pelo juízo estadual antes da declinação de competência à Justiça Federal, fora fundamentada na preservação da ordem pública, na conveniência da instrução criminal e na segurança para aplicação da lei penal.

5 - Posteriormente, havendo indícios de delito de redução a condição análoga de escravo foi o feito remetido a Justiça Federal havendo o Juízo da Subseção Judiciária de Altamira proferido a decisão de fls. 51–61, ato impugnado, indeferindo o pedido de revogação da prisão preventiva e ratificando a decisão do juízo estadual com base nos seguintes fundamentos:

SOLIDE exercia atividades fundamentais na organização criminosa, especialmente quanto ao tráfico humano e a exploração sexual, bem como a redução das vítimas à condição análoga a de escravas, porquanto as atividades de SOLIDE consistiam na recepção das vítimas, tão logo chegaram de outro Estado-SC, conforme se extrai dos depoimentos das vítimas.

Depoimento de fls. 13 (JOSENILDA DA SILVA SANTOS):

Que o programa era feito dentro do quarto, que quem limpava os quartos era a esposa do CHICO, ...QUE além deles também trabalhavam a(sic) boite o ADÃO, ALEMÃO E SOILA, QUE ADÃO era o dono da boite e que sabia tudo o que acontecia ali dentro.”

Depoimento de fls. 15 (JOCILEIDE GONÇALVES CRUZ):

QUE conheceu ADÃO e a esposa lá, QUE eles disseram que tinham uma boite, QUE estavam de férias visitando a família, QUE eles disseram que a declarante poderia trabalhar com eles...”

Ademais, consta ainda que a denunciada exercia a gestão das dívidas das vítimas (anotações em cadernos), controlando a venda de bebidas e cigarros, conforme depoimento das vítimas, e ao contrário do afirmado, a sua presença na boite era constante, por conseguinte, tinha plena ciência dos delitos e do cárcere das vítimas, sob o título de pagamento de dívidas.

Depoimento de fls. 21 (CARINE ESPÍNDOLA):

Que a mulher de ADÃO, SOILA é que faz a comida para as meninas;”

Depoimento de fls. 108 dos autos do inquérito (JOSIANE CASSIA DA SILVA):

Que todas as comissões sempre eram pagas em dia por seu Adão e a esposa do mesmo...”

Logo, SOLIDE não era apenas simples esposa do líder da organização, mas atuava diretamente na gestão do tráfico, na exploração sexual e na manutenção das vítimas em condições de semi-escravidão, portanto, presentes indícios suficientes de autoria para sustentar o mandado prisional.

2 – Da materialidade dos crimes:

Quanto à materialidade, essa se encontra comprovada pelas provas constantes do auto de prisão em flagrante na boite e depoimentos prestados no inquérito e no PIC em apenso. No caso, o transporte interestadual de pessoas para exploração sexual e cárcere das vítimas, ficou comprovado pelos depoimentos das vítimas, pois

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro e Mônica Sifuentes.

afirmam que foram trazidas com falsa promessa de ganhar dinheiro fácil (R\$ 30 mil reais em 45 dias), típica promessa aventureira e desproporcional à realidade de cidade do interior do Estado do Pará.

E que, após chegarem e serem alojados, eram mantidas e reduzidas à condição de escrava, pois as dívidas contraídas com o transporte e estadia eram objeto de coerção para exploração sexual para pagamento de dívidas, tanto que foram encontradas trancas ao lado de fora dos quartos, como se extrai do depoimento da menor Taiana Chenet, TUDO CONFIRMADO NO FLAGRANTE E NOS DEPOIMENTOS e TESTEMUNHOS.

Ora, o único objetivo de haver trancas ao lado de fora das portas dos quartos é inviabilizar a saída de quem está dentro dos quartos, forte sinal indicativo do cárcere em que as vítimas eram submetidas.

Outrossim, pelos depoimentos e provas demonstra-se a existência clara de organização criminosa, pois vertente divisão de tarefas: captação de pessoas (CLACI e MOACIR), exploração sexual e importação de pessoas (SOLIDE e ADÃO), guarda do cárcere e transporte (CARLOS FABRÍCIO e ALEMÃO). Ou seja, o grupo atuava conjuntamente na execução e planejamento dos delitos descritos e todos tinham plena ciência e aderência subjetiva aos crimes.

Destarte, presente o pressuposto do *fumus boni iuris* (*fumus commissi delicti*), ou seja indícios suficientes de autoria dos denunciados e materialidade comprovada, passo a analisar em conjunto o pressuposto do *periculum in mora* (*periculum libertatis*), ou seja, garantia da ordem pública e garantia da instrução criminal, que igualmente encontram presentes.

Assim, para a decretação da prisão preventiva, com a consequente privação da liberdade do indivíduo, segundo jurisprudência o Excelso STF “[...] é sempre qualificada pela nota da excepcionalidade (HC nº 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que a supressão meramente processual do “*jus libertatis*” não pode ocorrer em um contexto caracterizado por julgamentos sem defesa ou por condenações sem processo (HC nº 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO” (HC nº 100.959, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Com efeito, no presente caso, a fundamentação da segregação cautelar encontra-se consubstanciada na garantia da ordem pública e/ou na garantia da conveniência da instrução criminal, ponderando, o MPF, neste ponto, com relação aos acusados que estão voltados para práticas reiteradas do crime em questão, pois possuem, a longo prazo, esquema montado de rede de prostituição e exploração sexual de acordo com a conveniência do grupo criminoso no território nacional e se deslocaram, no caso, para Altamira atraídos pelos altos lucros com a exploração sexual decorrente da instalação da barragem de Belo Monte, cuja a requerente participa ativamente da empreitada criminosa.

Como se nota, os indícios de autoria e materialidade, lastreado em dados concretos colhidos durante as investigações policiais, que indicam a necessidade da custódia cautelar dos denunciados, no sentido de evitar que venham a fazer novas vítimas, pois a sobrevivência da exploração sexual é elemento estável na vida da investigada, sendo que a liberdade pode contribuir para se eliminar provas ou abalar a credibilidade da instrução criminal, tendo em vista as ameaças concentradas em torno da menor que era explorada pelo grupo, nos termos em que sustentado pelo MPF e pela autoridade policial.

Como se vê, a manutenção da custódia cautelar, ao contrário do alegado pela denunciada, encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a necessidade da medida para a garantia da ordem pública.

No caso a garantia da Ordem Pública, funda-se na continuidade delitiva, por fazer parte de uma quadrilha especializada em crimes de exploração sexual, como nas construções de usinas em Rondônia, como se extrai dos depoimentos e reportagem revista *Época*, divisão de tarefas, testemunhos. Como já asseverado, a vida empresária da investigada é voltada à exploração sexual de terceiros, de forma que a permanência em atos delituosos é a mais natural conseqüência com a liberdade da mesma, que, aliás, possui papel relevante na administração da organização criminosa.

[...]

A *Garantia à instrução criminal* funda-se na existência de ameaças à menor TAINA, que foi incluída no programa de proteção de testemunhas. Considerando tratar-se de organização criminosa, estável e com atuação de longo prazo, todos os componentes detêm capacidade plena de produzir ameaças e até concretizá-las.

[...]

Outro aspecto que merece análise no que tange à garantia da instrução criminal, são os testemunhos produzidos depois do flagrante (fls. 98/129), que contém negativas dos delitos em frontal divergência com as declarações das vítimas, *tudo a concluir-se pela vetoração de tais depoimentos, a fim de trazer elementos artificiais à instrução criminal.*

Desse modo, o decreto prisional deve ser mantido, uma vez que a decisão se encontra devidamente fundamentada em dados concretos extraídos dos autos, que indicam como a acusada e os demais integrantes da quadrilha estavam estruturados, com distribuição de tarefas entre os membros da organização criminosa e ameaça às vítimas, que podem ser concretizadas por qualquer dos membros da quadrilha – conveniência da instrução criminal-, e prática delitiva reiterada pelos acusados ADÃO, SOLIDE, CLASSI, MOACIR, ADRIANO e CARLOS FABRÍCIO – garantia da ordem pública.

Vale lembrar que os demais requisitos da prisão cautelar encontram-se presentes, pois as penas cominadas aos crimes em comento admitem a segregação cautelar, bem como pressupostos de *fumus boni iuris* (*fumus commissi delicti*) e *periculum in mora* (*periculum libertatis*) foram ao norte demonstrado à sociedade.

Forte em tais razões, INDEFIRO O PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO E MANTENHO A PRISÃO PREVENTIVA DA DENUNCIADA SOLIDE FÁTIMA TRIQUES, e RATIFICO o decreto de prisão preventiva de fls. 40/42.

Considerando que a prisão foi decretada pelo Juízo Estadual, comunique-se a Autoridade policial da presente decisão, como também, ao Diretor do presídio onde se encontra encarcerada a denunciada. (Fls. 52-61.)

6 - Verifica-se, pelo exame dos autos, que tanto o decreto prisional quanto a decisão que indeferira a sua revogação estão devidamente fundamentados, razão pela qual não há na espécie o alegado constrangimento ilegal a justificar a concessão de liberdade provisória. Ora, havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, basta a presença de um dos fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal, para a decretação ou manutenção da prisão preventiva, estando, clara, pelo menos a presença de dois, ordem pública e conveniência da instrução criminal, pelos termos da decisão ora impugnada. Destaco que, após declinada a competência pelo juízo estadual do processo em razão do aparecimento de indícios do crime de redução à condição análoga a de escravo, a decisão foi devidamente ratificada pelo juízo federal que só então tornou-se competente. Logo, não há que se falar em nulidade da decisão do juízo estadual.

7 - Quanto às condições pessoais favoráveis ao paciente, cumpre frisar que não impedem a decretação da prisão preventiva quando presentes circunstâncias que justificam a segregação cautelar, como ocorre na espécie. (STF, RHC 64.997/PB, rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 05/06/1987.)

8 - Em relação a alegada ilegalidade pela paciente estar presa há mais de 86 (oitenta e seis) dias por ordem do juízo estadual não vislumbro no caso excesso de prazo, como pode ser verificado nas informações prestadas pelo juízo de origem:

O feito que originou o *Habeas Corpus*, refere-se à operação deflagrada pela polícia civil de Altamira, denominada "Salve Jorge" na qual culminou com a prisão em flagrante de CARLOS FABRÍCIO PINHEIRO e ADRIANO CANSAN, por suposto tráfico de mulheres, exploração sexual e cárcere privado.

Sendo que após coleta de depoimento das vítimas, foi representado pela prisão preventiva dos

denunciados CLACI DE FÁTIMA MORAIS, SOLIDE FÁTIMA TRIQUES e MOACIR CHAVES, a qual foi decretada pelo juízo estadual no dia 20.02.2013 (fls. 41/42), cujo processo foi distribuído nesta Subseção sob o nº 298-98.2013.4.01.3903, igualmente foi decretado pelo juízo estadual, no dia 17.02.2013 (fls. 24/26) a prisão de ADÃO RODRIGUES, cujo processo foi distribuído nesta Subseção sob o nº 299-83.2013.4.01.3903.

Em virtude de os fatos relatados no inquérito policial demonstrarem a possível prática do crime de trabalho escravo, o Juízo Estadual declinou da competência para esta Justiça Federal, no dia 06.3.2013 (fls. 176/179 dos autos 598-60.2013.4.01.3903).

Ao receber o inquérito e ouvido o MPF este juízo firmou a competência desta Justiça para processar e julgar o feito, conforme decisão de fls. 272/274, da ação penal nº 598-60.2013.4.01.3903, datada de 15.3.2013.

A denúncia foi recebida em 22 de março de 2013 à fl. 291/306, dando origem à ação penal nº 598-60.2013.4.01.3903 (fl. 337), tendo como denunciados CLACI DE FÁTIMA MORAIS DA SILVA, ADÃO RODRIGUES, SOLIDE FÁTIMA TRIQUES, MOACIR CHAVES, CARLOS FABRÍCIO PINHEIRO e ADRIANO CANSAN, pela suposta prática dos crimes previstos no art. 231-A, § 2º, I e § 3º, 239, 230, 218-B e 149, § 2º, II, todos do Código Penal.

Por ocasião do oferecimento da denúncia o Ministério Público Federal representou pela prisão preventiva de todos os denunciados (fls. 286/289 da ação penal), como forma de garantir a ordem pública e assegurar a instrução processual, por se tratar de organização criminosa.

Na decisão que recebeu a denúncia foi decretada a prisão preventiva dos acusados CLACI DE FÁTIMA MORAIS DA SILVA, ADÃO RODRIGUES, MOACIR CHAVES, CARLOS FABRÍCIO PINHEIRO e ADRIANO CANSAN, conforme decisão de fls. 291/306, e, quanto a SOLIDE FÁTIMA TRINQUES, foi decretada a prisão preventiva nos autos da representação da prisão preventiva (fls. 270/280), cujo processo foi distribuído nesta Subseção sob o nº 298-98.2013.4.01.3903, a qual foi presa em 20.02.2013 (fls. 67/69).

Nos referidos autos da representação da preventiva foi requerido em 06.3.2013, a revogação da prisão preventiva de SOLIDE FÁTIMA TRIQUES (fls. 184/222), a qual, após ouvir o Ministério Público Federal (fls. 282/287), que se manifestou contrariamente, foi indeferida a revogação e mantida a prisão preventiva decretada pelo juízo estadual ratificando o decreto de prisão preventiva em 15.3.2013, conforme decisão de fls. 270/280 (autos 298-98.2013.4.01.3903)

A acusada SOLIDE FÁTIMA TRIQUES em 11.4.2013, requereu novamente a revogação da prisão preventiva (fls. 289/314), a qual, após ouvir o Ministério Público Federal (fls. 322/324), que

se manifestou contrariamente, foi indeferida por ausência de elementos novos capazes de modificar o entendimento que motivou o decreto de prisão, conforme decisão de fls. 326/327 dos autos 298-98.2013.4.01.3903, no dia 25.4.2013.

No caso a ação penal tramita regularmente, aguardando expedição de carta precatória para citação dos réus, que se encontram reclusos na Capital do Estado no Centro de Recuperação do Coqueiro e Centro de Recuperação Feminino, com exceção de MOACIR CHAVES e CLACI DE FÁTIMA MORAIS DA SILVA que se encontram foragidos. (Fls. 152-154.)

9 - Assim, verifico que a tramitação do feito está regular e não vislumbro constrangimento ilegal por eventual excesso de prazo.

10 - Nesse sentido, consoante pacífica jurisprudência,

[...] não há constrangimento ilegal por excesso de prazo quando a complexidade da causa justifica a razoável duração para o encerramento da ação penal. (STF, HC 88.435, rel. Min. Marco Aurélio). (Grifei.)

11 - De outro lado, deve ser afastada a possibilidade de aplicação, no caso, de alguma das medidas cautelares descritas no art. 319 do Código de Processo Penal, considerando que, estando a ora paciente a responder pelos delitos de tráfico interno de pessoas, exploração sexual de vulnerável, rufianismo, manutenção de estabelecimento de prostituição e redução das vítimas à condição análoga a de escravo, todos em associação criminosa, punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos (art. 313, I, do Código de Processo Penal), não se apresenta como suficiente a substituição da prisão preventiva por eventual medida cautelar substitutiva da custódia provisória, uma vez que sua soltura representa ameaça à ordem pública e à instrução criminal como foi devidamente explicitado na decisão que negou a revogação da sua prisão preventiva.

Pelo exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

É o meu voto.

Terceira Turma

Apelação/Reexame Necessário 0004638-83.2011.4.01.3506/GO

Relator:	Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Apelante:	Erasm Tokarski
Advogados:	Dr. Deirdre de Aquino Neiva e outros
Apelante:	Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Apelados:	os mesmos
Remetente:	Juízo Federal da Subseção Judiciária de Formosa/GO
Publicação:	e-DJF1 de 26/07/2013, p. 505

Ementa

Administrativo. Desapropriação indireta. Ação ordinária de indenização. Parque Nacional da Chapada dos Veadeiros. Desapropriação indireta. Lei 11.516/2007. Arts. 41 e 42 do CPC. Criação do Instituto Chico Mendes. Agravo retido. Representação judicial. Nulidade de intimação e cerceamento de defesa. Prescrição vintenária. Rejeição. Ação declaratória. Prejudicial. Domínio. Perícia oficial. Laudo acolhido. Lucros cessantes. Impossibilidade. Juros compensatórios. Juros moratórios. Termo inicial. Correção monetária. Honorários advocatícios. Majoração.

I. A criação da autarquia federal Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio pela Lei 11.516/2007 não tem o condão de excluir o Ibama do polo passivo das ações de desapropriação, isso porque a referida norma não determinou que as ações em curso com a participação do Ibama sofreriam a substituição processual pleiteada, de modo que não se afigura razoável, tampouco com embasamento legal, a referida alteração do polo.

II. Por outro lado, a Terceira Turma deste Tribunal proferiu entendimento que o ICMBio é o órgão que também tem legitimidade para figurar nas ações de desapropriação de imóvel situado em unidade de conservação ambiental — no caso, Parque da Chapada dos Veadeiros. Agravo retido do autor provido para determinar que o Ibama e ICMBio sejam mantidas no polo passivo da lide.

III. Afastadas as preliminares de nulidade de intimação e cerceamento de defesa arguida pelo ICMBio, uma vez que a representação judicial das autarquias-rés é única pertencendo à procuradora federal especializada junto ao Ibama, nos termos da Portaria 311, de 17 de maio de 2007.

IV. Conforme entendimento pacífico dos tribunais o prazo prescricional para as ações de desapropriação indireta é vintenário, contado da perda da propriedade pelo seu titular (Súmula 119 do STJ).

V. Na hipótese dos autos, o esbulho estatal deu-se em 23/03/1994, conforme menciona o perito no laudo oficial à fl. 298. Em vista disso, o prazo prescricional deve ser contado a partir daí. E como a presente ação foi ajuizada em 30/04/2003, não há que se falar em prescrição.

VI. Não havendo indicação pelos réus de qualquer irregularidade na cadeia dominial, desde o ajuizamento da ação indenizatória, não há como acolher a pretensão de suspensão processual.

VII. Em face da solidez dos fundamentos da perícia oficial, acolhe-se, como justa, a indenização ali fixada.

VIII. Indevida a indenização por lucros cessantes, pois estando o imóvel desapropriado situado dentro do Parque Nacional da Chapada dos Veadeiros, não há como supor qualquer tipo de lucro a ser aferido pelo expropriado visto a existência de impedimento legal para sua exploração econômica.

IX. Os juros compensatórios, na desapropriação indireta, serão fixados à razão de 12% (doze por cento) ao ano, incidentes a partir da ocupação e calculados sobre o valor da condenação. Todavia, no caso em exame, quanto à fixação do termo inicial de incidência dos juros compensatórios, deve ser observada a data determinada na sentença recorrida (1º de janeiro de 1995), à falta de recurso do autor da ação.

X. Juros moratórios devidos em função do atraso no pagamento da indenização, no percentual de 6% (seis por cento) ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte ao que o pagamento deveria ser feito.

XI. A correção monetária se impõe para que o poder de compra da indenização não seja corroído pela inflação, devendo ser mantida na forma em que arbitrada na sentença.

XII. Verba honorária majorada para 5% (cinco por cento) do valor atualizado da condenação, de acordo com o § 1º do art. 27 do Decreto-Lei 3.365/1941 e do art. 20, § 4º, do CPC.

XIII. Apelação do ICMBio não provida.

XIV. Apelação do autor parcialmente provida, para que a verba honorária seja majorada para 5% (cinco por cento) do valor atualizado da condenação, de acordo com o § 1º do art. 27 do Decreto-Lei 3.365/1941 e do art. 20, § 4º, do CPC.

XV. Remessa oficial parcialmente provida, para que o termo inicial de incidência dos juros de mora sejam fixados a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte ao que o pagamento deveria ser feito.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo, negar provimento à apelação do ICMBio e dar parcial provimento à apelação do autor e à remessa oficial.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 17/07/2013.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Trata-se de apelações interpostas por Erasmo Tokarski e Instituto Chico Mendes de Conservação da

Biodiversidade – ICMBio contra sentença proferida pela MM. Juíza Federal Edna Márcia Silva Medeiros Ramos, da Vara Única da Subseção Judiciária de Formosa/GO, que julgou procedente a ação, nos seguintes termos:

[...] Pelo exposto, *JULGO PROCEDENTES* os pedidos, determinando ao Réu que pague ao Requerente, a título de indenização pela perda da propriedade descrita na inicial e no laudo pericial (ff. 266/308), a importância de R\$ 2.762.033,00 (dois milhões, setecentos e sessenta e dois mil e trinta e três reais), acrescida de juros moratórios de 6% ao ano, estes contados de 1º de janeiro de 1995; como também de juros compensatórios de 12% ao ano, computados da mesma data, porquanto não delimitado o dia exato da perda da posse, mas somente o ano. Vedada a ocorrência de juros compostos, em ambas as hipóteses.

Esse valor foi apurado para o mês de junho de 2006, da data da perícia (20.06.2006), por isso que deve ser corrigido de acordo com Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, a partir desse evento.

Retifique-se a autuação, conforme decisão e termo de ff. 728/729.

Condeno a Ré ao pagamento das custas processuais (ressarcimento), como também no de honorários advocatícios, os quais fixo em 10% do valor atribuído à causa, devidamente corrigido pelos índices contidos no Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal. [...]. (fls. 876–877).

Erasmus Tokarski, em suas razões de apelo, requer preliminarmente a apreciação do agravo retido de fls. 751–755, para conhecê-lo e provê-lo para determinar a reinclusão do Ibama no polo passivo da lide, bem como do ICMBio como litisconsorte passivo, sem a anulação de atos processuais, tendo em vista serem representados pela mesma procuradoria e apresentadas todas as impugnações necessárias. No mérito, requer a reforma da r. sentença quanto ao *quantum* indenizatório, uma vez que a perícia embasou a fixação do montante desconsiderando o valor real da propriedade.

Alega que o

[...] magistrado não se encontra restrito as conclusões constantes do laudo pericial, sendo livre a convicção do Juiz na apreciação da prova, podendo, inclusive adotar as razões constantes na manifestação dos assistentes técnicos das partes, desde que devidamente fundamentada a decisão.

Aduz que a r. sentença ao considerar o VTN/ha não observou todos os critérios técnicos necessários para a fixação de seu valor, que deixou de considerar o valor cênico e artístico da propriedade, bem como os maiores valores encontrados nas avaliações apresentadas.

Assevera que a perícia oficial

[...] apontou o valor total da indenização da terra nua em R\$ 2.756.704,11 (fls. 307), levando em

consideração o valor do VTN/ha em R\$ 1.303,35 (fls. 283), [o qual não merece acatamento], pois conforme consta da manifestação do assistente técnico do Apelante o VTN/ha deveria ser, no mínimo, R\$ 1.821,40 (fls. 412), o que corresponderia ao valor de R\$ 3.852.427,10.

Sustenta que

[...] em atendimento aos princípios constitucionais da justa indenização, proporcionalidade e razoabilidade, bem como a não utilização pelo perito dos maiores valores encontrados na avaliação, o VTN/há deveria ao menos compreender a média encontrada nos dois laudos, a saber R\$ 1.562,37, correspondendo o valor da indenização em R\$ 3.304.555,04.

Afirma ainda que

[...] em atenção ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como da justa indenização, torna-se necessária a reforma do r. *decisum*, para que tal também compreenda os valores decorrentes dos lucros cessantes, haja vista que a própria perícia técnica demonstrou cabalmente a possibilidade de desenvolvimento das práticas agropecuárias na Fazenda.

Pugna pela majoração da indenização para que seja compreendido ao *quantum* indenizatório os lucros cessantes, fixados pelo perito no montante de R\$ 456.624,00, devidamente atualizados.

Requer a majoração da verba honorária até 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação/indenização, tendo em vista as peculiaridades e a intensidade de diligências investidas no processo.

Prequestiona a aplicação, na espécie, dos arts. 20, § 4º, 41, 42 e 43 ambos do CPC; art. 6º, inciso III, da Lei 9.985/2000; art. 27 do DL 3.365/1941; art. 403 e 952 ambos do CC e; art. 5º, incisos XXII, XXIII e XXIV, da CF/1988. (fls. 908–923).

O ICMBio, por sua vez, em seu recurso de apelação pugna pela suspensão do presente processo até o julgamento da Ação Declaratória de Nulidade de Título 4780-87.2011.4.01.3506, em curso perante a Subseção Judiciária de Formosa/GO, uma vez que aquela ação declaratória é prejudicial a esta, abrangendo os mesmos fundamentos de direito da ação de indenização causando-lhe efeitos reflexos.

Argui a nulidade de intimação do instituto realizada mediante remessa em 1º de setembro de 2010 (fl. 840), uma vez que a referida intimação deu-se em nome da Procuradoria do Ibama que já havia sido excluída da relação processual não revestida da representação judicial do ICMBio.

Alega cerceamento de defesa, visto que a prolação da sentença deu-se antes da intimação e manifestação dos assistentes técnicos sobre o laudo pericial.

Requer o reconhecimento da prescrição, considerando a data de início da contagem do prazo como sendo da criação da unidade de conservação.

Suscita a necessidade de conhecimento da matéria técnica apresentada pelo recorrente quanto à interpretação da leitura do Registro Paroquial 34, devendo o perito oficial ser ouvido para se manifestar sobre as ponderações do assistente técnico do ICMBio.

Pugna pelo reconhecimento da irregularidade na cadeia dominial do proprietário, ora autor da demanda, bem como que para a avaliação do bem de acordo com o mercado é essencial saber a real extensão do bem, o que não resta consolidado nos autos em questão. (fls. 933–945).

Contrarrazões do autor e do ICMBio apresentadas a fls. 993–1.002 e 1.007–1.011, respectivamente.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Procurador Regional da República Paulo Roberto de Alencar Araripe Furtado, opina pelo não provimento da apelação do réu e pelo parcial provimento do recurso do autor (fls. 1.017–1.028).

É o relatório.

Voto *

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Trata-se de apelações contra sentença que julgou procedente ação ordinária ajuizada contra o Ibama, na qual o autor pleiteia o pagamento de indenização decorrente de desapropriação indireta de imóvel rural que integra o denominado Parque Nacional da Chapada dos Veadeiros, no Estado de Goiás.

Inicialmente, no que concerne à apreciação do agravo retido apresentado por Erasmo Tokarski (fls. 736–740) entendo que o mesmo merece ser provido.

Conforme disciplinam os arts. 41 e 43 do Código Processual Civil, a substituição das partes no curso de um processo só é permitida quando a lei determiná-la expressamente, bem como nos casos de morte da parte.

Na espécie, a criação da autarquia federal Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio pela Lei 11.516/2007 não tem o condão de excluir o Ibama do polo passivo das ações de desapro-

priação, isso porque a referida norma não determinou que as ações em curso com a participação do Ibama sofreriam a substituição processual pleiteada, de modo que não se afigura razoável, tampouco com embasamento legal, a referida alteração do polo.

Outro não é o entendimento deste Tribunal, como se pode observar dos seguintes acórdãos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO. PARQUE NACIONAL DA SERRA DO DIVISOR. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DELEGAÇÃO EXPRESSA AO IBAMA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ICM-Bio.

1. O decreto sem número, de 17/09/2002, delegou expressamente ao IBAMA a atribuição de desapropriar os imóveis situados na área do Parque Nacional da Serra do Divisor.

2. A Lei 11.516/07 não determinou ao ICM-Bio que substituísse o IBAMA nas ações judiciais em tramitação.

3. Agravo de instrumento não provido.

(AG 0067208-84.2010.4.01.0000/AC, rel. Des. Federal Tourinho Neto, DJF1 de 08/04/2011, p. 178.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. LEI Nº 11.516/2007. CRIAÇÃO DO INSTITUTO CHICO MENDES. PEDIDO DE SUCESSÃO DA PARTE RÉ INDEFERIDO. AUSÊNCIA DE DELEGAÇÃO EXPRESSA PARA PROMOVER AS DESAPROPRIAÇÕES. DECISÃO MANTIDA.

1. A Lei nº 11.516/2007 “[...] não previu a substituição das partes nos processos judiciais já contestados e em tramitação antes do advento da referida lei (...)” (fl. 50), não sendo expressa quanto à delegação de competência ao recém criado INSTITUTO CHICO MENDES para promover as desapropriações diretas e responder pelas desapropriações indiretas dos imóveis declarados de utilidade pública pelo Governo Federal.

2. Considerando que a controvérsia instaurada, nos autos de origem, gira em torno da desapropriação de imóvel situado em unidade de conservação ambiental - Parque Nacional Grande Sertão Veredas - afigura-se manifesto o interesse dos órgãos responsáveis pela sua gestão e fiscalização, como no caso, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio, juntamente com o IBAMA, na condição de órgãos executores do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC, nos termos do art. 6º, inciso III, da Lei nº 9.985/2000.

3. Agravo de instrumento improvido.

(AG 2008.01.00.065269-9/BA, rel. Des. Federal I'talo Mendes, Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada), DJF1 de 28/08/2009, p. 331.)

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Klaus Kuschel e Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocados).

Por outro lado, este Tribunal proferiu entendimento que o ICMBio é o órgão que também tem legitimidade para figurar nas ações de desapropriação de imóvel situado em unidade de conservação ambiental — no caso, Parque Nacional da Chapada dos Veadeiros. Confira-se acórdão recente nesse mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE REJEITOU PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO IBAMA E EXCLUIU DA LIDE O INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE - INSTITUTO CHICO MENDES (ICMBio) E A UNIÃO. ATRIBUIÇÃO PARA DESAPROPRIAR DE AMBAS AUTARQUIAS. RAZÃO PARCIAL DO IBAMA.

1. A Lei 11.516, de 28.08.2007, ao criar o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes (ICMBio), estabeleceu como uma de suas finalidades: "I - executar ações da política nacional de unidades de conservação da natureza, referentes às atribuições federais relativas à proposição, implantação, gestão, proteção, fiscalização e monitoramento das unidades conservação instituídas pela União".

2. Esse Instituto pode efetuar desapropriações. Nesse sentido previu o decreto de 8 de maio de 2008, que dispôs sobre a ampliação dos limites da Floresta Nacional de Balata-Tufari, no Município de Canutama, no Estado do Amazonas.

3. Assim, ambas as autarquias deverão ser mantidas no polo passivo da lide. O IBAMA também é parte legítima, pois foi o responsável pelo suposto esbulho noticiado nos autos originários.

4. Agravo parcialmente provido. (TRF 1ª Região, AG 0071306-15.2010.4.01.0000/AC, rel. juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos (convocado), 4ª Turma, unânime, e-DJF1 de 30/05/2011, p. 61)

Assim, compartilhando do entendimento esposado por esta Terceira Turma, dou provimento ao agravo retido interposto por Erasmo Tokarski para que ambas as autarquias, no caso Ibama e ICMBio, sejam mantidas no polo passivo da lide.

Rejeito as preliminares de nulidade de intimação e cerceamento de defesa arguida pelo ICMBio, uma vez que a representação judicial das autarquias rés é única pertencendo à Procuradoria Federal especializada junto ao Ibama, nos termos da Portaria 311, de 17 de maio de 2007.

Assim todos os atos processuais praticados após a vigência da citada norma, já praticados pelo Ibama e pelo ICMBio, restam válidos, inclusive a manifestação apresentada pelo Ibama à fl. 841, afastando por derradeiro o alegado cerceamento de defesa suscitado pelo ICMBio.

Analiso a questão da prescrição.

Sobre o tema, transcrevo parte da fundamentação lançada na r. sentença:

[...] Por fim, relativamente à *prescrição vintenária*, não resta dúvida de que o lapso para a extinção do direito de ação é de 20 (vinte) anos. Todavia, resta saber se tem início com a criação do Parque Nacional em 1961 (Decreto 49.875 de 11 de janeiro de 1961); se a partir de 1981 com a edição do Decreto 86.173 de 02 de julho, ou do de nº 86.596 de 17 de novembro de 1981, quando a área do PNCV foi retificada; ou, finalmente, se a partir das atividades de aposição de cercas no perímetro do parque, atividade essa, conforme anunciado pelo IBAMA, iniciada bem antes da aquisição das terras do Requerente, porém após os Decretos de 1981.

Essa questão, todavia, conforme termos das decisões de ff. 610 e 658/660, necessita da certeza do momento exato em que as partes (Autor e Réu) tomaram posse das terras do PNCV; daí porque, reclama, igualmente, saber se a área desapossada identifica-se com o Registro Paroquial nº 34, de 1857, pois segundo o IBAMA (ff. 641/650), apenas parte das terras de que trata esse registro (paroquial) estaria inserido dentro do PNCV e a suposta propriedade do Autor seria distinta da cadeia dominial oriunda do Registro Paroquial, apontando irregularidade nela justamente por esse motivo.

A fim de solucionar essa questão elaborou-se o laudo de ff. 780/792, seguido dos mapas de ff. 804/812 nos quais, vê-se limpidamente que a área de terras para qual se pede indenização está totalmente inserida dentro do Parque Nacional da Chapada dos Veadeiros e do Registro Paroquial nº 34, de 1857 (f. 809). Eis as palavras do perito sobre esse ponto: "o imóvel do Autor, na Fazenda Volta da Serra, está localizado totalmente dentro do PNCV, assim como do perímetro do Registro Paroquial nº 34 e do perímetro descrito no Registro Torrens" (sic f. 790)."

Como se vê, diante da constatação de que a área demandada está dentro do PNCV, cabe então obter resposta para a apontada irregularidade na cadeia dominial e o momento exato em que as partes entraram na posse. Só assim, erige-se condição de resolver a pendenga no que toca à prescrição, o que aliás, resolve também a lide quase totalmente.

Convém, de logo, lembrar que presente nos autos o mencionado Registro Torrens no tocante à Fazenda Volta Redonda da Serra, realizado por DELFINO HERCULANO SZERWINSKY, conforme se vê dos documentos de ff. 345/374, valendo lembrar que tal registro é diferenciado do conhecido registro de imóveis, pois uma vez efetivado, fornece ao proprietário título com presunção iures et de iure, ou sejam tem força absoluta, sem admissão de prova em contrário.

Com efeito, o benefício dessa espécie de registro está no efeito constitutivo da propriedade,

na função de publicidade, na força probante absoluta, no respeito à cadeia dominial que preserva o princípio da continuidade, além da perfeita e minuciosa especialização do imóvel a ser registrado, ou seja, sua identificação pormenorizada.

De sua vez, o IBAMA e o ICMBio, seu sucessor, isto é, ambos, não se opuseram à existência desse registro, tampouco, discordaram da conclusão do perito responsável pelo laudo de ff. 780/792, razão pela qual, se alguma irregularidade dominial existe, só pode ser dado após o Registro Torrens, ocorrido em 1º de janeiro de 1964 (ff. 368/374).

Dito isso, convém mencionar, o Requerido não fez qualquer indicação de irregularidade na cadeia dominial existe, só pode ter se dado após o Registro Torrens, ocorrido em 1º de janeiro de 1964 (ff. 368/374).

Dito isso, convém mencionar, o Requerido não fez qualquer indicação de irregularidade na cadeia dominial dessa data em diante, mas simplesmente discordava, antes do laudo de ff. 780/791, do fato de que a propriedade objeto destes autos tivesse origem no Registro Paroquial nº 34 de 1957, parte dela objeto do Registro Torrens, ao que se vê à f. 809. Logo, não há falar em mácula no domínio da propriedade reclamada pelo Autor, no que toca aos seus registros.

Resolvido, pois o primeiro impasse. Pertinente, então saber se o Autor poderia ter adquirido a propriedade no ano de 1989, quando já criado o PNCV, e segundo o IBAMA, ocasião em que não havia dúvida sobre ser o *domínio da área pertencente ao Poder Público* para fins de preservação ambiental, porquanto, segundo afirma, até mesmo as cercas do parque estavam sendo instaladas. Ou seja, o Autor comprou de quem não era dono ou adquiriu bem inegociável?

A resposta à primeira parte da pergunta é fácil. É que o IBAMA não trouxe ao feito qualquer prova de que tenha desapropriado a área em questão, mediante indenização do(s) antigo(s) dono(s). Com isso, tem se que em 1989, quando o Requerente adquiriu a propriedade de ANTÔNIO HERCULANO SZERVINSKS (ff. 22/24), este não havia, ainda, sido desapropriada (Decretos nº 49.875/1961, artigo 3º e 70.492/1972 art. 3º), tampouco há provas de que tenha doado seu imóvel para o órgão florestal competente.

Ora, se a área compreendida pelo Decreto nº 89.596/1981, que estabeleceu os limites do PNCV abrangue propriedade particular, como a hipótese dos autos, e, se referida área não foi doada ao órgão florestal responsável pelo parque, por óbvio, a *desapropriação deveria ter sido manejada com o propósito de indenizar aquele(s) que perderia(m) sua propriedade para o Poder público por força de lei.*

Não foi identificada tal situação até a data em que o Autor adquiriu a propriedade em foco nestes autos, *certamente, então, poderia tê-la adquirido de quem, ainda, legalmente, era dono, posto*

inexistir qualquer outro título de domínio sobre a região, este concretizado, no caso das terras de particulares compreendidas pelo Parque por meio desapropriação ou doação feita ao IBAMA.

Igualmente, não se pode falar que os limites do PNCV já estavam sendo postos, isto é, que a área dele estava sendo demarcada na ocasião do negócio havido entre o Autor e Antônio Herculano Szervinsks, pelos mesmos motivos acima expostos. Porquanto, ainda que, de fato, tais limites e confrontações já estivessem avançando(ado) a propriedade adquirida pelo Autor, nada impedia a aquisição, pois, conforme sobredito, *a propriedade da área não havia sido transferida ao IBAMA tão só pela publicação dos Decretos 49.875/1961, 70.492/1972 e 85.596/1981, na constatação de que os dois primeiros determinavam a desapropriação das áreas privadas não alcançadas mediante doação.*

A par dessas considerações conclui-se que, se o Autor comprou de quem era dono; e, se após a aquisição do bem foi molestado e obrigado a deixá-lo por força de ato(s) praticado(s) pelo Réu, ressaltando a *inocorrência da prescrição*; bem como lúcido também é o direito de indenização que persegue restando, por conseguinte, fixar o valor do imóvel rural perdido para o Réu, a fim de que o Autor receba a *justa indenização* [...]. (Fls. 857/862).

Conforme entendimento pacífico dos tribunais, o prazo prescricional para as ações de desapropriação indireta é vintenário, contado da perda da propriedade pelo seu titular (Súmula 119 do STJ).

Na hipótese dos autos, o esbulho estatal deu-se em 23/03/1994, conforme menciona o perito no laudo oficial à fl. 298. Em vista disso, o prazo prescricional deve ser contado a partir daí. E como a presente ação foi ajuizada em 30/04/2003, não há que se falar em prescrição.

Rejeito, ainda, o pedido de suspensão do processo de desapropriação ante a prejudicialidade de Ação Declaratória de Nulidade de Título 4780-87.2011.4.01.3506, em curso perante a Subseção Judiciária de Formosa/GO, pois conforme esclarece a r. sentença, desde o ajuizamento da presente ação indenizatória, os réus não indicaram qualquer irregularidade na cadeia dominial do imóvel objeto da lide (fl. 860).

Ademais, conforme salienta o ilustre procurador da República em seu parecer:

[...] a presente demanda foi ajuizada em abril de 2003 e somente quatro anos após o regular trâmite é que o réu ajuizou a ação declaratória de nulidade de matrícula nº 4780-87.2011.4.01.3506, isso quando poderia ter suscitado em tempo oportuno ação declaratória incidental para que as duas demandas prosseguissem simultaneamente, assim nota-se que a pretensão do réu ao suscitar

questão de prejudicialidade em sede de apelação é meramente protelatória. (fl. 1.021)

Passo à análise do mérito.

Inicialmente, quanto à cadeia dominial entendo que o registro imobiliário apresentado pelo autor é prova bastante do direito de propriedade, bem como do tamanho real da área, uma vez que corroborado pelo laudo do perito oficial a fls. 780–792 que afirmou

[...] o imóvel do Autor, na Fazenda Volta da Serra, está localizado totalmente dentro do PNCV, assim como do perímetro do Registro Paroquial 34 e do perímetro descrito no Registro Torrens. (fl. 790).

Assim, considerando que a área do bem imóvel do autor está inserida nos limites territoriais do Parque Nacional da Chapada dos Veadeiros, domínio do Poder Público expropriante, resta claro o impedimento do proprietário, então autor da demanda, do gozo e uso de seu bem, sendo autorizada a indenização pela perda da propriedade.

No tocante ao valor da indenização merece ser mantida a sentença que adotou o laudo pericial para estabelecer o justo preço a ser pago pelo imóvel expropriado.

Para chegar ao valor do imóvel em análise, o *expert*, adotando as normas da ABNT, utilizando o método direto ou comparativo de mercado, e considerando os elementos previstos em lei para fins de levantamento do respectivo valor (art. 12 da Lei 8.629/1993), no que tange à terra nua, descreveu sua localização, vias de acesso, relevo, solos, vegetação, hidrografia e clima.

Quanto aos aspectos intrínsecos do imóvel, assim se manifestou o *expert*:

O imóvel objeto deste trabalho apresenta predominância de relevo plano e suave ondulado e composto por terra de cerrado e campo. Na classificação da capacidade de uso, segundo Norton, 30% das suas terras pertencem à classe III; 50% à classe IV; 13%, à classe VI; e, 7%, à classe VIII. As terras da área avalianda encontram-se cobertas por pastagens nativas de campo e vegetação típica de cerrado. Não foram constatadas benfeitorias no imóvel como casa, curral, cultivo de culturas e tampouco remanescentes de plantas frutíferas lideiras a local de habitação humana. [...]. (fls. 279–280).

Quanto aos imóveis paradigmas, consta do laudo que

[...] cinco (05) imóveis semelhantes, próximos e localizados na mesma região do imóvel avaliando, foram tomado como paradigmas de mercado, pois 3 deles haviam sido vendidos (dois em oferta) em tempo anterior à pesquisa de preços de mercado (NBR 14.653/2004 da ABNT). Dos

imóveis foram descritas as suas características mais importantes, também em formulários específicos (anexos 02/01/2005). Os valores encontrados foram submetidos a homogeneização estatística e comparadas as suas característica e valores aos do imóvel avaliando (vide anexos 1º/01; 1º/01/2007; 02/01/2005; 03/01; e, 03/02). (fl. 274).

Além dessas considerações, aludido profissional acostou a fls. 326–337 detalhado álbum fotográfico, por meio do qual se pode ter uma visão geral da área expropriada e imóveis paradigmas, e procedeu à coleta de preços do valor das terras por hectare no âmbito da respectiva região do imóvel. O valor total do imóvel por hectare encontrado pelo perito do juízo para o imóvel em análise, na data da perícia (maio 2006), corresponde a R\$ 1.303,35 (um mil, trezentos e três reais e trinta e cinco centavos). Além disso, apurou-se um prejuízo com cerca de divisa no valor de R\$ 5.328,96 (cinco mil, trezentos e vinte e oito reais e noventa e seis centavos). Vide fl. 307.

Posta assim a situação que envolve o presente feito, dúvidas não remanescem acerca do acerto e precisão do trabalho do sr. perito que não pode, a meu sentir, ser afastado sem maiores considerações.

Dessa forma, o valor de R\$ 2.762,33 (dois milhões, setecentos e sessenta e dois mil e trinta e três centavos) apurado por esse profissional a título de indenização pelo imóvel expropriado, no âmbito da área efetivamente levantada, mostra-se consentâneo com a realidade mercadológica da região em apreço.

Quanto aos lucros cessantes, tenho que não assiste razão ao apelante, uma vez que estando o imóvel expropriado na área do Parque Nacional da Chapada dos Veadeiros, não há supor qualquer tipo de lucro a ser aferido pelo autor visto o impedimento de sua exploração econômica por determinação legal.

Além disso, consoante explicitado pelo juízo de origem, no cálculo indenizatório do imóvel já restou agregada a valorização decorrente da “vocaçào turística” típica da localidade.

Sobre o tema, transcrevo parte da fundamentação lançada na r. sentença

[...]

Como se vê, não se pode falar em lucros cessantes, pois qualquer aquisição dentro do PNCV, feita a partir, especialmente, do ano de 1981, serveria apenas para deleite de quem fizesse a aquisição, visto que, impossibilitada, por força de lei, sua exploração econômica, estando seu responsável (quem a fizesse), sujeito ao risco daí advindo (perda do investimento), dada a nova vocação das terras, qual seja, exclusivamente proteção ambiental.

Nesse caso, então, o justo preço é determinando pela verdadeira, geral e comum

estimação dos homens, sendo que tal estimação atém-se ao valor corrente do bem, que é o que resulta da oferta e da procura, sendo isto suficiente para notar-se o justo preço, sem aferir qualquer outro tipo de prejuízo.

Além do mais, se por um lado, o Autor diz ter experimentado prejuízo com que deixou de lucrar pela exploração de suas terras, de outro auferiu lucro, porquanto segundo pontua o perito às f. 515/516, “qualquer imóvel rural inserido naquela região pode ser transformado em um empreendimento turístico [...] os imóveis negociados e em oferta, localizados na “grande região” do parque têm agregação de valor da vocação turística [...] (fl. 873).

Quanto à condenação ao pagamento de juros compensatórios, a reiterada jurisprudência deste TRF 1ª Região sinaliza no sentido de que essas verbas, na desapropriação indireta, serão fixadas à razão de 12% (doze por cento) ao ano, incidentes a partir da ocupação e calculados sobre o valor da condenação.

Todavia, no caso em exame, quanto à fixação do termo inicial de incidência dos juros compensatórios, deve ser observada a data determinada na sentença recorrida (1º de janeiro de 1995), à falta de recurso do autor da ação.

Quanto aos juros de mora, o art. 15-B do Decreto-Lei 3.365/1942, acrescentado pela Medida Provisória 1.577/1997, hoje Medida Provisória 2.183-56/2001, determina que esses, na desapropriação direta ou indireta, são devidos a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito.

Nesse ponto, a sentença merece reforma, uma vez que estabeleceu os juros de mora em 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir de 1º de janeiro de 1995.

A correção monetária se impõe para que o poder de compra da indenização não seja corroído pela inflação, devendo ser mantida na forma em que arbitrada na sentença.

O percentual estabelecido na sentença quanto aos honorários advocatícios merece reforma, pois em desconformidade com o entendimento jurisprudencial pacífico do STJ e deste Tribunal. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO
INDIRETA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
MAJORAÇÃO DA VERBA.

1. Em ação ordinária por desapropriação indireta a fixação de honorários advocatícios deve

observar o disposto no art. 20, § 3º e 4º combinado com o art. 27, § 1º, do DL 3.365/41, quanto aos limites da verba honorária.

2. Considerando a situação especial, em que o valor arbitrado ficaria em patamar inferior ao mínimo legal (0,5%), bem como a dedicação do patrono da causa por mais de uma década, mostra-se razoável a majoração dessa verba para 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1210156/PR, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 23/04/2012)

PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES. TAXA DE JUROS COMPENSATÓRIOS. TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS. LIMITE DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. [...]

4. Os honorários advocatícios, na desapropriação, inclusive indireta, serão fixados entre meio e cinco por cento (art. 27, §§ 1º e 3º, II - Decreto-lei 3.365/41), não se aplicando, na espécie, as normas do Código de Processo Civil. Redução da verba para o limite de 5% (cinco por cento).

5. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos modificativos.

(EDAC 0002067-49.2005.4.01.3701/MA, rel. Des. Federal Olindo Menezes, Quarta Turma, e-DJF1, p. 670, de 30/11/2012) (grifei)

Assim, considerando as disposições legais e precedentes, entendo por bem fixá-los em 5% (cinco por cento) do valor atualizado da condenação, de acordo com o § 1º do art. 27 do Decreto-Lei 3.365/1941 e do art. 20, § 4º, do CPC.

Diante do exposto, dou provimento ao agravo retido do autor, para que o Ibama e ICMBio sejam mantidos no polo passivo da lide. Nego provimento à apelação do autor e à remessa oficial para que o termo inicial de incidência dos juros de mora ocorra a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, bem como determinar que a verba honorária seja fixada em 5% (cinco por cento) do valor atualizado da condenação, de acordo com o § 1º do art. 27 do Decreto-Lei 3.365/1941 e do art. 20, § 4º, do CPC, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

Quarta Turma

Numeração única: 0016546-87.1999.4.01.3400

Apelação Cível 1999.34.00.016571-0/DF

Relator : Desembargador Federal Olindo Menezes
 Apelante: Ministério Público Federal
 Procuradora: Dra. Eliana Pires Rocha
 Apelada: União Federal
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
 Apelado: Clóvis Barros Carvalho
 Advogado: Dr. Marcos Jorge Caldas Pereira
 Publicação: e-DJF1 de 21/06/2013, p. 1.085

Ementa

Administrativo. Improbidade administrativa. Conduta descrita na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), praticada por autoridade detentora de prerrogativa de foro. Uso de aeronaves oficiais por ministro de Estado, fora das missões oficiais em sentido estrito. Cessação da atividade como agente político. Competência para o processo e julgamento. Reclamação 2.138/STF e Petição 3.923/STF. Ausência de má-fé, dolo e de enriquecimento ilícito. Não configuração de ato de improbidade. Reforma de sentença extintiva do processo sem resolução do mérito. Julgamento da lide (desde logo) pelo Tribunal.

I. Na Reclamação 2.138 – DF, o STF entendeu que os agentes políticos, na qualidade de ministros de Estados, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/1992, mas apenas por crime de responsabilidade, em ação que somente pode ser proposta perante aquela Corte, nos termos do art. 102, I, c, da Constituição Federal; e que, se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição.

II. Nesse precedente, debateu o Plenário do STF se permanecia a competência da Corte diante do fato novo da “cessação do exercício da função pública pelo interessado”, vindo a ser rejeitada a questão de ordem pelo fato de o interessado ter assumido, posteriormente, o cargo de chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas, circunstância que não ilustra a presente hipótese, na qual o demandado não mais ocupa o cargo de ministro de Estado, fixando-se, conseqüentemente, a competência do primeiro para o processo e julgamento.

III. A prerrogativa de foro defere-se em razão do cargo ou do mandato ainda titularizado, não em razão da pessoa. Não goza de prerrogativa de foro o ex-agente político. Além de cuidar-se de princípio consagrado, já que a prerrogativa de foro excetua a regra geral da jurisdição nas instâncias ordinárias, à qual se submetem todos os cidadãos, a orientação voltou a ser reiterada pelo Supremo Tribunal Federal em recente julgamento (06/02/2013), na Rcl-AgrR 6.383.

IV. O pressuposto da competência do STF, na Reclamação 2.138/DF — manutenção do cargo público que firma a prerrogativa de foro —, não se faz presente no caso, sem falar que tem a Corte, em repetidas oportunidades, reafirmado que as decisões proferidas pelo seu Plenário, nas Reclamações 2.138/DF e 6.043/SP, têm efeito apenas inter partes, sem eficácia geral e vinculante e, portanto, sem beneficiar terceiros.¹

V. Não fora isso, o STF, examinando questão de ordem da Petição 3.923, em 13/06/2007, entendeu que

¹ Rcl-AgrR 8.221, Rcl-AgrR 6.383 e Rcl-AgrR 5.703, entre outros.

A Lei 8.429/1992 regulamenta o art. 37, parágrafo 4º da Constituição, que traduz a concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no *caput* do mesmo dispositivo constitucional; e que as condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade.

VI. Em suma, pode o juiz de primeiro grau conduzir, processar e julgar ações de improbidade contra autoridades detentoras de foro pela prerrogativa da função, fundadas na Lei 8.429/1992, e aplicar (em princípio) as suas penalidades, mais ainda quando a autoridade já deixou o exercício da função, perdendo a prerrogativa de foro.

VII. O uso de aeronaves do Grupo de Transporte Especial – GTE do Ministério da Aeronáutica, e de outros equipamentos públicos (Hotel de Trânsito de Oficiais, em Fernando de Noronha) por agentes políticos (ministros de Estado), fora do exercício de missões oficiais, como se fora uma prerrogativa da alta função, a despeito de não se pautar pela ortodoxia administrativa, não chega a tipificar ato de improbidade, à luz dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/1992, dada a falta do elemento subjetivo da má-fé (dolo) e do enriquecimento ilícito.

VIII. Cuidando-se de praxe administrativa comum (socialmente reiterada), de há muito praticada, e autorizada pelas autoridades aeronáuticas, não há que ser considerada, sem nova e específica regulamentação, como ato de improbidade, que pressupõe má-fé (elementos subjetivo) e desonestidade. Os atos de improbidade administrativa do art. 11 da Lei 8.429/1992 não se confundem com simples ilegalidades administrativas. A má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo; a ilegalidade só adquire o qualificativo da improbidade quando a conduta antijurídica, sobre ferir os princípios constitucionais da Administração Pública, está informada pela má-intenção do administrador.

IX. Provimento parcial da apelação. Julgamento imediato da lide (art. 515, § 3º - CPC), com a improcedência da ação de improbidade.

Acórdão

Decide a Turma dar parcial provimento à apelação, à unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 21/05/2013.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Olindo Menezes*: — O Ministério Público Federal apela de sentença da 22ª Vara Federal/DF, que, em ação de improbidade administrativa proposta pelo MPF em desfavor de *Clóvis Barros Carvalho*, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, por inadequação da via processual eleita.

Para a sentença, o STF, ao julgar a Reclamação 2.138/DF, entendeu que os agentes políticos, na condição jurídica de ministros de Estados, não respondem por improbidade administrativa, à luz do art. 37, § 4º da Constituição e da Lei 8.429/1992, mas apenas por crime de responsabilidade, nos termos do art. 102, I, c, da Constituição e da Lei 1.079/1950, em ação que somente pode ser proposta naquela Corte.

Sustenta a apelação que a Reclamação 2.138/DF não é hábil para afastar a aplicabilidade das sanções civis previstas na lei de improbidade, por tratar-se de decisão sem efeitos vinculantes e apenas

inter partes. Além disso, na atual conjuntura, a lei de improbidade é perfeitamente aplicável aos agentes políticos, considerando que, eximir tais agentes do dever de responder sob a ótica da improbidade implica reconhecer que eles estão imunes ao controle judicial de legalidade e moralidade, sendo julgados com base em critérios exclusivamente políticos.

Aduz, ainda, que o STF, no julgamento da Pet 3.923/SP, reviu seu posicionamento ao decidir que os atos de improbidade tipificados na Lei 8.429/1992, e os crimes de responsabilidade tipificados na Lei 1.079/1950, constituem institutos jurídicos diversos, podendo coexistir harmonicamente.

Afirma que o presente caso reclama a aplicação do art. 515, § 3º do CPC — julgamento, de logo, da questão no plano do mérito —, uma vez que a matéria fática encontra-se devidamente comprovada, e que as questões de direito presentes na lide prescindem de prova.

Quanto ao mérito, ressalta que todo o conjunto probatório dos autos confirma que o réu, valendo-se

da condição de ministro de Estado (chefe da Casa Civil), fez uso, para fins privados, de aeronaves da Força Aérea Brasileira e do Hotel de Trânsito de Oficiais, situado no arquipélago de Fernando de Noronha, incorrendo em atos de improbidade ao utilizar-se de bem público para fins privados.

Apresentadas as contrarrazões pelo réu (fls. 544–547) e pela União (fls. 526–541)², ascendem os autos a este Tribunal, tendo o órgão do Ministério Público Federal nesta instância, em parecer firmado pelo Procurador Regional da República Luiz Augusto Santos Lima, opinado pelo provimento parcial da apelação, para se reconhecer a aplicabilidade da Lei 8.429/1992 aos agentes políticos. No mérito, manifesta-se pelo reconhecimento da inexistência de dolo ou má-fé aptos a ensejar condenação por ato de improbidade. (Cf. parecer de fls. 553–563).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — 1. O Ministério Público Federal atribui ao apelado, então ministro-chefe da Casa Civil da Presidência da República, a prática de condutas ímprobadas descritas no art. 9º, *caput*, incisos IV e XII; art. 10, *caput*, incisos IX e XIII, e art. 11, *caput*, e inciso I, da Lei 8.429/1992.³

²O réu, à época dos fatos, era ministro de Estado, o que justifica a presença da União no polo passivo da ação (fl. 179).

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz e a Exma. Sra. Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (convocada).

³Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

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:

[...]

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza,

Segundo consta na inicial, por três oportunidades — 16 de fevereiro de 1996, 3 de janeiro de 1997 e 3 de janeiro de 1998 — o réu fez uso privado, juntamente com uma comitiva não identificada, de um avião a jato da Força Aérea Brasileira, para deslocar-se gratuitamente até a ilha de Fernando de Noronha, condutas que caracterizariam atos de improbidade, por tratar-se da utilização de um bem público para fins privados.

Esse não foi o entendimento da sentença, ao julgar o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, por inadequação da via processual eleita, nestes termos (fls. 508–513):

No que concerne às preliminares, a primeira questão a ser tratada é a relativa à adequação da via processual utilizada pelo autor da ação em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do manejo da ação de improbidade administrativa em face de agente político na qualidade de Ministro de Estado.

No julgamento da Reclamação n.º 2.138-DF, tendo como reclamados o Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e o Juiz Relator da AC 1999.34.00.016727-9, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o Supremo Tribunal Federal, após fazer distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa estabelecido na Constituição Federal de 1998, o previsto no art. 37, §4º, e regulamentado pela Lei 8.429, de 1992, e o de crime de responsabilidade disposto no art. 102, I, letra c, e disciplinado pela Lei 1079, de 1950, julgou procedente o pedido formulado na reclamação, entendendo que os agentes políticos, na qualidade de Ministro de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade em ação que somente pode ser proposta perante o STF, nos termos do art. 102, I, c, da Constituição Federal.

[...]

No caso em apreço, a hipótese fática é semelhante àquela versada nos autos da ação de improbidade (que tramitou na 14ª Vara Federal) e que deu origem à mencionada Reclamação. Dessa

de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades. Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência

forma, a solução cabível nestes autos deve ser semelhante a que foi dada naquele caso.

Nessa conformidade, considerando a jurisprudência acima transcrita e tendo em vista a similaridade dos casos referidos, tenho que a parte autora não se utilizou da via processual adequada, além de ter formulado pedido tido por incabível diante da qualidade do cargo ocupado pelo sujeito passivo.

Nada obstante, tendo em vista a imprescritibilidade da pretensão de reparação de danos causados ao patrimônio público, fica franqueado ao autor o manejo da ação civil pública visando ao ressarcimento dos eventuais danos causados ao erário, tal como se deu no caso concreto acima mencionado.

Ante o exposto, julgo extinto o processo sem resolução de mérito, nos termos previstos no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

2. Cuida-se de matéria inçada de dificuldades, sempre recorrente no dia a dia dos tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, tendo a sentença e a apelação, sobre os mesmos fatos (a ela subjacentes), diferentes leituras jurídico-administrativas.

Efetivamente, no exame da Reclamação 2.138 – DF, o STF entendeu que os agentes políticos, na qualidade de ministro de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/1992, mas apenas por crime de responsabilidade, em ação que somente pode ser proposta perante aquela Corte, nos termos do art. 102, I, c, da Constituição Federal; e que, se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição.

É de se transcrever, no que pertinente, para o seu melhor entendimento, a ementa julgado:

[...] II. MÉRITO. II. 1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II. 2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950).

Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição. II. 3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II. 4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II. 5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

Foi debatido, nesse julgamento, em questão de ordem, se permanecia a competência da Corte diante do fato novo da "cessação do exercício da função pública pelo interessado", vindo a ser rejeitada a questão de ordem pelo fato de o interessado ter assumido, posteriormente, o cargo de chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas, circunstância que não existe na hipótese.

A prerrogativa de foro defere-se em razão do cargo ou do mandato ainda titularizado, não em razão da pessoa. Assim, não goza de prerrogativa de foro o ex-agente político.

Além de cuidar-se de princípio consagrado, já que a prerrogativa de foro excetua a regra geral da jurisdição nas instâncias ordinárias, à qual se submetem todos os cidadãos, a orientação voltou a ser reiterada pelo Supremo Tribunal Federal em recente julgamento (06/02/2013), na Rcl-AgrR 6.383.

Portanto, o pressuposto da competência do STF, na Reclamação 2.138/DF — manutenção do cargo público que firma a prerrogativa de foro —, não se faz presente no caso, sem falar que tem a Corte, em

repetidas oportunidades, reafirmado que as decisões proferidas pelo seu Plenário, nas Reclamações 2.138/DF e 6.043/SP, têm efeito apenas *inter partes*, sem eficácia geral e vinculante e, portanto, sem beneficiar terceiros.⁴

Não fora isso, o STF, examinando questão de ordem da Petição 3.923, em 13/06/2007, entendeu que

A Lei 8.429/1992 regulamenta o art. 37, parágrafo 4º da Constituição, que traduz a concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no *caput* do mesmo dispositivo constitucional. As condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade.

Em suma, pode o juiz de primeiro grau conduzir, processar e julgar ações de improbidade contra autoridades detentoras de foro pela prerrogativa da função, fundadas na Lei 8.429/1992, e aplicar (em princípio) as suas penalidades, mais ainda quando a autoridade já deixou o exercício da função, perdendo a prerrogativa de foro, como no caso.

3. Busca o apelante que a Turma, firmada a premissa da competência do primeiro grau, de logo se julgue o mérito da demanda, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, uma vez que a matéria fática encontra-se devidamente comprovada, e que as questões de direito presentes na lide prescindem de prova.

De fato, cabe de logo o deslinde da controvérsia, nos termos do permissivo, que rende homenagem ao princípio da efetividade do processo; não, porém, na linha da pretensão do apelante, pois, como se coloca a Procuradoria Regional da República, dada a ausência de má-fé (dolo) apta a ensejar a condenação por improbidade administrativa.

No libelo da inicial, o réu, valendo-se da condição de ministro de Estado (chefe da Casa Civil), fez uso, para fins privados, de aeronaves da Força Aérea Brasileira e do Hotel de Trânsito de Oficiais, situado no arquipélago de Fernando de Noronha, incorrendo em atos de improbidade ao utilizar-se de bem público para fins privados.

Não estaria o demandado a cumprir, nos deslocamentos, atividades relacionadas ao exercício do cargo, senão em viagens de recreio, pelo que a sua conduta, utilizando bens públicos para fins privados, ofenderia os princípios da legalidade, da moralidade administrativa, da razoabilidade e da economicidade.

Cuida-se de tema difícil, que não deixa de apresentar um componente político, mas a impressão que avulta é que os fatos descritos na inicial, a despeito de possivelmente não estarem na melhor prática administrativa, não se afeiçoam à improbidade administrativa definida na Lei 8.429/1992, dada a ausência do elemento subjetivo.

O uso de aeronaves do Grupo de Transporte Especial – GTE do Ministério da Aeronáutica, e de outros equipamentos públicos (Hotel de Trânsito de Oficiais, em Fernando de Noronha) por agentes políticos (ministros de Estado), fora do exercício de missões oficiais, como se fora uma prerrogativa da alta função, a despeito de não se pautar pela ortodoxia administrativa, não chega a tipificar ato de improbidade, à luz dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 9.429/1992, dada a falta do elemento subjetivo da má-fé (dolo) e do enriquecimento ilícito.

Cuidando-se de praxe administrativa comum (socialmente reiterada), de há muito praticada, e autorizada pelas autoridades aeronáuticas, não há que ser considerada, sem nova e específica regulamentação, como ato de improbidade, que pressupõe má-fé (elemento subjetivo) e desonestidade. Os atos de improbidade administrativa do art. 11 da Lei 8.429/1992 não se confundem com simples ilegalidades administrativas.

Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do art. 10.⁵

A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 9.429/1992, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoiar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa e, *a fortiori*, ir além do que o legislador pretendeu. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.⁶

⁴ Rcl-AgR 8.221, Rcl-AgR 6.383 e Rcl-AgR 5.703, entre outros.

⁵ Cf. Superior Tribunal de Justiça - AIA 30/AM, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJE 28/09/2011.

⁶ Cf. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1130198, rel. Min. Luiz Fux.

As condutas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/1992, e se apresentam divididos em três categorias, respectivamente: (i) as que importam enriquecimento ilícito; (ii) as que causam prejuízos ao Erário; (iii) e as que atentam contra os princípios da Administração Pública.

No tocante aos atos que importam enriquecimento ilícito, sua configuração exige a obtenção de vantagem patrimonial indevida, a qual deve repercutir positivamente no patrimônio do agente, com o incremento de ativos, sob os auspícios do dolo na conduta, o que não se vê presente no caso, no qual o demandado não experimentou enriquecimento ilícito.

Para a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei 8.429/1992, exige-se a presença de dois requisitos: um de caráter objetivo, radicado no efetivo dano ao Erário e, outro, de cunho subjetivo, da parte do agente reputado ímprobo.

Nesse caso, admite-se a modalidade culposa, por expressa disposição legal⁷, devendo estar caracterizada

a culpa grave, punindo-se o agente que não empregou em seu comportamento os cuidados necessários para a proteção do patrimônio público, entendido como o conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística pertencentes ao poder público,⁸ o que razoavelmente não se dá no caso.

Dispõe a Lei 8.429/1992 que constitui ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;” (art. 11, I), num núcleo de textura aberta que deve ser interpretado com ponderação e razoabilidade, evitando os excessos.

4. Em face do exposto, dou parcial provimento à apelação, para reformar a sentença e, nos termos do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, para apreciar desde logo a lide, julgando (como de fato julgo) improcedente a ação de improbidade administrativa proposta pelo MPF contra Clóvis de Barros Carvalho e União.

É o voto.

⁷Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao Erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou *culposa*, que enseja perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei [...]”

⁸GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 252.

Quarta Turma

Numeração única: 0011777-34.1998.4.01.3800

Apelação Criminal 1998.38.00.011949-8/MG

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz
 Apelante: Justiça Pública
 Procurador: Dr. Hélder Magno da Silva
 Apelados: Carlos Luiz Leonello
 Márcio Muller Macieira
 Advogados: Dr. Leonardo Coelho do Amaral e outro
 Publicação: e-DJF1 de 30/07/2013, p. 111

Ementa

Penal. Processual Penal. Apropriação indébita previdenciária. Lei 9.964/2000. Vigência anterior à inclusão da empresa dos réus no Refis. Aplicação. Art. 15. Suspensão da pretensão punitiva e da prescrição durante a inclusão. Preliminar. Extinção da punibilidade. Rejeição. Denúncia. Lei 8.212/1991, art. 95, alínea d. Revogação. Lei 9.983/2000. CP, art. 168-A, § 1º, inciso I. Alegação de inconstitucionalidade. Improcedência. Dolo específico. Não exigência de comprovação. Sentença

absolutória. Reforma. Punibilidade do primeiro apelado. Extinção. Prescrição da pena em abstrato. CP, arts. 107-IV, 109-III, 114-II e 115.

I. A empresa Walcar Terraplenagem Ltda., tendo como sócios-gerentes os ora apelados, aderiu ao programa Refis em 26/04/2000. Por sua vez, a Lei 9.964 foi publicada no *DOU* em 11/04/2000 e entrou em vigor naquele mesmo dia (art. 18), data anterior à adesão da empresa dos réus ao referido programa. Dessarte, aplica-se ao presente caso a mencionada lei, inclusive o § 1º do seu art. 15, segundo o qual, “A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.” Preliminar de extinção da punibilidade que se rejeita.

II. A conduta antes abrangida pelo art. 95, *d*, da Lei 8.212/1991, imputada aos apelados na denúncia, encontra-se, agora, definida no art. 168-A do CP, sob a denominação de apropriação indébita previdenciária, que se configura quando o sujeito ativo deixa de repassar à Previdência Social a contribuição recolhida dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional.

III. É inconsistente o argumento de inconstitucionalidade do art. 168-A do CP, uma vez que não se trata de prisão civil por dívida (art. 5º, LXVII, da CF/1988), mas de um crime contra o patrimônio público, consistente em deixar de repassar a contribuição recolhida, não se vislumbrando vício de inconstitucionalidade da figura típica descrita, repercutindo, portanto, na esfera penal.

IV. O crime de apropriação indébita previdenciária não exige para sua consumação o dolo específico, consistente no *animus rem sibi habendi*.

V. A pretensão punitiva e, de consequência, a respectiva prescrição foram suspensas em 21/11/2000, em face da adesão da empresa gerida pelos denunciados ao programa Refis. Do recebimento da denúncia (10/02/1998) até o dia da suspensão da prescrição (21/11/2000), transcorreram 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 11 (onze) dias. Em relação ao réu Carlos Luiz Leonello, ficaram faltando 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 19 (dezenove) dias para o prazo prescricional, que era de 6 (seis) anos. Como da data em que o feito foi reativado (12/09/2008) até a presente data transcorreram mais de 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 19 (dezenove) dias, em relação àquele apelado, está extinta a pretensão punitiva do Estado, pela prescrição da pena em abstrato prevista no art. 168-A do CP (arts. 107-IV, 109-III, 114-II e 115, todos do CP). Apelação do Ministério Público Federal que, no ponto, fica prejudicada.

VI. Na sentença, o magistrado não analisou o tipo objetivo, a materialidade e a autoria do crime imputado ao apelado Márcio Muller Macieira, tampouco a alegação de dificuldades financeiras como causa de atipicidade objetiva sustentada pela defesa nas alegações finais. Nessa esteira, a análise do mérito da acusação por esta Corte consubstanciaria supressão de instância, violação do juízo natural e do devido processo legal. Dessarte, os autos devem retornar ao juízo de primeira instância para que a ação penal seja sentenciada na matéria de fundo.

VII. Apelação parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Turma declarar a extinção da pretensão punitiva do Estado em relação ao réu Carlos Luiz Leonello, julgando prejudicada a apelação do Ministério Público Federal em relação àquele apelado, e dar parcial provimento à apelação quanto ao réu Márcio Muller Macieira, para, considerando a constitucionalidade do art. 168-A do CP, anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo *a quo*, a fim de que analise o mérito da imputação contida na denúncia, à unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 28/05/2013.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal, em face da sentença de fls. 427–436, v. 2, que absolveu os réus Carlos Luiz Leonello e Márcio Muller Macieira da imputação do delito de apropriação indébita previdenciária, com fundamento no art. 386, II, do CPP.

Em suas razões de apelação, sustenta que: — O Supremo Tribunal Federal e este Regional posicionaram-se pela constitucionalidade da norma contida no art. 168-A do CP (fls. 441v e 442v, v. 2); - o desvalor da conduta não está em simplesmente deixar de repassar à Previdência Social contribuições (o que caracterizaria prisão por simples dívida), mas em descontar esse valor do pagamento do empregado/segurado e não repassá-lo ao seu legítimo destinatário (fl. 444v); - trata-se,

antes, de uma sanção penal ao enriquecimento ilícito às custas do segurado e da Seguridade Social do que da mera arrecadação de valores ao Erário (fl. 444v); - no tipo previsto pelo art. 168 do CP, tem-se como núcleo *apropriar-se*, enquanto no tipo do art. 168-A o núcleo é *deixar de repassar*, assim, a ocorrência de apropriação não é elementar do crime de apropriação indébita previdenciária (fl. 445); - a questão acerca da caracterização do tipo em questão como omissivo formal ou material é irrelevante para o caso em tela, eis que o crédito tributário foi devidamente constituído (fls. 445–445v); - se há inversão da posse, ela não se dá no plano material (o valor devido a título de contribuição nunca sai do caixa da empresa), tratando-se de operação meramente contábil (fls. 446v–447); - mesmo que se admita essa última hipótese, há prova suficiente da inversão da posse nos autos, conforme se extrai do Parecer 783/1997 da Procuradoria Federal do INSS em Minas Gerais (fl. 447); - a materialidade ficou inconteste, tendo sido formalizado o crédito previdenciário através das Notificações Fiscais de Lançamento de Débito – NFLD’s 32.504.242-0, 32.504.243-8 e 43.504.244-6, as quais, até junho de 2010, representavam as quantias de R\$ 59.993,12, R\$ 767,83 e R\$ 9.095,98, respectivamente (fl. 447v); - a autoria ficou inconteste, demonstrada pela Alteração Contratual da empresa de fls. 66–71, que, em sua Cláusula 10ª, dispõe que aos ora acusados incumbia a responsabilidade pela gestão e administração da empresa, sendo que tal situação restou confessada pelos réus às fls. 271–272 e 275 e corroborada pelas testemunhas arroladas pela defesa (fls. 300–304) (fl. 447v); - não há nos autos comprovação efetiva das dificuldades financeiras supostamente vivenciadas pela empresa, de modo a impossibilitar o repasse das contribuições ao órgão previdenciário, nem sequer foram trazidos aos autos elementos bastantes para suscitar dúvida razoável a esse respeito (fl. 448); - a empresa, ainda que enfrentando as alegadas dificuldades, continuava a exercer a sua atividade empresarial regularmente, conforme atestado pelos próprios acusados em seus interrogatórios (fls. 271–272 e 275) (fl. 448); - a alegação dos réus, ora apelados, de que a impossibilidade do pagamento das contribuições se deveu aos vultosos investimentos realizados após uma concorrência pública cuja obra nunca foi iniciada (fl. 271) não foi acompanhada de qualquer documentação (fl. 448v).

Ao final, requer a reforma da decisão impugnada, com a condenação dos apelados como incurso nas penas do delito previsto no art. 168-A, § 1º, inciso I, do CP, na forma do art. 71 do mesmo diploma, por 14 (quatorze) vezes (fl. 448v, v. 2).

Há contrarrazões (fls. 453–461, v. 3).

A PRR 1ª Região, nesta instância, opinou pelo provimento do recurso (fls. 465–468, v. 3).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: —

Esse o teor do requerimento ministerial, iniciando o feito:

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, por seu representante legal adiante assinado, vem, com base no procedimento administrativo 08112.001175/97-85, oferecer DENÚNCIA contra:

CARLOS LUIZ LEONELLO, brasileiro, separado judicialmente, empresário, residente na Alameda das Princesas, 509, Bairro São Luiz, nesta Capital, portador da Carteira de Identidade n. M-133.146 (SSP/MG) e CPF n. 000.686.756-15;

MÁRCIO MULLER MACIEIRA, brasileiro, casado, empresário, residente na Rua Cascatinha, n. 21, Conjunto Celso Machado, nesta Capital, portador da Carteira de Identidade n. M-83.125 (SSP/MG) e CPF n. 133.632.556-91, pela responsabilidade penal decorrente dos seguintes fatos delituosos:

1. Consta dos autos que os denunciados, na qualidade de sócios-gerentes da empresa WALCAR TERRAPLENAGEM LTDA., estabelecida na Rua Noraldino de Lima, 216, Belo Horizonte/MG, procederam aos descontos das contribuições sociais devidas por seus empregados à Previdência Social, deixando de recolhê-las aos cofres públicos conforme apurado através de NFLD’s nº 32.504.241-1, (R\$ 3.398,07); nº 32.504.242-0, (R\$ 52.851,17); nº 32.504.243-8, (R\$ 331,07); nº 32.504.244-6, (R\$ 3.923,81) referentes às atividades da empresa em Belo Horizonte e Porto Velho/RO, bem como ao 13º salário devido pelo ano de 1996, sendo certo que sua escrituração contábil era centralizada nesta Capital, sede da empresa.

2. O valor consolidado do débito para com a autarquia montava em abril de 1997, R\$ 60.504,12 (sessenta mil, quinhentos e quatro reais e doze centavos) - fls. 06, e, apesar de regularmente notificados, os denunciados não promoveram o pagamento nem requereram seu parcelamento.

3. Pelo exposto, incidiram os denunciados no tipo descrito no art. 95, alínea ‘d’ da Lei 8.212/91, combinado com o art. 71 do Código Penal (por quatorze vezes), motivo pelo qual o MPF requer suas citações para os termos e atos desta ação penal até final sentença condenatória. (fls. 02A/03A).

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes e a Exma. Sra. Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (convocada).

A denúncia foi aditada à fl. 123, nos seguintes termos:

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, nos autos nº 1997.38.00.039722-8 vem aditar a denúncia de fls. 2A e 3A, cujo primeiro parágrafo passa a ter a seguinte redação:

1 - Consta dos autos que os denunciados, na qualidade de sócios-gerentes da empresa WALCAR TERRAPLENAGEM LTDA., estabelecida na Rua Noraldino de Lima, 216, Belo Horizonte/MG, procederam aos descontos das contribuições sociais devidas por seus empregados à Previdência Social, deixando de recolhê-las aos cofres públicos, conforme apurados através de NFD's nº 32.504.241-1, (R\$ 3.398,07); nº 32.504.242-0, (R\$ 52.851,17); nº 32.504.243-8, (R\$ 331,07); nº 32.504.244-6, (R\$ 3.923,81), referentes às atividades da empresa em Belo Horizonte e Porto Velho/RO, no período de dezembro de 1995 a janeiro de 1997, sendo certo que sua escrituração contábil era centralizada nesta Capital, sede da Empresa.

Em suas alegações finais, o Ministério Público Federal destacou que, atualmente, a conduta imputada aos réus na denúncia é incriminada no art. 168-A do CP, acrescido ao referido diploma pela Lei 9.983/2000, que, por ter previsto pena mais branda, constituindo, assim, *novatio legis in melius*, deve ser aplicado ao caso, nos termos do parágrafo único do art. 2º do CP (fl. 376, v. 2). Ao final, requereu a condenação dos réus nas penas previstas no art. 168-A, c/c o art. 71 (por quatorze vezes), ambos do CP (fl. 383v, v. 2).

Processada a causa, o juiz decretou a absolvição dos réus, a teor do disposto no art. 386-II do CPP — não haver prova da existência do fato (fls. 429–436, v. 2).

Somente o Ministério Público Federal recorreu, às fls. 438–448v, v. 2.

Inicialmente, aprecio a preliminar de extinção da punibilidade, sustentada pela defesa em suas alegações finais (fls. 396–399, v. 2) e ratificada nas contrarrazões à apelação, sob os seguintes fundamentos: a) a decisão dessa Corte regional determinando a suspensão da pretensão punitiva em razão da adesão da empresa dos apelados ao Refis se deu justamente em respeito ao postulado fundamental da retroatividade benéfica, desta forma, não há se falar também em suspensão da prescrição do delito previdenciário imputado na denúncia, já que admitir o contrário equivale, na prática, negar a retroatividade benéfica e aplicar a parte mais gravosa do art. 15 da Lei 9.964/2000 (fl. 456, v. 3); b) na época em que os delitos imputados na denúncia teriam sido praticados vigorava, além do art. 95 da Lei 8.212/1991, o art. 34 da Lei 9.249/1995, o qual colocava o parcelamento do crédito tributário

como causa suficiente para determinar a extinção da punibilidade de qualquer tipo de crime fiscal, inclusive aquele apontado pelo MPF (fls. 456-457).

Não procede a alegação.

Com efeito, em 07/07/2000, a defesa, informando que os denunciados, através de sua empresa, tinham aderido ao Refis, requereu a suspensão da pretensão punitiva do delito fiscal imputado, nos termos do art. 15 da Lei 9.964/2000 (fls. 248–250, v. 2).

No *Habeas Corpus* 2000.01.00.103415-7/MG, do qual fui relator, julgado pela Quarta Turma desta Corte, em 21/11/2000, foi concedida a ordem para autorizar a suspensão da pretensão punitiva, nos moldes previstos no art. 15 da Lei 9.964/2000 (fls. 314–320, v. 3).

Ocorre que, de acordo com o Termo de Opção pelo Refis juntado aos autos pela defesa, cópia à fl. 251, v. 2, a empresa Walcar Terraplenagem Ltda., tendo como sócios-gerentes os ora réus (fl. 64), aderiu ao referido programa em 26/04/2000 (fl. 251, v. 2).

Por sua vez, a Lei 9.964 foi publicada no *DOU* em 11/04/2000 e entrou em vigor naquele mesmo dia (art. 18), data anterior à adesão da empresa em tela ao Refis. Dessarte, aplica-se ao presente caso a referida lei, inclusive o § 1º do seu art. 15, segundo o qual, “A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.”

Não há, pois, que se falar em extinção da punibilidade nos termos alegados pela defesa.

Preliminar rejeitada.

Passo a analisar o recurso do Ministério Público Federal (fls. 438–448v, v. 2).

Requer a reforma da decisão impugnada, com a condenação de Carlos Luiz Leonello e Márcio Muller Macieira como incurso nas penas do delito previsto no art. 168-A, § 1º, inciso I, do CP, na forma do art. 71 do mesmo diploma, por 14 (quatorze) vezes (fl. 448v, v. 2).

Sustenta, em síntese: a) a constitucionalidade do art. 168-A do Código Penal (fls. 441v–445, v. 2); b) no tipo do art. 168-A o núcleo é *deixar de repassar*, assim, a ocorrência de apropriação não é elementar do crime de apropriação indébita previdenciária (fls. 445–447); c) a materialidade e a autoria ficaram provadas (fls. 447–447v); d) não há nos autos comprovação efetiva das dificuldades financeiras supostamente vivenciadas pela empresa, de modo a impossibilitar o repasse das contribuições ao órgão previdenciário (fls. 448–448v).

Na sentença, decidiu o magistrado:

A meu ver, é extremamente duvidosa a constitucionalidade de normas 'penais arrecadoras/incriminadoras', de que é exemplo o artigo 168-A do Código Penal Brasileiro.

Anoto que a conduta atribuída aos denunciados é considerada crime desde a entrada em vigor do Decreto-lei 65, de 14.12.1937 mercê de tipo penal que sofreu pequenas alterações, conforme Lei 3.807/60, Lei 8.137/90, Lei 8.212/91 e mais recentemente a Lei 9.983, de 17.07.2000, que inseriu a norma no Código Penal.

A meu juízo, se se considerar a jurisprudência dominante, segundo a qual o delito em debate é 'crime omissivo próprio, atinge, o mesmo, a fase de consumação com mero não recolhimento (...), na devida época' (*Habeas Corpus* nº 95.04.16174-0/SC, Relator: Juiz Paim Falcão. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, n. 21, p. 412, abr./jun. 1995), não há alternativa outra senão admitir-se a inconstitucionalidade do tipo penal, porque ofende ao art. 5º, inc. LXVII da Constituição Federal, que veda prisão por dívida e viola o Tratado sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 27, de 26.05.1992.

A propósito do tema, Silvio Dobrowolski, professor da Universidade Federal de Santa Catarina e desembargador federal aposentado da 4ª Região, em artigo publicado na Revista de Informação Legislativa n. 133, a partir de pg. 135 enfrentou o tema e seus argumentos, aos quais adiro integralmente, podem ser resumidos nos seguintes aspectos:

A regra da Lei nº 8.137/90 descreve duas condutas. Na primeira, considera crime o simples descumprimento da obrigação de pagar imposto indireto, por alguém que se encontre na condição de contribuinte, como o incidente sobre produtos industrializados. Cuida-se, juridicamente, de estado de mero devedor, por força de sujeição passiva prevista em lei, e que impõe o pagamento do crédito tributário sem a concomitante imputação de qualquer outro dever, v.g., o de fidelidade ou de guarda, conforme assentado na previsão do artigo 121, parágrafo único, inciso I, do Código Tributário Nacional.

O segundo *modus faciendi* compreende os casos em que o tributo ou a contribuição tenham sido 'descontados'. Cabem, aqui, as hipóteses da retenção do imposto de renda na fonte pagadora e do recolhimento, pelo empregador, da contribuição previdenciária incidente sobre o salário dos empregados. Em tais situações, o que há, sob o aspecto jurídico, é responsabilidade pelo pagamento de obrigação tributária por substituição legal, nos termos do artigo 128 do Código Tributário Nacional.

Pelo CTN, portanto, o sujeito passivo pode revestir as figuras de contribuinte ou responsável, cuja obrigação é de recolher o tributo ou a contribuição. As tarefas de 'arrecadar', 'descontar' ou 'cobrar' não

lhe foram atribuídas, descabendo à norma penal pressupor o contrário até porque, do ponto de vista prático sujeito passivo jamais cobra, desconta ou arrecada os impostos e as contribuições.

De outro lado, na lição de Misabel Abreu Machado Derzi (Revista de Direito Tributário, São Paulo, p. 217-229) 'o Direito brasileiro, como sucede em muitos outros países, não comina pena privativa de liberdade para as infrações nas dívidas pecuniárias. Assim, para a mora, ou para o não-pagamento do tributo, total ou parcialmente, são previstos somente multa e execução forçada. Portanto, os *delitos de fundo tributário* exigem, para sua configuração, a *prática dolosa de ações ou omissões* descritas na lei penal, específicas, e não somente o não recolhimento dos tributos devidos.'

Tal entendimento afina-se com a previsão constitucional.

Em verdade, se não é admitida, nos termos do artigo 5º, inciso LXVII, da Carta Magna, a prisão civil por dívida, ressalvadas as hipóteses de prestação de alimentos e restituição de depósito, é descabida a imposição da prisão como pena criminal pela simples falta de pagamento de um débito, mesmo de natureza fiscal ou previdenciária. A Constituição só admite privar de liberdade os devedores, como recurso para forçar o cumprimento da obrigação de pagar, nos casos relacionados em seu dispositivo específico.

Por isso, a utilização da lei penal acenando prisão para os inadimplentes, *desde que não tenham chegado a essa situação em virtude de práticas fraudulentas ou de má-fé*, implica contrariar a Constituição, que privilegiou a liberdade, em confronto com a propriedade, com o interesse patrimonial do credor em receber o que lhe é devido. Entre esses valores, a Constituição preferiu o primeiro, com as exceções nela mesma previstas e nas quais, além do inadimplemento, *há violação de outro dever concomitante ao de pagar: o de fidelidade, no depósito, e o de prestar alimentos*.

Portanto, a lei não pode prever como crime a mera condição de devedor.

E assim tem sido desde de Beccaria (Dos delitos e das penas. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Atena, 1959. p. 154): '[...] não o desobriguem de sua dívida, senão depois que ele a tiver pago inteiramente; recusem-lhe o direito de subtrair-se aos credores sem o consentimento destes, e a liberdade de levar adiante sua indústria; forcem-no a empregar seu trabalho e seus talentos no pagamento do que deve, proporcionalmente aos seus lucros. Mas, sob nenhum pretexto ilegítimo, poder-se-á fazê-lo sofrer uma prisão injusta e inútil aos credores.'

No mesmo sentido é lição de Pontes de Miranda, em Comentários à Constituição de 1946, (4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. v. 5, p. 164): 'O que a Constituição proíbe [na Constituição de 1946, a

regra constava do artigo 146, parágrafo 32] é a pena de prisão por não pagamento de dívida.’

E, continua: ‘Sempre que se tratar de dívida, no sentido estrito (isto é, dívida correspondente a direito pessoal), e não entrega de bem alheio [como no caso do depositário infiel] a prisão por dívida é constitucionalmente proibida. Noutros termos, se a ação executiva é pessoal, incide o artigo 141, parágrafo 32, da Constituição de 1946; se a ação executiva é real, não.’

J. J. Gomes Canotilho e de Vital Moreira (pg. 143 do seu livro *Fundamentos da Constituição* (Coimbra: Coimbra ed. 1991), pugnam seja a interpretação dos direitos fundamentais a mais favorável a estes, esclarecendo: ‘Significa isso que, em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme os casos, restrinja menos o direito fundamental, dê-lhe maior proteção, amplie mais o seu âmbito, satisfação em maior grau. No caso dos direitos de liberdade, essa regra equivale, em certo sentido, ao velho princípio *in dubio pro libertate*; [...]’.

Noutro passo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, e em vigor no Brasil desde a edição do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 dispõe, em seu artigo 5º, item 6: ‘As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados’, sendo extremamente difícil, senão impossível entender de que forma o simples descumprimento de obrigação pecuniária mereça, como consequência, privação de liberdade para ‘reforma e readaptação social’ do devedor. A criminalização de uma conduta é a *ultima ratio* e só pode ser adotada quando falham os outros instrumentos legais de controle normativo. Segundo Nelson Hungria, ‘somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal.’ (Comentários ao Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1. t. 2, p. 32.)

Para Luiz Luisi, de quem tive o privilégio de ser aluno em curso de especialização em Direito Penal ministrado pelo CJF em convênio com a UnB, ‘é necessário ao legislador ter presente que ele tem o direito de intervenção mínima, ou seja, tem o direito de criar o tipo penal quando o caminho da tutela penal se apresenta como inarredável e inalteravelmente necessário’ (LUISSI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 31).

Ademais, excluindo-se a criminalização do estado de simples devedor, o artigo 7º do Pacto

de São José da Costa Rica declara, em norma que, para alguns (como Dirley da Cunha Jr.) a partir do advento da EC 45 passou a ter força constitucional, e não de mera lei, o descabimento de privação de liberdade a tal título, tanto como sanção cível ou penal: ‘Ninguém pode ser detido por dívida’.

As regras do Pacto vigoram no País, como normas que expressam direitos fundamentais, em razão do previsto no artigo 5º, parágrafo 2º, da Lei Maior e, como ensina Antônio Augusto Cançado Trindade (in *A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos*, Arquivos do Ministério da Justiça, n. 182, p. 27-54): ‘O disposto no artigo 5º (2) da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo do ato com força de lei de modo a outorgar às suas disposições, vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.’

De outro lado, interpretação diversa dos dispositivos penais sob questionamento, com o fito de harmonizá-los com a Constituição, pelo afastamento da criação de crime por mera dívida, pressupõe uma equiparação do respectivo tipo ao da apropriação indébita. Assim, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em acórdão relatado Hugo de Brito Machado, afirmou, que o crime definido pelo art. 95, d, da Lei nº 8.212/91 não se configura sem a vontade de apropriar-se dos valores não-recolhidos. ‘Interpretar tal norma como definidora de crime de mera conduta é recolocá-la em conflito com a norma da Constituição, que veda a prisão por dívida’ (*Diário da Justiça da União*, 7-out.-1994, p. 56.869. Seção 2).

Trata-se de tentativa de interpretação conforme a Constituição, mas inadmissível na espécie uma vez que se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo. E, na espécie, não se pode aplicar a interpretação conforme à Constituição, por não se coadunar essa com a finalidade inequivocamente

colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa, e que dele ressalta pelos elementos da interpretação lógica.

Aplicada a lição acima, de Moreira Alves (in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Ed. RT, n. 1, out (dez 2002), às figuras sob exame, é forçoso concluir que o legislador da Lei 8.212/91 não pretendeu inserir, na figura típica sob questionamento, o *animus rem sibi habendi*. A leitura dos dispositivos convence tratar-se de tipo omissivo, consubstanciado, simplesmente, pelo não-recolhimento. Basta mera consulta à evolução histórica da conduta em debate, antes referida, para se constatar a assertiva.

De qualquer modo, mesmo em casos de tentativa de interpretação conforme em casos tais, para afastar-se a evidente inconstitucionalidade da norma sancionadora, seria necessária edificar-se uma conduta que fosse além do simples ato omissivo de recolher tributo; seria necessário o seguinte, como disse recentemente o Ministro Marco Aurélio, do STF, 'a denominada apropriação indébita previdenciária não consubstancia crime formal, mas omissivo material. A leitura do artigo 168-A do Código Penal revela que se tem como elemento da prática delituosa deixar de repassar contribuições previdenciárias. Indispensável, portanto, a ocorrência de apropriação dos valores, com inversão da posse respectiva' (Agr. Reg. no Inquérito 2.537-2-Goiás, decisão de 10.03.2008).

Em abono de minhas razões de decidir, trago também à colação o recente aresto emanado da jurisprudência do TRF-5ª Região, cuja ementa segue transcrita:

'PENAL. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDEBÍTA. ART.168-A, DO CP. EXIGÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO PARA CARACTERIZAÇÃO DO DELITO. INOCORRÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. APELAÇÃO CRIMINAL PROVIDA. 1. O colendo Supremo Tribunal Federal, reapreciando a matéria ao instante do julgamento do Inq. 2537 AgR/GO, considerou o delito de *apropriação indébita previdenciária* como *omissivo material*, 'no que indispensável a ocorrência da *apropriação* dos valores, com inversão da *posse respectiva*', sob pena de preservar-se uma situação degradante para o contribuinte. 2. Para a caracterização do *ilícito* referido nos autos, seria necessária a demonstração da existência efetiva do ânimo, por parte do contribuinte - o responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados -, de reter para si ou em favor de outrem, os valores em disputa, e deles dispor como bens de que fosse proprietário. 3. Caso concreto em que não se trata de mera ausência de culpabilidade, mas de inexistência de crime, ante a ausência da *elementar* subjetiva do *ilícito* - o *dolo*. 4. Embora haja prova de que o recolhimento das contribuições descontadas dos empregados, não fora feito a tempo e modo, não existe a prova da efetiva pretensão dos Apelantes de fraudar a Previdência,

apropriando-se do quantum arrecadado, o que caracterizaria o '*animus rem sibi habendi*', elementar do tipo penal sob exame. 5. Apelações Criminais providas (ACR 200683000033720, ACR 5461, Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano, Órgão julgador: Terceira Turma, Fonte: DJ Data: 29/05/2009 - Página: 444 - n. 101).

De qualquer forma, em vista da impossibilidade de equiparação a apropriação indébita, e além de ser descabido que a lei ordinária venha distorcer conceitos estabelecidos em norma de hierarquia superior, conforme previsão constitucional, as omissões de recolhimento sob exame configuram, com certeza, crimes de mera dívida. Por isso, os dispositivos que as instituem devem ser tidos como contrários ao preceito constitucional do artigo 5º, inciso LXVII, e ainda como revogados pelas normas internacionais supervenientes recepcionadas no ordenamento nacional.

Aliás, o próprio legislador reconheceu estar utilizando essas figuras criminais como instrumento de cobrança de débitos tributários tanto que, uma sucessão de leis, a começar pela de n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995 e a terminar pela vigente n. 10.684/2003 contemplam a extinção da punibilidade dos delitos sob exame quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social.

É curioso observar ser tradição na jurisprudência da Corte Suprema, segundo transparece de suas Súmulas nºs 70.323 e 547, a vedação da utilização de sanções administrativas para coagir o sujeito passivo ao pagamento de seus débitos tributários, mas tem-se admitido, a contrario sensu, a imposição de sanção penal com a mesma finalidade, o que não me parece possível mormente tendo-se em conta que a interpretação da legalidade ordinária necessariamente haverá de fazer-se 'no sentido mais favorável à efetividade dos mesmos' (PRIETO SANCHIS, Luiz. Sobre principios y normas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 58, em nota de rodapé nº 81, referindo a orientação do Tribunal Constitucional de Espanha).

Como concluiu Silvio Dobrowolski, 'é preciso extirpar do ordenamento jurídico brasileiro semelhantes criações de tipos penais. Admitir a lógica fiscalista que presidiu a instituição das espécies discutidas poderá sugerir a indicação de outras condutas semelhantes, como delitos, relegando-se a Constituição a uma 'folha de papel': na expressão de Lassalle.

No caso concreto, mesmo que se afaste a manifesta, a meu ver, inconstitucionalidade do disposto no art. 168-A *não se provou a ocorrência de apropriação dos valores, com inversão da posse respectiva*, ônus que compete ao Ministério Público Federal, pelo que impõe-se a absolvição dos réus Carlos Luiz Leonello e Márcio Muller Macieira, que ora decreto, a teor do disposto no art. 386-II do CPP." (fls. 429/436).

De início, afastado o argumento de inconstitucionalidade do art. 168-A do CP, que foi sustentado também pela defesa (alegações finais: fls. 385–422, v. 2; contrarrazões: fls. 453–461, v. 3).

Como visto linhas supra, a denúncia imputou aos réus o crime previsto no art. 95, d, da Lei 8.212/1991, c/c o art. 71 do CP (por quatorze vezes) (fl. 3A). Já em suas alegações finais, o Ministério Público Federal requereu a condenação dos réus nas penas previstas no art. 168-A, c/c o art. 71 (por quatorze vezes), ambos do CP (fl. 383v, v. 2).

O art. 95, “d”, da Lei n. 8.212/1991 dispunha em sua redação:

“Art. 95. Constitui crime:

[...];

d) deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público;

[...]

§ 1º No caso dos crimes caracterizados nas alíneas d, e, e f deste artigo, a pena será aquela estabelecida no art. 5º da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, aplicando-se à espécie as disposições constantes dos arts. 26, 27, 30, 31 e 33 do citado diploma legal.

[...]”

A pena prevista no caso em tela era de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Ocorre que a Corte Especial, ao julgar o Inq. 1999.01.00.099436-8/AM, em 02/05/2002, rel. o Des. Federal Tolentino Amaral,

[...] *por unanimidade, entendeu que a Lei 9.983/2000, ao revogar o art. 95 da Lei 8.212/1991 e criar o art. 168-A do Código Penal (apropriação indébita previdenciária), buscou aperfeiçoar o tipo legal e não discriminar a conduta. Assim sendo, decidiu receber denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra Secretário de Estado, pela prática do crime em comento, uma vez que o Inquérito Policial, baseado na fiscalização do INSS, verificou que o denunciado descontou contribuições previdenciárias de empregados de sua empresa, sem, no entanto, efetuar o recolhimento dos valores devidos à referida Autarquia. O Colegiado, na esteira de precedentes jurisprudenciais, asseriu que não se configura, na espécie, abolitio criminis, vez que a conduta praticada pelo denunciado e prevista na lei revogada é ainda submissível a outra lei penal em vigor.* (Boletim Informativo de Jurisprudência 68, TRF1ª Região).

Assim, a conduta antes abrangida pelo art. 95, d, da Lei 8.212/1991 encontra-se, agora, definida no art. 168-A do CP, sob a denominação de apropriação

indébita previdenciária, que se configura quando o sujeito ativo deixa de repassar à Previdência Social a contribuição recolhida dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional.

Dessarte, é inconsistente o argumento de inconstitucionalidade desse dispositivo legal, uma vez que não se trata de prisão civil por dívida (art. 5º, LXVII, da CF/1988), mas de um crime contra o patrimônio público, consistente em deixar de repassar a contribuição recolhida, não se vislumbrando vício de inconstitucionalidade da figura típica descrita, repercutindo, portanto, na esfera penal.

Nessa esteira é o entendimento deste Regional:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CPB. INCONSTITUCIONALIDADE. PRISÃO POR DÍVIDA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. DIFICULDADES FINANCEIRAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO COMPROVADA. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. O STF já se manifestou expressamente sobre a questão da constitucionalidade do art. 168-A do CPB, entendendo que o delito de apropriação indébita previdenciária não se confunde com prisão civil por dívida.

[...]

4. Apelação provida.”

(ACR 0017971-06.2005.4.01.3800/MG, Rel. Desembargador Federal Carlos Olavo, Terceira Turma, e-DJF1 p. 174 de 17/02/2012)

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. HIPÓTESE DE PRISÃO CRIMINAL E NÃO PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA. INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO COMPROVAÇÃO. DOLO ESPECÍFICO. INEXIGÊNCIA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA. APELO PROVIDO.

1. As condutas das rés adequaram-se à figura típica descrita no art. 168-A, caput, do Código Penal, restando inconsistente o argumento de inconstitucionalidade desse dispositivo legal, uma vez que não se trata de prisão civil por dívida (art. 5º, LXVII, da CF/88), mas de um crime contra o patrimônio público, consistente em deixar de repassar a contribuição recolhida, não se vislumbrando vício de inconstitucionalidade, repercutindo, portanto, na esfera penal.

[...]

6. Apelação provida, para condenar as acusadas nas penas do art. 168-A, *caput*, do Código Penal.

(ACR 0037275-93.2002.4.01.3800/MG, do qual fui relator, Quarta Turma, e-DJF1, p. 51, de 26/11/2010).

Afasto, ainda, a tese em que se sustenta a sentença, de não ter sido provada a ocorrência de apropriação de valores, com a inversão da posse respectiva.

É que a definição legal contida no art. 168-A do CP não a agasalha. Senão vejamos.

Prevê o dispositivo legal em comento:

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II - recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

§ 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Com efeito, no que se refere ao dolo, o crime de apropriação indébita previdenciária constitui crime omissivo próprio, consumando-se apenas com a transgressão da norma incriminadora, independentemente de resultado naturalístico e do dolo específico com fim

especial de agir. Diferentemente do crime de apropriação indébita comum, o delito de apropriação indébita previdenciária não exige, para sua configuração, o *animus rem sibi habendi*. Trata-se, pois, de um tipo simétrico, não havendo que se falar em dolo específico para sua configuração.

Sobre o tema, esclarece Luiz Regis Prado:

A consumação delitiva se dá com a omissão do agente em repassar a contribuição na forma e no prazo estabelecidos pela lei previdenciária. Dessa forma, vencido o prazo do repasse, consumancia-se o delito. (in *Comentários ao Código Penal*, 2. ed. Editora Revista dos Tribunais).

No mesmo sentido é a lição de Damásio de Jesus:

Elemento subjetivo do tipo

O crime só é punível a título de dolo, vontade livre e consciente de realizar as condutas incriminadas. As figuras não exigem nenhum fim especial, i. e., o crime não requer nenhum elemento subjetivo do tipo ulterior ao dolo, ao contrário da apropriação indébita comum, que só se perfaz subjetivamente com o *animus rem sibi habendi*. (in *Código Penal* anotado. 21. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 746).

Isto estabelecido, verifico que incidiu na espécie inexorável prescrição da pretensão punitiva em relação ao apelado Carlos Luiz Leonello. Senão vejamos.

A pena em abstrato prevista no art. 168-A do CP é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. A prescrição ocorre em 12 (doze) anos (art. 109, III, do CP).

O réu Carlos Luiz Leonello nasceu em 06/02/1937 (fl. 146). Assim, considerando que era, já na data da sentença, 10/05/2011 (fl. 436, v. 2), maior de 70 (setenta) anos, o prazo de prescrição, nos termos do art. 115 do CP, é reduzido de 1/2 (metade), para 6 (seis) anos.

No caso em tela, a pretensão punitiva e, de consequência, a respectiva prescrição foram suspensas em 21/11/2000, em face da adesão da empresa gerida pelos denunciados no programa Refis (fls. 314–320, v. 2).

À vista do Ofício 137/DRF/BHE/Seort (fl. 335, v. 2), segundo o qual a supracitada empresa fora excluída do Refis em 1º/05/2008, o Ministério Público Federal requereu fosse decretado “o Reativamento do feito” (fl. 335v), o que ocorreu em 12/09/2008 (fl. 336).

Da data do recebimento da denúncia (10/02/1998, fl. 124) até o dia da suspensão da prescrição (21/11/2000), transcorreram 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 11 (onze) dias, faltando 3 (três) anos, 2 (dois)

meses e 19 (dezenove) dias para o prazo prescricional de 6 (seis) anos.

Como da data em que o feito foi reativado (12/09/2008, fl. 336, v. 2) até a presente data transcorreram mais de 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 19 (dezenove) dias, está extinta a pretensão punitiva do Estado em relação ao réu *Carlos Luiz Leonello*, pela ocorrência da prescrição da pena em abstrato, com fulcro nos arts. 107-IV, 109-III, 114-II e 115, todos do CP. Dessarte, fica prejudicada a apelação em relação àquele réu.

Superada a questão, verifico que, na sentença, o magistrado não analisou o tipo objetivo, a materialidade e a autoria do crime imputado ao apelado Márcio Muller Macieira, tampouco a alegação de dificuldades financeiras como causa de atipicidade objetiva sustentada pela defesa nas alegações finais (fls. 391–394, v. 2). Nessa esteira, como alegado nas contrarrazões de apelação (fl. 460, v. 3), a análise do mérito da acusação por esta Corte consubstanciaria supressão de instância, violação do juízo natural e do devido processo legal. Dessarte, os autos devem retornar ao juízo de primeira instância para que a ação penal seja sentenciada na matéria de fundo.

Diante do exposto: a) declaro a extinção da pretensão punitiva do Estado quanto ao réu *Carlos Luiz Leonello*, pela ocorrência da prescrição da pena em abstrato prevista no art. 168-A do CP, com fulcro nos arts. 107-IV, 109-III, 114-II e 115, todos do mesmo diploma legal, julgando prejudicado o recurso em relação àquele apelado; b) dou parcial provimento à apelação em relação ao réu *Márcio Muller Macieira*, para, anulando a sentença, determinar o retorno dos autos à origem, para que a ação penal seja sentenciada na matéria de fundo.

É o voto.

Voto Revisor

A Exma. Sra. Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo: — Feita a revisão no presente feito, nada tenho a acrescentar ao relatório de fl. 470.

De início, deve ser ressaltado que não há de se falar na ocorrência, no caso, da extinção da punibilidade, conforme sustentado pela defesa em suas contrarrazões. Com efeito, a empresa aderiu ao Refis e os acusados requereram, por meio do *Habeas Corpus* 2000.01.00.103415-7/MG, a suspensão da pretensão punitiva do delito, nos termos do art. 15 da Lei 9.964/2000 (fls. 248–250) e a ordem foi concedida em 21/11/2000 (fls. 314–320).

Conforme documento juntado pela defesa, do Termo de Opção pelo Refis consta a data de 26/04/2000 em que a empresa dos acusados aderiu ao referido programa (fl. 251).

A r. Lei 9.964 foi publicada no *DOU* em 11/04/2000 e passou a vigorar no mesmo dia (art. 18), data esta anterior à data da adesão ao Refis pela empresa em voga. Assim, devida *vênia*, aplica-se ao presente caso o § 1º do art. 15 da lei em questão, sendo certo que a prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Diante disso, rejeito a preliminar.

Da análise das razões do Ministério Público Federal, *concessa venia* de eventual ponto de vista em contrário, verifica-se que merece ser afastado o argumento utilizado pelo MM. juízo federal *a quo* na v. sentença apelada (fls. 427–436) e também pela defesa (fls. 453–461).

Com efeito, da análise dos autos constata-se que, inicialmente, a denúncia imputou aos réus o crime tipificado no art. 95, alínea *d*, da Lei 8.212/1991 c/c art. 71 do Código Penal. Em momento posterior (alegações finais às fls. 376–383v) o d. Ministério Público Federal requereu a condenação dos réus pelo delito tipificado no art. 168-A, c/c art. 71 (por quatorze vezes), ambos do Código Penal (fl. 383v). Desse modo, como já assentado, tendo sido o art. 95, alínea *d*, da Lei 8.212/1991 revogado, a conduta tipificada como *deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional* encontra-se atualmente tipificada no art. 168-A, do Código Penal, caracterizando a apropriação indébita previdenciária.

Desta feita, é improcedente o argumento de inconstitucionalidade do r. dispositivo legal, tendo em vista que não se concebe como prisão civil por dívida, mas sim de crime contra o patrimônio público, previsto no Código Penal, cuja consumação ocorre no momento em que o agente deixa de repassar à previdência social as contribuições recolhidas.

Da mesma forma, não procede a fundamentação da sentença no que concerne a ausência de provas que verifiquem a ocorrência de apropriação de valores, com a inversão da posse respectiva, tendo em vista que este não é elemento integrante do tipo penal ora em análise.

Ademais, quanto à modalidade e ao elemento subjetivo, a apropriação indébita previdenciária constitui crime omissivo doloso, de mera conduta, consumando-se com a simples conduta de deixar

de repassar, no prazo previsto, aos cofres públicos, a contribuição previdenciária previamente recolhida.

Por fim, no que diz respeito ao prazo prescricional, verifica-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal sobre o apelado Carlos Luiz Leonello.

A pena prevista, em abstrato, no art. 168-A do Código Penal é de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão e multa. A prescrição, para a pena máxima, verifica-se em 12 (doze) anos, conforme o art. 109, III, do CP. Da análise dos autos, depreende-se que os fatos teriam ocorrido entre os anos de 1995 e 1997. Da data do recebimento da denúncia (10/02/1998) até o dia da suspensão da prescrição (21/11/2000), transcorreram 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 11 (onze) dias.

Ocorre que pela data de nascimento do réu Carlos Luiz Leonello ser 06/02/1937 (fl. 146), na data da sentença, 10/05/2011 (f. 436), o ora apelado era maior de 70 (setenta) anos, devendo então ser reduzido pela metade o prazo prescricional, nos termos do art. 115 do CP.

Tendo em vista a suspensão da pretensão punitiva em 21/11/2000, em face da adesão da empresa gerida pelos acusados ao programa Refis (fls. 314–320) e seu posterior reativamento em 12/09/2008 (fl. 336),

desta última data até a presente data, transcorreram-se mais de 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 19 (dezenove) dias, tempo restante para se completar o prazo prescricional de 6 (seis) anos, cabível na hipótese dos autos.

No mérito, deve ser ressaltado que a análise da existência, ou não, de todos os elementos normativos do tipo penal imputado ao acusado Márcio Muller Macieira somente poderá ser efetuada com a devida análise do conjunto probatório pelo MM. juízo federal *a quo*, sobretudo no tocante à materialidade, à autoria e à alegação de dificuldade financeira como causa de atipicidade objetiva sustentada pela defesa em suas alegações finais (fls. 391–394).

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação para, anulando a v. sentença apelada, determinar o retorno dos autos ao MM. juízo federal de origem para que seja apreciada a matéria de fundo, em relação ao réu Márcio Muller Macieira e declaro extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal quanto ao réu Carlos Luiz Leonello, nos termos dos arts. 107, IV; 109, III e 105, todos do Código Penal, ficando prejudicada a apelação quanto a ele.

É o voto.

Quinta Turma

Numeração única: 0006791-43.2003.4.01.4000

Apelação Cível 2003.40.00.006786-3/PI

Relatora:	Desembargadora Federal Selene Almeida
Apelante:	União Federal
Procurador:	Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Apelado:	Ministério Público Federal
Procurador:	Dr. Carlos Wagner Barbosa Guimarães
Publicação:	e-DJF1 de 24/06/2013, p. 128

Ementa

Constitucional. Ação civil pública. Hospital Universitário da Universidade Federal do Piauí (HU/UFPI). Obra concluída em 2002. Alegado abandono nas instalações do HU/UFPI com equipamentos que correm risco de deterioração por falta de uso e manutenção. Determinação de repasse de recursos necessários ao funcionamento e manutenção do ambulatório. Ausência de violação ao princípio da separação dos poderes.

I. Sentença apelada que determina a alocação de recursos do Orçamento Geral (OGU), referentes ao Programa Interministerial de Reforço à Manutenção dos Hospitais Universitários, compartilhado entre o MEC e o MS para proceder ao repasse dos recursos necessários ao custeio do ambulatório do Hospital da Universidade Federal do Piauí (HU/UFPI).

II. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da *separação dos poderes*, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais”. (AgRg no REsp 1136549/RS, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010).

III. Ao Poder Judiciário não há de ser vedada a interferência na atuação do administrador quando se verifica que a escolha administrativa mostra-se inadequada e violadora de direitos fundamentais, como na hipótese dos autos em que se busca viabilizar o funcionamento do ambulatório do HU/UFPI que tem capacidade de atendimento da ordem de 1.200 consultas/dia e 2.000 exames laboratoriais/dia.

IV. Considerando o valor da obra de construção do prédio concluído no ano de 2002, bem como, de seu aparelhamento, que totalizam mais de R\$ 72.000.000,00 (setenta e dois milhões de reais), a ínfima importância de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) mensais não pode servir de obstáculo ao funcionamento do hospital, por vulnerar os princípios da eficiência, razoabilidade e isonomia.

V. A demora excessiva e injustificada do Poder Público à realização de direitos fundamentais justifica a intervenção do Estado-juiz para impor obrigação de fazer, não se devendo falar, em violação do princípio da separação dos poderes.

VI. “Ao exercer o controle dos atos administrativos, não está o Poder Judiciário substituindo o administrador, tampouco examinando a conveniência ou oportunidade desses atos, mas sim verificando a existência de eventual ilegalidade, razão pela qual não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes a que se refere o art. 2º da Constituição Federal, mesmo porque, segundo o art. 5º, inciso XXXV, desse texto constitucional, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (AGSS 0030424-21.2004.4.01.0000 / BA, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Corte Especial, e-DJF1, p. 12, de 11/05/2009).

VII. Apelação da União não provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 12/06/2013.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Em exame, apelação interposta pela União em face de sentença que, proferida nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, julgou procedente o pedido de repasse dos recursos necessários ao custeio do ambulatório do Hospital da Universidade Federal do Piauí (HU/UFPI).

Alega que a medida postulada pelo MPF implica verdadeira usurpação das competências administrativas pelo Poder Judiciário, violando sensivelmente o princípio da separação dos Poderes.

Sustenta que o Poder Judiciário jamais pode determinar a realização de obra ou serviço pelo Poder Público, pois que, somente a autoridade administrativa possui tal prerrogativa, e, nessa condição, não pode ser jungida a agir dessa ou daquela forma quando somente ela possui o juízo de oportunidade e conveniência.

Aduz que a decisão vergastada afronta o art. 2º da Constituição Federal, o qual dispõe que os Poderes da República devem ser independentes e harmônicos, ou seja, ao tempo em que possuem suas próprias funções e atribuições, devem atuar no sentido de que não haja qualquer interferência nas atribuições que lhe são pertinentes, de modo a que se possa preservar o Estado Democrático de Direito naquilo que lhe foi imputado como “sistema de freios e contrapesos”.

Afirma que o Administrador jamais poderá distribuir verbas sem a devida autorização orçamentária, que deverá ocorrer mediante trabalho conjunto com o Poder Legislativo.

Ressalta que a Administração vem adotando todas as providências necessárias ao funcionamento do HU/UFPI, de modo que a conduta administrativa encontra respaldo na legislação de regência.

Frisa que

[...] o Judiciário não pode adentrar na seara administrativa para modificar os critérios de alocação de despesas, atribuição exclusiva do administrador que, no caso concreto, considerando que o erário não dispõe de receita suficiente para fazer face a todas as demandas da sociedade, decidirá onde aplicará os recursos e quais os serviços públicos que demandam maior urgência e devem ter prioridade na execução do orçamento, não cabendo ao Poder Judiciário intervir nesse poder, já que desconhece as dificuldades de ordem administrativa e os serviços que devem ter implantação imediata, os quais devem guardar perfeita simetria com as políticas públicas a serem executadas pelo Poder Executivo.

Salienta que o Poder Judiciário pode e deve agir quando a omissão administrativa causa sério dano ao interesse público, mas, não ao ponto de determinar a alocação de verba do orçamento geral da União para a realização de serviço ou obra que, segundo o seu entendimento, merece atendimento imediato.

Finaliza o recurso aduzindo que a sentença, conforme proferida, configura verdadeiro abuso de poder por implicar invasão de função específica, delimitada constitucionalmente e que é de responsabilidade do Poder Executivo, de sorte que deve ser decretada a inconstitucionalidade de tal atuação por violação da Carta Magna e de outros dispositivos e princípios de direito.

Requer seja atribuído efeito suspensivo ao recurso, bem como, a reforma integral da sentença, decretando, integralmente, a sua inconstitucionalidade para, ao final, julgar improcedente a ação.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 435–437.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 443–448, opinou pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — O Ministério Público Federal ajuizou a presente ação civil pública contra a União ante a constatação da grave situação vivenciada no Hospital Universitário da Universidade Federal do Piauí – HU/UFPI, dada a ausência de recursos financeiros suficientes para a manutenção de equipamentos e das instalações físicas projetadas para o atendimento de 1.200 (um mil e duzentas) pessoas/dia em sua unidade ambulatorial.

Relatou, na inicial, ter recebido denúncia de abandono nas instalações do HU/UFPI com equipamentos que correm risco de deterioração por falta de uso e manutenção, além da falta de liberação de verbas para o funcionamento do ambulatório.

Na decisão de fls. 284–287 foi determinado à União a apresentação de relatório conclusivo de visita de técnicos dos Ministérios da Educação e Saúde, realizado no HU/UFPI, em setembro de 2003, vindo aos autos o relatório de fls. 290–296 que noticia a constituição de comissão técnica para construção de proposta para a solução da situação ali enfrentada.

Sobreveio nova decisão às fls. 309–316, que ora transcrevo em parte:

A União, ao condicionar o funcionamento do ambulatório do HU/UFPI ao que vier a ser sugerido pela Comissão Interinstitucional, depois que esta analisar a proposta da comissão local (a que foi instituída em novembro/2003), atua de forma autofágica. É dizer que, visando uma reformulação da política nacional, cuja implementação está no mundo das probabilidades bem típicas da política brasileira (solução de continuidade, interesses das mais diversas ordens, etc.), termina negligenciando na tutela de bens específicos adquiridos mediante dispêndio de consideráveis quantias: construção do prédio, em valor aproximado de R\$ 69.000.000,00 (sessenta e nove milhões de reais), que se desgasta pelo não uso; aquisição de equipamentos, num valor estimado de R\$ 3.200.000,00 (três milhões e duzentos mil reais), sujeitos à perda de garantia de assistência técnica e mesmo à completa inutilidade, também pelo não-uso; realização de concurso público em vias de caducidade [...].

A administração, desse modo, vulnera inteiramente o princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal) que, de uma forma simplificada, indica que o administrador tem o dever de atuar visando à obtenção do melhor resultado mediante o dispêndio do menor custo. Ora, fazer funcionar o ambulatório do HU-UFPI, disponibilizando os serviços de consultas médicas e exames laboratoriais à população – ao tempo em que evita a deterioração da estrutura física e dos equipamentos, com a conseqüente imposição de mais custos ao erário -, constitui, em aceção ligeira, uma forma de compensar o que se despendeu na implementação da obra.

Vulnera, ainda, o princípio da razoabilidade, subjacente a todo o ordenamento jurídico e especialmente ao atuar administrativo, indicando a adequação entre os meios e os fins. Aqui, é injustificável, e contra o senso médio da comunidade beneficiária, que a implementação da parte-ré do HU-UFPI que já pode ser colocada em funcionamento fique condicionada à reformulação da política nacional para o setor dos Hospitais

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais João Batista Moreira e Souza Prudente.

Universitários e de Ensino. O funcionamento do ambulatório do HU evitará maiores desperdícios e nenhum óbice constituirá ao prosseguimento de análises acerca do seu desempenho nos serviços de saúde do Estado; antes, será um dado factual para definir o alcance dos serviços e a participação de cada ente da Administração.

Tem-se de igual modo, maculada a isonomia, como primado da igualdade material preconizada na vigente ordem constitucional. Com efeito, a situação do HU/UFPI é a de uma instituição hospitalar ainda em potencial, não devendo a mesma ser tratada como a generalidade dos hospitais universitários e de ensino. [...].

A isonomia é ainda maculada quando se vê que a UNIÃO, no ano de 2003, dispo de um orçamento de R\$ 100 milhões para reforço à manutenção dos seus hospitais universitários, abstém-se de destinar ao HU/UFPI, parcela mensal que correspondia a apenas 0,06% (seis centésimos percentuais) daquele montante.

[...].

Assim sendo, o juízo *a quo* concedeu a liminar vindicada para determinar à União o repasse dos recursos necessários ao início e manutenção do funcionamento das atividades do ambulatório do Hospital da Universidade Federal do Piauí (HU/UFPI), confirmando a referida decisão por meio da sentença ora apelada.

A União, em suas razões recursais, alega que a decisão recorrida é nula por violar o art. 2º da Constituição Federal ao permitir a atuação administrativa do Poder Judiciário, vez que este não poderia intervir em atividade eminentemente administrativa ou legislativa, adentrando o aspecto discricionário do ato administrativo.

Esta Corte Regional entende que embora se reconheça que a atuação da Administração Pública está limitada aos recursos constantes da peça orçamentária e outros, tal fato não impossibilita a adoção de medidas que possam minorar a situação de desamparo da população quanto ao atendimento de suas necessidades básicas de saúde.

Ademais, conforme o Superior Tribunal de Justiça,

[...] não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da *separação dos poderes*, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. (AgRg no REsp 1136549/

RS, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010).

Vejamos outros julgados em igual sentido:

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social.

2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal.

3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido.

4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente.

5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. *A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não comondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes.*

6. *"A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em*

razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador” (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010).
7. Recurso Especial provido. (REsp 1068731/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 08/03/2012)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. COLETA DE LIXO. SERVIÇO ESSENCIAL. PRESTAÇÃO DESCONTINUADA. PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL. NORMA DE NATUREZA PROGRAMÁTICA. AUTOEXECUTORIEDADE. PROTEÇÃO POR VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO.

1. Resta estreme de dúvidas que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção, ou ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade.

2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

3. Em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública.

4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração.

Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos.

7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumprila ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10. “A questão do lixo é prioritária, porque está em jogo a saúde pública e o meio ambiente.” Ademais, “A coleta do lixo e a limpeza dos logradouros públicos são classificados como serviços públicos essenciais e necessários para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei n.º 7.783/89. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE. 11. Recurso especial provido.

(REsp 575.998/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2004, DJ 16/11/2004, p. 191)

O que se busca, portanto, com a medida postulada, é a proteção judicial efetiva a um direito fundamental sem que isso se configure uma ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º).

Ao Poder Judiciário não há de ser vedada a interferência na atuação do administrador quando se verifica que a escolha administrativa mostra-se inadequada e violadora de direitos fundamentais, como no caso concreto, em que se busca viabilizar o funcionamento do ambulatório do HU/UFPI que tem capacidade de atendimento da ordem de 1.200 consultas/dia e 2.000 exames laboratoriais/dia.

Ademais, considerando o valor da obra de construção do prédio concluído no ano de 2002, bem como, de seu aparelhamento, que totalizam mais de R\$ 72.000.000,00 (setenta e dois milhões de reais), a ínfima importância de R\$ 60.000,00 (sessenta

mil reais) mensais não pode servir de obstáculo ao funcionamento do hospital, por vulnerar os princípios da eficiência, razoabilidade e isonomia.

Assim sendo, a demora excessiva e injustificada do poder público à realização de direitos fundamentais justifica a intervenção do Estado-juiz para impor obrigação de fazer, não se devendo falar, em violação do princípio da separação dos poderes.

Certo é que,

[...] ao exercer o controle dos atos administrativos, não está o Poder Judiciário substituindo o administrador, tampouco examinando a conveniência ou oportunidade desses atos, mas sim verificando a existência de eventual ilegalidade, razão pela qual não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes a que se refere o art. 2º da Constituição Federal, mesmo porque, segundo o art. 5º, inciso

XXXV, desse texto constitucional, a lei não exclui a apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (AGSS 0030424-21.2004.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Corte Especial, e-DJF1, p. 12, de 11/05/2009).

Correta, portanto, a sentença que julgou procedente o pedido para determinar à União que

[...] alocando os recursos do seu Orçamento Geral (OGU), referentes ao Programa Interministerial de Reforço à Manutenção dos Hospitais Universitários, compartilhado entre o MEC e o MS, continue procedendo ao repasse dos recursos necessários ao custeio do ambulatório do Hospital da Universidade Federal do Piauí (HU/UFPI) [...].

Por todo o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Quinta Turma

Numeração única: 0014040-98.2009.4.01.3300

Apelação Cível 2009.33.00.014045-7/BA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira
Apelante: José Leão Carneiro
Advogados: Dr. José Leão Carneiro e outros
Apelante: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Apelados: os mesmos
Publicação: e-DJF1 de 07/08/2013, p. 72

Ementa

Ação de indenização. Responsabilidade civil do Estado. Demora na prestação de serviços. Processo administrativo. Princípio do impulso oficial. Participação do interessado. Não afastamento. Nexo de causalidade. Divisão de responsabilidades. Perda de uma chance. Lucros cessantes. Não ocorrência. Restituição de taxa. Prescrição. Afastamento. Medida de equidade. Juros moratórios. Adequação.

I. Agravo retido de decisão em que se extinguiu, sem resolução de mérito, pedido de condenação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) a dar prosseguimento a processo administrativo versando sobre pedido de autorização de desmatamento. Agravo retido também de decisão em que se indeferiu prova testemunhal. Apelações interpostas pelo autor e pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) de sentença em que foi julgado improcedente pedido de indenização por perda de uma chance/lucros cessantes e procedente pedido de indenização por danos emergentes (pagamento de taxa de vistoria).

II. O autor alega que, em virtude de demora do Ibama em decidir pedido de autorização para desmatamento, tivera prejuízos, consistentes na frustração de ganhos que seriam auferidos da exploração econômica de suas propriedades rurais. Sustenta que ato omissivo ilícito está provado, vez que protocolizara pedido de autorização para

o desmate em 1996 e o processo administrativo ficou paralisado desde aquele ano, voltando a ser movimentado somente em 2009, por força de interpelação judicial.

III. O Ibama alega que não há falar em omissão, porquanto a autorização de desmatamento dependia da juntada, a cargo do interessado, de documentos indispensáveis à instrução. Também alega que os juros moratórios devem respeitar “os limites estabelecidos no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, alterada pela Lei 11.960, de 2009”.

IV. Somente se poderia cogitar de atuação supletiva do Ibama em caso de impossibilidade técnica/operacional ou mesmo de omissão pura e simples do órgão ou entidade originariamente competente para o licenciamento, o que não é o caso.

V. Não houve, na decisão de arquivamento do processo administrativo, dano ao autor, que poderia (ou pode) solicitar a abertura de processo na esfera competente, valendo-se, inclusive, de cópia dos autos arquivados, a fim de agilizar a instrução.

VI. O princípio do impulso oficial — art. 29 da Lei 9.784/1999 — não obriga a Administração a assumir toda a responsabilidade pela demora no processamento dos pedidos a ela dirigidos. O processo administrativo coloca a Administração em posição horizontal à sociedade. O interessado não está desobrigado de participar ativamente da instrução, a fim de assegurar a oportuna tomada de decisão.

VII. Não é razoável imputar exclusivamente à Administração a responsabilidade pela demora de 13 (treze) anos na tramitação de um pedido de autorização para desmatamento. O processo foi arquivado por superveniente incompetência do Ibama para a autorização, mas não surpreenderia que a autarquia tivesse decidido pelo arquivamento em face de superveniente falta de interesse do autor, evidenciada pela ausência de qualquer requerimento formal de providências durante tão longo tempo.

VIII. Não há nos autos prova de que contrato(s) de financiamento tenha(m) sido frustrado(s) por conta da alegada demora da Administração. Inexiste, pois,nexo de causalidade entre a demora de prestação de serviços por parte do Ibama e a alegada perda de uma chance.

IX. Ainda que o autor dispusesse de recursos próprios para empreender as atividades agropastoris, não há falar em danos indenizáveis. A obtenção da autorização de desmatamento é apenas uma das fases do processo de produção. Mesmo o fato de a área estar desmatada não implica êxito da atividade comercial produtiva. A exploração da agropecuária está sujeita a riscos, assim como qualquer outra atividade produtiva.

X. O projeto apresentado pelo autor ao Banco do Nordeste do Brasil faz uma evolução dos investimentos e projeta ganhos. Trata-se, pois, de projeção. A não implementação do projeto implica, no máximo, a perda do trabalho de projeção, que, afinal, poderia não se confirmar, inclusive por conta dos naturais riscos a que está sujeita a atividade produtiva.

XI. Os lucros cessantes são ganhos futuros, mas certos, que o credor haveria de perceber, não fosse a conduta lesiva de outrem. Lucros cessantes não são compatíveis com eventualidade. O fato de o autor ter-se insurgido contra a alegada demora do Ibama em decidir o pedido de autorização de desmatamento somente após o transcurso de 13 (treze) anos da protocolização esmaece o alegado intento firme de explorar comercialmente as propriedades rurais.

XII. Se a vistoria somente foi descartada com a decisão de arquivamento do processo, começa a fluir daí o prazo prescricional para restituição da taxa. A decisão (administrativa) de arquivamento do processo, no entanto, é praticamente concomitante ao ajuizamento da ação indenizatória.

XIII. O recolhimento de taxa não implica que a Administração está obrigada a deferir o pleito do interessado. A prestação do serviço ocorre mesmo que o pedido não seja deferido. Se o Ibama decide que não é competente para a vistoria, o pleito foi apreciado, não havendo se falar, pois, em ausência de prestação do serviço.

XIV. De todo modo, a sentença não é contrária ao direito. O Ibama e os órgãos/entidades municipais ou estaduais integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981). O autor terá, ao pleitear novo pedido de desmatamento, de recolher a respectiva taxa. A restituição, pelo Ibama, do valor recolhido afigura-se, no mínimo, medida de equidade, especialmente quando a própria Lei 9.784/1999 estabelece que os atos do processo “devem realizar-se do modo menos oneroso” para o interessado (art. 29, § 1º).

XV. “Nas indenizações por danos [...], decorrentes da responsabilidade objetiva do Estado, incidem juros moratórios de 0, 5% ao mês, nos termos do art. 1.062 do Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do Novo Código

Civil (Lei 10.406/2001), a partir do qual, conforme disposto em seu art. 406, deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, qual seja, a Selic, *ex vi* da Lei 9.250/1995. Tal sistemática prevalecerá até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/1997” (EDcl no REsp 1210778/SC, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe de 19/12/2011).

XVI. Agravos retidos e apelação do autor não providos.

XVII. Apelação do Ibama parcialmente provida, apenas para adequar a base de cálculo dos juros moratórios relativos à indenização por danos emergentes (restituição da taxa recolhida), fixada na sentença, ao decidido no REsp 1205946/SP.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento aos agravos retidos e à apelação do autor e dar provimento, em parte, à apelação do Ibama.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 31/07/2013.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — José Leão Carneiro, advogando em causa própria, ajuizou, em 2009, “ação ordinária de exigência de conduta ativa da administração pública cumulada com reparação de danos decorrentes de sua inércia” em face do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), distribuída ao Juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia, autos 2009.33.00.014045-7.

Alegou que: a) em 15/03/1996 protocolara junto ao Ibama, escritório de Barreiras/BA, pedido de autorização para desmatamento de 600 (seiscentos) ha em imóvel rural de sua propriedade, recolhendo taxa de vistoria, no valor de R\$ 456,00 (quatrocentos e cinquenta e seis reais); b) passados mais de 13 (treze) anos, não houve a vistoria, o que o vem impedindo de explorar economicamente sua propriedade; c) conquanto tenha elaborado projeto para criação de gado bovino e “exploração do material lenhoso”, não pôde concretizar proposta de financiamento junto ao Banco do Nordeste, por falta da aludida autorização de desmatamento; d) a demora da Administração fere o disposto na Lei 9.784/1999 e lhe causou prejuízos, os quais devem ser indenizados.

Pediu, como tutela antecipada, que o Ibama fosse jungido a dar prosseguimento ao processo administrativo; definitivamente, a ratificação da tutela antecipada e a condenação do Ibama a indenizá-lo “pelos danos que lhe causaram com a sua inércia e pelos lucros que deixou de obter na exploração dos seus imóveis rurais”.

Após a contestação (fls. 140–166), foi indeferida a tutela antecipada e julgado parcialmente extinto o processo, sem resolução de mérito, em relação ao pedido de condenação do Ibama a dar prosseguimento ao processo administrativo. A decisão (fls. 267–268) foi assim fundamentada:

[...]

Segundo documento de fls. 83, o processo administrativo em comento já chegou a seu bom termo, restando decidido naquele âmbito que a matéria em discussão não mais se sujeita ao órgão ambiental federal, mas ao ente estadual, determinando, por via de consequência, o arquivamento do feito.

Conclui-se, portanto, que se esvaziou o conteúdo do pleito de encerramento do processo administrativo n. 2006.566/96-12, eis que houve a perda superveniente de seu objeto, sobrevivendo, conseqüentemente, a ausência de uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir.

Isto porque o objeto da demanda, nesse particular, limita-se a determinar a conclusão do processo administrativo, o que de fato já ocorreu, não podendo o Judiciário imiscuir-se no conteúdo da decisão proferida pelo Executivo, sob pena de indevida ingerência no mérito administrativo [...].

[...]

Contra essa decisão, foi interposto agravo retido pelo autor (fls. 302–312), alegando que:

a) [não há se falar em falta de interesse de agir, porquanto] “o processo não está arquivado, pois pende recurso sobre ele. Ademais, acha-se o agravado obrigado, por força do que dispõe o art. 29 e seguintes da Lei Federal 9.784/1999, a concluir a sua instrução e decidir”; b) “fosse o caso de incompetência absoluta (o que não é) do agravado para apre-

ciar o mencionado processo administrativo, em vez de ser arquivado, ele deveria ser encaminhado ao órgão ambiental estadual competente”; c) [o Ibama tem, no mínimo, competência para, supletivamente, deferir a autorização.]

O Ibama ofereceu contraminuta ao agravo retido (fls. 328–333), alegando que, de acordo com a Lei 4.771/1965, com as alterações da Lei 11.284/2006, não cabe à autarquia federal decidir sobre pedido de desmatamento, mas ao órgão estadual, haja vista que não se trata de área de domínio da União, nem de impacto ambiental nacional ou regional.

O pedido de “prova oral” formulado pelo autor foi indeferido, “pois desnecessária ao deslinde da questão” (fl. 327). Contra o indeferimento, o autor interpôs agravo retido (fls. 336–338), alegando que,

[...] além dos documentos já acostados aos autos, pretende o agravante provar que muitas vezes procurou os escritórios do agravado, pessoalmente, tentando uma solução para o seu pedido, sem qualquer êxito. E que propôs a medida judicial de fls. 13 a 89 quando percebeu que só através dela poderia conseguir uma solução. Quer provar que não realizou desmatamento em seus imóveis, para poder explorá-los, face à inexistência de autorização do agravado, apesar de proposta para financiamento rural [...]. Pretende ouvir pessoas que têm conhecimento de toda esta situação, procurando reformar a prova já carreada ao processo.

Em contrarrazões ao agravo retido (fls. 341–348), o Ibama pugnou pela manutenção do indeferimento da prova.

Na sentença, fls. 355–358, julgou-se parcialmente procedente o pedido de indenização por danos emergentes e improcedente, no todo, o pedido de indenização por lucros cessantes, aos seguintes fundamentos:

[...]

Para que seja configurada a responsabilidade civil do ente público é necessário que se façam presentes três pressupostos: a) conduta; b) nexa causal; c) dano.

No caso aqui sob apreciação a conduta se consubstancia na omissão da entidade autárquica em analisar o pedido de desmatamento do autor. Assim é que o agente público tem o dever de analisar os requerimentos administrativos dentro de um lapso temporal razoável, não se reputando lícito o atraso injustificado na análise de pleitos que lhe são encaminhados.

No caso dos autos, o que se verifica é a total omissão da autoridade administrativa em analisar o pedido do autor, já que se mostrou inerte por treze anos. Assim é que o documento de fl. 84,

datado de 13/07/2009, informa que o processo de n. 02006.000566/96-12 encontra-se no arquivo da Gerência Executiva do IBAMA em Barreiras, tendo como último despacho, datado de 10/07/1996, encaminhamento ao então Escritório do IBAMA em Barreiras para que fosse realizada análise técnica do processo, não constando até esta data vistoria técnica in loco.

É de se ver, ainda, que a cópia do despacho administrativo de fl. 144 solicita a notificação do autor para incluir diversos documentos ali elencados no processo. Contudo, mais adiante (fls. 210) se informa que não foram encontrados nos arquivos da Gerência Executiva quaisquer documentos que indiquem a comunicação das pendências apontadas nos Despachos da Procuradoria e do Chefe Substituto da DITEC em 10/07/1996, cientificando o interessado.

Dessa forma, se conclui que não houve efetivamente qualquer atuação por parte do IBAMA quanto ao requerimento do autor desde julho de 1996.

Estabelecida a omissão da autoridade pública, cabe agora verificar a existência de danos em face de tal conduta. Somente se pode falar em responsabilidade se houver dano, mesmo que haja conduta reprovável, uma vez que indenização sem dano importaria em enriquecimento sem causa, pois aquela tem como escopo reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrando-a ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito.

O dano patrimonial, por sua vez, abrange o dano emergente e o lucro cessante. O dano emergente consubstancia a diminuição imediata do patrimônio do lesado em virtude da conduta ilícita. No caso dos autos, o dano emergente está configurado no valor de R\$ 456,00, pago a título de taxa de vistoria de desmatamento. Ora, tendo em vista que a vistoria nunca foi realizada, deve o autor ser ressarcido do montante desembolsado a este título.

Com relação aos lucros cessantes, contudo, há que se fazerem certas ponderações. Assim é que os lucros cessantes dizem respeito a bens ou interesses futuros, que ainda não fazem parte do patrimônio da pessoa lesada, ou seja, consiste ele na diminuição potencial do patrimônio da vítima.

[...]

[...] o Código Civil, ao instituir a indenização pelo lucro cessante, fez valer o princípio da razoabilidade, de forma que somente pode ser caracterizado como lucro cessante aquilo que o credor lucraria, segundo um juízo de probabilidade e de acordo com o desenrolar normal dos fatos.

Ora, na análise dos autos não visualizo a existência de lucros cessantes. Com efeito, faz alusão o autor a um empréstimo que lhe seria concedido pelo Banco do Nordeste e que lhe proporcionaria a exploração de sua propriedade, sendo imprescindível para tanto que a área estivesse desmatada. Con-

tudo, é de se ver, em primeiro lugar, que não se pode operar com a certeza de que a área em questão seria liberada para o desmatamento. Realmente, o processo no IBAMA ainda ia ser objeto de avaliação da possibilidade de desmatamento, isto significa que o mero peticionamento do requerimento do autor não trazia em si implícita a ideia de concessão automática do seu pedido, a fazer com que lhe fosse criada a expectativa imediata de autorização de desmatamento. E isso tanto é verdade que sequer teve prosseguimento o pedido na seara administrativa, uma vez que o processo foi arquivado por não mais deter a autarquia federal atribuição para deferir tal pedido de desmatamento.

Por outro lado, sequer o próprio empréstimo poderia ser cogitado como certo. Assim, a carta de fls. 23, enviada pelo Banco do Nordeste ao autor, informa a este que o seu pleito de empréstimo não pode ser atendido no momento, a denotar, portanto, que mesmo se houvesse a autorização de desmatamento, nem assim estaria certo o financiamento pleiteado pelo demandante.

Percebe-se, portanto, que o pleito de indenização do autor pelos lucros cessantes se encontra irremediavelmente conjugado a diversas variáveis, a lhe retirar a razoabilidade e probabilidade necessárias para sua configuração.

De outra forma, não trouxe o demandante qualquer outro documento que pudesse comprovar a existência concreta e palpável de negócios frustrados em virtude do não desmatamento pleiteado, sendo certo desde já estabelecer que provas testemunhais não são suficientes o bastante para conferir o grau de culpabilidade aqui requerido para a demonstração da existência desta perda de chance.

Desta forma, somente há indenização pelo dano emergente, conforme já estabelecido anteriormente.

[...]

Foram julgados improcedentes embargos de declaração opostos pelo autor (fls. 363–363v).

O autor apelou (fls. 366–390), requerendo, “preliminarmente, [...] a apreciação [...] dos agravos retidos interpostos (fls. 302–312 e 336–338)”. No mérito, alegou que:

a) “apesar de ter [...] efetuado o pagamento para que um técnico do apelado realizasse uma vistoria nos imóveis [...], a verdade é que – face à desorganização reinante em sua agência na cidade de Barreiras [...] – decorridos mais de 14 anos, ela nunca ocorreu”; b) “esta omissão do apelado causou [...] sérios prejuízos, pois se encontra impossibilitado de explorar sua propriedade – que é um bem de produção, saliente-se – gerando desvalorização para os imóveis [...] e impossibilidade de rendimentos”; c) [da proposta de financiamento que apresentou ao Banco do Nordeste consta que o desmate],

“tanto para cultura de soja como para formação de pastagens é imprescindível. / Pela proposta técnica, sem o desmatamento nada poderia se iniciar, como realmente nada pôde ser iniciado nos últimos catorze anos, sob pena de cometer-se crime ambiental”; d) “conforme” consta “do projeto de financiamento apresentado ao Banco do Nordeste em setembro de 1996, inicialmente [...] iria explorar a bovinocultura de corte, com a aquisição de 900 novilhas nelore e 36 reprodutores nelore e o cultivo de 180 hectares de soja. [...] Ademais, iria produzir carvão vegetal para movimentar os fornos das siderúrgicas e madeira de lei para a indústria. / Portanto, ao protocolar o pedido que gerou o processo administrativo [...] já sabia o apelado que [...] necessitava de sua aprovação para explorar suas propriedades, utilizando-se, inclusive, de financiamento”; e) [a sentença está equivocada ao afirmar que o Banco do Nordeste nega o financiamento. O financiamento foi negado num primeiro momento, mas] “no final do mês de agosto de 1996, o [...] gerente [...] comunicou [...] que estavam reabertos os financiamentos que pretendia, recebendo, assim, no dia 20 de setembro de 1996, o seu projeto [...], que foi analisado e aprovado a nível de agência e, face ao valor, remetido à Central de Análises do Banco, na cidade de Teresina”; f) “tal era a certeza da liberação do empréstimo que estimulado pela própria instituição financeira fizera à época [...] levantamentos de preços nas cidades de Feira de Santana e Barreiras, de bens como trator, implementos agrícolas, adubos [...], que instruíram o projeto de financiamento”; g) [não há dúvida de que o desmatamento seria autorizado pelo réu.] “Se na área dos imóveis rurais [...] pretendida para o desmate estivesse em zona de proteção ambiental, teria o apelado prestado esta informação. Em verdade, o que motivou o não atendimento, pelo recorrido, do pleito que lhe formulara [...] foi a desorganização existente em sua agência na cidade de Barreiras”; h) [ao final da implantação do projeto, contaria com 2.980 cabeças de gado bovino. Este seria o resultado do investimento e o que deixou de ser percebido com a frustração do empréstimo e do projeto; i) há, ainda, um prejuízo estimado em 140.400 sacas de soja]; j) “o projeto que tramita no Banco do Nordeste [...] não é mera hipótese. É um projeto técnico-científico. Os lucros nele demonstrados em favor do apelante são plausíveis e levantados segundo orientação científica”; k) “ao reconhecer a [...] sentença recorrida em sua parte de fundamentação a existência de ato ilícito praticado pelo recorrido e negar em sua parte dispositiva a sua obrigação em indenizar aquele que foi prejudicado, contradiz-se e omite-se”; l) “houvesse ou não projeto de financiamento”, [o prejuízo persistiria. Isso porque,] “mesmo que [...] tivesse recursos próprios para realizar todo o projeto apresentado ao banco, não poderia fazê-lo sem a devida autorização do apelado para o uso alternativo do solo (desmatamento). / Assim, salvo melhor juízo, em qualquer circunstância acha-se caracterizado o dano que a omissão do apelado causou”; m) [a desorganização no escritório

do IBAMA é confirmada pela própria “autoridade ambiental”, que no processo administrativo consignou que] “os órgãos ambientais das outras esferas (estado e município) não exerciam qualquer atividade ligada à gestão florestal, restando ao IBAMA, sozinho, a missão de controlar a ocupação do bioma cerrado numa região em franca expansão agrícola”; n) [foi indeferida a prova testemunhal, mas se julgou improcedente a indenização por perda de uma chance ao fundamento de ausência de] “palpabilidade [...] para demonstração da existência desta perda de chance”. [A sentença, portanto, é nula, porque evidente o cerceamento de defesa.]

Em contrarrazões, fls. 392–404, o Ibama alegou que: a) não há se falar em omissão da autarquia.

[...] houve, na verdade, a necessidade de complementação de documentos, ficando o dito procedimento pendente de regularização por parte do interessado, dos documentos elencados no despacho [...] (Certidão de Inteiro Teor dos imóveis do Cartório de Registro de Imóveis competente, autenticação da cópia da escritura e que fosse trocada por outra cópia legível e identificável, comprovação de pagamento do ITR, averbação da área de Reserva Legal), que por si só inviabilizaria a continuidade do exame do pedido [de autorização para desmate,] eis que tais documentos são imprescindíveis, conforme estabelecido na Portaria 113/1995 [...]; b) a superveniência da Lei 11.284/2006, [que alterou as disposições, no ponto, do Código Florestal,] impediu que o Ibama desse normal prosseguimento ao feito. Some-se a isso o fato do recorrente não ter dado o devido impulso processual.

Portanto,

[...] o pleito administrativo, e aqui requerido em juízo com o caráter indenizatório, de autorização para desmatamento para fins de exploração e uso alternativo do solo, não encontrou obstáculo junto ao Ibama e, sim, por parte da Lei, considerando que a gestão florestal, para efeito de autorização e desmate, foi transferida para o Estado da Bahia, por força do disposto no art. 83 da Lei 11.284/2006. Em virtude da inércia do Recorrente

em providenciar os documentos faltantes à apreciação do pedido de desmatamento, enquanto o Ibama tinha competência para tal, é sua, na verdade, a responsabilidade pela demora ou pela não obtenção da autorização; c) não há se falar em dever de indenizar, porquanto não se vislumbram:

[...] a) ocorrência do dano, como consequência direta da não atuação do Poder Público; b) o nexo de causalidade entre o dano e a omissão do ente estatal; e c) a qualidade do agente causador do dano, já que o IBAMA em nada contribuiu para a formação do dano causado junto ao Recorrente. Ele

não alcançou providenciar ou se regularizar junto ao IBAMA e ao BNB.

O Ibama também apelou, fls. 407–421, reiterando as alegações das contrarrazões opostas à apelação do autor, para pedir reforma da sentença no quanto fora condenado ao pagamento de indenização por danos emergentes. Alegou que “os juros moratórios” devem respeitar “os limites estabelecidos no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, alterada pela Lei 11.960, de 2009”, devendo, portanto, haver

[...] a diminuição dos juros estabelecidos no comando sentencial, que está a garantir rendimentos de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação, quando, na pior das hipóteses, deveria ser de 0,5% (meio por cento) ao mês, no caso da manutenção da condenação deferida pelo Juízo de origem.

De consequência, requereu reforma da sentença também quanto ao ônus da sucumbência, para condenar exclusivamente o autor a arcar com as custas e honorários advocatícios.

Em contrarrazões, fls. 424–433, alegou o autor que: a) por conta da desorganização da autarquia, nem sequer fora notificado a apresentar os ditos documentos faltantes, que seriam necessários à instrução do pleito de autorização de desmatamento; b) passados mais de 13 anos, a vistoria não foi realizada; c) visitou a autarquia várias vezes no período, a fim de pedir o andamento do processo administrativo; d) ainda que se considere a superveniência da Lei 11.284/2006, foram 10 anos de omissão por parte da autarquia.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Aprecio, inicialmente, o agravo retido interposto da decisão em que se julgou extinto, sem resolução de mérito, o pedido para condenar o Ibama na “obrigação [...] de dar prosseguimento e concluir o processo administrativo” de autorização de desmatamento.

Considerou a magistrada que, tendo o Ibama concluído pelo arquivamento do aludido processo, não há mais interesse de agir.

O autor alega que contra a decisão em que se decidiu pelo arquivamento do processo foi interposto recurso. Não se poderia falar, portanto, que o processo fora concluído.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente e Selene Almeida.

Encontra-se às fls. 312–313 cópia desse recurso. Não consta que tenha sido provido. Ao contrário, presume-se que tenha sido desprovido, haja vista que, nas contrarrazões do agravo retido, o Ibama defende o arquivamento do processo administrativo, em face de superveniente incompetência sua para a autorização do desmatamento requerido. De fato, a Lei 4.771/1965 previa competência da autarquia federal para aprovar, previamente, a “exploração de florestas e de formações sucessoras, tanto de domínio público como de domínio privado” (art. 19, com a redação dada pela Lei 7.803/1989). Ocorre que a Lei 11.284/2006 alterou a redação do então vigente Código Florestal para fixar a competência do Ibama para autorizar desmate apenas nas áreas de “florestas públicas de domínio da União”, “nas unidades de conservação criadas pela União” e

[...] nos empreendimentos potencialmente causadores de impacto ambiental nacional ou regional, definidos em resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama [(art. 19, § 1º, incisos I a III)], em que não se enquadra a hipótese dos autos.]

Somente se poderia cogitar de atuação supletiva do Ibama em caso de impossibilidade técnica/operacional ou mesmo de omissão pura e simples do órgão ou entidade originariamente competente, o que não é o caso.

O autor alega que, em vez de arquivar o processo, deveria a autarquia tê-lo encaminhado a quem de direito cabe apreciar o pedido de autorização. Isso, no entanto, não invalida o arquivamento. Diz a Lei 9.784/1999:

Art. 52. O órgão [...] poderá declarar extinto o processo quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente.

Não resulta da decisão de arquivamento, por si mesma, dano ao autor, que poderia (ou pode) solicitar a abertura de processo na esfera competente, valendo-se, inclusive, de cópia dos autos arquivados, a fim de agilizar a instrução.

O autor ainda alega que, em virtude da demora do Ibama em decidir o pedido de autorização para desmatamento, tivera prejuízos, consistentes na frustração de ganhos que seriam auferidos da exploração econômica de suas propriedades rurais. Sustenta que o ato omissivo ilícito está provado, vez que protocolizara o pedido de autorização para o desmatamento em 1996 e o processo administrativo ficou paralisado desde aquele ano, voltando a ser

movimentado somente em 2009, por força de interpelação judicial.

A Lei 9.784/1999 dispõe:

Art. 29 As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.

À primeira vista, poder-se-ia chegar à conclusão que a Administração, em face dessa lei, assume toda responsabilidade pelo processamento dos pedidos a ela dirigidos, uma vez que o processo tramita por impulso oficial.

Essa visão é coerente com o modelo de Estado e, logo, de administração separada da sociedade. Todavia, nas palavras de Odete Medauar, citando Mario Nigro,

[...] o novo modo de ser do Estado contemporâneo, em relação ao modo do século XIX, reflete-se no exercício da função administrativa. A participação se apresenta como expressão e efeito da moderna ideia da relação Estado/sociedade, onde se vislumbra não rigorosa separação, nem fusão, mas recíproca coordenação, significando maior proximidade entre os dois.¹

O processo administrativo coloca a Administração em posição horizontal à sociedade. Assim, o art. 29 da Lei 9.784/1999 atribui à Administração a responsabilidade por impulsionar o processo, mas não afasta o “direito dos interessados de propor atuações probatórias”. O art. 38 dispõe que o “interessado poderá” (e aqui, conforme essa visão de colaboração e não de antagonismo, não se trata de mera faculdade, mas de inequívoca exortação), “na fase instrutória” empreender as diligências necessárias à “tomada da decisão”.

Não é razoável, pois, imputar exclusivamente à Administração a responsabilidade pela demora de 13 (treze) anos na tramitação de um pedido de autorização para desmatamento. O processo foi arquivado por superveniente incompetência do Ibama para autorizar o desmatamento, mas poderia tê-lo sido pela ausência de participação do interessado, evidenciada pela ausência de qualquer requerimento formal de providências durante tão longo tempo.

¹ In: MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo. Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. 2. ed.; Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 294.

O lbama alega que o processo administrativo “não andou” porque o autor não juntara documentos necessários à verificação da regularidade da titularidade dos imóveis. Verifica-se que, de fato, na movimentação do processo promovida pela autarquia, imediatamente anterior à decisão de arquivamento, houve determinação de intimação do interessado para empreender diligências:

Ao Escritório de Barreiras,

Para análise técnica e demais providências. Alertamos quanto às pendências jurídicas, que deverá (sic) ser oficializada ao interessado para conhecimento e só após o atendimento o processo poderá ser concluído.

Em, 10/07/96 (fl. 114).

O autor alega que não fora intimado desse despacho. Contudo, afirma que os testemunhos que seriam colhidos em juízo — os quais foram indeferidos — provariam que, naquele tempo, procurara o lbama para saber do andamento do processo. Ora, é presumível que o autor, conquanto não tenha sido intimado formalmente do despacho, dele tomara conhecimento ao procurar a autarquia para saber do andamento do processo. A confirmação da alegação pelas testemunhas (e por isso a prova é dispensável, devendo ser mantida a decisão de indeferimento), ao contrário do pretendido, apenas acentuaria a conduta negligente do autor.

O autor, no mínimo, divide com a Administração, em igual proporção, a responsabilidade pela demora no processamento de seu pedido. O Código Civil estabelece:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Admitindo-se que os alegados danos sofridos pelo autor são passíveis de indenização, ainda assim o quanto indenizatório deveria ser reduzido pela metade.

O autor alega que em 15/03/1996 protocolizou junto ao lbama, em Barreiras/BA, pedido de autorização de desmatamento de área. Sustenta que, em face da demora da autarquia em decidir sobre o pedido de autorização, não pôde celebrar contrato de financiamento com o Banco do Nordeste do Brasil, do qual obteria os recursos necessários para implementar, em suas propriedades, criação de gado bovino, cultura de soja e ainda “exploração do material lenhoso”.

Não obstante a petição tenha sido protocolizada no lbama em 15/03/1996, o fato é que, pelo menos até 20/08/1996, o contrato de financiamento ainda não tinha ultrapassado a fase inicial de proposição, conforme se extrai da correspondência do autor dirigida ao gerente do Banco do Nordeste do Brasil, juntada por cópia à fl. 22.

A Lei 9.784/1999 fixa, concluída a instrução, o prazo de até 30 (trinta) dias para a Administração decidir, “salvo prorrogação por igual período expressamente motivada”. Conforme já consignado, em 10/07/1996, foi determinada remessa dos autos “ao Escritório de Barreiras, para análise técnica e demais providências”, consistentes na necessária juntada, pelo interessado, de documentos (fl. 114). Como se vê, ainda que o autor tivesse sido intimado em 10/07/1996 para apresentar os documentos e tivesse atendido à requisição na mesma data, não haveria se falar em “demora” da Administração. Isso porque somente a partir do encerramento da instrução flui o prazo de 30 (trinta) dias para decisão. O prazo expirar-se-ia, pois, em 10/08/1996 e, conforme consta dos autos, em 20/08/1996 o contrato de financiamento encontrava-se na fase inicial de tratativas.

Na proposta discutida com a instituição financeira (fl. 27), afirma-se que o desmatamento da área é imprescindível ao desenvolvimento da atividade agropastoril, mas nada há que vincule a contratação do financiamento, sequer na fase de proposição, a apresentação de autorização. O autor alega que recursos públicos “envolvendo uso alternativo do solo (desmatamento) só são liberados quando haja a devida autorização” pelo órgão ambiental. Isso, no entanto, não elide a realidade de que nada há nos autos que prove, enfim, que a contratação do financiamento junto ao Banco do Nordeste do Brasil tenha sido frustrada por falta da autorização requerida ao lbama.

Não há nos autos prova de que o autor tenha entabulado outra negociação de financiamento, além daquela proposta discutida com o Banco do Nordeste do Brasil. Inexiste, pois, nexos de causalidade entre a demora de prestação de serviços por parte do lbama e dano consistente em frustração de financiamento junto a instituições financeiras.

De acordo com o art. 189 do Código Civil, a pretensão surge a partir da violação do direito. Se a alegada frustração do contrato de financiamento com o Banco do Nordeste do Brasil (que não ficou provada) é causa de pedir indenização, esta pretensão foi alcançada pela prescrição, nos termos do Decreto-Lei 20.910/1932. Isso porque a frustração do negócio

ocorrera em 1996 e a ação somente foi ajuizada em 2009. Especificamente em relação ao contrato de financiamento com o Banco do Nordeste do Brasil, a pretensão de indenização estaria, portanto, prescrita.

No mais, ainda que o autor dispusesse de recursos próprios para empreender as atividades agropastoris, não há falar em danos indenizáveis. A obtenção da autorização de desmatamento é apenas uma das fases do processo de produção. Mesmo o fato de a área estar desmatada não implica êxito da atividade produtiva. A exploração da agropecuária está sujeita a riscos, assim como qualquer outra atividade produtiva. O projeto apresentado pelo autor ao Banco do Nordeste do Brasil (fls. 26–69) faz uma evolução dos investimentos e projeta ganhos. Trata-se, pois, de projeção. A não implementação do projeto implica, no máximo, a perda do trabalho de projeção, que, afinal, poderia não se confirmar, inclusive por conta dos naturais riscos a que está sujeita a atividade produtiva, conforme já dito.

Em uma definição bastante singela, tem-se que os lucros cessantes são ganhos futuros, mas certos, que o credor haveria de perceber, não fosse a conduta lesiva de outrem. Lucros cessantes são incompatíveis com a eventualidade. O fato de o autor ter-se insurgido contra a alegada demora do Ibama em decidir o pedido de autorização de desmatamento somente após o transcurso de 13 (treze) anos da protocolização esmaece o alegado intento firme de explorar comercialmente as propriedades rurais. Se considerado que o intento se revela com o ajuizamento da ação, ao Ibama não poderia ser atribuída responsabilidade pelo suposto dano, porquanto, conforme consignado, o processo administrativo teve andamento concomitante com o ajuizamento da ação.

O Ibama apela contra a condenação a restituir ao autor o valor recolhido em contrapartida à vistoria dos imóveis. Em primeiro lugar, não há falar em prescrição da pretensão de restituição. Se a vistoria somente foi descartada com a decisão de arquivamento do processo, começa a fluir daí o prazo prescricional. A decisão de arquivamento, no entanto, é praticamente concomitante ao ajuizamento da ação indenizatória.

Não se aplicam, aqui, as considerações sobre a participação do interessado na causação do dano, porquanto a causa de pedir, no ponto, não é a demora na conclusão do processo administrativo.

É necessário ter presente que o recolhimento de taxa não implica que a Administração está obrigada a deferir o pleito do interessado. A prestação do serviço ocorre mesmo que o pedido não seja deferido. Se o Ibama decide que não é competente para a vistoria, o

pleito foi decidido, não havendo se falar em ausência de prestação do serviço. De todo modo, a sentença, no ponto, não é contrária ao direito. O Ibama e os órgãos/entidades municipais ou estaduais integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981). O autor terá, ao pleitear novo pedido de desmatamento, de recolher a respectiva taxa. A restituição, pelo Ibama, do valor recolhido afigura-se, no mínimo, medida de equidade, especialmente quando a própria Lei 9.784/1999 estabelece que os atos do processo “devem realizar-se do modo menos oneroso” para o interessado (art. 29, § 1º).

Por fim, insurge-se o Ibama contra a base de cálculo fixada para os juros moratórios. Consta da sentença, no ponto:

Ante o exposto, julgo procedente em parte o pedido do autor para o fim de determinar que o réu lhe devolva o valor de R\$ 456,00 (quatrocentos e cinquenta e seis reais), devidamente corrigido, a partir da data do pagamento (15/03/1996), de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal, incidindo juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação.

No âmbito desta Turma, já se decidiu que, em condenação da Fazenda Pública, os juros moratórios incidem conforme a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. JUROS MORATÓRIOS. STJ, RECURSO REPETITIVO (REsp 1205946/SP). ADEQUAÇÃO DO ACÓRDÃO.

1. Em recurso repetitivo, o STJ decidiu que a Lei n. 11.960/2009, que alterou o regramento da atualização monetária e dos juros de mora devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicada, de imediato, aos processos em curso, sem, contudo, retroagir a período anterior a sua vigência (REsp 1205946/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe de 02/02/2012).

2. Há jurisprudência no STJ assinalando que, “nas indenizações por danos morais, decorrentes da responsabilidade objetiva do Estado, incidem juros moratórios de 0, 5% ao mês, nos termos do art. 1.062 do Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei 10.406/01), a partir do qual, conforme disposto em seu art. 406, deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, qual seja, a SELIC, ex vi a Lei 9.250/95. Tal sistemática prevalecerá até a entrada em vigor da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97” (EDcl no REsp 1210778/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe de 19/12/2011).

3. Acórdão anteriormente proferido (sessão de 29.02.2012), parcialmente modificado, conforme

orientação da Vice-Presidência deste Tribunal ao despachar recurso especial, a fim de adequá-lo à uniformização procedida pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1205946/SP (recurso repetitivo). 4. Negado provimento à apelação da ECT e dado parcial provimento ao recurso adesivo da autora a fim de condenar a ré em indenização por danos materiais, na importância de R\$ 3.141,00 (três mil, cento e quarenta e um reais), e majorar a indenização por danos morais, de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Os juros de mora, alusivos à indenização por dano moral, incidem, desde o arbitramento, pela Taxa SELIC, até a edição da Lei 11.960/1999, que alterou o art. 1º-F da Lei 9.494/2009, quando deverão passar a respeitar os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. A mesma orientação deve ser seguida no cálculo dos juros de mora sobre a indenização por dano material, fluindo, neste caso, a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ).

(AC 0003486-17.2004.4.01.4000/PI, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1, p. 190, de 27/06/2013)

Ante todo o exposto: (i) nego provimento aos agravos retidos; (ii) nego provimento à apelação do autor; (iii) dou provimento, em parte, à apelação do lbama apenas para adequar a base de cálculo dos juros moratórios relativos à indenização por danos emergentes (restituição da taxa recolhida) fixada na sentença ao decidido no REsp 1205946/SP, de modo que os juros moratórios incidam, a partir da citação, no percentual de 0,5% ao mês, nos termos do art. 1.062 do Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei 10.406/2001), a partir do qual, conforme disposto em seu art. 406, deverá ser observada a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, qual seja, a Selic, *ex vi* a Lei 9.250/1995. Tal sistemática prevalecerá até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/1997.

Voto-Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — Senhor presidente, também nego provimento aos agravos retidos. O primeiro deles tinha por objeto o pleito de se ordenar o lbama de dar prosseguimento ao processo administrativo versando sobre pedido de autorização de desmatamento.

Como bem esclarecido pela r. sentença e pelo voto do eminente relator, o lbama deixou de ter competência para deliberar sobre a matéria desde a modificação que foi feita no Código Florestal, não podendo, dessa sorte, a autarquia federal dar prosseguimento ao processo.

No que tange ao agravo relativo ao indeferimento da prova testemunhal, se bem compreendi as razões do autor ora apelante, no seu memorial e na sustentação oral que fez na tribuna, a finalidade da prova era demonstrar que o autor foi diligente e que procurou diversas vezes o órgão solicitando insistentemente o andamento do processo.

No processo provam-se os fatos relevantes, os pertinentes e os controvertidos. No caso, a prova oral destinava-se a demonstrar um fato que tenho como incontroverso, qual seja, que o autor, de alguma forma, procurou a autarquia para diligenciar o andamento do procedimento administrativo. Ocorre que, segundo a resposta do réu em juízo, a causa de o processo ter ficado parado foi a não juntada pelo autor de documentos indispensáveis à análise do seu pedido, qual seja, a comprovação do domínio da área. O lbama alegou que o autor apelante foi intimado para cumprir a diligência e que, todavia, não a atendeu. Esta prova, qual seja, da juntada de todos os documentos indispensáveis ao processamento do pedido administrativo não pode ser feita pela via de testemunhas. O autor deveria ter produzido essa prova com a sua petição inicial no processo judicial, razão pela qual também acompanho o eminente relator em negar provimento ao segundo agravo retido.

No que tange ao mérito, trata-se de pretensão de natureza indenizatória, dano material em face de omissão no órgão da administração, que teria levado mais de dez anos para apreciar pleito administrativo.

Conquanto se trate de responsabilidade objetiva, na modalidade que se apresenta neste processo, ou seja, omissão, a jurisprudência do egrégio STF construiu a solução segundo a qual trata-se de caso de culpa presumida, ou presunção de falha da atividade da administração. Em casos que tais, não é possível ao autor da demanda expor apenas o fato e o nexo de causalidade, mas também a existência de alguma das formas em que se apresenta a culpa. Pelo que consta dos autos, segundo entendi do relatório do eminente relator, o processo administrativo não teve o encaminhamento devido por falta de documentos essenciais que não foram juntados pelo autor, vale dizer, teria havido, no mínimo, culpa concorrente a excluir, de certa forma, responsabilidade da Administração.

Ademais, a pretensão deduzida em juízo diz respeito, na verdade, a lucros cessantes, que é uma das modalidades em que o dano material se apresenta. A jurisprudência tem mostrado que a caracterização do lucro cessante é bastante difícil, pois não se trata de um dano hipotético, mas uma demonstração certa daquilo

que, seguramente, o autor teria direito se não houvesse a superveniência do fato danoso.

Como bem esclarece a r. sentença recorrida, a autorização de desmatamento é apenas uma das fases do processo de produção, e a circunstância de a área receber autorização para desmate não implica, *ipso facto*, o sucesso na atividade, mormente porque se trata de atividade sujeita a riscos. O projeto apresentado pelo

autor ao Banco do Nordeste formula uma evolução dos investimentos e projeta ganhos, mas é uma projeção, é uma possibilidade, que poderia se realizar ou não. A responsabilidade civil não trabalha com conjecturas e juízos de probabilidade ou possibilidade, mas com juízos de certeza. Assim sendo, também acompanho o eminente relator para negar provimento à apelação.

Sexta Turma

Apelação/Reexame Necessário 0002443-44.2010.4.01.3803/MG

Relator:	Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Apelante:	Estado de Minas Gerais
Procuradora:	Dra. Cristiane de Oliveira Elian
Apelante:	Município de Uberlândia/MG
Procuradora:	Dra. Daniela Letícia Albiach
Apelante:	União Federal
Procuradora:	Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Apelado:	Ministério Público Federal
Procuradora:	Dra. Lina Sueli Reis Ferreira de Faria
Apelado:	Esvandir Ferreira Goulart
Remetente:	Juízo Federal da 3ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG
Publicação:	e-DJF1 de 04/07/2013, p. 119

Ementa

Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Agravo retido não reiterado. Não conhecimento. Saúde. Internação de paciente leito de UTI. Falecimento. Extinção do processo sem resolução de mérito. Possibilidade. Responsabilidade pelo custeio do tratamento médico assegurado: solidariedade entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Internação em hospital privado. Tabela do SUS. Não incidência. Remessa oficial e recursos de apelação: prejudicialidade.

I. Agravo retido interposto contra a decisão que deferiu a antecipação de tutela cujo pedido de julgamento não foi reiterado no apelo não pode ser conhecido.

II. Sendo o Sistema Único de Saúde composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, qualquer um deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demandas que objetivem assegurar à população carente o acesso a medicamento e a tratamentos médicos.

III. O falecimento do paciente representado pelo Ministério Público Federal, em demanda em que se objetiva a concessão de medicamento, de tratamento médico ou de serviços ligados à área da saúde, impõe a extinção do processo sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, incisos VI e IX, do Código de Processo Civil. Precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça em decisões monocráticas.

IV. A questão relativa à divisão dos custos decorrentes do cumprimento da medida judicial que assegurou ao paciente representado pelo Ministério Público Federal a internação em unidade de tratamento intensivo deverá ser solucionada na via administrativa ou em ação judicial própria, por ser estranha à lide, estabelecida apenas entre a parte-autora, beneficiária do SUS, e a parte-ré, Administração Pública.

V. O custeio do tratamento médico assegurado por meio de decisão judicial deve observar o disposto no art. 195, § 10, da Carta Política, na Lei Complementar 141/2012 e nas Leis Ordinárias 8.080/1990 e 8.142/1990, além de outros instrumentos legais e infralegais pertinentes.

VI. A disponibilização de tratamento médico por hospital privado não conveniado afasta, para fins de ressarcimento, a observância da tabela do SUS, não sendo razoável impor ao particular o ônus de arcar com a deficiência do sistema público de saúde.

VII. A conclusão acerca da extinção do processo sem resolução de mérito, por perda superveniente do interesse processual, prejudica o exame da remessa oficial e dos recursos de apelação interpostos pela União e pelo Município de Uberlândia, efeitos *ex nunc*.

VIII. Processo extinto sem resolução de mérito, por perda superveniente do interesse de agir (art. 267, VI e IX, do CPC). Remessa oficial e recursos de apelação interpostos pela União, pelo Estado de Minas Gerais e pelo Município de Uberlândia prejudicados.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, julgar extingo o processo sem resolução de mérito, por perda superveniente do interesse de agir (art. 267, VI e IX, do CPC), não conhecer do agravo retido interposto pela União e julgar prejudicados a remessa oficial e os recursos de apelação interpostos pela União, Estado de Minas Gerais e Município de Uberlândia.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 24/06/2013.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: —

Trata-se de remessa oficial e de recursos de apelação interpostos pela União, pelo Estado de Minas Gerais e pelo Município de Uberlândia/MG contra sentença de fls. 227–234 proferida pela MM. Juíza da 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG, que, confirmando decisão antecipatória dos efeitos da tutela, julgou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público Federal e assegurou a transferência de Esvandir Ferreira Goulart para unidade de tratamento intensivo, consignando que o reembolso ao segundo apelante deverá ser buscado administrativamente. Ao final, ao tempo em que ressaltou que o custo final do tratamento deve ser suportado pela primeira apelante até os limites estabelecidos na tabela do SUS, sendo o excedente custeado pelo Município, isentou os réus do pagamento de custas e honorários advocatícios.

2. Em suas razões, fls. 239–251, suscita a União sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda e ilegitimidade ativa do Ministério Público. Já no que se refere ao mérito da controvérsia, aduz (a) que a distribuição, a fiscalização, a regulação e o fornecimento dos leitos de unidade de terapia intensiva credenciados aos SUS são de competência do gestor estadual e/ou municipal, consoante o princípio da descentralização; e (b) que a sentença recorrida, nos termos em que proferida, além de violar o princípio da isonomia, ocasiona dupla penalidade, já que aos Estados e Municípios já são repassados,

administrativamente, recursos federais para o custeio dos serviços relacionados à área da saúde.

3. O Município de Uberlândia, por sua vez, às fls. 265–284, argui sua ilegitimidade passiva e ilegitimidade ativa do Ministério Público. Quanto ao mérito, afirma ser de responsabilidade da União e do Estado de Minas Gerais o fornecimento da internação vindicada, a eles devendo ser determinado o repasse das verbas despendidas para o cumprimento da medida judicial. Ao final, pleiteia a reforma da sentença recorrida.

4. O Estado de Minas Gerais, a seu turno argui a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal. Quanto ao mérito, defende a obediência à lista de espera previamente fixada para os pacientes do SUS.

5. Às fls. 288–293, contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público Federal.

6. O paciente veio a óbito em 11/05/2010 (fl. 116).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Inicialmente, deixo de conhecer do agravo retido de fls. 45–52, interposto pela União contra a decisão que deferiu o pedido de dilação do prazo para a realização do teste físico, em decorrência de não ter ela, em suas

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves e Kassio Marques.

razões de apelação, requerido sua apreciação pelo Tribunal (art. 523, § 1º, do CPC).

2. A hipótese é de extinção do processo sem resolução de mérito, na forma do art. 267, VI e IX, do Código de Processo Civil. Antes, porém, de declinar os respectivos fundamentos, consigno que, sendo o Sistema Único de Saúde composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, qualquer um deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demandas que objetivem assegurar, à população desprovida de recursos financeiros, o acesso a medicamentos, a tratamentos médicos e a serviços da área da saúde.

3. Nesse sentido já se pronunciou esta Corte e o colendo Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. DIREITO À SAÚDE. DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E DIFUSO, CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DESCENTRALIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. UNIÃO FEDERAL, ESTADOS, MUNICÍPIOS E DISTRITO FEDERAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. I - A União Federal, solidariamente com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, está legitimada para as causas que versem sobre o fornecimento de medicamento, em razão de, também, compor o Sistema Único de Saúde - SUS. Precedentes. II - A saúde, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, é direito de todos e dever do Estado, como na hipótese dos autos, onde o fornecimento gratuito de medicamentos para o adequado tratamento é medida que se impõe, possibilitando aos doentes necessitados o exercício do seu direito à vida, à saúde e à assistência médica, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político e/ou material. Precedentes. III - Agravo regimental desprovido.

(AGRAC 0001525-53.2008.4.01.3304/BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1, p.19, de 18/04/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Corte Especial firmou a orientação no sentido de que não é necessário o sobrestamento do recurso especial em razão da existência de repercussão geral sobre o tema perante o Supremo Tribunal Federal (REsp 1.143.677/RS, Min. Luiz Fux, DJe de 4.2.2010).

2. O entendimento majoritário desta Corte Superior é no sentido de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são solidariamente

responsáveis pelo fornecimento de medicamentos às pessoas carentes que necessitam de tratamento médico, o que autoriza o reconhecimento da legitimidade passiva ad causam dos referidos entes para figurar nas demandas sobre o tema.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1159382/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 05/08/2010, DJe 1º/09/2010)

4. Passo a declinar os fundamentos pelos quais entendo seja hipótese de extinção do processo sem resolução de mérito.

5. Na esteira do entendimento por mim firmado em hipóteses semelhantes à ora em exame, entendo que o falecimento do paciente representado pelo Ministério Público Federal, em demandas em que se objetiva a concessão de medicamento ou de tratamento médico, atrai a incidência dos incisos VI e IX do art. 267 do Código de Processo Civil, cuja redação é no seguinte sentido:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

[...].

VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

[...].

IX – quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;

[...].

6. No mesmo sentido precedente de relatoria do eminente Min. Benedito Gonçalves, que, nos autos do AgRg 913.287, proferiu decisão monocrática cuja ementa restou assim redigida:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. FALECIMENTO DO AUTOR. SENTENÇA PROFERIDA COM AMPARO NO ARTIGO 267, IV, DO CPC. PERDA DO OBJETO RECURSAL. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 34, XI, DO RISTJ. AGRAVO PREJUDICADO.

7. Transcrevo, no que relevante, o teor da fundamentação exposta por sua excelência naqueles autos:

O atestado de óbito apresentado à fl. 195 indica o falecimento do autor em 25 de dezembro de 2005.

A morte do autor, portador de doença pulmonar obstrutiva crônica e quadro psiquiátrico de THB (Transtorno do Humor Bipolar), no curso da ação ordinária, que objetiva a condenação dos réus ao

fornecimento dos medicamentos Rivotril 2mg, Neuleptil, Fluoxetina 10mg, Fluir e Miflonide 400mcg, urgentemente necessários ao seu tratamento, enseja a perda do objeto.

Tratando-se, portanto, o fornecimento do medicamento indicado, de direito personalíssimo do autor, sua morte teve o condão de obstar o desenvolvimento válido do processo, não restando outro caminho, que não o da extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil.

Neste sentido, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DEFESA DE DIREITO PERSONALÍSSIMO. MORTE DO IMPETRANTE. PERDA DO OBJETO.

- Na hipótese em que se postula, por via de mandado de segurança, a defesa de direito de caráter personalíssimo, a ação constitucional perde o objeto com o falecimento do impetrante, único titular do exercício da pretensão deduzida.

- Recurso ordinário que se julga prejudicado.

(ROMS 19920032248-4/ES - Superior Tribunal de Justiça, 6ª T., Rel. Min. Vicente Leal, unân., julg. 10.09.1996, publ. DJ 21.10.1996, p. 40271)

Ante o exposto, julgo extinto o processo sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, IV, do Código de Processo Civil.

Isso posto, julgo prejudicado o recurso, em face da sua superveniente perda de objeto (artigo 34, XI, do RISTJ).

8. Confira-se, ainda, precedente de relatoria do então ministro do Colendo Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux, cuja ementa tem o seguinte teor:

PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. FALECIMENTO DO RECORRENTE. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

1. O falecimento do autor, ora Recorrente, e o caráter personalíssimo do pedido principal veiculado na petição inicial, qual seja, fornecimento de medicamentos indispensáveis ao tratamento de moléstia de qual era portador (CID J 439), conduz à inadmissibilidade de sucessão de parte, com supedâneo no art. 43 do CPC, e, a fortiori, a extinção do feito.

2. Processo julgado extinto, sem resolução do mérito, com supedâneo no art. 267, IX, do CPC.

(REsp nº 1.054.181/RS)

9. Amparado em tais fundamentos, entendo não haver solução diversa da extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI e IX, do Código de Processo Civil, restando prejudicados o agravo retido, a remessa oficial e o recurso de apelação interposto pela União.

10. Ressalto, todavia, que a divisão dos custos decorrentes do cumprimento da medida judicial que assegurou a internação de paciente em unidade de tratamento intensivo deverá ser solucionada na via administrativa ou em ação judicial própria, por ser estranha à lide, estabelecida apenas entre o paciente representado pelo MPF, beneficiário do SUS, e a parte-ré, Administração Pública.

11. Para tanto, deverão ser observados o art. 195, § 10, da Constituição Federal, a Lei Complementar 141/2012 e as Leis Ordinárias 8.080/1990 e 8.142/1990, além de outros instrumentos legais e infralegais pertinentes.

12. Observo, ainda, que a revogação do ato judicial que assegurou a internação de paciente em unidade de tratamento intensivo, decorrente da reforma da r. sentença com a extinção do processo sem resolução de mérito, deve operar efeitos *ex nunc*, entendimento que encontra amparo em precedente do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PERÍCIA MÉDICA. PARTE AUTORA. NÃO COMPARECIMENTO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. REVOGAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. VALORES DESPENDIDOS. DEVOLUÇÃO. NÃO CABIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Caso em que a parte autora devidamente intimada para justificar sua ausência à perícia médica, bem como esclarecer se persiste o interesse no fornecimento dos medicamentos pleiteados, deixou transcorrer *in albis* o prazo para sua manifestação. 2. Manutenção da sentença que revogou a tutela antecipada deferida, com base no § 4º do artigo 273 do CPC, com efeitos *ex nunc* e extinguiu o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. 3. Entende-se, ainda, incabível a devolução dos valores despendidos com os respectivos medicamentos, diante da revogação da antecipação de tutela. Precedentes do STJ e desta Corte. 4. Quanto à possibilidade da parte-ré que arcou com o ônus da tutela antecipada valer-se do título resultante neste processo para se ressarcir da cota parte-ré de responsabilidade dos demais corréus devedores solidários, que tenham também integrado a lide, sinal-se que transcende os limites da lide, devendo ser reformada a sentença.

(TRF4, AC 5005296-87.2011.404.7208, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, D.E. 31/05/2012)

13. Por fim, ressalto não ser cabível a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios, vez que representado pelo MPF o paciente ao qual foi assegurada a internação em UTI.

Pelo exposto, extingo o processo sem resolução de mérito, por perda superveniente do interesse de agir (art. 267, VI e IX, do CPC). Agravo retido interposto pela União não conhecido, remessa oficial e recursos de

apelação interpostos pela União, Estado de Minas Gerais e Município de Uberlândia prejudicados.

É como voto.

Sexta Turma

Apelação Cível 0038838-80.2010.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Megueriam
Relator p/ acórdão: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado)
Apelante: Banco Fibra S/A
Advogados: Dr. Baturia Rogério Meneghesso Lino e outros
Apelado: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade
Procurador: Dr. Fernando Barbosa Bastos Costa
Publicação: e- DJF1 de 19/07/2013, p. 962

Ementa

Administrativo. Ato de concentração. Comunicação ao Cade. Intempestividade. Multa. Caráter formal. Leis 8.884/1994 e 12.529/2011. Impossibilidade de aplicação, por analogia, da abolitio criminis (art. 2º, caput, do Código Penal). Lei nova mais rigorosa. Desproporcionalidade da multa: não constatação. Recurso improvido.

I. Tratando-se de multa imposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, por intempestividade na comunicação de ato de concentração, sequer por analogia ao que prescreve o art. 2º, caput, do Código Penal, é possível aplicar-se à espécie a regra do *abolitio criminis*, de vez que, no caso, a lei posterior, Lei 12.529/2011, não deixou de considerar infração o que antes era previsto como tal, pela Lei 8.884/1994, pois tanto a lei antiga como a lei nova cuidam de disciplinar a obrigação de submissão ao Cade dos atos de concentração econômica, tratando de prevenir os abusos anticoncorrenciais.

II. É verdade que a lei nova — 12.529/2011 —, no seu art. 88, traz disciplina diversa da prevista anteriormente na Lei 8.884/1994. Mas em ambas, prevê-se a necessidade de submissão à apreciação do Cade dos atos de concentração econômica e prevê sanções para o descumprimento da obrigação. A lei nova, ao contrário de abolir a infração antes prevista, traz disciplina ainda mais rigorosa, tanto relativamente ao prazo (antes os atos de concentração poderiam ser submetidos à autarquia em até quinze dias de sua realização e, depois, a submissão passou a ser, necessariamente prévia a sua consumação) quanto ao valor das multas, que foram majoradas.

III. No caso, a infração é de natureza formal, pelo que, mesmo aprovado o ato pelo Cade, a pena é devida pela simples intempestividade na sua submissão à entidade de controle.

IV. Não é flagrantemente desproporcional a multa aplicada dentro dos parâmetros do art. 54, § 5º, da Lei 8.884/1994 e da Resolução 44, de 14/02/2007, considerando os dias de atraso e o porte econômico da empresa e situando-se dentro de uma faixa de razoabilidade, que se reserva à discricção administrativa.

V. Apelação improvida.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, negar provimento à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 28/06/2013.

Juiz Federal Renato Martins Prates, relator p/ acórdão (convocado).

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Banco Fibra S/A contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que revogou decisão antecipatória dos efeitos da tutela e julgou improcedente o pedido de redução de multa imposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, motivada pela intempestividade da comunicação de ato de concentração, condenando-o ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 3.000,00 (fls. 245–253).

2. Em suas razões, fls. 256–268, afirma o apelante que o fato de a multa que lhe fora imposta pelo Cade ter sido fixada dentro dos parâmetros fornecidos pela Resolução Cade 44/2007 não afasta a possibilidade de reexame, pelo Poder Judiciário, dos critérios utilizados pela autoridade administrativa.

3. Prossegue em seu inconformismo asseverando que a punição pelo atraso na comunicação do ato de concentração deve ser graduada conforme maior ou menor ofensa à livre concorrência, ressaltando que a comunicação intempestiva, no caso, não causou maiores prejuízos, porquanto aprovado o respectivo ato sem qualquer restrição. Registra, ainda, ser indevido o acréscimo de 0,005% do faturamento médio dos grupos participantes, aduzindo ser desproporcional e desarrazoado o recolhimento de tal quantia.

4. Por fim, ao tempo em que justifica a apresentação intempestiva do ato de concentração em razão de parecer da Advocacia-Geral da União no sentido de que apenas ao Banco Central do Brasil incumbe a sua apreciação e o seu julgamento, pugna pela reforma da sentença apelada, fixando a multa imposta em seu patamar mínimo (60.000 UFIRs).

5. Às fls. 339–351, contrarrazões ao recurso de apelação.

6. Às fls. 358–363, pedido de antecipação parcial dos efeitos da tutela recursal, amparado na alegação de que, em razão da revogação da decisão que suspendeu a exigibilidade da multa questionada nos autos, o Cade ajuizou ação de execução fiscal, sendo iminente a sua citação e a possibilidade de concretização de dano de difícil reparação, consubstanciado na possibilidade de penhora de seus ativos.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Objetiva o apelante a reforma da sentença recorrida e a consequente procedência do pedido inicial, a fim de que a multa que lhe fora imposta pelo Cade em razão da comunicação intempestiva de ato de concentração seja reduzida para o seu patamar mínimo, sem a incidência de acréscimos.

2. Nos termos do art. 54 da Lei 8.884/1994, vigente à época da publicação do ato administrativo contra o qual o autor/apelante se insurge (23/06/2010, fl. 109),

[...] os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

3. Dispõem seus §§ 4º e 5º, ainda, sobre os prazos para a apresentação do ato de concentração para apreciação do Cade e sobre as penalidades em caso de sua inobservância, *in verbis*:

[...]

§ 4º Os atos de que trata o *caput* deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à SPE.

§ 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) UFIR nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de UFIR a ser aplicada pelo Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

4. Os parâmetros para aplicação da penalidade prevista na Lei 8.884/1994, revogada pela Lei 12.529/2011, por outro lado, estão disciplinados na Resolução Cade 44, de 14 de fevereiro de 2007, cujos arts. 1º e 2º assim dispõem (fl. 110):

Art. 1º A multa de que trata o art. 54, § 5º, da Lei 8.884/94 será calculada da seguinte forma:

I – a multa-base é equivalente a 60.000 UFIR acrescidas de 600 UFIR por dia de atraso, a partir do segundo dia;

II – A multa-base será considerada em dobro em caso de reincidência;

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado).

III – Nos casos em que a média aritmética dos faturamentos brutos dos grupos a que pertencem os participantes do ato de concentração, no Brasil, no exercício anterior ao da apresentação do ato, exceder R\$ 400.000.000 (quatrocentos milhões de reais), será acrescido à multa-base o equivalente a 0,005% do faturamento médio dos grupos dos participantes, respeitado o limite de 700.000 (setecentas mil) UFIR;

IV – Na hipótese de o ato ser aprovado com restrição, o valor apurado nos termos dos incisos I, II e III supra, poderá, observado o disposto no art. 27, I, V e VI da Lei nº 8.884/94, ser majorado em até 50%;

V – Na hipótese de não aprovação do ato, o valor apurado nos termos dos incisos I, II e III supra, poderá, observado o disposto no art. 27, I, V e VI da Lei nº 8.884/94, ser majorado de 50% até 100%;

Art. 2º Em caso de apresentação espontânea do ato de concentração, a multa calculada na forma do artigo 1º supra será reduzida em 30% art. 27, II, da Lei 8.884/94).

5. Pois bem. O Cade, ao concluir pela aplicabilidade de multa ao autor/apelante pela apresentação intempestiva de ato de concentração, no valor final de R\$ 715.147,58, aplicou a multa-base de 60.000 UFIR prevista na primeira parte do inciso I do art. 1º da Resolução 44/2007, com os acréscimos da segunda parte do mesmo inciso (600 UFIR por dia de atraso) e do inciso III. É o que se verifica à fl. 108.

6. Eis a controvérsia posta nos autos: para o autor/apelante, a punição pelo atraso na comunicação do ato de concentração deve ser graduada conforme maior ou menor ofensa à livre concorrência, inexistente na hipótese dos autos, porquanto aprovado pelo Cade sem restrições. À tese principal acresce a de que, desde 2001, após a ratificação pelo presidente da República de parecer expedido pela Advocacia-Geral da União, a orientação é no sentido de que compete ao Banco Central do Brasil – Bacen a análise de negócios jurídicos envolvendo instituições financeiras, gerando incerteza quanto ao dever de notificar o Cade acerca das operações realizadas.

7. Quando da análise de feito similar em que se pretendia não apenas a redução da multa arbitrada pelo Cade em razão da apresentação intempestiva de recurso (hipótese dos autos), mas, também, a respectiva anulação, atuado sob o n. AP 7632-63.2001.4.01.3400/DF, assim me pronunciei quanto ao segundo pedido (anulação de multa imposta pelo ora apelado):

[...].

13. Não bastasse violar o princípio da proporcionalidade a aplicação da penalidade em razão da apresentação intempestiva do ato de concentração se o próprio órgão administrativo o considerou regular, a nova legislação antitruste,

Lei 12.529/2011, que atualmente regula o processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infração à ordem econômica no âmbito do CADE, que expressamente revogou a anterior, não trouxe tal previsão.

14. O art. 88 da novel legislação assim regula a submissão ao CADE dos atos de concentração:

“Art.88.Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

§ 1º Os valores mencionados nos incisos I e II do *caput* deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o *caput* deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

§ 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no *caput* deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.”

15. Veja-se que o que a nova lei antitruste veda é a consumação do ato antes de sua aprovação pelo CADE, e não a sua submissão intempestiva.

16. Levando-se em consideração se tratar de penalidade a imposição da multa pelo CADE, entendo ser aplicável à espécie, por analogia, a regra do art. 2º do Código Penal, a qual preceitua que “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”.

17. Tem-se, portanto, não ser devida a aplicação da penalidade, o que recomenda a sua anulação.

18. Por fim, uma vez reconhecida a nulidade da multa, não prospera o apelo do CADE, que pugna pela reforma da sentença para que a multa

seja aplicada nos valores definidos na decisão administrativa.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso de apelação da autora e julgo prejudicadas a apelação do CADE e a remessa oficial. Custas, porventura adiantadas pela autora a serem ressarcidas pelo CADE, que pagará, ainda, honorários advocatícios à base de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

É como voto.

[...].

8. O respectivo acórdão, após decisão por maioria da Sexta Turma, restou assim ementado:

ADMINISTRATIVO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. ATO DE CONCENTRAÇÃO. PRAZO PARA NOTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO. RESOLUÇÃO 15/1998/CADE, ART. 2º. EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. I. Não já falar em decisão citra petita quando a sentença, muito embora de forma sucinta, analisou o pedido principal, de anulação da multa, e o subsidiário, de redução de seu valor. II. Ao estabelecer contagem do prazo para a notificação do ato de concentração de forma diversa daquela prevista na então legislação antitruste - Lei 8.884/1994, o art. 2º da Resolução 15/1998-CADE, revogada pela Resolução 45/2007 - RI/CADE, a qual trouxe nova disposição de igual teor, acabou por extrapolar os limites da legislação de regência. III. Consoante precedentes deste Tribunal sobre a matéria, o prazo de quinze dias previsto no § 3º do art.4º da revogada legislação antitruste, somente começa a correr a partir do momento em que efetivada ou consumada a operação. IV. Viola o princípio da proporcionalidade a aplicação da penalidade em razão da apresentação intempestiva do ato de concentração se o próprio órgão administrativo o considerou regular. V - Aprovado a *joint venture* pelo Cade, não há que se falar de ato de concentração, o que tornaria inócua a comunicação cuja ausência ou intempestividade geraria a aplicação de multa. VI - *A novel legislação antitruste, Lei 12.529/2011, que atualmente regula o processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infração à ordem econômica no âmbito do Cade, não trouxe a previsão do § 3º do art.4º da revogada legislação anterior, de submissão do ato de concentração ao Cade no prazo de 15 dias, sob pena de multa pela apresentação intempestiva, somente vedando a consumação do ato antes de sua aprovação pelo órgão administrativo.* VII - *Levando-se em consideração se tratar de penalidade a imposição da multa pelo Cade, é aplicável à espécie, por analogia, a regra do art. 2º do Código Penal, a qual preceitua que "Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória". (posição isolada do relator)* VIII - Apelação da autora provida. Apelação do Cade e

remessa oficial prejudicadas. IX - Custas porventura adiantadas pela autora a serem ressarcidas pelo réu. Honorários advocatícios a favor da autora que se fixa em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

(AC 0007632-63.2001.4.01.3400 / DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1, p. 96, de 03/06/2013). Grifo nosso.

9. Amparado em tais fundamentos, e reafirmando a orientação de não ser proporcional a manutenção de multa pela apresentação intempestiva de ato de concentração, posteriormente aprovado pelo Cade em procedimento administrativo próprio, entendo deva ser provido o recurso de apelação interposto pelo autor, reformando-se a sentença recorrida.

10. Considerando, todavia, os termos do disposto no art. 128 do Código de Processo Civil, no sentido de que *o juiz decidirá a lide nos termos em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte*, deve o recurso de apelação ser provido apenas para assegurar ao autor/apelante a redução, ao patamar mínimo, da multa arbitrada pelo Cade, já que ausente pedido de sua anulação (fl. 17).

11. Por fim, tendo presente a verossimilhança das alegações do autor/apelante, e considerando a notícia de que ajuizada em seu desfavor execução fiscal relativa à multa ora questionada, autuada na Seção Judiciária do Distrito Federal sob o n. 7937-27.2013.4.01.3400, sendo iminente a possibilidade de concretização de dano de difícil reparação, consubstanciada na eventual penhora de seus ativos financeiros, entendo seja hipótese de deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, suspendendo a exigibilidade da multa impugnada até o julgamento final do presente recurso de apelação (fl. 363).

12. Provido o recurso de apelação interposto pelo autor, e julgando-se procedente o pedido formulado na exordial, deve o apelado ressarcir as custas processuais adiantadas, bem como arcar com os honorários advocatícios, que, em razão da complexidade da causa e do trabalho desenvolvido pelos causídicos que representam o apelante, devem ser arbitrados, em princípio, no mesmo nível em que fixados pela anterior sucumbência do apelante, ou seja, em R\$ 3.000,00 (CPC, art. 20, § 4º).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso de apelação interposto pelo autor e reduzo ao seu patamar mínimo a multa aplicada pelo Cade em razão da apresentação intempestiva de ato de concentração (§ 5º do art. 54 da Lei 8.884/1994, revogada pela Lei 12.529/2011). Ato contínuo, presentes a verossimilhança

das alegações e o risco de concretização de dano de difícil reparação, defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal e suspendo a exigibilidade da multa impugnada até o trânsito em julgado desta decisão. Inversão dos ônus da sucumbência, devendo o réu/apelado ressarcir as custas processuais adiantadas pelo autor/apelante e arcar com o pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 3.000,00.

É como voto.

Voto-Vista Vencedor

O Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado): — Cuida-se de apelação interposta pelo Banco Fibra S/A contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que julgou improcedente pedido de redução de multa imposta ao ora apelante pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, em decorrência de comunicação intempestiva de ato de concentração.

Em seu voto, o ilustre relator, Dr. Jirair Aram Megueriam deu provimento ao recurso. Fundamentando seu voto, argumentou, em síntese, que a Lei 12.529/2011, que revogou a Lei 8.884/1994, e que disciplina atualmente a imposição de sanções por infração à ordem econômica não prevê a necessidade de submissão do ato de concentração ao Cade, no prazo de 15 dias de sua realização, mas apenas veda sua consumação antes da aprovação pelo órgão administrativo. Tendo em vista a existência de lei posterior mais benéfica ao administrado, por analogia à regra do art. 2º do Código Penal, entende inexistir suporte jurídico para a aplicação da multa. Assim, tendo em vista o disposto no art. 128 do CPC, para que o julgamento não seja *ultra petita*, reduz a multa ao mínimo legal.

Pedi vista para melhor exame da questão *sub judice*.

Com a vênua do ilustre relator, divirjo de seu entendimento.

É que, sequer por analogia ao que prescreve o art. 2º, *caput*, do Código Penal, penso ser possível aplicar-se à espécie a regra do *abolitio criminis*, de vez que, no caso, a lei posterior, Lei 12.529/2011 não deixou de considerar infração o que antes era previsto como tal, pela Lei 8.884/1994.

Com efeito, tanto a lei antiga como a lei nova cuidam de disciplinar a obrigação de submissão ao Cade dos atos de concentração econômica, tratando de prevenir os abusos anticoncorrenciais. A propósito, a decisão do STJ, 2ª Turma, no julgamento do Recurso

Especial 2003/0215979-3, rel. o Min. Herman Benjamin (DJE 04/05/2011).

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DE MULTA PELO PLENÁRIO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. OPERAÇÃO DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS. APRESENTAÇÃO TARDIA DE DOCUMENTOS. TERMO INICIAL. DATA DA EFETIVAÇÃO DO ATO JURÍDICO COM EFICÁCIA VINCULATIVA. ART. 54 DA LEI 8.884/1994 E ART. 2º DA RESOLUÇÃO 15/1998 DO CADE. PODER REGULAMENTAR DA AUTARQUIA. 1. Cuidam os autos de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Presidente do Cade - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em razão de multa imposta em acórdão proferido pelo Plenário do órgão no Ato de Concentração 08012.005572/99-99. 2. Discute-se a legalidade da sanção aplicada pelo Cade nos termos da Lei Antitruste. O órgão adotou a medida por considerar que a comunicação do ato de concentração ocorrera tardiamente. 3. Conforme disposição do art. 54 da Lei 8.884/1994, com vista à defesa da concorrência, os atos que importem concentração econômica deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE - Secretaria de Direito Econômico, que imediatamente enviará uma delas ao Cade e outra à Seae. 4. O Cade, em virtude de suas atribuições institucionais, deve examinar os atos que possam limitar ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência. 5. O sentido do art. 54, § 4º, da Lei 8.884/1994 é prevenir efeitos prejudiciais à livre concorrência advindos de operações que possam resultar em concentração de mercado. O prazo estipulado no dispositivo legal decorre da necessidade de análise das operações em tempo hábil. 6. Com base no Poder Regulamentar, o termo inicial para a apresentação desses atos foi definido pela Resolução 15/1998 do Cade, que prevê, em seu art. 2º, que “o momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos §§ 4º e 5º do art. 54 da Lei 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso”. 7. O STJ tem entendimento segundo o qual os arts. 7º, XIX, e 51 da Lei 8.884/1994 autorizam a edição desse tipo de ato pelo Cade, em observância ao seu poder regulamentar. O art. 2º da Resolução interpretou o termo “realização”, inserto no art. 54, § 4º, da Lei 8.884/1994, como “o primeiro documento vinculativo entre as requerentes”. Inexiste, dessa forma, criação de novo prazo. 8. Além do mais, a Resolução era de todo desnecessária. Na sua ausência, o Judiciário ainda seria chamado a interpretar as expressões “atos, sob qualquer forma manifestados” e “de sua realização”, constantes originalmente do texto da Lei da Concorrência, não

havendo o intérprete de fazê-lo de modo diverso, em virtude da razoabilidade da disposição. 9. Mais do que agente de repressão, o Cade é órgão de prevenção de abusos anticoncorrenciais. Na selva do mercado, como na vida em geral, prevenir danos à concorrência e ao consumidor é melhor, mais barato e eficiente do que remediar. 10. In casu, a recorrida adquiriu a Divisão de Turbinas a Gás Industriais de Grande Porte - *Heavy Duty* - da empresa Alstom France/SA, em 23.3.1999, e somente comunicou o ato de concentração em 25.6.1999. 11. No que se refere à aplicabilidade do caput do art. 2º da Lei 8.884/1994, o Tribunal de origem desconsiderou a informação contida no acórdão do Cade proferido no Ato de Concentração 08012.005572/99-99, que consignou: a) “as duas empresas (General Electric Company e Alstom France S/A) atuam no mercado de turbinas a gás de grande porte através de exportações”; e b) “participam com vendas no mercado brasileiro entre 8% e 9% cada uma” (fl. 219, e-STJ). 12. De acordo com o Estudo de Viabilidade encomendado pelo Centro Técnico Aeroespacial do Ministério da Defesa Nacional, realizado em 2003 pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas - FGV/EASP, o mercado mundial de turbinas a gás de grande porte é dominado por quatro grandes empresas: General Electric, Siemens-Westinghouse, Alstom e Mitsubishi. 13. A participação das empresas que promoveram o ato de concentração ora analisado era, em 2003, de 40% para a GE e 15% para a Alstom. Dessa maneira, inegável o fato de que a fusão das empresas é ato de concentração que poderia repercutir no Brasil. 14. Recurso Especial provido para denegar a ordem. ..EMEN:

(REsp 200302159793, Herman Benjamin - Segunda Turma, DJE DATA: 04/05/201. DTPB:.)

Nesse propósito preventivo, é que a legislação prevê a obrigação de submissão ao Cade dos atos de concentração econômica, que possam prejudicar a livre concorrência.

É verdade que a lei nova — 12.529/2011 —, no seu art. 88, traz disciplina diversa da prevista anteriormente na Lei 8.884/1994. Mas em ambas, prevê-se a necessidade de submissão à apreciação do Cade dos atos de concentração econômica e prevê sanções para o descumprimento da obrigação. A lei nova, ao contrário de abolir a infração antes prevista, traz disciplina ainda mais rigorosa, tanto relativamente ao prazo (antes os atos de concentração poderiam ser submetidos à autarquia em até 15 dias de sua realização e, depois, a submissão passou a ser, necessariamente prévia a sua consumação) quanto ao valor das multas, que foram majoradas.

Comparem-se os textos de lei:

Lei Antiga 8.884/1994	Lei Nova 12.529/2011
<p>Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.</p> <p>§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SPE.</p> <p>§ 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) UFIR nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de UFIR a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32</p>	<p>Art. 88. Serão submetidos ao Cadê pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:</p> <p>I – pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócio total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II – pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).</p> <p>§ 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura e processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei</p>

Por fim, cumpre destacar que a infração em análise é de natureza formal, pelo que, mesmo que aprovado o ato pelo Cade, a pena é devida pela simples intempestividade na sua submissão à entidade de controle.

Quanto à eventual desproporcionalidade da multa aplicada, tenho que ela foi aplicada dentro dos parâmetros do art. 54, § 5º, da Lei 8.884/1994 e da Resolução 44, de 14/02/2007. De se notar que a lei estabelece os limites entre 60 000 (sessenta mil) e 6.000.000 (seis milhões) de Ufir e a penalidade imposta, no valor de R\$ 715.147,58, que levou em conta os dias de atraso e o porte econômico da empresa não se revela flagrantemente desproporcional, pelo que se situa dentro de uma faixa de razoabilidade, que se reserva à discricção administrativa.

Por tais razões, nego provimento à apelação.

É como voto.

Sétima Turma

Apelação Cível 0027764-38.2010.4.01.3300/BA

Relator : Desembargador Federal Tolentino Amaral
 Apelante: Luiz Antônio Athayde Souto
 Advogados: Dr. Álisson Cardoso e outro
 Apelada: Ordem dos Advogados do Brasil – OAB
 Advogados: Pablo Magalhães Trindade e outros
 Publicação: e-DJF1 de 21/06/2013, p. 1.138

Ementa

Tributário. Processual Civil. Ação ordinária. Advocacia (OAB). Penalidade disciplinar de suspensão/interdição temporária do exercício profissional (12 meses), cumulada com ressarcimento do dano, por locupletamento ilícito e não prestação de contas (verbas de cliente para instituição de fundação assistencial). Lei 8.906/1994 (Art. 34, XX, XXI, e 37, I, e parágrafo único). Processo administrativo: regularidade. Legalidade e constitucionalidade da sanção e do acessório de reforço. Reabilitação. Não caracterização de pena perpétua nem de ilegítima restrição ao livre exercício profissional.

I. As alegadas nulidades formais do processo ético-disciplinar não vicejam, pois não provada a alegação de que deliberado o arquivamento previsto no § 1º do art. 51 do Código de Ética da OAB, evidenciando-se a plena vontade do Conselho Profissional de apurar o fato contido na representação.

II. Quanto à suposta não concessão do prazo quinzenal para razões finais, além de não atestado o eventual prejuízo processual, que, ausente, afasta qualquer nulidade, vê-se que a peça fora apresentada a tempo e modo; a divergência (irrelevante, não provado prejuízo), atinaria com o fato de que, após novas oitiva/inquirição, o prazo para complementação das razões finais fora de cinco dias.

III. O julgamento administrativo sem a presença do advogado do representado, que fora regularmente intimado, decorreu de ato só a ele imputável (aqui confessado e reiterado), no sentido de que a sessão, que preferiu não acompanhar, se entrechocaria com compromisso outro “inadiável”.

IV. A imposição da pena administrativo-disciplinar derivou da percepção e retenção indevida, pelo autor, de valores confiados por sua cliente, conduta enquadrada na Lei 8.906/1994 como locupletamento ilícito e recusa à prestação de contas (art. 34, XX e XXI), que, por sua gravidade, atraiu a sanção (art. 37, I, §§ 1º e 2º) de suspensão/interdição do exercício profissional por 12 meses, que “*perdura até que satisfaça integralmente a dívida, inclusive com correção monetária*”.

V. Penas ou sanções que conjugam interdição temporária de direitos e ressarcimento pecuniário do dano não são estranhas ao Direito. O art. 68 da Lei 8.906/1994 se socorre, se e quando, da aplicação subsidiária do processo penal comum. No âmbito penal, após o cumprimento da reprimenda, pode-se requerer “reabilitação” (art. 743 c/c art. 744, I a V), provando-se ressarcido “o dano causado pelo crime” ou mantida “a impossibilidade de fazê-lo.” Na Lei 8.906/1994 há preceito correlato (art. 41). O fato se desdobrou nas esferas administrativa, cível, e, ainda, penal.

VI. O STJ (REsp 506.607/SC e REsp 711.665/SC) abona, até mesmo em face de simples anuidades, a manutenção da suspensão/interdição temporária do exercício profissional até a solução da inadimplência pecuniária (como norma de agravamento), o que, por simetria, razoabilidade e proporcionalidade, mais legitima a sentença de improcedência em face da gravidade do ato atribuído ao autor, tanto mais reprovável e censurável por atingir pessoa idosa e que agiu imbuída dos mais nobres propósitos ao tencionar instituir a fundação filantrópica de atendimentos a pessoas desvalidas sócio-economicamente.

VII. Alinhavando o raciocínio sob a ótica constitucional, evidencie-se que o Pleno do STF (RE 154.134/SP) só afasta a suspensão/interdição (inabilitação) do exercício profissional quando pena autônoma, permanente, ampla (não restrita a uma profissão regulamentada específica) e fundada em preceito legal que não prevê qualquer possibilidade de revisão ou de reabilitação (denotando-se, assim, perpétua), como é o caso do art. 44, IV, da Lei

4.595/1964. A interdição temporária condicionada, no concreto, não denota interdição vitalícia nem atenta contra a liberdade profissional, regida pela Lei 8.906/1994.

VIII. Totalmente derruída a alegação de que penderia debate judicial sobre o débito a ser ressarcido, pois a questão objeto da ação de cobrança (AO 14.000.749.503-3, TJBA), já proferida ulterior sentença de procedência, em parte, do pedido formulado pela cliente prejudicada, foi resolvida em definitivo pelo STJ (AG 1.181.531/BA) e pelo STF (AgRg-RE 630.944/BA), referendando, aliás, a gravação da conversa telefônica.

IX. É a própria CF/1988, em leitura a contrário senso do art. 133, que diz violável o advogado pelos atos ilegais que pratica e que o alçam ao grau de dispensável à administração da justiça, enquanto não reabilitado profissionalmente pelo órgão de classe.

X. Apelação não provida.

XI. Peças liberadas pelo relator, em Brasília, 10 de junho de 2013, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Turma negar provimento à apelação por unanimidade.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 10/06/2013.

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Apelação do autor, advogado com exercício profissional suspenso/interditado (art. 34, XX, XXI, e 37, I, e parágrafo único da Lei 8.906/1994) por 12 meses (e até “satisfação integral da dívida”), desde out. 2006, pela (fl. 48) “apropriação indébita” de “milhares de dólares e reais de idosa missionária italiana [Iolanda Dematté, nascida em 1924] a pretexto de instituir fundação destinada a gerir patrimônio da entidade Associação Sagrada Família” (Salvador/BA), contra a sentença de improcedência na AO (jul. 2010), regularmente processada, objetivando sua reabilitação ao exercício profissional. Autor condenado em custas e em honorários de 10% do valor da causa, suspensos (gratuidade de justiça). VC=R\$30.700,00.

Alegou-se na inicial e repisa-se neste recurso:

[a] nulo o PA OAB/BA nº 12.104/1999, porque a “f. 104” do procedimento, que afirma “retirada dos autos”, antes concluíra pelo “liminar arquivamento por falta de provas”, prosseguindo-se a medida, porém, ainda que incompetente o relator; a pena disciplinar se teria fundado em representação de cliente instruída com prova ilícita (gravação telefônica que diz “clandestina”, não razoável nem proporcional), não objeto de perícia (violando-se a ampla defesa); não oportunizados os 15 dias para razões finais §4º do art. 52 do Código de Ética da

OAB e havido o julgamento sem a presença do seu advogado.

[b] a pena é inconstitucional porque “perpétua” e redutora da liberdade profissional, malferindo o art. 5º, XIII, e XLVII, “b”, da CF/88, notadamente diante da sua cumulação com a obrigação de reparação do dano, cuja existência e extensão se debatem na AO nº 14.000.749.503-3, tramitando na 13ª Vara Cível da Comarca de Salvador/BA.

Com contrarrazões, sem fatos novos.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — As alegadas nulidades formais do processo ético-disciplinar não vicejam, pois não provada a alegação de que deliberado o arquivamento previsto no § 1º do art. 51 do Código de Ética da OAB, prosseguindo o feito em seus ulteriores termos, como bem aponta a sentença (fl. 614), enumerando ulteriores intervenções volitivas do presidente da OAB e designação de relator para o caso, evidenciando a plena vontade do Conselho Profissional de apurar o fato contido na representação.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Rodrigo de Godoy Mendes e Arthur Pinheiro Chaves (convocados).

Quanto à suposta não concessão do prazo quinzenal para razões finais, além de não atestado o eventual prejuízo processual, que, ausente, afasta qualquer nulidade, vê-se, ademais, consoante manifestação do CF/OAB (fl. 52), que a peça fora apresentada a tempo e modo; a divergência, irrelevante (importa é que não provado prejuízo), atinaria com o fato de que, após novas oitivas das partes e inquirição de testemunhas, o prazo para *complementação das razões finais fora fixado em cinco dias*.

O julgamento administrativo sem a presença do advogado do representado, que fora regularmente intimado, decorreu de ato só a ele imputável (e aqui confessado e reiterado), no sentido de que a sessão se entrecrocava com compromisso outro “inadiável”, que não denota justa causa para desfazer o julgado.

No mérito, quanto às supostas inconstitucionalidades decorrentes da imposição da pena administrativo-disciplinar, tem-se que ela foi imputada pela (fl. 432) *percepção e retenção indevida de valores confiados pela cliente*, conduta enquadrada nos seguintes ditames da Lei 8.906/1994 (locupletamento ilícito e recusa à prestação de contas):

CAPÍTULO IX - Das Infrações e Sanções Disciplinares

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

[...]

XX - locupletar-se, por qualquer forma, à custa do cliente ou da parte adversa, por si ou interposta pessoa;

XXI - recusar-se, injustificadamente, a prestar contas ao cliente de quantias recebidas dele ou de terceiros por conta dele;

O fato atraiu a aplicação da sanção correlata, prevista na mesma norma, individualizada, porque a conduta — no dizer do relator do Tribunal de Ética (fl. 424) — “é das mais graves de quantas já se apresentaram para o julgamento” pelo órgão; é ler-se:

Art. 37. A suspensão é aplicável nos casos de:

I - infrações definidas nos incisos XVII a XXV do art. 34;

[...]

§1º A suspensão acarreta [...] a interdição do exercício profissional [...], pelo prazo de trinta dias a doze meses, de acordo com os critérios de individualização [...].

§2º Nas hipóteses dos incisos XXI e XXIII do art. 34, a suspensão perdura até que satisfaça integralmente a dívida, inclusive com correção monetária.”

Penas ou sanções que conjugam interdição sazonal de direitos e ressarcimento pecuniário do dano não são estranhas ao Direito, tanto mais porque, na forma do art. 68 da Lei 8.906/1994, o processo administrativo-disciplinar se socorre, se e quando, da aplicação subsidiária do processo penal comum:

Salvo disposição em contrário, aplicam-se subsidiariamente ao processo disciplinar as regras da legislação processual penal comum e, aos demais processos, as regras gerais do procedimento administrativo comum e da legislação processual civil, nessa ordem.

No âmbito penal, aliás, após o cumprimento da reprimenda, pode-se requerer “reabilitação” nos seguintes termos (CPP), incluído o ressarcimento do dano:

CAPÍTULO II - DA REABILITAÇÃO

Art. 743. A reabilitação será requerida ao juiz da condenação, após o decurso de quatro ou oito anos, pelo menos, conforme se trate de condenado ou reincidente, contados do dia em que houver terminado a execução da pena [...].

Art. 744. O requerimento será instruído com:

I - certidões comprobatórias de não ter o requerente respondido, nem estar respondendo a processo penal [...];

II - atestados de [...] bom comportamento;

[...]

IV - [...] documentos que sirvam como prova de sua regeneração;

V - *prova de haver ressarcido o dano causado pelo crime ou persistir a impossibilidade de fazê-lo.* [...]

Na Lei 8.906/1994 há preceito correlato:

Art. 41. É permitido ao que tenha sofrido qualquer sanção disciplinar requerer, um ano após seu cumprimento, a reabilitação, em face de provas efetivas de bom comportamento.

Parágrafo único. Quando a sanção disciplinar resultar da prática de crime, o pedido de reabilitação depende também da correspondente reabilitação criminal.

No concreto, agregue-se que o fato se desdobrou nas esferas administrativa, cível, e, ainda, penal, consoante movimentação de fl. 225: Queixa-Crime 140007651213, 12ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA (sem notícia dos seus rumos).

O STJ abona, até mesmo em face de simples anuidades, a suspensão/interdição temporária do exercício profissional até satisfação da inadimplência (norma de agravamento), o que, por simetria, razoabilidade e proporcionalidade, mais legitima a sentença de impro-

cedência em face da gravidade do ato atribuído ao autor, *tanto mais reprovável e censurável por atingir pessoa idosa e que agiu imbuída dos mais nobres propósitos ao tencionar instituir a fundação filantrópica de atendimentos a pessoas desvalidas sócio-economicamente:*

[...].SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL.
ART. 37, § 2º, DA LEI Nº 8.906/94.

[...]

3. Da exegese do § 2º do art. 37 da Lei n. 8.906/94 extrai-se que, em razão do não-pagamento das contribuições devidas à Ordem dos Advogados do Brasil, aplica-se a penalidade relativa à suspensão do exercício profissional até a satisfação integral da dívida. Se o débito que motivou essa sanção disciplinar já tiver sido integralmente quitado, não há motivos para a manutenção da pena de suspensão do exercício profissional.

(STJ, REsp nº 506.607/SC, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, T2, DJ 24/05/2007, *trânsito em julgado em JUN/2007*)

ADMINISTRATIVO - ESTATUTO DA OAB - INFRAÇÃO DO ART. 34, XXI E XXIII - INADIMPLÊNCIA PECUNIÁRIA - PENALIDADE DE SUSPENSÃO - EXEGESE DO ART. 37, § 2º [...] - CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PERÍODO DE SUSPENSÃO - LEGITIMIDADE.

1. Na hipótese do cometimento pelo advogado da infração prevista nos incisos XXI ("recusar-se, injustificadamente, a prestar contas ao cliente de quantias recebidas dele ou de terceiros por conta dele") e XXIII ("deixar de pagar as contribuições, multas e preços de serviços devidos à OAB, depois de regularmente notificado a fazê-lo") do art. 34 da Lei 8.906/94, prevê o art. 37, § 2º, da mesma Lei, que a penalidade administrativa de suspensão deve perdurar até que o infrator "satisfaça integralmente a dívida, inclusive com correção monetária". Tal regramento visa dar efetividade às penalidades de suspensão aplicadas pela OAB quando a questão for relativa a inadimplência pecuniária, pois alarga o efeito da pena até que a obrigação seja integralmente satisfeita.

2. Sem esse preceito, a penalidade aplicada não teria a eficácia de compelir o adimplemento da obrigação pecuniária, pois bastaria o simples transcurso do prazo de suspensão, para que o advogado infrator tivesse direito de retorno ao seu status quo ante, independentemente da realização do respectivo pagamento.

3. O art. 37, § 2º, da Lei 8.906/94, deve ser concebido como norma de agravamento da pena de suspensão, não fazendo sentido a sua utilização para eximir o advogado, reconhecidamente infrator, do cumprimento da penalidade legalmente prevista [...]

(STJ, REsp nº 711.665/SC, rel. Min. Eliana Calmon, T2, DJ 11/09/2007, *trânsito em julgado em NOV/2008*)

Alinhavando o raciocínio sob a ótica constitucional, evidencie-se que o Pleno do STF (RE 154.134/SP, rel. Min. Sydney Sanches) — entendimento abaixo transcrito — só afasta a suspensão/interdição (inabilitação) do exercício profissional quando pena permanente, ampla (para além de uma profissão regulamentada), *autônoma e fundada em preceito legal que não prevê qualquer possibilidade de revisão ou de reabilitação (denotando-se, assim, perpétua)*, como é o caso do art. 44, IV, da Lei 4.595/1964, o que forçou a revisão para que convertida em inabilitação temporária ou noutra menos grave. A inabilitação temporária, no caso dos autos, pois, não atenta contra a liberdade profissional (que se rege pela Lei 8.906/1994) nem caracteriza pena vitalícia:

[...]. PENA DE INABILITAÇÃO PERMANENTE PARA O EXERCÍCIO DE [...] ADMINISTRAÇÃO OU GERÊNCIA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. [...].

[...]

2. [...], é de se manter o aresto, no ponto em que afastou o caráter permanente da pena de inabilitação imposta aos impetrantes, ora recorridos, em face do que dispõem o art. 5º, XLVI, "e", XLVII, "b", e § 2º da C.F.

3. Não é caso, porém, de se anular a imposição de qualquer sanção [...].

4. [...] o Mandado de Segurança é de ser deferido apenas para se afastar o caráter permanente da pena de inabilitação, devendo, então, o Conselho Monetário Nacional prosseguir no julgamento do pedido de revisão, convertendo-a em inabilitação temporária ou noutra, menos grave, que lhe parecer adequada. [...]

Por derradeiro, totalmente derruída a alegação de que penderia debate judicial sobre o débito a se ressarcido, pois a questão objeto da ação de cobrança (AO 14.000.749.503-3, TJBA), já proferida ulterior sentença de procedência, em parte, do pedido formulado pela cliente prejudicada, foi resolvida em definitivo pelo STJ e pelo STF desses modos, em decisões transitadas em julgado, as quais, aliás, referendam, no concreto, a prova (gravação de conversa telefônica):

DECISÃO

1.- Tratam os autos de ação de cobrança c/c indenização por danos materiais e morais proposta pela ASSOCIAÇÃO SAGRADA FAMÍLIA em relação a LUIZ ANTÔNIO ATHAYDE SOUTO.

2.- O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia rejeitou a preliminar, negou provimento ao agravo retido; não conheceu do pedido de apreciação do recurso especial e negou provimento ao apelo [...], em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA COM PEDIDO DE DANO MORAL E MATERIAL. CONTRATO VERBAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. VALORES PAGOS EM DINHEIRO SEM CONTRA RECIBO. USURPAÇÃO. GRAVAÇÃO DE CONVERSAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA LÍCITA. PRELIMINAR REJEITA. AGRAVO RETIDO IMPROVIDO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

[...]

Mérito - confirmado por meio de provas testemunhal e pericial em gravação de conversação telefônica, que o réu se apropriou indevidamente de valores em dinheiro destinado à formação de uma Fundação, impõe-se à sua restituição, com juros e correção, a título de dano material, constituindo, alinda, em dano moral, o vexame e abalo da imagem e bom nome da autora, a reclamar a obrigação de indenizar, não merecendo reforma a sentença que o arbitrou em valores módicos.

3.- Inconformado, [...] o réu interpôs recurso especial [...].

[...]

É o relatório.

[...]

8.- Passo a analisar o recurso especial que ensejou a interposição do presente agravo de instrumento.

9.- Quanto à legitimidade da ora recorrida [...]:

[...] A senhora Iolanda Dematte, na qualidade de fundadora e presidente da Associação Sagrada Família, firmou com o Apelante, Contrato de Honorários Advocatícios de fls. 55, para, na qualidade de advogado, defender seus interesses na criação de uma fundação com fins filantrópicos, denominada de Fundação Iolanda Dematte, ou seja, a transformação da Apelada, Associação Sagrada Família, em Fundação.

Para isto, investiu recursos próprios, com a finalidade de agilizar a regularização da Fundação, mas em nome da Associação, ora Apelada, que ficou prejudicada pelo desvio das verbas destinada à sua formação. Pelo que a Associação, ora Apelada, tem legítimo interesse [...].

[...]

12.- Ante o exposto, conhecido o agravo, dá-se parcial provimento ao recurso especial para restabelecer os termos da condenação fixada na sentença.”

(STJ, AG nº 1.181.531/BA, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJ-e 14/SET/2009)

“[...] GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. UTILIZAÇÃO EM PROCESSO JUDICIAL. [...]”

1. É lícita a prova produzida a partir de gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, quando não existir causa legal de sigilo ou de reserva da conversação.

2. Não caracteriza cerceamento de defesa a decisão que, motivadamente, indefere determinada diligência probatória. Precedentes: [...].

(STF, AgRg-RE nº 630.944/BA, rel. Min. Ayres Britto, T2, DJ-E 16/12/2011)

O art. 133 da CF/1988 diz:

O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

É a própria CF/1988, pois, em leitura *a contrário senso* do art. 133, que diz *violável* o advogado pelos atos *ilegais* que pratica e que o alçam ao grau de *dispensável* à administração da justiça, *enquanto não reabilitado profissionalmente pelo órgão de classe*.

Pelo exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Sétima Turma

Numeração única: 0000093-47.2004.4.01.3301

Apelação Cível 2004.33.01.000026-1/BA

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral
 Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca
 Apelante: Veracel Celulose S.A.
 Advogados: Dra. Manuella Vasconcelos Falcão e outros
 Apelada: Fazenda Nacional
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
 Publicação: e-DJF1 de 26/07/2013, p. 610

Ementa

Tributário. Mandado de segurança. Imposto de Renda. Prestação de serviços. Brasil e Japão. Convenção internacional para evitar dupla tributação (Decreto 61.899/1967). Empresa sediada no Japão sem estabelecimento estável no Brasil. Lucro. Tributação. Impossibilidade. Inteligência dos arts. 7º e 21 do Decreto 61.899/1967; 98 do CTN; 7º da Lei 9.779/1999 e 685 do Decreto 3.000/1999. Ato Declaratório Normativo Cosit 1º/2000. Princípios da legalidade e da especialidade.

I. Trata-se de apelação interposta de sentença que denegou mandado de segurança impetrado por Veracel Celulose S.A. contra ato do delegado da Receita Federal em Eunápolis/BA, objetivando afastar a incidência do Imposto de Renda retido na fonte sobre as remessas de valores a empresas situadas no Japão, a título de remuneração de serviços técnicos por elas prestados naquele país.

II. A empresa impetrante insiste que os pagamentos em tela só são tributáveis no Japão (Decreto 61.899/1967, art. 7º; CTN, art. 98; e Lei 9.779/1999, art. 7º).

III. Predomina na jurisprudência a diretriz de que o termo *lucros da empresa estrangeira* abrange os rendimentos auferidos em razão dos serviços prestados à empresa brasileira.

IV. Firme é a orientação da Suprema Corte no sentido de que tratados internacionais, regularmente incorporados ao Direito nacional, não têm superioridade hierárquica sobre o direito interno. Logo, a definição da norma a prevalecer, em caso de antinomia, sujeita-se à verificação da efetiva revogação, ou não, da anterior pela posterior.

V. Na hipótese, o art. 7º da Lei 9.779/1999 estabelece que “os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços, pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, sujeitam-se à incidência do Imposto de Renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento”.

VI. Entretanto, não houve revogação da Convenção Brasil/Japão (Decreto 61.899/1967) pelo art. 7º da Lei 9.779/1999, pois o tratamento tributário genérico, dado por este último diploma legal, às remessas a prestadores de serviços domiciliados no exterior, qualquer que seja o país em questão, não exclui o específico, contemplado em lei convencional, por acordos bilaterais. O princípio da especialidade faz prevalecer a lei especial sobre a geral, ainda que esta seja posterior, como ocorreu com a Lei 9.779/1999.

VII. Interpretação do art. 98 do CTN à luz do princípio da especialidade, não havendo, propriamente, revogação ou derrogação da norma interna pelo regramento internacional, mas apenas suspensão de eficácia que atinge, tão só, as situações envolvendo os sujeitos e os elementos contidos na norma da convenção.

VIII. Com efeito, o art. 7º da Convenção Tributária nipo-brasileira (Decreto 61.899/1967) deve preponderar (CTN, art. 98), em face do art. 7º da Lei 9.779/1999 e do art. 685 do Decreto 3.000/1999, em razão do princípio da especialidade, não sendo caso de tratar os pagamentos multicitados como *rendimentos* genéricos normatizados no art. 21 da Convenção. A empresa contratada não tem estabelecimento permanente no Brasil. De igual forma, ato normativo da Administração (Ato Declaratório Normativo Cosit 1/2000) não cria hipótese de incidência fiscal.

IX. Em suma, afigura-se ilegítima a retenção do Imposto de Renda na Fonte sobre pagamentos de prestação de serviços de empresas (sem estabelecimento estável no Brasil), domiciliadas nos países que firmaram com o Brasil tratado para evitar bitributação, restando, pois, descaracterizada a incidência do discutido tributo sobre os valores remetidos para o estrangeiro, a tal título.

X. Precedentes do STJ (RESP 200901980512, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJE Data: 1º/06/2012), do TRF 1ª Região (AMS 0002905-74.2005.4.01.3900/PA, rel. Juiz Federal Antonio Claudio Macedo da Silva (convocado), Sétima Turma, e-DJF1, p. 537, de 21/01/2011) e do TRF 3ª Região (AMS 00068033420114036130, rel. Juiz Roberto Jeuken (convocado), Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 Data: 24/05/2013 e AMS 00003618920044036100, rel. Des. Federal Cecília Marcondes, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 Data: 14/11/2012).

XI. Apelação provida. Segurança concedida.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, dar provimento à apelação

7ª Turma do TRF 1ª Região – 15/07/2013.

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*, relator p/ acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Apelação da empresa-impetrante da sentença que, no MS (jan. 2004), regularmente processado, evocando S. Exa. as Súmulas 174 do ex-TFR e 587 do STF, denegou a segurança que objetivava afastar a retenção do IRRF, de que trata o AD Cosit 1/2000, sobre as remessas de valores, a título de prestação de serviços técnicos, em prol de empresas situadas no exterior (Japão), no caso, para projeto/implantação de fábrica de celulose em Eunápolis/BA.

A impetrante apela, insistindo — em suma — em que os pagamentos em comento se enquadram no conceito de *lucros no Brasil*, só tributáveis, pois, no próprio Japão, disciplinados pelo art. 7º de Convenção Tributária nipo-brasileira (Decreto 61.899/1967), preponderante (art. 98/CTN) em face do art. 7º da Lei 9.779/1999, não sendo caso de tratá-los como os *rendimentos* (genéricos) normatizados no art. 21 da convenção.

Com contrarrazões, sem fatos novos.

A PRR opina pela confirmação da sentença.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — A ainda vigente Súmula 587 do STF, que é de 1976, posterior, portanto, à Convenção Tributária nipo-brasileira, a que alude o Decreto 61.899/1967, diz que “incide imposto de renda sobre o pagamento de serviços técnicos contratados no exterior e prestados no Brasil”, orientação que, além de ecoada em julgados mais recentes daquela Corte, já na vigência da CF/1988 (e.g.: RE 111.798/MG), gerou adesão do ex-TFR por sua Súmula 174, que ostenta a mesma *ratio essendi*.

A preponderância de tratados/convenções em detrimentos de normas nativas, ideia-força do art. 98/CTN, não se pode fundar em interpretações amplas e

benéficas de institutos (lucros, remessas, rendimentos) cuja leitura literal denota conclusão no sentido da tributação, como aponta o legítimo AD Cosit 1/2000, que, sem invadir espaço de competência, alinhava, de modo literal e lógico-sistemático, tributáveis na fonte (IRRF) as remessas ao exterior havidas, por empresa brasileira, em prol de empresa estrangeira, pela prestação de serviços técnicos no Brasil, notadamente porque o conceito jurídico usual (art. 110/CTN) é de que tais verbas sejam *receitas operacionais* na forma do RIR/1999 (Decreto 3.000/1999).

Há, *mutatis mutandis*, ainda, este precedente de reforço, evocando o rigor do art. 111 do CTN (STJ, REsp 1.137.031/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, T1, DJ-e 1º/10/2010):

[...] TRIBUTÁRIO. [...]. [IRRF]. REMESSA DE NUMERÁRIO AO EXTERIOR. PAGAMENTO DE SERVIÇOS [...] À FINALIZAÇÃO DE PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA NACIONAL. ISENÇÃO. ART. 690, XI, DO DECRETO 3.000/99 (RIR/99). INAPLICABILIDADE.

1. [...] remessas de valores efetuadas pela recorrente ao exterior, com a finalidade de realizar o pagamento de despesas referentes a serviços técnicos de finalização de filme produzido no Brasil [...].

[...]

3. Da interpretação da regra isencional [...], depreende-se que é direcionada às atividades/eventos realizados/promovidos no exterior com recursos nacionais. [...] devem representar aumento do montante destinado às atividades culturais em questão. Ou seja, a isenção tem por objetivo fomentar o desenvolvimento do seguimento cultural brasileiro, mediante a desoneração de recursos destinados a eventos/projetos culturais nacionais a serem realizados no exterior.

4. [...] o que ocorreu foi a contratação de um serviço prestado por pessoa domiciliada no exterior e o pagamento por tal serviço.

5. [...] não houve acréscimo do montante destinado à produção do filme, mas, sim, aumento patrimonial do prestador do serviço contratado no exterior, em decorrência do trabalho por ele realizado. A renda sujeita à tributação [...] não é da impetrante, mas [...] daquele que recebeu pagamento pelo serviço prestado. Cabia à impetrante tão somente o dever de realizar a retenção do tributo, na qualidade

*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes (convocado).

de responsável tributária, de acordo com os ditames do artigo 45, parágrafo único, do CTN.

6. [...] benefício legal sem justa motivação e sem nenhuma previsão legal, em detrimento de empresas nacionais que realizem a mesma atividade.

7. *A regra invocada pela recorrente, por tratar de isenção, ou seja, da dispensa legal de recolhimento do tributo e, portanto, causa de exclusão do crédito tributário, deve, nos termos do artigo 111, inciso II, do CTN, ser interpretada de forma literal, não admitindo a realização de analogias e extensão a situações não contempladas pela lei. Precedentes desta Corte.*

8. *Recurso especial não provido.*

Pelo exposto, *nego provimento* à apelação.

É como voto.

Voto-Vista Vencedor

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Trata-se de apelação interposta de sentença que denegou mandado de segurança impetrado por Veracel Celulose S/A contra ato do delegado da Receita Federal em Eunápolis/BA, objetivando afastar a incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte sobre as remessas de valores a empresas situadas no Japão, a título de remuneração de serviços técnicos por elas prestados naquele país.

O magistrado oficiante denegou a segurança com alicerce na Súmula 587 do c. STF, tendo em vista que incide, na espécie, o Imposto de Renda sobre os valores remetidos ao Japão para pagamento de serviços técnicos prestados naquele país, diante das disposições contidas no art. 7º da Lei 9.779/1999; nos arts. 5º e 21 do Decreto 61.899/1967 (que promulga a convenção Brasil/Japão) e nos arts. 248 e 685, II, *a*, do Decreto 3.000/1999, não considerando os valores remetidos como lucro para afastar a incidência da referida tributação. Confirmou, portanto, que tais valores constituem receitas operacionais. Logo, não vislumbrou qualquer ilegalidade no AD Cosit 1/2000.

A empresa impetrante insiste que os pagamentos em tela se enquadram no conceito de *lucros*, só tributáveis no Japão (Decreto 61.899/1967, art. 7º; CTN, art. 98 e Lei 9.779/1999, art. 7º).

O eminente relator, Des. Federal Luciano Amaral votou pela negativa de provimento da apelação, invocando, para tanto, os verbetes sumulares 587/STF e 174/TFR, bem como precedente do colendo STJ (REsp 1.137.031/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 1º/10/2010).

Pedi vista para melhor exame da questão, tendo em vista a notícia de julgamento por esta Turma em

sentido oposto (AC 2005.39.00.002905-0/PA, rel. Juiz Federal Antonio Claudio Macedo da Silva (convocado), j. em 21/01/2011).

Trago, pois, nesta sessão, meu voto-vista.

Embora a matéria em debate comporte diversas interpretações válidas, reconheço que esta Turma já decidiu em sentido diametralmente contrário ao douto voto do digno relator, Des. Federal Luciano Tolentino Amaral. Veja-se:

TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA - BRASIL E PORTUGAL - CONVENÇÃO PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO - EMPRESA SEDIADA EM PORTUGAL SEM "ESTABELECIMENTO ESTÁVEL" NO BRASIL - LUCRO - TRIBUTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. a) Recurso - Apelação em Mandado de Segurança. b) Decisão de origem - Concedida a Segurança. 1 - Embora o fato gerador do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica seja renda auferida por pessoa jurídica ou empresa individual, a base de cálculo do Imposto em comento é o lucro real, presumido ou arbitrado, referente ao período de apuração, que, na espécie, não pode ser tributado no Brasil, nos termos da Convenção Para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos Sobre o Rendimento firmada com a República Portuguesa, mesmo porque, em se tratando de empresa estrangeira sem "estabelecimento estável" aqui situado, não pode o Estado Brasileiro verificar sua regularidade fiscal e, muito menos, apurar eventuais lucros para lançamento de tributo. 2 - Apelação e Remessa Oficial denegadas. 3 - Sentença confirmada.

(AMS 0002905-74.2005.4.01.3900 / PA, rel. Des. Federal Catão Alves, rel. Juiz Federal Antonio Claudio Macedo da Silva (convocado), Sétima Turma, e-DJF1, p. 537, de 21/01/2011).

Nesse precedente, eu e o então Presidente — Des. Federal Luciano Amaral — votamos com o Juiz Federal convocado Antonio Claudio.

No mesmo sentido, tem decidido o colendo TRF 3ª Região:

TRIBUTÁRIO. CONVENÇÃO BRASIL-CANADÁ CONTRA A DUPLA TRIBUTAÇÃO EM MATÉRIA DE IMPOSTOS SOBRE A RENDA. DECRETO LEGISLATIVO Nº 28/85 E DECRETO Nº 92.318/86. ART. VII. "LUCROS DA EMPRESA ESTRANGEIRA" E "RENDIMENTOS AUFERIDOS PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À EMPRESA NACIONAL". EQUIVALÊNCIA. VALORES REMETIDOS AO EXTERIOR PARA PAGAMENTO DOS SERVIÇOS PRESTADOS. IRRF. ART. 7º DA LEI Nº 9.779/99. NÃO SUJEIÇÃO. 1. O art. VII da Convenção Brasil-Canadá prevê que os lucros da empresa canadense, que não exerça atividade no Brasil por meio de estabelecimento permanente, são tributados exclusivamente naquele país. 2. O termo "lucros da empresa estrangeira" abrange

os rendimentos auferidos em razão dos serviços prestados à empresa brasileira. 3. Os tratados internacionais integram o ordenamento jurídico com status de leis ordinárias, inexistindo hierarquia entre tais normativos. 4. O suposto conflito entre a norma convencional e o regramento interno deve ser resolvido pelo critério da especialidade, ainda que sobrevenha modificação na legislação interna, motivo pelo qual não houve a revogação anunciada pelo Fisco. 5. Os valores remetidos ao exterior para pagamento dos serviços prestados pela empresa estrangeira não se sujeitam à incidência de imposto de renda na fonte. 6. Precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça e desta egrégia Turma. 7. Agravo retido não conhecido e apelação provida. (AMS 00003618920044036100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/11/2012).

DIREITO TRIBUTÁRIO. TRATADOS INTERNACIONAIS. AGRAVO RETIDO. ATO COATOR. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. ARTIGO 7º, LEI 9.779/99. SERVIÇOS PRESTADOS NO EXTERIOR. EMPRESA ESTRANGEIRA. CONTRATANTE BRASILEIRA. REMESSA AO EXTERIOR. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA NO PAÍS DE DESTINO. 1. Caso em que embora reiterado o agravo retido, não cabe dele conhecer, uma vez que a matéria nele versada foi devolvida pela própria apelação, recurso de maior extensão. 2. De outro tanto, é manifesta a improcedência da alegação de ausência de ato coator, na medida em que o mandado de segurança tem caráter preventivo, em face da resistência da autoridade coatora em reter o imposto de renda na fonte. 3. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que tratados internacionais, regularmente incorporados ao direito nacional, não têm superioridade hierárquica sobre o direito interno, assim a definição da norma a prevalecer, em caso de antinomia, sujeita-se à verificação da efetiva revogação, ou não, da anterior pela posterior. 4. Caso em que se postula a aplicação de acordo internacional, destinado a evitar a dupla tributação, em matéria de imposto de renda e capital, firmado pelo Brasil com a França (Decreto 70.506/72). 5. O tratado internacional dispõe, basicamente, que "Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente. Quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante através de um estabelecimento permanente aí situado, serão atribuídos em cada Estado Contratante, a esse estabelecimento permanente os lucros que obteria se constituísse uma empresa distinta e separada exercendo atividades idênticas ou similares, em condições idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de

que é um estabelecimento permanente. No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados. Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de comprar bens ou mercadorias para a empresa. Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente nos outros artigos do presente acordo, as disposições desses artigos não serão afetadas pelo presente artigo." 6. Para defender a incidência do imposto de renda, em casos que tais, a União invocou o Ato Declaratório Normativo COSIT 01/2000, e o artigo 7º da Lei 9.779/1999. Dispõe o primeiro, no que ora releva: "I - As remessas decorrentes de contratos de prestação de assistência técnica e de serviços técnicos sem transferência de tecnologia sujeitam-se à tributação de acordo com o artigo 685, II, alínea 'a', do Decreto nº 3.000/99; II - Nas Convenções para Eliminar a Dupla Tributação da Renda das quais o Brasil é signatário, esses rendimentos classificam-se no artigo Rendimentos não Expressamente Mencionados, e, conseqüentemente, são tributados na forma do item I, o que se dará também na hipótese de a convenção não contemplar esse artigo". 7. Todavia, ato normativo da Administração não cria hipótese de incidência fiscal e, além disso, a situação nele disciplinada refere-se apenas à serviços técnicos, não equivalentes aos que são discutidos na presente ação. Já o artigo 7º da Lei 9.779/1999 estabelece que "os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços, pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento". 8. Não houve revogação do tratado internacional pelo artigo 7º da Lei 9.779/1999, pois o tratamento tributário genérico, dado pela lei nacional, às remessas a prestadores de serviços domiciliados no exterior, qualquer que seja o país em questão, não exclui o específico, contemplado em lei convencional, por acordos bilaterais. Embora a lei posterior possa revogar a anterior ("lex posterior derogat priori", o princípio da especialidade ("lex specialis derogat generalis") faz prevalecer a lei especial sobre a geral, ainda que esta seja posterior, como ocorreu com a Lei 9.779/1999. 9. Acordos internacionais valem entre os respectivos subscritores e, assim, tem caráter de lei específica, que não é revogada por lei geral posterior, daí porque a solução do caso concreto encontra-se, efetivamente, em estabelecer e compreender o exato sentido, conteúdo e alcance da legislação convencional, a que se referiu a inicial. Esta interpretação privilegia, portanto, o entendimento de que, embora não haja hierarquia entre tratado e lei interna, não se pode revogar lei específica anterior com lei geral posterior. Ademais, estando circunscritos os efeitos de tratados às

respectivas partes contratantes, possível e viável o convívio normativo da lei convencional com a lei geral, esta para todos os que não estejam atingidos pelos tratados, firmados com o objetivo de evitar a dupla tributação. Se isto fere a isonomia, a eventual inconstitucionalidade deve ser discutida por parte de quem foi afetado pela lei nova que, ao permitir a retenção pela fonte no Brasil, abriu caminho para a dupla oneração do prestador de serviço com domicílio no exterior. 10. O tratado refere-se a “lucros”, porém resta claro, a partir dos textos respectivos, que a expressão remete, tecnicamente, ao conceito que, na legislação interna, equivale a rendimento ou receita, tanto assim que a norma convencional estipula que “No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados”. 11. Despesas e encargos são deduzidos da receita ou rendimento a fim de permitir a apuração do lucro, logo o que o tratado excluiu da tributação, no Estado pagador, que contratou a prestação de serviços no exterior, não é tão-somente o lucro, até porque o respectivo valor não poderia ser avaliado por quem simplesmente faz a remessa do pagamento global. O que excluiu o tratado da tributação no Brasil, para evitar a dupla incidência, foi o rendimento auferido com a prestação do serviço para que, no Estado de prestação, ou seja, no exterior, seja promovida a sua tributação, garantida ali, conforme a lei respectiva, a dedução de despesas e encargos, revelando, portanto, que não existe espaço válido para a prevalência da aplicação da lei interna, que prevê tributação, pela fonte pagadora no Brasil, de pagamentos, com remessa de valores a prestadoras de serviços, exclusivamente domiciliadas no exterior. 12. Agravo retido não conhecido, e apelação e remessa oficial desprovidas. (AMS 00068033420114036130, REL. JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/05/2013).

Nessa ordem de ideias, a orientação mais recente do colendo Superior Tribunal de Justiça é a seguinte:

TRIBUTÁRIO. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS CONTRA A BITRIBUTAÇÃO. BRASIL-ALEMANHA E BRASIL-CANADÁ. ARTS. VII E XXI. RENDIMENTOS AUFERIDOS POR EMPRESAS ESTRANGEIRAS PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À EMPRESA BRASILEIRA. PRETENSÃO DA FAZENDA NACIONAL DE TRIBUTAR, NA FONTE, A REMESSA DE RENDIMENTOS. CONCEITO DE “LUCRO DA EMPRESA ESTRANGEIRA” NO ART. VII DAS DUAS CONVENÇÕES. EQUIVALÊNCIA A “LUCRO OPERACIONAL”. PREVALÊNCIA DAS CONVENÇÕES SOBRE O ART. 7º DA LEI 9.779/99. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ART. 98 DO CTN. CORRETA INTERPRETAÇÃO. 1. A autora, ora recorrida, contratou empresas estrangeiras para a prestação de serviços a serem realizados no exterior

sem transferência de tecnologia. Em face do que dispõe o art. VII das Convenções Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá, segundo o qual “os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade em outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado”, deixou de recolher o imposto de renda na fonte. 2. Em razão do não recolhimento, foi autuada pela Receita Federal à consideração de que a renda enviada ao exterior como contraprestação por serviços prestados não se enquadra no conceito de “lucro da empresa estrangeira”, previsto no art. VII das duas Convenções, pois o lucro perfectibiliza-se, apenas, ao fim do exercício financeiro, após as adições e deduções determinadas pela legislação de regência. Assim, concluiu que a renda deveria ser tributada no Brasil - o que impunha a tomadora dos serviços a sua retenção na fonte -, já que se trataria de rendimento não expressamente mencionado nas duas Convenções, nos termos do art. XXI, verbis: “Os rendimentos de um residente de um Estado Contratante provenientes do outro Estado Contratante e não tratados nos artigos precedentes da presente Convenção são tributáveis nesse outro Estado”. 3. Segundo os arts. VII e XXI das Convenções contra a Bitributação celebrados entre Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá, os rendimentos não expressamente mencionados na Convenção serão tributáveis no Estado de onde se originam. Já os expressamente mencionados, dentre eles o “lucro da empresa estrangeira”, serão tributáveis no Estado de destino, onde domiciliado aquele que recebe a renda. 4. O termo “lucro da empresa estrangeira”, contido no art. VII das duas Convenções, não se limita ao “lucro real”, do contrário, não haveria materialidade possível sobre a qual incidir o dispositivo, porque todo e qualquer pagamento ou remuneração remetido ao estrangeiro está - e estará sempre - sujeito a adições e subtrações ao longo do exercício financeiro. 5. A tributação do rendimento somente no Estado de destino permite que lá sejam realizados os ajustes necessários à apuração do lucro efetivamente tributável. Caso se admita a retenção antecipada - e portanto, definitiva - do tributo na fonte pagadora, como pretende a Fazenda Nacional, serão inviáveis os referidos ajustes, afastando-se a possibilidade de compensação se apurado lucro real negativo no final do exercício financeiro. 6. Portanto, “lucro da empresa estrangeira” deve ser interpretado não como “lucro real”, mas como “lucro operacional”, previsto nos arts. 6º, 11 e 12 do Decreto-lei n.º 1.598/77 como “o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica”, aí incluído, obviamente, o rendimento pago como contrapartida de serviços prestados. 7. A antinomia supostamente existente entre a norma da convenção e o direito tributário interno resolve-se pela regra da especialidade, ainda que a normatização interna seja posterior à internacional. 8. O art. 98 do CTN deve ser interpretado à luz do princípio *lex specialis derogat*

generalis, não havendo, propriamente, revogação ou derrogação da norma interna pelo regimento internacional, mas apenas suspensão de eficácia que atinge, tão só, as situações envolvendo os sujeitos e os elementos de estraneidade descritos na norma da convenção. 9. A norma interna perde a sua aplicabilidade naquele caso específico, mas não perde a sua existência ou validade em relação ao sistema normativo interno. Ocorre uma “revogação funcional”, na expressão cunhada por HELENO TORRES, o que torna as normas internas relativamente inaplicáveis àquelas situações previstas no tratado internacional, envolvendo determinadas pessoas, situações e relações jurídicas específicas, mas não acarreta a revogação, *stricto sensu*, da norma para as demais situações jurídicas a envolver elementos não relacionadas aos Estados contratantes. 10. No caso, o art. VII das Convenções Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá deve prevalecer sobre a regra inserta no art. 7º da Lei 9.779/99, já que a norma internacional é especial e se aplica, exclusivamente, para evitar a bitributação entre o Brasil e os dois outros países signatários. Às demais relações jurídicas não abarcadas pelas Convenções, aplica-se, integralmente e sem ressalvas, a norma interna, que determina a tributação pela fonte pagadora a ser realizada no Brasil. 11. Recurso especial não provido. (REsp 200901980512, Rel. MINISTRO CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:01/06/2012 RDDT VOL.:00207 PG:00181 RSTJ VOL.:00227 PG:00323 RT VOL.:00105 PG:00430 ..DTPB:.)

Resta, pois, *data venia*, inaplicável ou superada a orientação pretoriana transcrita no r. voto de fl. 309. O precedente do STF indicado no referido voto, posterior à CF/1988, alicerçou-se, na verdade, em matéria probatória, tanto que o recurso extraordinário não foi conhecido. Veja-se:

IMPOSTO DE RENDA. REMESSA DE DIVISAS PARA PAGAMENTO DE SERVIÇOS, NO EXTERIOR, DE

FRETE, SEGUROS, ARMAZENAGEM E MANUSEIO DE PRODUTOS EXPORTADOS. LEIS 1418/75 E 1446/76.- PELO MENOS EM PARTE OS REFERIDOS SERVIÇOS, PAGOS NO EXTERIOR, ENQUADRAM-SE NA LEI 1418/75, PORQUE TECNICOS. IMPOSSIBILIDADE, NA VIA EXTRAORDINÁRIA, DE DISTINGUIR OS SERVIÇOS QUE SERIAM TRIBUTAVEIS E OS QUE NÃO O SERIAM, SEM PROFUNDO EXAME DA MATÉRIA PROBATORIA (SÚMULA 279).- NÃO OCORRÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 43 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (RE 111798, FRANCISCO REZEK, STF.)

Com efeito, o art. 7º da Convenção Tributária ni-po-brasileira (Decreto 61.899/1967) deve preponderar (CTN, art. 98), em face do art. 7º da Lei 9.779/1999 e do art. 685 do Decreto 3.000/1999, em razão do princípio da especialidade, não sendo caso de tratar os pagamentos multicitados como *rendimentos* genéricos normatizados no art. 21 da convenção. A empresa contratada não tem estabelecimento permanente no Brasil.

Em suma, afigura-se ilegítima a retenção do Imposto de Renda na Fonte sobre pagamentos de prestação de serviços de empresas (sem estabelecimento estável no Brasil), domiciliadas nos países que firmaram com o Brasil tratado para evitar bitributação, restando, pois, descaracterizada a incidência do discutido tributo sobre os valores remetidos para o estrangeiro, a tal título.

Diante do exposto, pedindo a mais respeitosa vênua ao relator, mas guardando coerência com o julgado anterior da Turma, dou provimento à apelação, para conceder a segurança.

Custas na forma da lei.

Não há honorários (Súmula 105/STJ).

É como voto.

Oitava Turma

Numeração única: 0042738-11.2005.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 2005.38.00.043302-0/MG

Relator: Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado)
 Apelante: Consenge – Construções e Serviços de Engenharia Ltda.
 Advogados: Dra. Liliane Neto Barroso e outros
 Apelante: Fazenda Nacional
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
 Apelados: os mesmos
 Remetente: Juízo Federal da 21ª Vara/MG
 Publicação: e-DJF1 de 21/06/2013, p. 1.363

Ementa

Tributário. Processual Civil. Procedimento ordinário. PIS e Cofins. Art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998. Alargamento da base de cálculo. Inconstitucionalidade declarada pelo STF, em sede de repercussão geral. Exclusão do ISSQN da base de cálculo da Cofins e do PIS. Cabimento. Taxa Selic na correção do indébito tributário cabimento.

I. Foi proferida decisão pelo STF na ADC 18/DF deferindo pedido de medida cautelar para suspender o julgamento de todos os processos que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei 9.718/1998 (inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS/Pasep). A vigência de tal medida cautelar foi prorrogada, estendendo sua eficácia por mais cento e oitenta dias, em 04/02/2009. Novamente, em 25/03/2010, ocorreu a prorrogação, ficando consignado no *decisum* que seria a última.

II. Na sessão de 11/04/2012, da Quarta Seção deste Tribunal, foi suscitada questão de ordem, nos Embargos Infringentes 0016794-43.2005.4.01.3400/DF, pela manutenção da suspensão, em face da mencionada liminar do STF, tendo sido rejeitada.

III. A parcela relativa ao ISSQN não se inclui na base de cálculo do PIS e da Cofins. Precedentes do STF e desta Corte.

IV. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que contribuições para o custeio da seguridade social podem ser instituídas por lei ordinária quando inseridas nas hipóteses do art. 195, inciso I, da Constituição Federal. Lei complementar somente é exigível na hipótese do § 4º do art. 195 da Constituição Federal, ou seja, no caso de instituição de novas fontes para o custeio da seguridade social (RE 146.733).

V. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998, deverão ser observadas as seguintes leis: (a) para a contribuição para o PIS, a LC 7/1970, a LC 17/1973, a MP 1.212/1995, convertida na Lei 9.715/1998, até o advento e a plena aplicabilidade (anterioridade nonagesimal) da MP 66, de 29/08/2002, posteriormente convertida na Lei 10.637/2002; (b) para a Cofins, a LC 70/1991, até o advento e a plena aplicabilidade (anterioridade nonagesimal) da MP 135, de 30/10/2003, posteriormente convertida na Lei 10.833/2003. Precedentes desta Corte e do STJ.

VI. *A constitucionalidade/legalidade da incidência da taxa Selic aos débitos tributários não merece mais questionamentos, impondo-se a partir de 1º/01/1996, art. 39, § 4º, da Lei 9.250/1995, não devendo ser cumulada com outros índices de correção monetária e juros, não representando anatocismo.* (REsp 1.111.175/SP, rel. Min. Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 10/06/2009, DJe 1º/07/2009.)

VII. Honorários advocatícios fixados na forma do art. 21 do CPC que se mantém, porque confirmada a sucumbência recíproca.

VIII. Apelação da parte autora parcialmente provida para declarar o direito da parte autora à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da Cofins de forma que sejam debitados dos processos administrativos os valores correspondentes a essa exação.

IX. Apelação da União e remessa oficial parcialmente providas para manter eventual cobrança, nos processos administrativos mencionados na exordial, de valores referentes a PIS/Cofins, verificados como devidos a partir da vigência da MP 66, de 29/08/2002 (convertida na Lei 10.637/2002) e/ou da MP 135, de 30/10/2003 (convertida na Lei 10.833/2003).

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento às apelações e à remessa oficial.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 07/06/2013.

Juiz Federal *Clodomir Sebastião Reis*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis:
— Cuida-se de ação ordinária ajuizada por *Consenge* –

Construções e Serviços de Engenharia Ltda. objetivando:
1) excluir o ISSQN da base de cálculo do PIS e da Cofins;
2) ter declarada a inexistência de relação jurídica constituída pelo art. 3º da Lei 9.718/1998, que majorou

a base de cálculo do PIS e da Cofins; 3) seja expurgado dos valores elencados pela Fazenda Nacional como devidos a título de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, o montante referente à aplicação da taxa Selic e, em consequência, que sejam reconhecidas as alegadas inconstitucionalidades/ilegalidades existentes na cobrança das exações elencadas, desconstituindo-se, assim, as exigências postas pela ré em relação à autora, indicadas nos Processos Administrativos 10680.01608/2004-06 e 10680.012797/2003-1991, possibilitando, com isto, a expedição da CPD-EN, que reclamou, inicialmente, na medida cautelar preparatória, processo 2005.38.00.041635-2.

A sentença (fls. 144–149) julgou parcialmente procedente o pedido para desobrigar a autora do recolhimento do PIS e da Cofins, na forma do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, prevalecendo, para fins de determinação da base de cálculo dos tributos em tela, o disposto na LC 07/1970 e LC 70/1991.

Custas e honorários em compensação, em face da reconhecida sucumbência recíproca. União isenta do pagamento da sua parte nas custas processuais.

Apela a autora (fls. 155–171) repisando os termos da inicial, pedindo que a sentença seja parcialmente reformada para: a) excluir o ISSQN da base de cálculo do PIS e da Cofins, assim como para: b) expurgar dos valores apurados como devidos a título de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, o *quantum* correspondente à aplicação da taxa Selic.

A Fazenda Nacional também recorre (fls. 175–186) pedindo que seja observada a cobrança do PIS e da Cofins em conformidade com as Leis 10.833/2003 e 10.637/2002, argumentando que a determinação para que não seja aplicado o dispositivo da Lei 9.718/1998 não impede que se aplique a legislação editada posteriormente e que não tenha sido declarada inconstitucional.

Contrarrazões da Fazenda Nacional (fls. 177–190) e da parte autora (fls. 192–196).

Não houve remessa oficial.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis: —
Inconstitucionalidade dos arts. 3º e 8º da Lei 9.718/1991.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria do Carmo Cardoso e Novély Vilanova.

No mérito, a Lei Complementar 70, de 30/12/1991, instituiu a Cofins, nos seguintes termos:

Art. 1º Sem prejuízo da cobrança das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), fica instituída *contribuição social para financiamento da Seguridade Social*, nos termos do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, devida pelas pessoas jurídicas inclusive as a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, destinadas exclusivamente às despesas com atividades-fins das áreas de saúde, previdência e assistência social.

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o *faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.*

Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:

a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;

b) *das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente.* (Grifei)

Em relação ao PIS, este foi instituído pela Lei Complementar 7/1970, que assim dispôs em seu art. 3º:

Art. 3º - O Fundo de Participação será constituído por duas parcelas:

a) a primeira, mediante dedução do Imposto de Renda devido, na forma estabelecida no § 1º deste artigo, processando-se o seu recolhimento ao Fundo juntamente com o pagamento do Imposto de Renda;

b) a segunda, com recursos próprios da empresa, *calculados com base no faturamento*, como segue: (Vide Lei Complementar nº 17, de 1973)

1) no exercício de 1971, 0,15%;

2) no exercício de 1972, 0,25%;

3) no exercício de 1973, 0,40%;

4) no exercício de 1974 e subseqüentes, 0,50%.

(grifei)

Após, foi editada a Lei 9.715/1998, que deu o conceito de faturamento, para efeito da incidência do PIS, *in verbis*:

Art. 3º Para os efeitos do inciso I do artigo anterior considera-se faturamento a receita bruta, como definida pela legislação do imposto de renda, proveniente da venda de bens nas operações de

conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia.

Por sua vez, a Lei 9.718, de 27/11/1998, ao dispor sobre a Cofins e a contribuição para o PIS/Pasep, em seus arts. 2º e 3º, § 1º, assim estabeleceu:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base em seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. (Grifei)

Os contribuintes têm impugnado a alteração da base de cálculo do PIS/Pasep e Cofins operada pela Lei 9.718/1998, sobretudo com fundamento em duas considerações. Primeiro, que haveria vício de *inconstitucionalidade formal*, dado que lei ordinária (Lei 9.718/1998) não poderia modificar ou revogar lei complementar (Lei 70/1991 e LC 7/1970). E, segundo, que existiria vício de *inconstitucionalidade material*, eis que a referida lei ordinária alterou a base de cálculo da exação ao ampliar o conceito de receita bruta.

Quanto à questão do vício formal, entendo que a reserva de lei complementar estabelecida na Constituição não proíbe que venha ela a regulamentar matéria fora de seu âmbito. Entretanto, nessa hipótese, a lei complementar é considerada como mera lei ordinária. Ver, entre outros: de José Souto Maior Borges, Eficácia e Hierarquia da Lei Complementar, *Revista de Direito Público*, ano VI, julho-setembro, 1973, n. 25, p. 98; de Celso Ribeiro Bastos e José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição Federal de 1988*, v. VII, 20. ed., Forense Universitária, p. 3.504–3.505.

Recorde-se que há firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que contribuições para o custeio da seguridade social podem ser instituídas por lei ordinária quando inseridas nas hipóteses do art. 195, inciso I, da Constituição Federal. Lei complementar somente é exigível na hipótese do § 4º do art. 195 da Constituição Federal, ou seja, no caso de instituição de novas fontes para o custeio da seguridade social (ver, por todos, RE 146733, Plenário, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 06/11/1992).

Desse modo, se lei complementar regulamenta matéria fora do âmbito que a Constituição lhe reserva, há que ser considerada materialmente lei ordinária e,

portanto, sujeita à alteração ou revogação por mera lei ordinária.

Confira-se, nesse sentido, o voto do Min. Moreira Alves, relator da Ação Declaratória de Constitucionalidade 1-1/DF, *verbis*:

[...]

5. De outra parte, sendo a COFINS contribuição social instituída com base no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, e tendo ela natureza tributária diversa da do imposto, as alegações de que ela fere o princípio constitucional da não-cumulatividade dos impostos da União e resulta em bitributação por incidir sobre a mesma base de cálculo do PIS/PASEP só teriam sentido se se tratasse de contribuição social nova, não enquadrável no inciso I do artigo 195, hipótese em que se lhe aplicaria o disposto no §4º desse mesmo artigo 195 (“A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I”), que determina a observância do inciso I do artigo 154 que estabelece que a União poderá instituir “(I- mediante lei complementar, imposto não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenha fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição”.

Sucede, porém, que a contribuição social em causa, incidente sobre o faturamento dos empregadores, é admitida expressamente pelo inciso I do artigo 195 da Carta Magna, não se podendo pretender, portanto, que a Lei Complementar nº 70/91 tenha criado outra fonte de renda destinada a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social.

Por isso mesmo, essa contribuição poderia ser instituída por Lei ordinária. A circunstância de ter sido instituída por lei formalmente complementar – a Lei Complementar nº 70/91 – não lhe dá, evidentemente, a natureza de contribuição social nova, a que se aplicaria o disposto no § 4º do artigo 195 da Constituição, porquanto essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída – que são o objeto desta ação –, é materialmente ordinária, por não tratar, nesse particular, de matéria reservada, por texto expresso da Constituição, à lei complementar. A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69 – e a Constituição atual não alterou esse sistema –, se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária.

Por conseguinte, no caso, não há que se falar em ofensa ao princípio da hierarquia das leis, posto que a Lei Complementar 70/1991, por ser materialmente ordinária, pode ser legitimamente alterada por lei ordinária. Logo, conclui-se, na espécie, pela regularidade formal da questionada Lei 9.718/1998.

Passo, então, ao segundo argumento da parte impetrante, qual seja, a de que existe vício de inconstitucionalidade material, eis que a referida lei ordinária alterou a base de cálculo da Cofins e do PIS ao ampliar o conceito de receita bruta.

A Corte Especial deste Tribunal, em julgamento da arguição de inconstitucionalidade suscitada nos autos do AMS 1999.01.00.096053-2/MG, concluiu, por maioria, pela declaração de constitucionalidade dos arts. 2º, 3º, caput e § 1º, e art. 8º, caput, da Lei 9.718/1998.

No entanto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084, decidiu pela inconstitucionalidade tão somente do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, porque ampliou indevidamente a base de cálculo da exação em discussão, ao alterar o conceito de faturamento, a fim de abranger a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Aquela Corte, no regime da repercussão geral, reafirmou a inconstitucionalidade declarada, conforme se vê da seguinte ementa:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

(RE 585235 QO-RG, Relator(a): Min. Cezar Peluso, julgado em 10/09/2008, DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-10 PP-02009 RTJ VOL-00208-02 PP-00871)

Assim, aplico o disposto no parágrafo único do art. 354 do RITRF da 1ª Região, que dispõe que: *Cessará a vinculação referida neste artigo caso o Supremo Tribunal Federal, apreciando a mesma matéria, decida em sentido diverso, total ou parcialmente.*

Prevalece, então, para fins de determinação da base de cálculo o conceito de faturamento precedente à Lei 9.718/1998: para o PIS, o estabelecido no art. 3º da Lei 9.715/1998; para a Cofins, o constituído na

LC 70/1991, que consideram faturamento somente a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme o entendimento jurisprudencial deste Tribunal:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS-COFINS - CSLL. BASE DE CÁLCULO. LEI 10.833/03. LEI 9.718/98 - ART. 3º § 1º. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 357.950/RS. INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 354 DO RITRF - 1ª REGIÃO. APLICAÇÃO. ART. 2º DA LEI COMPLEMENTAR 70/91. PREVALÊNCIA. REQUISITOS PARA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL.

1. O conteúdo das disposições da Lei 10.833/03, atacadas nas razões deste recurso, é equivalente ao disposto nos arts. 1º a 3º da Lei 9.718/98, trazendo em alguns pontos preceitos idênticos. Ou seja, a Lei 10.833/03 trouxe também a modificação do conceito de faturamento conferido anteriormente pela LC 70/91.

2. *Embora a Corte Especial deste e. TRF da 1ª Região, em julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade suscitada nos autos da AMS 1999.01.00.096053-2/MG - DJ de 24/09/01 - tenha concluído, por maioria, por declarar a constitucionalidade dos arts. 2º, 3º, caput, e § 1º, e art. 8º, caput, da Lei 9.718/98, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 354 do RITRF da 1ª Região.*

3. *O Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento do RE 357.950/RS, Rel. Min. Marco Aurélio (Informativo 408 STF), declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que, dando novo conceito ao termo faturamento ampliou indevidamente a base de cálculo para a exação, abrangendo a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, pouco importando o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil porventura adotada para as receitas.*

4. *Prevalece, para fins de determinação da base de cálculo dos tributos em tela, o art. 2º da LC 70/91, que considera faturamento somente a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza (AG 20050100056460-0/DF, relator Desembargador Federal Luciano Tolentino).*

5. *Cessada a vinculação ao julgado da Corte Especial desta Corte, deve ser adotado o entendimento conferido quando do julgamento do RE 346.084/PR, rel. Ministro Ilmar Galvão, 09/11/2005, e RE 357.950/RS, rel. Ministro Marco Aurélio (Informativo 408 STF), no sentido da inconstitucionalidade da ampliação do conceito de receita bruta para toda e qualquer receita.*

6. *Presentes o fumus boni juris e o periculum in mora, este evidenciado pelo fato de estar-se retirando indevidamente da empresa seu capital necessário ao franco desempenho de suas atividades, limitando suas atividades operacionais, que a persistir a levará aos caminhos do solve et repete.*

7. Agravo de instrumento a que se dá provimento, para deferir a antecipação dos efeitos da tutela.

(Ag 2005.01.00.023384-9/MG, rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, DJ de 19/12/2005, p. 161.) (Grifei)

Com essas considerações, cumpre ressaltar que, com exceção do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, declarado inconstitucional pelo STF, permanece incólume a referida lei.

Neste contexto, válida a majoração da alíquota da Cofins de 2% para 3%, prevista no art. 8º, *caput*, da Lei 9.718/1998, pois prevalece o julgamento da Corte Especial deste Tribunal (Arguição de Inconstitucionalidade na AMS 1999.01.00.096053-2/MG) até o pronunciamento definitivo do STF sobre a matéria.

Inclusive, o STF afastou a alegada inconstitucionalidade do art. 8º da Lei 9.718/1998 por ofensa à hierarquia das leis e ao princípio da isonomia (RE-ED 336134/RS, rel. Min. Carlos Britto, julgamento 10/12/2003, Pleno, DJ de 06/02/2004, p. 31).

Por conseguinte, há de se reconhecer a inconstitucionalidade *tão somente* do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/1998, que alterou a base de cálculo do PIS e da Cofins e, em conformidade com o disposto no art. 2º da Lei Complementar 70/1991, considerar faturamento somente a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, até a edição da MP 135/2003, de 30/10/2003, convertida na Lei 10.833/2003 para a Cofins e da edição da MP 66/2002, de 29/08/2002, convertida na Lei 10.637/2002 para o PIS, respeitado o prazo nonagesimal.

Inconstitucionalidade das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003

Cabe observar, porém, que, posteriormente, em 30/12/2002, a Lei 10.637 (no tocante ao PIS) e, em 29/12/2003, a Lei 10.833 (no tocante à Cofins) equipararam o conceito de faturamento ao de receita bruta, de forma válida, posto que em consonância com as alterações promovidas pela EC 20/1998, inclusive ao art. 195, I, *b*, da Constituição Federal.

Lei n 10.637/2002:

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da

venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2º A base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep é o valor do faturamento, conforme definido no *caput*.

Lei n. 10.833/2003:

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do faturamento, conforme definido no *caput*.

Anoto, inclusive, que os argumentos apresentados no início deste voto para afastar a alegada inconstitucionalidade formal da Lei 9.718/1998 (ofensa ao princípio da hierarquia das leis) aplicam-se à mesma alegação relativamente às Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

Cumpre esclarecer que a edição da MP 135/2003, de 30/10/2003, convertida na Lei 10.833/2003 para a Cofins e a edição da MP 66/2002, de 29/08/2002, convertida na Lei 10.637/2002 para o PIS, não violaram o art. 246 da CF/1988, eis que não criaram novo tributo, nem regulamentaram os já existentes com base no art. 195.

Sobre este tópico, colham-se os seguintes julgados das Turmas tributárias desta Corte:

TRIBUTÁRIO. COFINS. PRESCRIÇÃO. IRRETROATIVIDADE DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. RT. 8º, CAPUT, DA LEI 9.718/1998. ART. 2º DA LEI 10.833/2003. CONSTITUCIONALIDADE. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA. ISONOMIA

[...]

2. Subsiste a vinculação ao julgamento proferido pela Corte Especial deste Tribunal (Arguição de Inconstitucionalidade na AMS 1999.01.00.096053-2/MG), que considerou constitucional a majoração da alíquota da COFINS de 2% para 3%, prevista no art. 8º, *caput*, da Lei 9.718/1998, haja vista a inocorrência de apreciação definitiva da matéria pelo Supremo Tribunal Federal.

3. Não há vício de constitucionalidade formal a macular a Lei 10.833/2003. A edição da Medida Provisória 135/2003 não criou novo tributo, tampouco regulamentou os já existentes com base

no art. 195 da CF/1988. Não há ofensa ao art. 246 da CF/1988.

4. A alíquota determinada pelo art. 2º da Lei 10.833/2003 se aplica a todos os contribuintes que se encontrem no mesmo seguimento de atividade empresarial. Razoáveis os critérios adotados objetivamente pelo legislador, não existe ofensa ao princípio da isonomia.

5. Apelação a que se nega provimento.

(AMS 2009.34.00.027677-0/DF, rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, e-DJF1 de 02/09/2011, p. 2.440)

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS - ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/98 - FATURAMENTO X RECEITA BRUTA - INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO E. STF EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO - PEDIDO DE COMPENSAÇÃO - LIQUIDEZ E CERTEZA DOS CRÉDITOS: COMPROVAÇÃO AFERÍVEL POSTERIORMENTE NA VIA ADMINISTRATIVA - TAXA SELIC - PRESCRIÇÃO - NOVO ENTENDIMENTO DO E. STJ EXPLICITADO NO JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS AUTOS DO ERESP Nº 644.736.

[...]

3 - O E. STF, quando do julgamento dos RREE nºs 390.840-5/MG e 346.084-6/PR, declarou a inconstitucionalidade do disposto no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 que, via lei ordinária, ampliou a base de cálculo da Contribuição para o PIS e da COFINS (de faturamento para receita bruta), extrapolando os contornos da norma constitucional que, em sua redação original (anterior à EC nº 20/98), autorizava a incidência das referidas contribuições, apenas, sobre o faturamento.

4 - Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, deverão ser observadas as seguintes leis: (a) para a Contribuição para o PIS, a LC nº 07/70, a LC nº 17/73, a MP nº 1.212/95, convertida na Lei nº 9.715/98, até o advento e a plena aplicabilidade (anterioridade nonagesimal) da MP nº 66, de 29/08/2002, posteriormente convertida na Lei nº 10.637/2002; (b) para a COFINS, a LC nº 70/91, até o advento e a plena aplicabilidade (anterioridade nonagesimal) da MP nº 135, de 30/10/2003, posteriormente convertida na Lei nº 10.833/2003.

5 - Sobre o montante a ser compensado incidirá a Taxa SELIC (art. 39, § 4º, Lei nº 9.430/96), com exclusão de qualquer outro índice representativo de correção monetária ou juros moratórios.

[...]

(AC 2005.34.00.037769-1/DF, rel. Des. Federal Catão Alves, Conv. Juiz Federal Antonio Claudio Macedo da Silva (conv.), Sétima Turma, e-DJF1 de 25/07/2011, p. 135)

Cálculo do ISSQN na base de cálculo do PIS e da Cofins

Inicialmente, resalto que na Sessão Plenária do STF, do dia 13 de agosto de 2008, ao apreciar a

medida cautelar na ADC 18/DF, foi proferida decisão determinando a suspensão do julgamento de todos os processos que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei 9.718/1998 (inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS/Pasep). A vigência de tal medida cautelar foi prorrogada, estendendo sua eficácia por mais cento e oitenta dias, em 04/02/2009. Novamente, em 25/03/2010, ocorreu a prorrogação, ficando consignado no *decisum* que seria a última.

Findo o prazo, o ADC 18 ainda não foi julgado.

Na sessão de 11/04/2012, da Quarta Seção deste Tribunal, foi suscitada questão de ordem, nos Embargos Infringentes 0016794-43.2005.4.01.3400/DF, pela manutenção da suspensão, em face da mencionada liminar do STF, que, por maioria, foi rejeitada.

Considerando tal decisão, passo ao julgamento do presente processo.

A discussão sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins já foi objeto de pronunciamento deste Gabinete, em outras oportunidades, como, por exemplo, na AC 2002.34.00.027613-4/DF, na qual se mantinha o entendimento em consonância com a jurisprudência desta Corte e do e. STJ, que inclusive já havia sumulado a matéria, *verbis*:

Não procede a irrisignação das autoras. Tanto a COFINS quanto o PIS têm como base de cálculo a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, a todo e qualquer título.

Desta forma, não se mostra ilegal a incidência das referidas contribuições sobre a parcela de ICMS, porquanto este integra o preço de venda das mercadorias e dos serviços, compondo parte da receita da empresa.

Ademais, a matéria já foi objeto de Súmulas pelo Eg. STJ:

Súmula 68: A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.

Súmula 94: A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL.

Precedentes desta Corte e do Eg. STJ: REsp 496969/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ de 14/03/2005, p. 252; AMS 2000.35.00.020512-3/RO, rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, 3ª Turma, DJ de 16/03/2003; AC 2002.34.00.033128-1/DF, rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, 4ª Turma, DJ de 28/11/2003, p. 44.

A discussão ressurgiu com a publicação das Leis 10.833/2003 e 10.637/2002, as quais se consignem *não introduziram* mudanças no conceito de receitas auferidas, faturamento e/ou base de cálculo, mas, apenas dispuseram sobre “a não cumulatividade na cobrança da contribuição para o PIS, nos casos que especifica” (Lei

10.637/2002) e, estabelecendo a cobrança não cumulativa da Cofins, alteraram a legislação tributária federal (Lei 10.833/2003), dando outras providências, que não estão diretamente vinculadas à causa de pedir no presente feito.

Consoante disposto expressamente:

Lei 10.637/2002:

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2º A base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo, as receitas:

I - decorrentes de saídas isentas da contribuição ou sujeitas à alíquota zero;

II - (VETADO)

III - auferidas pela pessoa jurídica revendedora, na revenda de mercadorias em relação às quais a contribuição seja exigida da empresa vendedora, na condição de substituta tributária;

IV - de venda dos produtos de que tratam as Leis nº 9.990, de 21 de julho de 2000, nº 10.147, de 21 de dezembro de 2000, e nº 10.485, de 3 de julho de 2002, ou quaisquer outras submetidas à incidência monofásica da contribuição;

IV - de venda de álcool para fins carburantes; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004) (Vide Medida Provisória nº 413, de 2008) (Revogado pela Lei nº 11.727, de 2008)

V - referentes a:

a) vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;

b) reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita.

VI - não operacionais, decorrentes da venda de ativo imobilizado. (Incluído pela Lei nº 10.684, de 30.5.2003)

VII - decorrentes de transferência onerosa, a outros contribuintes do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, de créditos

de ICMS originados de operações de exportação, conforme o disposto no inciso II do § 1º do art. 25 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. (Incluído pela Medida Provisória nº 451, de 2008)

VII - decorrentes de transferência onerosa a outros contribuintes do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS de créditos de ICMS originados de operações de exportação, conforme o disposto no inciso II do § 1º do art. 25 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.945, de 2009). (Produção de efeitos).

[...]

Art. 68. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos:

I - a partir de 1º de outubro de 2002, em relação aos arts. 29 e 49;

II - a partir de 1º de dezembro de 2002, em relação aos arts. 1º a 6º e 8º a 11;

III - a partir de 1º de janeiro de 2003, em relação aos arts. 34, 37 a 44, 46 e 48;

IV - a partir da data da publicação desta Lei, em relação aos demais artigos.

Lei 10.833/2003:

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:

I - isentas ou não alcançadas pela incidência da contribuição ou sujeitas à alíquota 0 (zero);

II - não-operacionais, decorrentes da venda de ativo permanente;

III - auferidas pela pessoa jurídica revendedora, na revenda de mercadorias em relação às quais a contribuição seja exigida da empresa vendedora, na condição de substituta tributária;

IV - de venda dos produtos de que tratam as Leis nos 9.990, de 21 de julho de 2000, 10.147, de 21 de dezembro de 2000, 10.485, de 3 de julho de 2002, e 10.560, de 13 de novembro de 2002, ou quaisquer outras submetidas à incidência monofásica da contribuição;

IV - de venda de álcool para fins carburantes; (*Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004*) (*Vide Medida Provisória nº 413, de 2008*) (*Revogado pela Lei nº 11.727, de 2008*)

V - referentes a:

a) vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;

b) reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição que tenham sido computados como receita.

VI - decorrentes de transferência onerosa, a outros contribuintes do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, de créditos de ICMS originados de operações de exportação, conforme o disposto no inciso II do § 1º do art. 25 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. (*Incluído pela Medida Provisória nº 451, de 2008*).

VI - decorrentes de transferência onerosa a outros contribuintes do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS de créditos de ICMS originados de operações de exportação, conforme o disposto no inciso II do § 1º do art. 25 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. (*Incluído pela Lei nº 11.945, de 2009*). (*Produção de efeito*).

Há notícia, ainda, de que no RE 240785-2/MG, da relatoria do eminente Min. Marco Aurélio, em fase de julgamento, já existe maioria formada de votos (seis) favoráveis à tese da parte autora quanto a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins.

Confira-se a íntegra da notícia veiculada no Informativo 161, de 15/09/1999, do STF:

Incidência da COFINS sobre o ICMS

Iniciado o julgamento de recurso extraordinário em que se alega a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, conforme autorizado pelo art. 2º, parágrafo único, da LC 70/91. O Min. Marco Aurélio, relator, votou no sentido do conhecimento e provimento parcial do recurso, por entender estar configurada a violação ao art. 195, I, da CF, tendo em vista que a base de cálculo da COFINS somente pode incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre ICMS, que constitui ônus fiscal e não faturamento ("art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: b) a receita ou faturamento"). Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Nelson Jobim.

(RE 240.785-MG, rel. Min. Marco Aurélio, 8.9.99).

No mesmo sentido a jurisprudência desta Corte:

PROCESSUAL. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. LC 118/2005. PIS - COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. NÃO CABIMENTO.

1. A segunda parte do art. 4º da LC 118/2005 foi declarada inconstitucional, e considerou-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos apenas às ações ajuizadas a partir de 9 de junho de 2005 - após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias (STF, RE 566621/RS, rel. Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe de 11/10/2011).

2. No julgamento iniciado, do RE 240.785-2/MG, no voto do relator, ministro Marco Aurélio, foi dado provimento ao recurso por se entender violado o disposto no art. 195, I, da CF, em virtude da inclusão do ICMS, como faturamento, na base de cálculo do PIS e da COFINS.

3. A fundamentação utilizada para a não inclusão do ICMS na base da COFINS autoriza, também, a exegese segundo a qual não deve ser aplicado na base de cálculo do PIS.

4. Apelação a que se dá provimento.

(AMS 0000320-44.2008.4.01.3803/MG, Relatora Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, e-DJF1 de 18/05/2012).

TRIBUTÁRIO. COFINS EPIS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. COMPENSAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC E JUROS DE MORA.

I. Agravo Retido não conhecido, uma vez que não houve interposição de recurso por parte da agravante, por consequência, ratificação do pedido (art. 523, CPC).

II. O PIS e a COFINS têm como base de cálculo o faturamento ou as receitas auferidas pela pessoa jurídica (art. 195, I, "b", CF).

III. A base de cálculo do PIS e da Cofins não pode extravasar, sob o ângulo do faturamento, o valor do negócio, ou seja, a parcela recebida com a operação mercantil ou similar. O conceito de faturamento diz com riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou a prestação dos serviços, implicando, por isso mesmo, o envolvimento de noções próprias ao que se entende como receita bruta. Descabe assentar que os contribuintes da COFINS faturam, em si, o ICMS. O valor deste revela, isto sim, um desembolso à entidade de direito público que tem a competência para cobrá-lo (RE 240.785/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, em julgamento

ainda pendente por força de pedido de vista do Min. Gilmar Mendes).

IV. Se o ICMS é despesa do sujeito passivo das contribuições sociais previstas no art. 195, I, CF e receita do Erário Estadual, é injurídico tentar englobá-lo na hipótese de incidência destas exações, posto que configuraria a tributação de riqueza que não pertence ao contribuinte.

V. São compensáveis créditos decorrentes do indevido recolhimento, a título do PIS e da COFINS, devidamente corrigidos, com qualquer outro tributo arrecadado e administrado pela Secretaria da Receita Federal, sendo irrelevante se o destino das arrecadações seja outro.

VI. Remessa oficial não provida.

(REOMS 2007.35.00.009709-2/GO, rel. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos, Oitava Turma, e-DJ de 25/04/2008).

De onde se conclui que as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, no que se refere ao PIS e à Cofins, apenas estabeleceram a cobrança não cumulativa dessas contribuições, porém, não incluíram no conceito de receita bruta ou faturamento um tributo, que, no caso, consoante estabelecido na jurisprudência desta Corte e do STF, constitui ônus expresso para o contribuinte, em favor do ente público a quem compete cobrá-lo.

Assim, acompanhando o entendimento esposado por esta Corte e pela maioria dos ministros do STF, ainda que o julgamento não se tenha concluído (RE 240785-2), *reconheço o direito da parte autora à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da Cofins.*

Correção monetária

A constitucionalidade/legalidade da incidência da taxa Selic aos débitos tributários não merece mais questionamentos, impondo-se a partir de 1º/01/1996, art.

39, § 4º, da Lei 9.250/1995, não devendo ser cumulada com outros índices de correção monetária e juros, não representando anatocismo. (REsp 1.111.175/SP, rel. Min. Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 10/06/2009, DJe 1º/07/2009.)

Nesses termos, ressai legítima a incidência da taxa Selic na composição dos créditos e débitos de natureza tributária, o que é o caso das exações em debate nos autos (IRPJ, CSLL, PIS e Cofins).

Merece destaque ainda o fato de que a atualização monetária há de ser calculada desde a data do vencimento, não adimplido, sempre com a aplicação da taxa Selic, considerando que o débito mais remoto seja posterior a 1º de janeiro de 1996.

Honorários de sucumbência

Mantidos como na sentença em face da confirmação da sucumbência recíproca.

Dispositivo

Ante o exposto, *dou parcial provimento à apelação da parte autora* para declarar o seu direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da Cofins de forma a que sejam debitados dos processos administrativos os valores correspondentes a essa exação e *dou parcial provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial* para ressaltar o direito de a Fazenda Nacional manter eventual cobrança nos Processos Administrativos 10680.01608/2004-06 e 10680.012797/2003-91, de valores referentes a PIS/Cofins verificados como devidos a partir da vigência da MP 66, de 29/08/2002, posteriormente convertida na Lei 10.637/2002 e/ou da MP 135, de 30/10/2003, posteriormente convertida na Lei 10.833/2003.

É o voto.

Oitava Turma

Numeração única: 0017220-21.2006.4.01.3400

Apelação Cível 2006.34.00.017393-6/DF

Relator: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
 Apelante: Mector Ferramentas e Tratamento Térmico Ltda.
 Advogada: Dra. Geisa Félix Barufi
 Apelada: Fazenda Nacional
 Procurador: Dr. Luiz Fernando Jucá Filho
 Publicação: e-DJF1 de 02/08/2013, p. 367

Ementa

Processual Civil. Tributário. Preliminar. Interesse recursal. Ausência. Inexistência de agravo retido. Anulação da sentença. Cerceamento de defesa. Adequada justificativa. Ônus da parte interessada. Taxa Selic. Incidência. Atualização e juros de mora. Multa moratória. Previsão legal. Caráter confiscatório afastado. Dação em pagamento. Bem imóvel. Crédito tributário. Extinção exigibilidade. Art. 156, XI, CTN. Norma de eficácia limitada. Regulamentação inexistente.

I. Não assiste interesse recursal para a reiteração de agravo de instrumento interposto e processado perante o Tribunal, sem determinação para sua retenção.

II. Considerado o ônus processual do art. 333, I, do CPC, compete à parte interessada a adequada justificativa da essencialidade da sua prova, especialmente para comprovar fato constitutivo do seu direito.

III. O STJ tem entendimento consolidado, em sede de recursos repetitivos, de que *a taxa Selic é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, ex vi do disposto no art. 13, da Lei 9.065/1995 (Precedentes do STJ: [...])* (STJ, REsp 1.073.846/SP, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 18/12/2009).

IV. À luz do art. 150, V, da CF/1988, o Supremo Tribunal Federal decidiu, sob o prisma da repercussão geral, que *não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento)* (STF, RE 582.461/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 18/08/2011).

V. A dação em pagamento de bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei, constitui uma das formas de extinção do crédito tributário, conforme prevê o art. 156, XI, do CTN. A inexistência de lei específica que possibilite a implementação do mecanismo da dação em pagamento inviabiliza o acolhimento do pedido.

VI. Apelação a que se nega provimento.

Acórdão

Decida a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 26/07/2013.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:
— Esta apelação foi interposta por Mector Ferramentas e Tratamento Térmico Ltda. à sentença proferida pelo Juízo da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que julgou improcedentes os pedidos formulados.

A sociedade apelante relata que ajuizou a ação de conhecimento a fim de que seja revisto o valor do débito tributário perante a Fazenda Nacional. Com o intuito de ver suspensa e, conseqüentemente, extinta a exigibilidade do crédito tributário, ofereceu bens imóveis em dação e requereu a antecipação da tutela para que lhe fosse possibilitada a expedição de Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa.

Sustenta preliminarmente, em seu recurso, que a sentença apelada incorreu em violação ao seu direito à ampla defesa e ao devido processo legal, uma vez que, ao determinar o julgamento antecipado da lide, teria suprimido a fase de instrução probatória, cujo objetivo seria a comprovação de situações fáticas, *como por*

exemplo, qual o valor do quantum efetivamente devido ao INSS e ora discutido, tudo para, chegarmos a certeza de que o imóvel oferecido tem valor suficiente (fl. 235).

No mérito, afirma a regularidade do oferecimento do bem imóvel em dação ao pagamento do débito tributário. Nesse sentido, salienta que *por mais que o Código Civil mencione acerca da necessidade de anuência do credor para a efetivação da dação em pagamento, deve ser observado por Vossas Excelências a disciplina que regra a execução fiscal tributária, pela qual, o oferecimento do imóvel ora destacado é perfeitamente admissível, além de ser preferencial* (fl. 239).

Requer, em preliminar, o conhecimento do Agravo de Instrumento 2006.01.00.046481-4 e o provimento do recurso de apelação, a fim de que a sentença seja anulada, porquanto proferida sem a realização da fase instrutória, ou reformada em seu mérito.

Contrarrazões apresentadas pela Fazenda Nacional às fls. 254–261.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Conhecimento do Agravo de Instrumento 2006.01.00.046481-4:

Embora tenha formulado requerimento para o conhecimento do Agravo de Instrumento 2006.01.00.046481-4, como se retido fosse, tal recurso já foi processado e julgado por este Tribunal.

Decisões monocráticas por mim proferidas concederam o efeito suspensivo pleiteado e, posteriormente, deram provimento àquele recurso. Atualmente pende de julgamento agravo regimental interposto pela Fazenda Nacional, em que requer o reconhecimento da perda superveniente do interesse recursal em razão da prolação da sentença neste processo principal.

Portanto, não assiste razão à apelante quanto ao conhecimento do referido agravo.

Alegada nulidade: ausência de instrução probatória.

A apelante sustenta a nulidade da sentença recorrida, uma vez que ela teria sido proferida sem a necessária instrução probatória.

O ônus da prova, como cediço, possui dupla finalidade: estimular a adequada instrução da ação e servir de guia para o juiz, *a fim de que o órgão jurisdicional, diante de uma situação de dúvida invencível sobre as alegações de fato da causa, possa decidi-la sem arbitrariedade, formalizando o seu julgamento com a aplicação do art. 333, CPC* (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 336).

A orientação consolidada neste Tribunal indica neste sentido:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA OBJETIVANDO A DECLARAÇÃO DA CORREÇÃO DAS COMPENSAÇÕES EFETIVADAS COM TÍTULOS PÚBLICOS (PARÁ) EMITIDOS EM 1905 - PEDIDO [DA PARTE RÉ] DE INTIMAÇÃO DA AUTORA PARA QUE APRESENTE O TÍTULO ORIGINAL E SUA SÉRIE DE ENDOSSOS, BEM COMO OFÍCIO AO ESTADO EMISSOR PARA QUE APRESENTE OS SEUS REGISTROS SOBRE OS TÍTULOS DISCUTIDOS: IMPERTINÊNCIA - ÔNUS DO AUTOR PARA A PROVA - AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

1. Se, de um lado, como é fato legislado (art. 130 e art. 131 do CPC), o julgador pode determinar a produção de provas, no intento de formar sua

convicção (livre, mas racional), por outro, não menos certo que elas deverão ser “necessárias à instrução do processo”, indeferindo-se aquelas que forem inócuas, desinfluentes ou que já tenham sido, ainda que de outra forma, apresentadas.

2. A ampla defesa, cuja maior expressão é o direito à produção de prova, se exerce nos limites da própria lei e, portanto, por ela é condicionada. Porque direito absoluto nenhum há, o pedido de produção de provas pode, à luz da situação fática e a juízo do julgador, que dela é destinatário, ser indeferido, sem que se caracterize cerceamento de defesa, tanto mais se ausentes “argumentos precisos e contundentes” a justificá-la.

3. Compete à autora o ônus da prova do fato constitutivo do direito pleiteado (CPC, art. 333, I), o que será devidamente examinado pelo juiz na sentença, não na fase de saneamento.

4. Agravo de instrumento não provido.

5. Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 18 de junho de 2013, para publicação do acórdão.

(TRF1ª, AG0049992-42.2012.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 de 28/06/2013, p. 459 – sem grifo no original)

In casu, a apelante não se desincumbiu do seu ônus no que diz respeito à alegada violação à ampla defesa, uma vez que não traz argumentos aptos a justificar a essencialidade da prova para a resolução da matéria em discussão.

Em oposição aos argumentos suscitados pela apelante está o fato de que a perícia requerida envolve, essencialmente, cálculos matemáticos a fim de apurar o *quantum debeatur* por ela sustentado. E, nos termos em que consolidada a sentença recorrida, a rejeição das teses pela incidência da taxa Selic para a atualização do débito e a manutenção da multa então fixada pelo Fisco afastam a necessidade de realização da perícia solicitada.

Selic:

Não merece reforma a parte da sentença apelada que entendeu legítima a incidência da taxa Selic para a capitalização de juros de mora em casos de débito tributário.

O STJ tem entendimento consolidado, em sede de recursos repetitivos, de que *a taxa Selic é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, ex vi do disposto no artigo 13, da Lei 9.065/1995* (Precedentes do STJ: [...] (STJ, REsp 1.073.846/SP, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 18/12/2009).

Nesse mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova e o Exmo. Sr. Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado).

NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a Taxa Selic, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsp 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(STJ, REsp 1.111.175/SP, rel. Min. Denise Arruda, Primeira Seção, DJe de 1º/07/2009).

Não há de se falar, portanto, em não incidência da taxa Selic para a atualização monetária dos débitos tributários em discussão nestes autos, especialmente considerando que o fato gerador mais remoto data de junho de 1996.

Multa confiscatória:

No julgamento do RE 582.461/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal assentou, sob o prisma da repercussão geral, que *a aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigian-do a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento).*

Este entendimento, à luz do art. 150, V, da CF/1988, também não autoriza a reforma da sentença.

Dação em pagamento em bens imóveis:

Além da revisão do valor do débito em razão da exclusão da taxa Selic e da redução da multa imposta, a apelante pretende celebrar com a Fazenda Nacional

contrato de dação em pagamento, a fim de extinguir o crédito tributário.

A dação em pagamento é instituto civil previsto nos arts. 356 e seguintes do Código Civil e se caracteriza como o consentimento do credor em receber do devedor prestação diversa da que lhe é devida.

Na seara tributária, após evolução jurisprudencial, a dação em pagamento mediante a transferência de bens imóveis passou a ser admitida como forma de extinção da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 156, XI, do Código Tributário Nacional, incluído pela Lei Complementar 104/2001, desde que obedecidas as formas e condições estabelecidas em lei.

A ressalva estabelecida no referido dispositivo legal, conquanto legítima, deixa clara a opção do legislador em dar efetividade ao art. 356 do Código Civil e ao art. 110 do CTN, de forma que, por se tratar de faculdade do credor (ente tributante), o consentimento para a efetivação da dação em pagamento somente surtirá efeitos, em se tratando do Fisco, quando vigente lei que estabeleça formas e condições para tanto, em especial a definição dos critérios para a avaliação dos imóveis.

Abalizada doutrina tem entendido que *a Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, veiculou nova modalidade de extinção do crédito tributário, qual seja a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei. Enquanto não publicada a lei que introduz os requisitos de aplicação dessa hipótese extintiva, a norma prevista no art. 156, XI, do Código Tributário Nacional será ineficaz sintaticamente, porquanto ausentes regras no sistema que possibilitem construir a cadeia de positivação[...]* (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 517).

Também o STJ tem entendimento firme de que o inciso XI do art. 156 do CTN é um preceito normativo de eficácia limitada, que depende de norma regulamentadora.

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DAÇÃO EM PAGAMENTO DE BEM IMÓVEL (CTN, ART. 156, XI). PRECEITO NORMATIVO DE EFICÁCIA LIMITADA.

1. O inciso XI, do art. 156 do CTN (incluído pela LC 104/2001), que prevê, como modalidade de extinção do crédito tributário, "a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei", é preceito normativo de eficácia limitada, subordinada à intermediação de norma regulamentadora. O CTN, na sua condição de lei complementar destinada

a “estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária” (CF, art. 146, III), autorizou aquela modalidade de extinção do crédito tributário, mas não a impôs obrigatoriamente, cabendo assim a cada ente federativo, no domínio de sua competência e segundo as conveniências de sua política fiscal, editar norma própria para implementar a medida.

2. Recurso especial improvido.

(STJ, REsp 884.272/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 29/03/2007, p. 238 — sem grifos no original)

Logo, em razão da inexistência de lei específica que possibilite, no momento, a implementação do mecanismo da dação em pagamento para a extinção do crédito tributário, é inviável acolher o pedido da apelante.

Dispositivo:

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação.

É como voto.

Oitava Turma

Numeração única: 0030685-34.2005.4.01.3400

Apelação Cível 2005.34.00.030984-6/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
 Apelante: Mol Brasil Ltda.
 Advogado: Dr. Sílvio Darci da Silva
 Apelada: Fazenda Nacional
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
 Publicação: e-DJF1 de 02/08/2013, p. 367

Ementa

Tributário. Agente marítimo. Responsabilidade tributária. Irregularidade. Multa. IPI. Auto de infração. Impossibilidade. Súmula 192/TFR. Recurso repetitivo.

I. O agente marítimo é pessoa física ou jurídica que pode representar o armador em determinado porto, e que, para esse fim, celebra com este um contrato de mandato.

II. O agente marítimo não ostenta a condição de responsável tributário, nem se equipara ao transportador para fins de recolhimento do imposto (REsp 1.129.430/SP).

III. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com base na Súmula 192/TFR, consolidou a tese de que, ainda que existente termo de compromisso firmado pelo agente marítimo (assumindo encargos outros que não os de sua competência), não se lhe pode atribuir responsabilidade pelos débitos tributários decorrentes da importação, por força do princípio da reserva legal.

IV. Apelação a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 26/07/2013.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Esta apelação foi interposta por Mol Brasil Ltda. à sentença que, nos autos da Ação Ordinária 2005.34.00.030984-6/DF, julgou improcedente o

pedido, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC (fls. 966–970).

A apelante, em suas razões de apelação, aduz que a Alfândega do Porto de Manaus/AM lavrou o auto de infração constante às fls. 55-72, atribuindo a multa

regulamentar de IPI, no valor de R\$ 71.258,60, ao crédito tributário de que trata o Processo Administrativo Fiscal 10.283.006929/2003-28, contra a ora apelante, a TCE Comércio de Serviços em Tecnologia e Informática Ltda. e SDW Serviços Empresariais Ltda.

A multa imposta tem como fundamento a imputação de que as autuadas TCE *consumiram e/ou entregaram a consumo produtos de procedência estrangeira importados fraudulentamente.*

Alega, ainda, que é agente marítimo e não o importador. E o responsável pelo processamento da documentação referente ao desembarço aduaneiro é o importador, pois não possui capacidade legal para desembarçar mercadorias (fls. 974–1.034).

Sustenta, igualmente, que o fato de não ter requerido a prova no momento do despacho do juiz, que determinou a especificação de provas, não significa que a apelante não possuía interesse em produzi-la em outro momento.

A Fazenda Nacional, em contrarrazões, reporta-se aos termos da contestação e das provas dos autos, tendo em vista que os argumentos da sentença não foram devidamente atacados pelo apelante (fl. 1.048).

Às fls. 1.051–1.066, a apelante protocolou petição e documentos com alegação de fato novo.

A apelada manifestou-se quanto aos termos da petição, aduzindo apenas o intuito da apelante em tumultuar a marcha processual e deve ser desconsiderada. Requer o não provimento da apelação (fl. 1.070).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Discute-se nos autos a apuração dos fatos que originaram o auto de infração que gerou a aplicação de multa às empresas TCE Indústria Eletrônica da Amazônia Ltda., SDW Serviços Empresariais Ltda. e MOL Brasil Ltda., decorrente da responsabilidade solidária na suposta fraude em importação de produtos com a emissão de notas fiscais adulteradas ou falsificadas.

De acordo com argumentos e provas colacionados, a autuação ocorreu sem base legal, com explícita violação ao princípio da legalidade e da garantia do devido processo legal. Atribuiu tipo infracional, a título

de participação, como transportador internacional, ao apelante, modificando atribuições e descrevendo exclusivamente a suposta fraude na importação.

A multa aplicada à empresa apelante, denominada *multa regulamentar IPI*, está prevista no art. 83, I, da Lei 4.502/1964:

Art. 83. Incorrem em multa igual ao valor comercial da mercadoria ou ao que lhe é atribuído na nota fiscal, respectivamente:

I - Os que entregarem ao consumo, ou consumirem produto de procedência estrangeira introduzido clandestinamente no País ou importado irregular ou fraudulentamente ou que tenha entrado no estabelecimento, dele saído ou nele permanecido desacompanhado da nota de importação ou da nota-fiscal, conforme o caso;

(sem grifo no original)

O auto de infração está lastreado no art. 32, parágrafo único, do DL 37/1966, na forma do Decreto-Lei 2.472/1988:

Art. 32. É responsável pelo imposto:

I - o transportador, quando transportar mercadoria procedente do exterior ou sob controle aduaneiro, inclusive em percurso interno;

II - o depositário, assim considerada qualquer pessoa incumbida da custódia de mercadoria sob controle aduaneiro.

Parágrafo único. É responsável solidário:

a) o adquirente ou cessionário de mercadoria beneficiada com isenção ou redução do imposto;

b) o representante, no País, do transportador estrangeiro.

(sem grifo no original)

O agente marítimo é pessoa física ou jurídica que representa o armador em determinado porto, e que, para esse fim, celebra com este um contrato de mandato. Assim, as funções do agente podem ser divididas em duas categorias: a) auxiliares dos armadores; e b) auxiliares no transporte marítimo.

Como auxiliares dos armadores, os serviços prestados ao navio não dizem respeito diretamente à função comercial da empresa, limitam-se aos despachos nas repartições públicas; embarque e desembarque de tripulantes na Capitania dos Portos; pagamento de taxas aduaneiras e desembarço da embarcação na Agência Nacional de Transporte Aquaviários, Anvisa, Polícia Federal, assim como requisição de práticos, serviços de atracação, passagens e contratação da tripulação.

Já na condição de auxiliares nos transportes marítimos, os agentes marítimos assumem a função

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova e o Exmo. Sr. Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado).

que antigamente era própria do capitão, atuam diretamente nas negociações do contrato de transporte e manipulação de carga e descarga do navio, agem como verdadeiro preposto comercial dos armadores, e inclusive obrigam a empresa pelos atos praticados na gestão comercial do contrato de transportes.

Normalmente não é o afretador do navio, não manuseia a carga, não executa o transporte e muito menos tem poder de ingerência sobre a navegação — atividade afeta exclusivamente ao armador —, razão pela qual não pode ser responsabilizado pelos atos do armador.

Para o professor Waldemar Martins Ferreira, em sua obra *Instituições de Direito Comercial*, os agentes marítimos exercem largas atribuições, fazem propaganda dos navios, preparam papéis para o seu despacho nas repartições públicas, recebem as cargas, emitem conhecimentos, vendem passagens, representam as companhias ou seus armadores em juízo e nas relações com terceiros, em conformidade com os poderes que lhes tenham sido outorgados.

Segundo Eliane M. Octaviano Martins, em seu *Curso de Direito Marítimo*, o agente marítimo é figura contratual do mandato. Efetivamente, o agente marítimo representa o proprietário do navio, o armador, o gestor ou o afretador/transportador ou de alguns destes simultaneamente. Ademais, encarrega-se de despachar o navio, nos portos, em operações comerciais, bem como assistir o comandante na prática de atos jurídicos necessários à conservação do navio e providenciar a continuação da viagem.

O agente do navio representa e auxilia na armação e no transporte marítimo. Na hipótese de o agente ser contratado apenas para prestar serviços de auxiliar de armação, denomina-se agente protetor. A responsabilidade do agente marítimo é de ordem contratual e subjetiva, pois é um mero mandatário do armador, defendendo os interesses deste, e eventuais erros deverão ser reparados pelo armador, visto que atua sob a égide do mandato.

A responsabilidade contratual nasce pelo descumprimento de uma obrigação preexistente, por força da vontade das partes. Exsurge da inexecução previsível e evitável de obrigação estabelecida no contrato. É, portanto, infração a um dever específico criado pela vontade dos contraentes (*Responsabilidade Civil do Prático*, Editora Lumen Juris, Autor: Matusalém Gonçalves Pimenta, Rio de Janeiro, 2007).

Como as embarcações precisam ser representadas nos portos, os armadores agem de duas maneiras:

a. estabelecem filial ou sucursal com departamento próprio, ou indicam um empregado *preposto* para representá-las, munido de uma carta de preposto com poderes de representação;

b. contratam pessoa física ou jurídica para representá-las, assinando com elas um contrato de mandato, tal como ocorre com as agências marítimas.

Há de não se confundir representação com atribuição de responsabilidade. A atuação do agente marítimo ocorre por conta e em nome alheio, ou seja, por conta e de *ordem* do armador.

Nesse caso, o modelo da procuração outorgada pela empresa Mitsui OSK Lines Ltda. à empresa MOL (Brasil) Ltda., em 20/12/2004, está descrita nos seguinte termos:

Poderes: Amplos e especiais poderes na qualidade de representante do transportador (Mitsui OSK Lines Ltd.), representá-la junto à alfândega do Porto de Manaus, para exercer as atividades previstas no artigo 1º, incisos de I a X do decreto 646/1992, solicitar restituição de indébito, desistência de vistoria, assinar termo de responsabilidade em garantia do cumprimento de obrigação tributária, habilitar-se ao SISCOMEX, e, em todo o Estado do Amazonas, representá-la perante às Delegacias da Receita Federal, Autoridades Portuárias, agenciar seus navios ou aqueles por ela fretada, tomar com referência aos navios todas as providências concernentes ao desembarço quando de suas entradas e saídas dos portos, podendo firmar pela Outorgante, Termos de Responsabilidade na forma prevista no parágrafo único art. 71 do Regulamento Aduaneiro aprovado pelo Decreto 91.030 de 5/5/1985, assinar e emitir conhecimento de cargas marítimas (Bill of Lading), dar e receber quitações dos recebimentos de fretes marítimos, e bem assim praticar todo e qualquer ato necessário ao desempenho deste mandato, não podendo substabelece-lo.

Questão análoga foi dirimida pelo STJ, no julgamento do REsp 1.186.229-SP, na relatoria da Min. Eliana Calmon:

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - AGENTE MARÍTIMO - SÚMULA 192/TFR - DEPÓSITO - CONVERSÃO EM RENDA - MODALIDADE DE EXTINÇÃO DO CRÉDITO - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

1. Se o aresto recorrido apresenta a devida explicitação de fundamento suficiente para manter o provimento judicial, a prestação jurisdicional mostra-se suficiente para os termos do art. 535, I e II do CPC.

2. A conversão em renda de depósito efetuado na instância administrativa é forma de extinção do

crédito tributário e enseja restituição dos valores se inexistente obrigação tributária que lhe albergue.

3. *Nos termos da Súmula 192/TFR, o agente marítimo não é responsável tributário, nem se assemelha ao transportador marítimo, quando no exercício de sua atividade profissional.*

4. Recurso especial não provido.

(sem grifo no original)

No mesmo sentido:

REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE IMPORTAÇÃO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. AGENTE MARÍTIMO. ARTIGO 32, DO DECRETO-LEI 37/66. FATO GERADOR ANTERIOR AO DECRETO-LEI 2.472/88. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

1. O agente marítimo, no exercício exclusivo de atribuições próprias, no período anterior à vigência do Decreto-Lei 2.472/88 (que alterou o artigo 32, do Decreto-Lei 37/66), não ostentava a condição de responsável tributário, nem se equiparava ao transportador, para fins de recolhimento do imposto sobre importação, porquanto inexistente previsão legal para tanto.

2. O sujeito passivo da obrigação tributária, que compõe o critério pessoal inserido no consequente da regra matriz de incidência tributária, é a pessoa que juridicamente deve pagar a dívida tributária, seja sua ou de terceiro(s).

3. O artigo 121 do Codex Tributário, elenca o contribuinte e o responsável como sujeitos passivos da obrigação tributária principal, assentando a doutrina que: "Qualquer pessoa colocada por lei na qualidade de devedora da prestação tributária, será sujeito passivo, pouco importando o nome que lhe seja atribuído ou a sua situação de contribuinte ou responsável" (Bernardo Ribeiro de Moraes, in "Compêndio de Direito Tributário", 2º Volume, 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002, pág. 279).

4. O contribuinte (também denominado, na doutrina, de sujeito passivo direto, devedor direto ou destinatário legal tributário) tem relação causal, direta e pessoal com o pressuposto de fato que origina a obrigação tributária (artigo 121, I, do CTN).

5. O responsável tributário (por alguns chamado sujeito passivo indireto ou devedor indireto), por sua vez, não ostenta liame direto e pessoal com o fato jurídico tributário, decorrendo o dever jurídico de previsão legal (artigo 121, II, do CTN).

6. Salvante a hipótese em que a responsabilidade tributária advém de norma primária sancionadora, "o responsável diferencia-se do contribuinte por ser necessariamente um sujeito qualquer (i) que não tenha praticado o evento descrito no fato jurídico tributário; e (ii) que disponha de meios para ressarcir-se do tributo pago por conta de fato praticado por outrem" (Maria Rita Ferragut, in "Responsa-

bilidade Tributária e o Código Civil de 2002", 2ª ed., Ed. Noeses, São Paulo, 2009, pág. 34).

7. O imposto sobre a importação, consoante o artigo 22, do CTN, aponta apenas como contribuinte o importador ou quem a lei a ele equiparar (inciso I) ou o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados (inciso II).

8. O diploma legal instituidor do imposto sobre a importação (Decreto-Lei 37/66), nos artigos 31 e 32, na sua redação original, assim dispunham:

"Art 31. É contribuinte do imposto:

I - O importador, assim considerada qualquer pessoa que promova a entrada de mercadoria estrangeira no território nacional.

II - O arrematante de mercadoria apreendida ou abandonada.

Art 32. Para os efeitos do artigo 26, o adquirente da mercadoria responde solidariamente com o vendedor, ou o substitui, pelo pagamento dos tributos e demais gravames devidos."

9. O transportador da mercadoria estrangeira, à época, sujeitava-se à responsabilidade tributária por infração, nos termos do artigo 41 e 95, do Decreto-Lei 37/66.

10. O Decreto-Lei 2.472, de 1º de setembro de 1988, alterou os artigos 31 e 32, do Decreto-Lei 37/66, que passaram a dispor que:

"Art. 31. É contribuinte do imposto:

I - o importador, assim considerada qualquer pessoa que promova a entrada de mercadoria estrangeira no Território Nacional;

II - o destinatário de remessa postal internacional indicado pelo respectivo remetente;

III - o adquirente de mercadoria entrepostada.

Art. 32. É responsável pelo imposto :

I - o transportador, quando transportar mercadoria procedente do exterior ou sob controle aduaneiro, inclusive em percurso interno;

II - o depositário, assim considerada qualquer pessoa incumbida da custódia de mercadoria sob controle aduaneiro. Parágrafo único. É responsável solidário :

a) o adquirente ou cessionário de mercadoria beneficiada com isenção ou redução do imposto;

b) o representante, no País, do transportador estrangeiro."

11. Consequentemente, antes do Decreto-Lei 2.472/88, inexistia hipótese legal expressa de responsabilidade tributária do "representante, no País, do transportador estrangeiro", contexto legislativo que culminou na edição da Súmula 192/TFR, editada em 19.11.1985, que cristalizou o entendimento de que: "O agente marítimo, quando no exercício exclusivo das atribuições próprias, não é considerado responsável tributário, nem se

equipara ao transportador para efeitos do Decreto-Lei 37/66.”

12. A jurisprudência do STJ, com base na Súmula 192/TFR, consolidou a tese de que, ainda que existente termo de compromisso firmado pelo agente marítimo (assumindo encargos outros que não os de sua competência), não se lhe pode atribuir responsabilidade pelos débitos tributários decorrentes da importação, por força do princípio da reserva legal (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 904.335/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.10.2007, DJe 23.10.2008; REsp 361.324/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02.08.2007, DJ 14.08.2007; REsp 223.836/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 12.04.2005, DJ 05.09.2005; REsp 170.997/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 22.02.2005, DJ 04.04.2005; REsp 319.184/RS, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 03.06.2004, DJ 06.09.2004; REsp 90.191/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Segunda Turma, julgado em 21.11.2002, DJ 10.02.2003; REsp 252.457/RS, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 04.06.2002, DJ 09.09.2002; REsp 410.172/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 02.04.2002, DJ 29.04.2002; REsp 132.624/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15.08.2000, DJ 20.11.2000; e REsp 176.932/SP, Rel. Ministro Hélio Mosimann, Segunda Turma, julgado em 05.11.1998, DJ 14.12.1998).

13. Sob esse ângulo, forçoso destacar (malgrado a irrelevância no particular), que a empresa destinada ao agenciamento marítimo, não procedeu à assinatura de “nenhuma fiança, nem termo de responsabilidade ou outro qualquer, que venha acarretar qualquer tipo de solidariedade e/ou de responsabilidade com o armador (proprietário do navio), para que seja cobrada por tributos ou outros ônus derivados de falta, acréscimo ou avaria de mercadorias durante o transporte” (assertiva insere na contra-razões ao recurso especial).

14. No que concerne ao período posterior à vigência do Decreto-Lei 2.472/88, sobreveio hipótese legal de responsabilidade tributária solidária (a qual não comporta benefício de ordem, à luz inclusive do parágrafo único, do artigo 124, do CTN) do “representante, no país, do transportador estrangeiro”.

15. *In casu*, revela-se incontroverso nos autos que o fato jurídico tributário ensejador da tributação pelo imposto de importação ocorreu em outubro de 1985, razão pela qual não merece reforma o acórdão regional, que, fundado no princípio da reserva legal, pugnou pela inexistência de responsabilidade tributária do agente marítimo.

16. A discussão acerca do enquadramento ou não da figura do “agente marítimo” como o “representante, no país, do transportador estrangeiro” (à luz da novel dicção do artigo 32, II, “b”, do Decreto-Lei 37/66) refoge da controvérsia

posta nos autos, que secinge ao período anterior à vigência do Decreto-Lei 2.472/88.

17. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(STJ, REsp 1.129.430/SP, relator ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJE de 14/12/2010)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AGENTE MARÍTIMO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. TERMO DE COMPROMISSO. RECURSO REPETITIVO.

1. O agente marítimo não é considerado responsável tributário nem se equipara ao transportador para efeitos do Decreto-Lei nº 37/66, mesmo com a assinatura de Termo de Compromisso ou equivalente. Precedentes.

2. Orientação reafirmada pela Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp nº 1.129.430/SP, sob o rito dos recursos repetitivos.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgREsp 1.153.503/SP, relator ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJE de 16/12/2010)

A empresa apelante, na qualidade de agente marítimo, conforme documentos comprobatórios (fls. 682–685), não deve responder por eventuais débitos decorrentes da importação, mesmo com os poderes concedidos pelas empresas transportadoras, por ocasião do desembarço dos bens e da assinatura do termo de responsabilidade.

O agente marítimo não se equipara ao transportador nem ao contribuinte do imposto, pois seu vínculo com a operação se dá apenas pela relação contratual.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento nos termos do enunciado 192 da Súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos, que o agente marítimo, quando no exercício exclusivo das atribuições próprias, não é considerado responsável tributário, nem se equipara ao transportador para efeitos do Decreto-Lei 37, de 1966, mesmo que tenha poderes para assinatura do termo de responsabilidade.

Não obstante a Mitsui O.S.K. Lines Ltda., desde 30/03/1998, participar como sócia estrangeira majoritária da MOL (Brasil) Ltda., não justifica a autuação fiscal da autora, até porque a empresa atuou como agente do navio, e não como empresa representante da transportadora. Importante destacar que são empresas com CNPJs distintos, e cada uma deve ser responsabilizada separadamente por suas obrigações e atos.

As autoridades aduaneiras devem responsabilizar quem de direito, como a representante da empresa

transportadora, a filial da empresa estrangeira se existente no Brasil ou a empresa importadora das mercadorias. Inconcebível é a imposição de penalidade à empresa que participou da operação de desembarque em um porto nacional, sem ter nenhuma responsabilidade na suposta irregularidade.

Em texto publicado recentemente pelo tributarista Heleno Taveira Torres, o *Garantismo sancionador no Direito Tributário*, fica compreensível a responsabilidade equivocadamente imposta à autora:

Nesse estudo, pretende examinar se o artigo 136 do Código Tributário Nacional, sempre interpretado como forma de responsabilidade objetiva pela prática de ilícitos, tem força para afastar o princípio garantista da culpabilidade e outros elementos subjetivos na aplicação das multas tributárias, à luz dos fundamentos do princípio do Estado Democrático de Direito, como prescrito pela nossa Constituição de 1988.

[...] Diante disso, para a aplicação de qualquer multa, os indícios devem vir conjugados com uma análise da conduta do sujeito, de sorte a legitimar a projeção de consequências jurídicas sancionatórias sobre sua esfera jurídica, cuja sanção deve sempre ser alcançada de modo objetivo. Não é por menos que o artigo 142 do CTN, *in fine*, aluda ao dever funcional de proposta de aplicação da penalidade cabível, porquanto o auto de infração, em verdade, quem o faz, efetivamente numa interpretação conforme a Constituição, é a autoridade do processo administrativo, para um exame completo da materialidade dos fatos e das condutas. E tudo sob o manto garantista dos princípios processuais da presunção da inocência, do contraditório, da livre apreciação de provas e do duplo grau de jurisdição.

Nesses termos, quando se trata de alegação de crime, o artigo 137 do CTN é implacável: a responsabilidade é pessoal do agente, ao se observar o exame do dolo e da culpabilidade, em toda sua extensão.

Deveras, a administração fazendária não deixar de examinar as motivações da conduta do contribuinte, objetivada no conjunto de atividades desempenhadas, sob pena de converter, o ato administrativo de aplicação de multa ou de sanção administrativa em vitanda ilegalidade ou inconstitucionalidade.

[...] Essa exigência de culpabilidade encontra-se afirmada no CTN, ao tempo que as normas do artigo 112 prescrevem o dever de aplicar interpretação

mais favorável ao ausado, na imposição de sanções, sempre que houver dúvida quanto à materialidade, autoria, ou sanção, a saber:

[...] Conclui-se, assim, quanto às infrações de natureza tributária, que a regra é a responsabilidade pessoal do agente. Caberá, porém, à administração, demonstrar, de modo específico, a autoria e a culpabilidade de cada acusado, individualmente. O caráter vinculado atribuído ao ato da administração, consistente em lavrar o auto de infração e imposição da multa, reclama o dever de provar o fato jurídico do ilícito e sua sanção, sempre sob uma interpretação conforme a Constituição, na realização dos valores supremos da ordem constitucional, como eficácia do nosso garantismo de direitos fundamentais na aplicação das normas tributárias.

Quanto à alegação do cerceamento de defesa pela apelante, as oportunidades foram dadas à autora para apresentar requerimento de produção de provas. Na esfera administrativa, a autora apresentou impugnação às fls. 547–575, e se manifestou quanto ao despacho de fl. 883.

A negativa de fornecimento do processo administrativo original com as notas fiscais e os carimbos fraudulentos para perícia e as alegações de existência de organização criminosa com integrantes de várias esferas como auditores fiscais, empresas importadoras e transportadoras marítimas com o objetivo de sonegar impostos, devem ser apuradas no âmbito do Direito Penal com os critérios e procedimentos característicos de cada caso.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para que seja anulado o crédito tributário referente ao Processo Administrativo 10283.006929/2003-28 *apenas* contra a empresa MOL Brasil Ltda., em razão da ilegitimidade passiva.

Esse julgamento não impede que as investigações e os procedimentos necessários para elucidação das alegações da existência de organização criminosa e sua atuação nas aduanas sejam realizados. Assim, devem ser encaminhadas ao Ministério Público Federal pela empresa denunciante.

É como voto.

Primeira Turma Suplementar

Numeração única: 0023902-94.2003.4.01.3400

Apelação Cível 2003.34.00.023910-9/DF

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)
 Apelante: Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul
 Procuradores: Dr. Felipe Inácio Zanchet Magalhães e outros
 Apelado: Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS
 Procurador: Dr. Daniel Demonte Moreira
 Publicação: e-DJF1 de 05/07/2013, p. 1.607

Ementa

Administrativo. Mandado de segurança. Alegação de nulidade de representação do INSS ao CNAS por vício de incompetência. Inexistência. Art. 7º, § 2º do Decreto 2.536/1998, art. 175, XXIII do RI/INSS e arts. 5º, LVI, e 37, caput, da Constituição Federal. Apelação improvida.

I. Consta da petição de fl. 240 que o impetrante requereu expressamente ao juízo de origem a desistência dos pedidos constantes dos itens *b*, *c* e *d* da inicial do *writ*. Assim, preliminarmente, verifica-se que carece a apelante de interesse para recorrer da sentença que *acolheu* e homologou seu pedido de desistência já que não restou vencido (art. 500 do CPC).

II. Quanto ao aditamento do pedido requerido pela impetrante, após as informações da autoridade indigitada coatora, que foi indeferido pelo juízo *a quo*, firme é a jurisprudência quanto à sua impossibilidade no mandado de segurança, na esteira do que dispõe o art. 264 do CPC quanto ao procedimento ordinário. Nesse sentido: “A notificação, no mandado de segurança, tem natureza de citação. Assim, prestadas as informações que constituem o modo através do qual a autoridade se defende, a impetrante não podia alterar o pedido ou a causa de pedir.” (RSTJ 73/155)

III. Dispõe o art. 7º, § 2º, do Decreto 2.536/1998: [...] § 2º *Qualquer conselheiro do CNAS, os órgãos específicos dos Ministérios da Justiça e da Previdência e Assistência Social, o INSS, a Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda ou o Ministério Público poderão representar àquele Conselho sobre o descumprimento das condições e requisitos previstos nos arts. 2º e 3º, indicando os fatos, com suas circunstâncias, o fundamento legal e as provas ou, quando for o caso, a indicação de onde estas possam ser obtidas, sendo observado o seguinte procedimento.*

IV. Nos termos ainda art. 175, XXIII, do Regimento Interno do INSS e Ordem de Serviço INSS/ DAF 210, de 26 de maio de 1999 pode-se concluir que coordenador-geral de arrecadação e fiscalização do INSS possuía competência administrativa para representar ao CNAS sugerindo o cancelamento do Certificado de Fins Filantrópicos da impetrante, em face de auditoria do órgão ter constatado o não cumprimento pela impetrante de requisitos constantes no art. 55 da Lei 8.212/1991.

V. Em última análise, contrariariam os princípios que regem a Administração Pública (art. 37 da CR) e, portanto, a razoabilidade, a anulação de um ato administrativo que tenha por fim comunicar, a quem direito, a existência de eventuais irregularidades obtidas ou verificadas licitamente através de processo administrativo (art. 5º, LVI da CR) e capazes de trazer dano ao Erário, em função de dúvida acerca de qual autoridade da autarquia previdenciária deteria, à época dos fatos, competência para a representação.

VI. Apelação não provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

1ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 18/06/2013.

Juiz Federal *Alexandre Buck Medrado Sampaio*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio: — Trata-se de apelação interposta pela Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul contra sentença que homologou a desistência dos pedidos *b*, *c* e *d* (fls. 33–34), em relação aos quais extinguiu o processo sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VIII do CPC e denegou a segurança, no tocante à anulação da representação fiscal por vício de incompetência.

Em suas razões recursais, sustenta a recorrente que houve a perda de objeto quanto aos pedidos em questão, uma vez que a distribuição da ação já teria sido feita, a concessão de liminar para determinar a retirada de pauta da representação não se faz mais possível, uma vez que a mesma já foi julgada pelo CNAS, o parecer cujo fornecimento se requereu, na alínea *c* já é de conhecimento público e a publicação de pauta de nova sessão de julgamento não é mais possível, posto que a reunião do CNAS já ocorreu; que a representação fiscal em questão é nula, posto que descumpre expressamente o art. 32, I, do Decreto 3.081, de 10 de junho de 1999, o qual faz menção expressa ao fato de que só ao diretor-presidente do INSS cabe a representação.

Requer, ainda, que seja reconhecido a nulidade da representação fiscal em função do art. 32, I, do Decreto 3.081/1999, bem como o reconhecimento da perda do objeto da ação referente aos pedidos constantes nas alíneas *b*, *c* e *d* da petição inicial dos autos.

Sem contrarrazões.

Às fls. 404–408, parecer do MPF pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio: — Consta da petição de fl. 240 que o impetrante requereu expressamente ao juízo de origem a desistência dos pedidos constantes dos itens *b*, *c* e *d* da inicial do *writ*. Assim, preliminarmente, verifica-se que carece a apelante de interesse para recorrer da sentença que acolheu e homologou seu pedido de desistência já que não restou vencido (art. 500 do CPC).

Quanto ao aditamento do pedido do *writ* requerido pela impetrante, após as informações da autoridade indigitada coatora, que foi indeferido pelo juízo *a quo*, firme é a jurisprudência quanto à sua impossibilidade no mandado de segurança, na esteira do que dispõe o art. 264 do CPC quanto ao procedimento ordinário. Nesse sentido:

A notificação, no mandado de segurança, tem natureza de citação. Assim, prestadas as informações que constituem o modo através do qual a autoridade se defende, a impetrante não podia alterar o pedido ou a causa de pedir. (RSTJ 73–155)

Assim, cinge-se a apelação ao pedido de anulação da representação por vício de incompetência, haja vista que a representação encaminhada pelo INSS ao CNAS foi lavrada pelo coordenador-geral de arrecadação e não pelo diretor-presidente do INSS.

Inicialmente importa verificar a data e o conteúdo da representação que busca o impetrante, judicialmente, anular. A referida representação do INSS ao CNAS foi elaborada em 4 de julho de 2000. Nesta o INSS sugere ao CNAS o cancelamento do Certificado de Fins Filantrópicos da impetrante, em face de auditoria no órgão ter constatado o não cumprimento pela Universidade de requisitos constantes no art. 55 da Lei 8.212/1991.

Vejamos. Dispõe o art. 7º, § 2º, do Decreto 2.536/1998:

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado).

Art. 7º - Compete ao CNAS julgar a qualidade de entidade beneficente de assistência social, observando as disposições deste Decreto e de legislação específica, bem como cancelar, a qualquer tempo, o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, se verificado o descumprimento das condições e dos requisitos estabelecidos nos arts. 2º e 3º.

[...]

§ 2º Qualquer Conselheiro do CNAS, os órgãos específicos dos Ministérios da Justiça e da Previdência e Assistência Social, o INSS, a Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda ou o Ministério Público poderão representar àquele Conselho sobre o descumprimento das condições e requisitos previstos nos arts. 2º e 3º, indicando os fatos, com suas circunstâncias, o fundamento legal e as provas ou, quando for o caso, a indicação de onde estas possam ser obtidas, sendo observado o seguinte procedimento

A partir da clareza deste dispositivo concluiu com acerto o ilustre representante ministerial em seu parecer de fls. 404–408:

A norma vigente à época da representação era o Regimento interno do INSS a dispor que:

Art. 175. Aos Diretores, Procurador-Geral e Auditor-Geral, incumbe genericamente:

XXIII- representar o INSS junto a órgãos públicos e privados em assuntos das respectivas áreas de atuação;

Portanto, tendo em vista que o Decreto 2536/98 conferiu competência genérica ao órgão,

cabe ao regimento interno a distribuição de competências. Assim, não há previsão regimental que impõe atribuição exclusiva ao Diretor-Presidente para representar junto ao CNAS.

Por fim, o Diretor de Arrecadação e Fiscalização do INSS editou a Ordem de Serviço INSS/ DAF 210, de 26 de maio de 1999, na qual delegou a seguinte função:

19.5.2 – AGRAF/DAF deverá encaminhar cópia da Informação Fiscal e seus anexos ao CNAS, por intermédio da Coordenação Geral de Arrecadação, mediante ofício.”

Infere-se, ante o exposto, ser infundada a tese argüida pela impetrante, visando a anulação da representação do Coordenador-Geral de Arrecadação e Fiscalização do INSS por vício de incompetência.

Em última análise, contrariariam os princípios que regem a Administração Pública (art. 37 da CR) e portanto, a razoabilidade, a anulação de um ato administrativo que tenha por fim comunicar, a quem direito, a existência de eventuais irregularidades obtidas ou verificadas lícitamente através de processo administrativo (art. 5º, LVI CR) e capazes de trazer dano ao Erário, em função de dúvida acerca de qual autoridade da autarquia previdenciária que deteria, a época dos fatos, competência para a representação.

Nesses termos, nego provimento à apelação.

É o voto.

Primeira Turma Suplementar

Numeração única: 0017142-03.2001.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2001.34.00.017165-6/DF

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)
 Apelante: Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil – Cassi
 Advogados: Dr. Joselito Farias dos Santos e outro
 Apelante: Conselho Federal de Medicina
 Advogado: Dr. Turíbio Teixeira Pires de Campos
 Apelados: os mesmos
 Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara/DF
 Publicação: e-DJF1 de 19/07/2013, p. 1.174

Ementa

Administrativo. Mandado de segurança. Resolução 1.616/2011 do Conselho Federal de Medicina. Regulamentação das relações entre médicos conveniados de planos de saúde. Competência da Agência Nacional de Saúde. ANS. Precedentes.

I. A segurança foi concedida afastando-se a incidência e aplicação dos arts. 1º e 4º da Resolução 1.616/2001 ao impetrante. Recorre a Cassi, portanto, apenas ao art. 5º da referida resolução, porém, quanto a este, consta da sentença que [...] *faleceria legitimidade ativa à Cassi para impugnar o dispositivo em tela. Restar-se-lhe-a, portanto, atacar agora, em sede de apelação, especificamente a decisão que decretou a sua ilegitimidade ativa, nesse ponto particular da lide, bem assim, requer o retorno dos autos à primeira instância para o julgamento do mérito. Como não foi isso que a Cassi fez, ao requerer, em grau de recurso a própria invalidade do dispositivo, o que importaria, se acatada, supressão de instância, a alternativa que resta é o não conhecimento da apelação, por manifesta impropriedade formal do recurso (parecer MPF, fls. 225–226).*

II. Da leitura dos arts. 1º e 4º da Resolução 1.616/2001 em cotejo com a Lei 3.268/1957, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina, não se verifica qualquer norma autorizando o CFM a disciplinar a forma como as operadoras de planos de saúde deverão proceder quando do desligamento dos médicos a elas vinculados. Na verdade, a Lei 9.961/2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, atribuiu-lhe competência para ‘fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestador de serviço às operadoras’ (art. 8º, IV).

III. Dessa forma, carece ao CFM de competência para atuar no âmbito das relações travadas entre médicos e operadoras de planos de saúde, tendo em vista que tal atribuição fora expressamente conferida à ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar).

IV. *Nesse sentido, têm reconhecido os tribunais:* 1. De acordo com art. 1º, § 1º, da Lei 9.565/1998, a competência para fiscalizar o exercício das atividades das operadoras de saúde suplementar é da Agência Nacional de Saúde – ANS, não do Conselho Regional de Odontologia, a quem cabe o poder de fiscalizar o exercício da profissão dos odontologistas, a teor do art. 11, b, da Lei 4.324/1964. (AC 2005.37.00.000941-3/MA, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, 03/08/2012 e-DJF1, p. 966.) [...] O Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro tem competência para baixar resoluções a respeito da profissão de médico; não pode, todavia, a pretexto disso, legislar acerca das relações entre médicos e empresas que têm como objeto social a prestação ou a garantia de serviços médicos. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (STJ, REsp 8490/RJ, rel. Min. Peçanha Martins, T2, maioria, DJ 27/09/1999, p. 68). (AGTAG 2004.01.00.014168-2/MA, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, Sétima Turma, 12/11/2004 DJ, p. 172). 2. O Conselho Federal de Medicina é incompetente para interferir nas relações existentes entre médicos e operadoras de planos de saúde, já que essa competência é da Agência Nacional de Saúde Suplementar, razão pela qual não pode, por meio da Resolução 1.616/2001, condicionar o desligamento dos médicos vinculados a essas operadoras a “decisão motivada e justa, garantindo-se ao médico o direito de defesa e do contraditório no âmbito da operadora.” (Art. 1º.) 3. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (AC 0019854-63.2001.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado), 7ª Turma Suplementar, e-DJF1, p. 1.431 de 07/06/2013.)

V. Nesses termos, não conheço da apelação da Cassi e nego provimento à apelação do Conselho Federal de Medicina e à remessa oficial. Sentença mantida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação do Conselho Federal de Medicina e à remessa oficial e não conhecer da apelação da Cassi.

1ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 18/06/2013.

Juiz Federal *Alexandre Buck Medrado Sampaio*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio: — Trata-se de apelações interpostas pelo Conselho Federal de Medicina e pela Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil contra sentença que concedeu parcialmente a segurança para afastar a aplicação dos dispostos nos arts. 1º e

4º da Resolução 1.616/2001 do Conselho Federal de Medicina em relação a Cassi (impetrante), empresa operadora de Plano de Saúde.

O Conselho Federal de Medicina, em suas razões recursais, alega que a sua função precípua é zelar e fiscalizar o correto e ético desempenho da Medicina no País (art. 2º da Lei 3.268/1957), sendo que a prestação

de assistência médica realizada pelas empresas, associações, cooperativas e demais operadoras de planos de saúde está diretamente ligada a essa função. Nesse sentido, sustenta a legalidade dos arts. 1º e 4º da Resolução 1.616/2001, requerendo seja denegado a segurança.

A Cassi, por sua vez, em seu recurso de apelação pede a reforma da sentença para que seja determinado a suspensão também do art. 5º da referida resolução.

Com contrarrazões às fls. 203–217, subiram os autos a esta Corte.

Às fls. 222–226, parecer do MPF pelo não conhecimento da apelação da Cassi e pelo conhecimento da apelação do Conselho Federal de Medicina para denegar a segurança.

Há remessa oficial.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio: — Conforme relatado, buscou a Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil a concessão de segurança para afastar a aplicabilidade da Resolução 1.616/2001 do Conselho Federal de Medicina, que impôs às operadoras de planos de saúde a motivação justa do desligamento de médicos, garantido a estes o direito de defesa e do contraditório, bem como a obrigação das operadoras de plano de saúde de comunicar previamente aos Conselhos Federal e Regional de Medicina o descredenciamento de seus médicos em todo o País.

A sentença recorrida acolheu, parcialmente, o pedido ao fundamento de que a resolução, objeto da ação mandamental, deve regular os atos cujos sujeitos sejam médicos, razão porque afastou a vigência dos arts. 1º e 4º da Resolução 1.616/2001, destinadas às operadoras de plano de saúde. Decretou a ilegitimidade ativa da impetrante quanto aos demais artigos por entender que a matéria era apenas de interesse da categoria médica.

Inicialmente, verifico que não pode ser conhecido o recurso da Cassi, pois como bem expôs o representante do MPF:

Por fim, em relação ao recurso da operadora do plano de saúde (CASSI), no qual se requer a suspensão também do art. 5º da Resolução, não deve o mesmo ser conhecido. É que, conforme se observa da decisão de primeira instância, a questão

referente à validade do mencionado artigo não foi apreciada na instância originária. Dessarte, no entender MM. Juiz singular, faleceria legitimidade ativa à Cassi para impugnar o dispositivo em tela. Restar-se-lhe-a, portanto, atacar agora, em sede de apelação, especificamente a decisão que decretou a sua ilegitimidade ativa, nesse ponto particular da lide, bem assim, requer o retorno dos autos à primeira instância para o julgamento do mérito. Como não foi isso que a Cassi fez, ao requerer, em grau de recurso a própria invalidade do dispositivo, o que importaria, se acatada, supressão de instância, a alternativa que resta é o não conhecimento da apelação, por manifesta impropriedade forma do recurso.

Isso posto, não conheço da apelação da Cassi (impetrante), nos termos do art. 499 do CPC.

Quanto à apelação do CRM e à remessa, cinge-se a questão posta em juízo à verificação da legalidade dos arts. 1º e 4º da Resolução 1.616/2001, cuja exigibilidade pela Cassi foi autorizada pelo juízo de origem. Vejamos.

Os artigos afastados da Resolução 1.616/2001 são os seguintes:

Art. 1º É vedado o desligamento de médico vinculado por referenciamento, credenciamento ou associação à Operadora de Plano de Saúde, exceto por decisão motivada e justa, garantindo-se ao médico o direito de defesa e do contraditório no âmbito da operadora.

Parágrafo único. Aplica-se também esta vedação em relação a pessoas jurídicas compostas por no máximo dois sócios, sendo obrigatoriamente um deles médico, constituída com o objetivo de execução de atos médicos, e que não mantenham contratação de serviços médicos a serem prestados por terceiros.

[...]

Art. 4º - As Operadoras de Planos de Saúde devem obrigatoriamente comunicar os desligamentos de médicos aos seus usuários.

Da leitura desses dispositivos em cotejo com a Lei 3.268/1957, que dispõe sobre os conselhos de Medicina, não se verifica qualquer norma autorizando o CFM a disciplinar a forma como as operadoras de planos de saúde deverão proceder quando do desligamento dos médicos a elas vinculados.

Por outro lado, a Lei 9.961/2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, atribuiu-lhe competência para ‘fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestador de serviço às operadoras’ (art. 8º, IV).

Dessa forma, carece ao CFM de competência para atuar no âmbito das relações travadas entre médicos

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado).

e operadoras de planos de saúde, tendo em vista que tal atribuição fora expressamente conferida à ANS. Não possui assim, o Conselho Federal de Medicina competência administrativa para interferir nas relações existentes entre profissionais da saúde e operadoras de planos de saúde, já que esses poderes pertencem à Agência Nacional de Saúde Suplementar como têm reconhecido os tribunais:

PROCESSUAL CIVIL. CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DO MARANHÃO - CRO/MA. ATIVIDADE DE OPERADORA DE SAÚDE/ODONTOLOGIA COM SEDE EM OUTRA JURISDIÇÃO. INSCRIÇÃO. DESNECESSIDADE. ATIVIDADE REDULAMENTADA, NORMATIZADA, CONTROLADA E FISCALIZADA PELA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS.

1. De acordo com art. 1º, § 1º, da Lei 9.565/1998, a competência para fiscalizar o exercício das atividades das operadoras de saúde suplementar é da Agência Nacional de Saúde - ANS, não do Conselho Regional de Odontologia, a quem cabe o poder de fiscalizar o exercício da profissão dos odontologistas, a teor do art. 11, b, da Lei 4.324/1964.

2. A Resolução Normativa 85/2004 da ANS estabelece, entre outros, como requisitos para a autorização do funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, o registro das operadoras nos Conselhos Regionais de Medicina ou Odontologia onde essas empresas mantiverem sua sede.

3. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento." (AC 2005.37.00.000941-3/MA, Relatora DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO, OITAVA TURMA, 03/8/2012 e-DJF1 P. 966.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (AO) PARA SUSPENDER RESOLUÇÕES DO CRM/MA - TABELA DE HONORÁRIOS MÉDICOS - AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO MONOCRATICAMENTE - AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1- É dado ao Relator, quando o recurso está em sintonia com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, dar-lhe provimento de plano (art. 557, § 1ºA, do CPC), independentemente da oitiva da parte contrária, 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, da mesma forma quando se nega seguimento quando em desacordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores e até do próprio Tribunal. Quando o relator assim age não "usurpa" competência do colegiado, mas atua dentro do permissivo legal.

2- Muito embora a adoção de critérios objetivos na fixação da remuneração de serviços profissionais não fira, por si só, a livre concorrência ou impeça o exercício do trabalho, quiçá caracterize formação

de cartel, tem o STJ entendido que não pode o CRM impor sua tabela de honorários (CBHPM) aos "planos de saúde", por isso violaria a "liberdade contratual": "MANDADO DE SEGURANÇA. RESOLUÇÃO Nº 19/87, DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO RIO DE JANEIRO. O Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro tem competência para baixar resoluções a respeito da profissão de médico; não pode, todavia, a pretexto disso, legislar acerca das relações entre médicos e empresas que têm como objeto social a prestação ou a garantia de serviços médicos. Recurso especial conhecido e provido, em parte." (STJ, RESP 8490/RJ, rel. Min. Peçanha Martins, T2, maioria, DJ 27/09/1999, p. 68).

3- Se há precedente do STJ em sentido contrário ao mérito da matéria de fundo, não se pode divisar "verossimilhança" para fins do art. 273 do CPC.

4- Agravo interno não provido.

5- Peças liberadas pelo Relator em 18/10/2004 para publicação do acórdão." (AGTAG 2004.01.00.014168-2/MA, Rel. Des. Federal LUCIANO Tolentino Amaral, Sétima Turma, 12/11/2004, DJ, p. 172.)

TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. ASSOCIAÇÃO E SINDICATO REGULARMENTE CONSTITUÍDOS. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. REJEIÇÃO. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO N. 1.616/2001. DESLIGAMENTO DE MÉDICOS VINCULADOS A OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. REGULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. "O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que os sindicatos e associações, na qualidade de substitutos processuais, detêm legitimidade para atuar judicialmente na defesa dos interesses coletivos de toda a categoria que representam, sendo dispensável a relação nominal dos afiliados e suas respectivas autorizações." (AgRg no REsp 1.331.592/RJ, Relator Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, segunda Turma, DJe 10/12/2012.) 2. O Conselho Federal de Medicina é incompetente para interferir nas relações existentes entre médicos e operadoras de planos de saúde, já que essa competência é da Agência Nacional de Saúde Suplementar, razão pela qual não pode, por meio da Resolução 1.616/2001, condicionar o desligamento dos médicos vinculados a essas operadoras a "decisão motivada e justa, garantindo-se ao médico o direito de defesa e do contraditório no âmbito da operadora." (Art. 1º.) 3. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

(AC 0019854-63.2001.4.01.3400 / DF, rel. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo, 7ª Turma Suplementar, e-DJF1, p. 1.431, de 07/06/2013)

Assim, não se olvida a necessidade de estrita regulamentação e fiscalização das operadoras de planos de saúde, tendo em vista o papel que exercem perante a sociedade brasileira, porém à luz do princípio da le-

galidade, não detém o Conselho Federal de Medicina poderes para interferir na relação entre os médicos e as empresas operadoras dos planos de saúde.

Nesses termos, não conheço da apelação da Cassi e nego provimento à apelação e do Conselho Federal de Medicina e à remessa oficial.

Sem honorários advocatícios (STF – Súmula 512 e STJ - Súmula 105). Custa pela impetrada.

É o voto.

Segunda Turma Suplementar

Numeração única: 0019878-57.2002.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2002.34.00.019922-1/DF

Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado)
 Apelante: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Apelada: Pharmácia Brasil Ltda.
 Advogados: Dr. Custódio da Piedade U. Miranda e outro
 Dra. Maria Eugenia Del Nero Poletti
 Dr. José Inácio Gonzaga Franceschini
 Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara/DF
 Publicação: e-DJF1 de 26/06/2013, p. 359

Ementa

Administrativo. Determinação do Ministério da Justiça para o alerta aos consumidores sobre a periculosidade de determinados lotes de medicamento, sob pena de multa. Recall anunciado apenas pela imprensa. Razoabilidade, em face das informações prestadas pela Anvisa. Sentença que se mantém incólume porque a incusão de outras formas de divulgação daquele cuidado, decorridos mais de uma década da sentença, além da acarretar maus tratos ao princípio da razoabilidade, no viés da adequação/necessidade, teria o condão de confundir os atuais consumidores do fármaco. Apelação e reexame necessário não providos.

I. Realizado, por meio de divulgação na imprensa, o recall determinado pelo Ministério da Justiça para alertar os consumidores sobre a periculosidade de determinados lotes de medicamento, não é razoável (adequada/necessária) a inclusão de outras formas de divulgação, no caso, televisão e rádio, decorridos mais de uma década da sentença, sob pena de confundir os atuais consumidores do fármaco.

II. A opção da impetrante pela forma impressa de alerta aos consumidores, na hipótese, ancorou-se em manifestação da Anvisa, no sentido de que “as reações possíveis de ocorrer apresentariam baixa mortalidade, necessitando algumas de atenção médica, outras não”.

III. Apelação e reexame necessário não providos. Sentença mantida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, conhecer da apelação e do reexame necessário, porém negar-lhes provimento.

2ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 18/06/2013.

Juiz Federal *Marcelo Dolzany da Costa*, relator convocado.

Relatório

O Exmo Sr. Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa:
— Trata-se de apelação e de reexame necessário de sentença que, proferida em mandado de segurança impetrado por Pharmácia Brasil Ltda. para impugnar ato atribuído ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, concedeu a segurança para tornar sem efeito a determinação cautelar impingida à impetrante de alertar os consumidores sobre a periculosidade das unidades do medicamento Provera 2,5mg constantes em lotes V5940 e V5941, sob pena de multa diária (fls. 273–282).

A União apela da sentença, com o fundamento de que o ato vergastado nestes autos tinha por desiderato dar efetividade à lei, mais precisamente o art. 10, § 2º, da Lei 8.078/1990, e § 2º do art. 3º da Portaria 798 de 24/08/2001, e que a própria impetrante teria reconhecido a necessidade de promover o chamamento de seus consumidores, em função de alguns lotes do mencionado fármaco, por ela comercializado, apresentarem em seu interior cartelas contendo comprimidos com dosagem de 10mg, diferentemente do declarado na embalagem externa, que indica 2,5mg. Acrescenta, ainda, que por conta da sentença ora recorrida, as mensagens foram veiculadas de forma incompleta, pois o consumidor não foi advertido dos riscos que a superdosagem poderia causar para a saúde, e, ainda, que a multa imposta na guerreada medida cautelar seria legal e necessária, aplicação maior do comando contido no art. 45 da Lei 9.784/1999, no viés de providência acauteladora, e permitido pelo art. 56 do CDC (fls. 294–300).

Contrarrazões às fls. 305–312.

Parecer do Ministério Público Federal nesta instância pelo provimento do recurso (fls. 316–320).

Manifestação da impetrante-apelada às fls. 327–348, com a juntada de parecer elaborado a fim de “*analisar as possíveis reações decorrentes da hipotética ingestão de superdosagem do medicamento Provera*”.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa:
— Sem razão a apelante União.

Verifico que o juízo *a quo* concedeu a segurança pleiteada pela impetrante-apelada para desobrigá-la

do cumprimento da determinação cautelar de alertar os consumidores sobre a periculosidade das unidades do medicamento Provera 2,5mg constantes dos lotes V5940 e V5941, sob pena de multa diária.

Entendeu aquele juízo que a impetrante-apelada já havia efetuado o *recall* de que trata a Portaria 789, de 24/08/2001, do Ministério da Justiça, nos jornais de grande circulação nas capitais dos Estados, atendendo, assim, a finalidade da norma, inócua, desta forma, necessidade de chamamento cumulativo por meio da imprensa, rádio e televisão. Além disso, o fármaco teria indicação terapêutica, sendo efetivamente comercializado mediante prescrição médica, o que inviabiliza sua pronta aquisição por indicação de pessoa conhecida ou mesmo por funcionário de drogaria.

Com efeito, se é certo que o magistrado não pode deixar o mundo dos fatos para ancorar-se, apenas, no mundo das ideias, com argumentação de que

[...] qualquer pessoa de conhecimento médico e com isenção é capaz de excluir um medicamento com a finalidade terapêutica do Provera do rol daqueles que usualmente são estocados em residência pelo consumidor prevenido, [e que] o consumidor que adquiriu o medicamento Provera dos lotes V5490 e V5491, antes de ele ter sido retirado do mercado, por certo, não está com o medicamento estocado, pois dele, na ordem natural das coisas, já fez uso segundo a prescrição médica,

também é correto afirmar que a própria Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa [a quem cabe regulamentar a produção, dispensação e comercialização de medicamentos] esclareceu, na espécie, que as reações possíveis de ocorrer apresentariam baixa mortalidade, necessitando algumas de atenção médica, outras não.

Como bem salientado pelo juízo *a quo*, na hipótese de reações à superdosagem do produto em comento, deveria ser observada sua real extensão, ou seja, se a consequência seria ou não provável.

O feito, entretanto, contém peculiaridade que impede a modificação do julgado recorrido, para, assim, incluir entre as formas de chamamento objurgadas pela apelante, quais sejam, rádio e televisão, o que, lado outro, não representa negativa de acolhimento ao comando contido no § 2º do art. 10 da Lei 8.078/1990 (CDC).

Em primeiro lugar, não se pode olvidar que os vergastados lotes de medicamento já foram retirados do mercado, e que isso se deu em data anterior à prolação da sentença recorrida.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira e o Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado).

Em segundo lugar, a sentença, somente agora analisada em sede recursal, foi proferida em 21 de outubro de 2012, e, assim, sua possível reforma não acarretaria resultado prático algum, além de acarretar maus tratos ao princípio da razoabilidade, analisado sob a ótica do binômio adequação/necessidade, além

de, certamente, confundir os atuais consumidores do citado fármaco.

Direito é, sobretudo, razoabilidade.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e do reexame necessário, porém nego-lhes provimento.

É como voto.

Segunda Turma Suplementar

Numeração única: 0006159-83.1999.4.01.3700

Apelação Cível 1999.37.00.006241-9/MA

Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado)
 Apelante: Construtora Antares Ltda.
 Advogados: Dr. Meton César de Vasconcelos e outro
 Apelante: Caixa Econômica Federal – CEF
 Advogados: Dr. Rogério Alves Dias e outros
 Apelante: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Apelados: os mesmos
 Publicação: e-DJF1 de 25/07/2013, p. 360

Ementa

Civil. Contrato de empréstimo por instrumento particular com obrigações e hipoteca referente ao Plano Empresário Popular (PEP), para construção de empreendimento residencial denominado Residencial Saramanta, na cidade de São Luís do Maranhão. Não repasse, na forma avençada, de recursos do FGTS à construtora. Responsabilidade da instituição financeira. Contingenciamento de recursos imposto pelo Conselho Curador do FGTS, todavia não ressalvado na avença firmada com o particular. Precedentes dos TRFs. Prejuízos experimentados pela parte contrária comprovados por intermédio de perícia contábil realizada nos autos, cujas conclusões foram adotadas pelo juízo a quo como razões de decidir. Recursos de apelação não providos. Sentença mantida.

I. Cabe à Caixa Econômica Federal, instituição financeira operadora e gestora de recursos públicos provenientes de fundos governamentais destinados ao fomento de atividades sociais, o dever de diligenciar no sentido de garantir a existência de crédito para os financiamentos contratados sem ressalvas. Precedentes dos TRFs.

II. Eventual contingenciamento de recursos realizado pelo Conselho Curador do FGTS, quando não previstos na avença firmada com o particular, não tem o condão de acarretar consequências nefastas a terceiros. Comprovado o dano, bem como nexo de causalidade entre o alegado prejuízo e a inexecução culposa, resulta o dever de indenizar.

III. Ausente convenção a condicionar explicitamente o repasse das parcelas decorrentes do empréstimo com recursos do FGTS, não há como prevalecer o argumento de que a avença possa ser quebrada por ato de terceiro, hipótese efetiva de culpa, e bastante para afastar o argumento de inexecução involuntária.

IV. Do reconhecimento judicial de que a CEF não cumpriu o pactuado, passando a liberar os recursos prometidos com atraso e em quantia inferior ao estabelecido no contrato de financiamento relativo ao Plano Empresário Popular, resulta que as atividades da construtora restaram comprometidas, tanto pelo atraso na conclusão da obra, como pela impossibilidade de comercializar as unidades construídas no conjunto residencial.

V. Se é correto que a CEF não seja a detentora dos recursos do FGTS, também é certo não se poder olvidar que, na condição de instituição financeira que é, ao celebrar contratos envolvendo esses recursos que não são próprios,

deveria acautelar-se, explicitando no contrato que os repasses ficariam condicionados ao poder discricionário do citado conselho curador.

VI. Comprovada a culpa da CEF no episódio bem assim os prejuízos experimentados pela parte contrária, por meio de perícia contábil utilizada pelo juízo *a quo* como razões de decidir.

VII. Apelações não providas. Sentença mantida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento às apelações da Caixa Econômica Federal, da Construtora Antares e da União.

2ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 16/07/2013.

Juiz Federal *Marcelo Dolzany da Costa*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa:

— Trata-se de apelação para impugnar sentença datada de 30 de março de 2005, proferida na ação ordinária ajuizada por Construtora Antares Ltda., José Joaquim de Almeida Neto, Lídice Gadelha de Almeida, Cláudio Antônio Lobo Ponte, Nadja Gadelha Ponte, José Pergentino Magalhães Pinheiro e Maria Ângela Simões Hadade contra a Caixa Econômica Federal. A decisão acolheu parcialmente os pedidos para declarar (1) rescindido o contrato celebrado entre a primeira autora e a ré, com a consequente (2) exoneração das respectivas obrigações, inclusive a guarda e a conservação das unidades residenciais remanescentes, ficando (3) extinta a fiança celebrada entre os demais autores e a ré (fls. 729–749).

Apelação da CEF (ré):

Apelação da CEF às fls. 753–799, sob o fundamento, entre outros, de que a autora, empresa estabelecida no ramo da construção civil, exercendo esse objeto social há muitos anos, com atuação junto a vários agentes do Sistema Financeiro da Habitação, ao contratar empreendimento com recursos do FGTS, sabia que o desembolso do cronograma de obras estaria sujeito ao repasse de verbas do FGTS para a CEF. Também sustenta que a CEF não poderia aportar recursos próprios, ante a singularidade do tipo de contratação. Argumenta, também, ser responsável, apenas, pelo repasse de recursos oriundos do FGTS, e que a sentença distanciou-se da prova contida nos autos, uma vez que os autores não teriam cumprido suas obrigações de pagar o saldo devedor. Sobre a guarda e conservação das unidades habitacionais, entende que a responsabilidade, no caso, seria da parte autora, da qual ela, a despeito da sentença apelada, não poderia ter sido desonerada, mormente porque a

consequência pela inexecução, culposa ou voluntária, dos contratos se resolveria apenas por perdas e danos.

Assevera, ainda, que os fiadores não poderiam ter sido desonerados da fiança prestada, porque principais pagadores da dívida inadimplida, fruto de recursos do FGTS. Quanto às perdas e danos, a condenação seria indevida porque o episódio relatado nos autos resultou de força maior, além do que os autores não teriam comprovado os prejuízos alegados na petição inicial, e que sobre aquelas deveriam ser abatidos os montantes relativos à participação da CEF em 10% sobre o valor do empreendimento (R\$ 214.628,40). Além disso, não poderia a parte autora ter incluído dentre os prejuízos alegados valor relativo ao IPTU, de incumbência tão somente dela.

Apelação de Construtora Antares Ltda. (autora):

A Construtora Antares também apela da sentença (fls. 803–809) para que majorados os danos reconhecidos na sentença, a fim de açambarcar, também, (1) o custo improdutivo mensal dos equipamentos mantidos na obra durante sua paralisação, (2) valor da participação do agente promotor de vendas das 25 unidades habitacionais pela sua não comercialização, e (3) ressarcimento do valor das unidades habitacionais remanescentes não comercializadas em face da agravação dos custos, e para que revista a sucumbência recíproca afirmada na sentença apelada.

Apelação da União (ré):

A União também apela da sentença às fls. 812–821 com argumentação no sentido de que a CEF não poderia ser considerada responsável por eventuais atrasos na liberação das parcelas contratuais feitas com repasse de recursos do FGTS, importando a hipótese em inexecução involuntária. Pela manutenção do contrato e responsabilização da parte autora pelas respectivas obrigações.

Contrarrrazões da Construtora Antares às fls. 823–836, da CEF às fls. 837–845, e da União às fls. 847–852.

É o relatório.

Voto*

O Exmo Sr. Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa:
— Sem razão as apelantes.

Verifico que o juízo *a quo* adotou como razões de decidir na sentença apelada o seguinte:

No caso vertente, a Construtora Antares Ltda, e os demais autores, estes na condição de intervenientes fiadores, celebraram com a Caixa Econômica Federal, no dia 8 de agosto de 1991, contrato de empréstimo por instrumento particular com obrigações e hipoteca referente ao Plano Empresário Popular, tendo por objetivo o financiamento da produção de 160 (cento e sessenta) unidades habitacionais, integrantes do empreendimento denominado Residencial Saramanta, na cidade de São Luís.

Segundo a cláusula primeira do referido contrato, a ré, sob aos auspícios da Resolução 3, de 23 de maio de 1991, do Conselho Curador do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, concederia ao devedor um empréstimo de Cr\$1.096.375.152,99 (um bilhão, noventa e seis milhões, trezentos e setenta e cinco mil, cento e cinquenta e dois cruzeiros e noventa e nove centavos) com recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, sendo estimado o investimento de Cr\$1.218.194.602,14 (um bilhão, duzentos e dezoito milhões, cento e noventa e quatro mil, seiscentos e dois cruzeiros e catorze centavos), sendo que Cr\$121.819.449,15 (cento e vinte e um milhões, oitocentos e dezenove mil, quatrocentos e quarenta e nove cruzeiros e quinze centavos) seriam relativos à participação do devedor, com recursos próprios; o prazo de carência do empréstimo seria de 17 (dezesete) meses, contados a partir do mês previsto no cronograma de desembolso, fixado na cláusula terceira, para o primeiro desembolso, a terminar em 8 de janeiro de 1993 (cláusula primeira, parágrafo segundo, e cláusula segunda, respectivamente; fls. 36).

Cuidando especificamente do desembolso do empréstimo que fora contratado, a cláusula terceira reportou-se ao anexo I, que passou a integrar o contrato, fixando o cronograma de desembolso em catorze parcelas mensais: início – mês 9/91; término – mês 10/92.

Sucedo, todavia, que a partir do mês de março/92 a ré deixou de promover os repasses pactuados, sob o fundamento de ter sido iniciado

“o contingenciamento de recursos”, ou seja, “a Caixa se viu impossibilitada de cumprir integralmente o contratado por circunstâncias alheias à sua vontade”, que seriam, ainda à luz da contestação oferecida pela ré, “totalmente imprevisíveis e inevitáveis, as quais não concorreu para dar causa”.

E mais: “É que a Caixa não recebeu as liberações de recursos por omissão do Conselho Curador do FGTS, responsável por tais liberações, não podendo repassá-las à autora, como contratado” (fls. 106).

Assim, os fatos articulados pelos autores, no que diz ao inadimplemento da obrigação do desembolso, porque confessados pela ré, não dependem de prova. Inteligência do CPC 334 II.

Nesse ponto, todavia, instaura-se uma controvérsia relevante, que precisa ser enfrentada desde logo, qual seja, saber se o cumprimento da obrigação do desembolso ficara condicionado às liberações do Conselho Curador do FGTS, de sorte que, não sendo as mesmas realizadas regularmente, a Caixa Econômica Federal desobrigar-se-ia do cumprimento do cronograma de desembolso, ou se, ao revés, o cumprimento dessa obrigação independia de pronunciamento prévio do Conselho Curador do FGTS.

Em resposta a essa indagação, tenho que, por ausência de convenção que condicionasse explicitamente o repasse das parcelas decorrentes do empréstimo que fora contratado ao alvedrio do Conselho Curador do FGTS, ficara a Caixa Econômica Federal investida com exclusividade do ônus de promover o desembolso, seguindo o cronograma que aprovara juntamente com os autores (cláusula terceira, fls. 37).

Ou seja, os autores, ao celebrarem contrato de empréstimo com a ré, obtiveram desta o compromisso de seguir o cronograma de desembolso que fora elaborado sob o signo do consensualismo, impondo-se-lhe, em obséquio aos princípios da probidade e da boa-fé, seu integral cumprimento.

Assim, o cronograma de desembolso, que previa o último repasse para o mês de outubro de 1992, restou drasticamente mutilado por culpa exclusiva da Caixa Econômica Federal, sendo elucidativas, porque lançadas pela própria ré, as seguintes considerações:

[...]

Sob esse enfoque, não tendo havido o cumprimento da obrigação que fora pactuada, vale dizer, em tempo e modo próprios, instaurou-se o fenômeno da inexecução da obrigação, através do qual o devedor responderá por perdas e danos (NCC 389; CC/1916 1.056).

Ora, como se observa, a CEF ré, por conta de alegado contingenciamento de recursos do FGTS, pretende transferir para o particular as consequências de seu inadimplemento contratual, uma vez que, como acima transcrito, inexistia na avença firmada

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira e o Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado).

pelas partes qualquer convenção que condicionasse explicitamente o repasse das parcelas decorrentes do empréstimo à autorização do Conselho Curador do FGTS. Restaria à CEF, desta forma, investida com exclusividade do ônus de promover seu desembolso, obedecer o cronograma que aprovara juntamente com os autores.

Embora seja certo que a CEF não seja detentora dos recursos do FGTS, como bem salientado na sentença apelada, não se pode olvidar que, na condição de instituição financeira que é, ao celebrar contratos envolvendo esses recursos, devia ter presente sua efetiva garantia, é dizer, existência prévia de recursos, o que deveria ser dado pelo Conselho Curador do FGTS (gestor do dinheiro a ser emprestado). Se tal garantia não pudesse ser dada, caberia explicitar ou ressaltar no contrato que os repasses respectivos ficariam condicionados ao poder discricionário daquele Conselho Curador.

Nesse sentido trafega a jurisprudência:

1. Na qualidade de gestora de recursos públicos provenientes de fundos governamentais destinados ao fomento de atividades sociais, é dever da instituição financeira operadora diligenciar no sentido de pelo menos garantir a existência de crédito para os financiamentos contratados, não podendo se furar à obrigação de indenizar quando ocorrer danos decorrentes do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado com o particular, sob o fundamento de que não há mais recursos. (TRF1, AC 2004.01.00.011363-5, Juiz Federal Moacir Ferreira Ramos, Convocado, DJ de 04/06/2007, p. 95)

I - Uma vez comprovado, nos presentes autos, a ocorrência de atrasos na liberação das prestações pela CEF a partir do 3º (terceiro) mês de vigência do contrato em debate, bem como, por outro lado, constatado que o atraso na obra apenas teve início no 5º (quinto) mês de vigência do contrato, é possível afirmar que este logicamente decorreu do primeiro fato, sendo notória a responsabilidade da empresa pública pela demora na conclusão do empreendimento. II - Impõe-se o reconhecimento de prejuízo sofrido pela Construtora inerente adoção, pela CEF, de critérios diferenciados de correção monetária (mensal para a liberação dos recursos do financiamento e diária para a apuração do saldo devedor), sistemática esta que se revela em desacordo com o princípio da boa-fé e implica em desequilíbrio contratual. (TRF2, AC 1999.51.03.007012-5, Sérgio Schwaitzer, e-DJF2 de 31/10/2012)

IV - Nos termos do disposto nos artigos 4º e 7º da Lei 8.036/90, cabe à Caixa Econômica Federal a responsabilidade exclusiva sobre a aplicação dos recursos oriundos do FGTS, com o repasse de verbas deles decorrentes, por intermédio de contrato de mútuo firmado com Construtoras, bem como a fiscalização

da execução da obra contratada, assumindo as obrigações dele decorrentes. Precedentes: STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 160.621/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, julgado em 15/10/2009, DJe 06/11/2009; 4ª Turma, REsp 645.175/CE, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 19.04.2005, DJe 23.05.2005; e TRF 3ª Região, Ag 96.03.071181-6, 5ª Turma, Rel. Des. Federal RAMZA TARTUCE, j. 03.03.1997, DJ 08.04.1997. (TRF3, AC 10080747519984036111, Cecília Mello, e-DJF3 de 17/12/2010)

3. Hipótese que não afasta o direito de ação regressiva, por tratar-se de indenização de prejuízos enquadrável no ramo das garantias impróprias, previstas no ART-70, INC-3, do CPC-73. 4. Comprovado o dano, bem como o nexo de causalidade entre o alegado prejuízo e a inexecução culposa por parte do devedor, em decorrência de contratação além dos limites orçamentários, resulta o dever de indenizar. 5. Do reconhecimento judicial de que a CEF não cumpriu o pactuado, passando a liberar os recursos prometidos com atraso e em quantia inferior ao estabelecido no contrato de financiamento relativo ao Plano Empresário Popular, resulta que as atividades da autora restaram comprometidas, tanto pelo atraso na conclusão da obra, como pela impossibilidade de comercializar as unidades construídas no conjunto residencial. (TRF4, AC 9504610218, Sílvia Maria Gonçalves Goraieb, DJ de 29/10/1997, p. 91.219)

Assim, não socorre a CEF o argumento de que não poderia aportar recursos próprios, ante a singularidade do tipo de contratação e porque contratado o empreendimento com recursos do FGTS.

Por outro lado, a despeito do alegado pela CEF, é justamente o fato de ter tratado com empresa estabelecida no ramo da construção civil, exploradora desse objeto social há muitos anos, com atuação junto a vários agentes do Sistema Financeiro da Habitação, é que deveria ter adotado maiores cuidados. A uma, porque essas construtoras se prestam a levar adiante política social cujas atuais bandeiras a referida instituição ostenta, entre elas “Minha Casa, Minha Vida” e “A Vida Pede Mais que um Banco”. A duas, porque não pode impor ao particular que com ela contrata as consequências de política de contingenciamento não prevista na avença assinada pelas partes, não ocorrente, no caso, motivo de força maior ou, ainda, o fenômeno do *fato do príncipe* dado o fato que a CEF se rege pelos ditames do Direito privado.

Não há que se falar, no episódio de que tratam estes autos, de inexecução involuntária, mas sim de efetiva culpa da CEF, que, ressaltado, deve se voltar, em caráter regressivo, se for o caso, contra o Conselho Curador do FGTS.

Quanto à falta de comprovação dos prejuízos experimentados pelos autores, estes decorrem

diretamente do descumprimento contratual por parte da CEF e podem ser apurados em execução de sentença.

O juízo *a quo*, neste ponto, assim decidiu:

Por consequência, a controvérsia mais relevante para o desate o processo ficará circunscrita à dimensão das perdas e danos a serem suportados pela ré, impondo-se, por consequência, a aferição dos prejuízos efetivamente suportados pelos autores em face da inexecução da obra.

[...]

Sob essa perspectiva, e dada a complexidade dos pedidos formulados, o exame do laudo produzido pelo perito mostra-se indispensável.

Assim, no que diz respeito aos juros excedentes (item I), a perícia contábil, a par de confirmar sua ocorrência, apresenta o valor R\$947.741,37 (quesito 3, fl. 400).

Estes juros excedentes, que não restaram infirmados pela ré, têm por referência a ocorrência de inadimplência por parte da Caixa Econômica Federal, que não promoveu as liberações das parcelas do financiamento nos limites do cronograma de desembolso, ampliando, assim, conforme o detalhamento de fl. 75, os juros previstos na planilha do contrato.

[...]

Fixada sua participação em 10% sobre o valor do empreendimento (cláusula primeira, parágrafo segundo, fls. 36, item III), a primeira autora, como meio de compor o caixa do empreendimento, ante os sucessivos atrasos nos repasses das parcelas do financiamento, efetuou gastos que acabaram por repercutir naquele percentual, ultrapassando-o; a perícia identificou essas perdas, atualizando-as até o dia 1º de agosto de 2002, como sendo no valor de R\$214.628,40 (quesito 9, fl. 401). (fls. 742–743)

Assim, caem por terra mais dois argumentos suscitados pela CEF, quais sejam, de incorreção no cômputo dos juros excedentes, porque, como acima salientado, estes não restaram informados pela CEF a tempo e modo, e que se deveria abater nas perdas e danos os valores relativos à sua participação de 10% (dez por cento) no empreendimento, este último porque, consoante apuração do *expert*, os autores compuseram o caixa daquele empreendimento com dinheiro próprio.

Por sua vez, os danos relativos à desmobilização da obra (pagamento de avisos prévios e outras obrigações sociais), correspondentes a R\$ 36.990,68; novas despesas (recrutamento de novos empregados) no valor de R\$ 8.749,86; encargos sociais e folha de pagamento no valor de R\$ 598.526,11, todos mencionados no “Eslarecimento da Perita” às fls. 674, que se deu

em audiência, em que presente a ré, quedou-se inerte no ponto, somente voltando a suscitá-los em sede de memoriais. Idêntico raciocínio se impõe no tocante ao lucro da construtora autora, previsto contratualmente em 8% (oito por cento), olvidado por conta da não comercialização de 25 unidades do empreendimento, correspondentes a R\$ 84.946,66.

Quanto ao aumento da taxa de administração prevista no contrato, ela é derivação lógica da inadimplência da CEF, reconhecida pelo perito a paralisação da obra pelo período de 42 (quarenta e dois) meses, apurada no valor de R\$ 1.019.359,90 (um milhão, dezenove mil, trezentos e cinquenta e nove reais e noventa centavos), não contestado, em seu valor numérico, pela CEF a tempo e modo.

De responsabilidade também da CEF, fruto de sua conduta culposa no episódio, os gastos com a manutenção e conservação das unidades habitacionais após a conclusão da obra, é dizer, a partir de abril de 1996, consoante previsão contida na cláusula vigésima segunda da avença, na ordem de R\$ 25.456,90, nestes incluídos, ainda, os relativos ao IPTU dos citados imóveis, sob pena de onerar-se os autores, que, ressalto, não deram causa à inadimplência contratual.

Sobre a liberação dos demais autores apelantes fiadores, este fato é decorrência lógica da inadimplência causada pela ré.

Cai também por terra os argumentos suscitados pela apelante Construtora Antares, relativos, entre outros, ao custo improdutivo mensal dos equipamentos mantidos na obra durante sua paralisação e à devolução da participação do agente promotor de vendas das unidades habitacionais.

Explico:

Como bem pontuado pelo juízo *a quo*, a construtora apelante não forneceu a descrição dos equipamentos — próprios ou alugados, vida útil, estado de conservação etc. (quesito 10, fl. 402). Os citados equipamentos, enquanto paralisada a obra — não há comprovação de que a obra em comento fosse a única capitaneada pela construtora àquela época — poderiam ser perfeitamente alocados para outros empreendimentos, ou mesmo locados, evitando, assim, sua permanência ociosa no canteiro de obras.

Falece também razão à construtora apelante em pleitear devolução da participação do agente promotor de vendas das unidades habitacionais porque não comercializadas. Encampando as razões deduzidas pelo juízo *a quo*, verifico que nem a parte autora, nem ela como ré, exibiram quaisquer documentos que pudessem comprovar a efetiva comercialização dessas

unidades, inexistindo, também, documentos que tratem de sua devolução para a CEF.

Igual raciocínio também se aplica à perda do lucro previsto, de 8% (oito por cento) do valor do contrato por não ter comercializado 25 unidades do empreendimento.

No que se refere ao ressarcimento do valor das unidades habitacionais remanescentes, ou seja, não comercializadas, o pleito da construtora apelante também não pode ser acolhido. Como já adiantado, não há comprovação nos autos de que tais unidades residenciais tenham sido devolvidas à CEF.

Quanto à majoração da sucumbência, é fato de que neste feito ambas as partes sucumbiram em parte de suas pretensões, não sendo razoável, nem exigível, que, na espécie, se coloque em números tal perda, que

pode ser aferida, não pelo seu valor monetário, mas sim pela quantidade e extensão dos pedidos formulados pelas partes.

Por fim, quanto ao apelo da União, seus fundamentos restam prejudicados por conta da fundamentação acima expendida, forte no sentido de ser a CEF responsável pela inadimplência de que trata esta lide, não ocorrente, assim, sustentação para a tese de inexecução involuntária.

Ante o exposto, conheço dos recursos de apelação da Caixa Econômica Federal, da Construtora Antares e outros, e da União, todavia nego-lhes provimento.

É como voto.

Terceira Turma Suplementar

Numeração única: 0001441.25.1998.4.01.3200

Apelação/Reexame Necessário 1998.32.00.001441-0/AM

Relator: Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado)
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Apelado: Estado do Amazonas
Procuradora: Dra. Onilda Abreu da Silva
Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara/AM
Publicação: e-DJF1 de 06/06/2013, p. 149

Ementa

Tributário. Embargos à execução fiscal. Contribuição previdenciária. Decadência de parte do pedido. Cargos temporários. Vinculação a regime próprio estadual. Recolhimento compulsório para o regime de previdência estadual período anterior ao advento da EC 20/1998.

I. Verifica-se que as competências em litígio são de 1/1986 a 12/1995.

II. *Decadência:* Sob a égide da Constituição de 1964, com a reforma de 1969, eram as contribuições previdenciárias consideradas tributos, e, como tais, sujeitavam-se às normas traçadas pelo Código Tributário Nacional, inclusive quanto à extinção pela decadência ou prescrição (cinco anos, arts. 173 e 174). Com a Emenda Constitucional 8/1977, consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, deixaram a natureza tributária e passaram a ser regidas por leis próprias, sendo que o prazo prescricional, fixado pela Lei 3.807/1960, no art. 144, era trintenário. A partir do advento da Constituição de 1988, voltaram a integrar a categoria dos tributos, porém, lei ordinária, a Lei 8.212/1991 (arts. 45 e 46), estipulou em dez anos o prazo para sua constituição definitiva e também para sua cobrança. Posteriormente, foi editada a Súmula Vinculante 8 do STF, dispondo que são inconstitucionais os arts. 45 e 46 da Lei 8.212/1991, que tratam da prescrição e decadência de crédito tributário. Com isso, o prazo decadencial voltou a ser o de cinco anos.

III. Com relação à última mudança narrada, na prática, a redução do prazo de prescrição, ou mais tecnicamente, da decadência, de dez para cinco anos, estabelecido em função da natureza jurídica da contribuição previdenciária

que foi dada pela Constituição de 1988 — elencando-a, friso, como tributo —, segundo jurisprudência do STF (entendimento esposado na Súmula 445), aplica-se a partir da entrada em vigor da Constituição, sem considerar o lapso de tempo decorrido sob a égide da lei revogada.

IV. No julgamento do REsp 200502124762, cujo relator foi o Min. Gilson Dipp, da 5ª Turma, publicado no DJ de 11/09/2006, p. 342, o Superior Tribunal de Justiça deixou assentado o prazo quinquenal para decadência e prescrição para as contribuições previdenciárias antes e depois da EC 8 de 1977, passando a ser trintenário com a Lei 6.830/1980.

V. “[...] o Superior Tribunal de Justiça já consolidou o posicionamento no sentido de que o prazo para a constituição do crédito tributário é de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, a teor do art. 173, I, do Código Tributário Nacional. [...]. XII - Ademais, é relevante acrescentar que esta Corte já decidiu que, mesmo após a vigência da EC 8, de 14/04/1977 até o advento da Lei 6.830, de 24/12/1980, foi mantido o prazo decadencial de cinco anos para exigir o pagamento de contribuições previdenciárias com fato gerador ocorrido neste interregno. XIII - A explicação deriva da adoção do princípio da continuidade das leis, porque somente com a Lei 6.830/1980 voltou a ser trintenário o prazo prescricional, nos termos de seu art. 2º, § 9º, não tendo havido alteração no lapso decadencial que, antes ou depois da EC 8/1977, sempre foi de cinco anos [...]” (Idem).

VI. Como registrado acima, trata-se de contribuições do período de 1/1986 a 12/1995, cujo lançamento foi efetuado em 1º/01/1996. Portanto, na esteira do entendimento jurisprudencial transcrito, ora adotado, persiste o direito de constituição somente dos períodos posteriores a 1/1991, já que a contagem do prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Configurou-se a decadência dos períodos de 1/1986 a 12/1990.

VII. Mérito propriamente dito: “Até a promulgação da EC 20/1998, o servidor ocupante de emprego público podia estar ligado, alternativamente, a sistema próprio de previdência social ou a regime geral. A partir desta emenda constitucional, passou a ser, obrigatoriamente, vinculado ao Regime Geral da Previdência Social.” (TRF4, 1ª Turma, AMS 199971000155019, rel. Juiz Amir José Finocchiaro Sarti, DJU 17/01/2001, p. 61).

VIII. “2. Por força do art. 13, da Lei 8.212/1991, o servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), desde que amparados por regime próprio de previdência. Por outro lado, com o advento da Emenda Constitucional 20/1998, foi acrescido o § 13, ao art. 40, da CF/1988, que impôs ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão (declarado em lei de livre nomeação e exoneração), bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, a vinculação obrigatória ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS). [...]” 4. Na hipótese dos presentes autos, os servidores temporários, empregados públicos e ocupantes de cargo em comissão já eram vinculados e recolhiam contribuição a regime previdenciário próprio do Município, antes da Emenda Constitucional 20/1998. Logo, tem-se por ilegítima a exação cobrada até então, nos termos do § 13, art. 40, da CF/1988 (acrescido pela EC 20/1998), c/c o art. 1º e incisos da Lei 9.717/1998 e respectivos instrumentos normativos de caráter regulamentar. 5. Precedentes desta Corte Regional: AMS 1999.38.03.004219-2/MG, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1, p. 387, de 09/10/2009; AMS 0031780-02.2005.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Catão Alves, Sétima Turma, e-DJF1 p. 156 de 05/11/2010; AC 0014839-06.2007.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1, p. 675, de 30/09/2011.” (AC 199738000597985 - rel. Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga - TRF1 - 6ª Turma Suplementar - e-DJF1, de 21/03/2012, p. 43.)

IX. O art. 13 da Lei 8.212/1991, com fundamento na redação original do § 2º do art. 40 da CF/1988, conceituou que regime próprio de previdência é aquele que assegura, no mínimo, os benefícios de aposentadoria e pensão previstos no art. 40 da Constituição Federal.

X. No caso em tela, restaram cumpridos os requisitos concernentes ao regime próprio, no período posterior à Lei estadual 1.762, de 14 de novembro de 1986, ou seja, de 1/1990 a 12/1994. É que, ao tratar os servidores admitidos em caráter temporário, a Lei estadual 1.674, de 10/12/1984, assim dispôs: Art. 21 – Os servidores regidos por esta e serão contribuintes obrigatórios do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Amazonas – Ipasea, nas mesmas bases e condições a que estão sujeitos os funcionários civis do Estado, fazendo jus a idênticos benefícios a estes concedidos através da legislação previdenciária do Estado.

XI. Nessa esteira, de olho na Lei estadual 1.543, de 16 de agosto de 1982, que estabelece normas sobre a previdência social estadual, vê-se que ela traz a previsão de cobertura somente de pensão no seu art. 22, II, letra

a, porém o parágrafo único do mesmo artigo remete ao Estatuto dos Funcionários Civis do Estado do Amazonas, nos seguintes termos: Os servidores do Ipasea, além dos benefícios e serviços previstos nesta lei, terão direito à aposentadoria na forma do Estatuto dos Funcionários Civis do Amazonas.

XII. Referido estatuto, que é a Lei 1.762, de 14 de novembro de 1986, no seu art. 131, itens I, II e III, previa o benefício de aposentadoria compulsória, voluntária e a aposentadoria por invalidez, atendidos, portanto, os pressupostos para o regime próprio.

XIII. Negado provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, reconhecida a decadência quinquenal ao período de 1/1986 a 12/1990 e a inexistência de contribuições previdenciárias relativas ao período de 1/1991 a 12/1995.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial e à apelação do INSS.

3ª 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 reexame necessário e apelação do Instituto Nacional do Seguro Social em face de sentença do Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Amazonas de fls. 324–330, que, nos autos dos embargos à execução fiscal, julgou procedente o pedido do Estado do Amazonas, considerando indevido o pagamento.

A execução fiscal visa à cobrança de contribuições previdenciárias que seriam devidas pela remuneração paga a trabalhadores admitidos em regime especial por ausência de regime próprio.

Na apelação de fls. 333–345, o INSS sustentou a inexistência de regime próprio de previdência, requerendo seja reconhecida a legalidade e legitimidade da cobrança efetuada.

Contrarrazões do Estado do Amazonas às fls. 357–364.

O Estado do Amazonas peticionou às fls. 371–378, demonstrando o julgado da Secretaria da Receita Federal do Brasil que considerou improcedente a constituição da notificação fiscal de lançamento de débito, afirmando que no Processo Administrativo 35011.000089/2006-63, que tratava de lançamento de débito relativo à mesma hipótese de incidência da contribuição previdenciária ora discutida, foi julgado improcedente o lançamento da referida contribuição em relação aos servidores temporários, nos exercícios anteriores à vigência da Medida Provisória 1.723, de 29 de outubro de 1998, submetidos ao Regime Próprio de Previdência–RPPS, conforme a Lei 1.674/1984.

O Estado do Amazonas peticionou às fls. 380–381, noticiando o advento da Súmula Vinculante 8 do STF e suscitando a decadência quinquenal quanto às competências de 1/1986 a 12/1990, em razão de ter sido o lançamento efetuado em fevereiro de 1996.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Grigório Carlos dos Santos*:

Decadência:

Embora a decadência tenha sido suscitada a destempo pelo Estado do Amazonas, passo a analisá-la, de ofício, por ser questão de ordem pública.

Sob a égide da Constituição de 1964, com a reforma de 1969, eram as contribuições previdenciárias consideradas tributos, e, como tais, sujeitavam-se às normas traçadas pelo Código Tributário Nacional, inclusive quanto à extinção pela decadência ou prescrição (5 anos, arts. 173 e 174). Com a Emenda Constitucional 8/1977, consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, deixaram a natureza tributária e passaram a ser regidas por leis próprias, sendo que o prazo prescricional, fixado pela Lei 3.807/1960, no art. 144, era trintenário. A partir do advento da Constituição de 1988, voltaram a integrar a categoria dos tributos, porém, lei ordinária, a Lei 8.212/1991 (arts. 45 e 46), estipulou em 10 anos o prazo para sua constituição definitiva e também para sua cobrança. Posteriormente, foi editada a Súmula

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal *Kassio Marques* e o Exmo. Sr. Juiz Federal *Wilson Alves de Souza* (convocado).

Vinculante 8 do STF, dispondo que são inconstitucionais os arts. 45 e 46 da Lei 8.212/1991, que tratam da prescrição e decadência de crédito tributário. Com isso, o prazo decadencial voltou a ser o de cinco anos.

Com relação à última mudança narrada, na prática, a redução do prazo de prescrição, ou mais tecnicamente, da decadência, de dez para cinco anos, estabelecido em função da natureza jurídica da contribuição previdenciária que foi dada pela Constituição de 1988 — elencando-a, friso, como tributo —, segundo jurisprudência do STF (entendimento esposado na Súmula 445), aplica-se a partir da entrada em vigor da Constituição, sem considerar o lapso de tempo decorrido sob a égide da lei revogada.

No julgamento do REsp 200502124762, cujo relator foi o Min. Gilson Dipp, da 5ª Turma, publicado no DJ de 11/09/2006, p. 342, o Superior Tribunal de Justiça deixou assentado o prazo quinquenal para decadência e prescrição para as contribuições previdenciárias antes e depois da EC 8 de 1977, passando a ser trintenário com a Lei 6.830/1980.

Assim se expressou o STJ:

[...] V - Para o desate da controvérsia importa conhecer a natureza jurídica das contribuições previdenciárias anteriores a EC 8 de 1977, para que se possa constatar a ocorrência ou não do prazo decadencial e/ou prescricional. VI - É relevante lembrar que decadência e prescrição distinguem-se. Na decadência, há a perda do direito pelo decurso de prazo. Na prescrição, ocorre a perda do direito de ação pela inércia da pessoa. A decadência é o direito de o sujeito ativo constituir o crédito tributário com o lançamento em certo período. A prescrição corresponde à perda do direito de ação para a cobrança do crédito tributário se decorrido um lapso de tempo, contado da data de sua constituição definitiva. VII - A natureza jurídica das contribuições previdenciárias tem variado de acordo com as leis que as regulam. A Lei Orgânica da Previdência Social - Lei 3.807/1960 - explicitava que o direito de receber ou cobrar as importâncias devidas prescreveria, para as instituições de previdência social, em trinta anos. Neste sentido, à época, as contribuições previdenciárias possuíam caráter não tributário, sendo regulada sua cobrança pelo prazo trintenário. Com a edição do Código Tributário Nacional - Lei 5.172/1966 - sobreveio a primeira polêmica sobre a natureza jurídica das contribuições previdenciárias, posto que parte da doutrina asseverava seu caráter tributário, com aplicação dos artigos 173 e 174 que prevêm prazos decadencial e prescricional de cinco anos. VIII - Esta dúvida persistiu até a publicação da Emenda Constitucional 8/77, quando o Supremo Tribunal Federal passou a entender que as contribuições em questão possuíam caráter tributário desde a publicação do Código Tributário Nacional até o advento da citada Emenda

8/77. No entanto, a partir desta Emenda, deixaram de possuir o mencionado caráter tributário. Este posicionamento foi corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça. IX - Na hipótese dos autos, a discussão travada limita-se a contribuições previdenciárias relativas ao período de 1976 a 1977. Conclui-se, assim, pela sua natureza tributária, sendo necessário considerar os prazos decadenciais e prescricionais de cinco anos. Portanto, quando exigidas em 2001, de há muito decorreram o prazo decadencial. De fato, em sendo tributo, era dever do INSS, constatando o exercício de atividade sujeita ao regime previdenciário, apurar e constituir o crédito tributário, já que não existe dever de o contribuinte fazer declaração ao Fisco. X - Quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça já consolidou o posicionamento no sentido de que o prazo para a constituição do crédito tributário é de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, a teor do artigo 173, I do Código Tributário Nacional. Precedentes. XI - Por conseguinte, consumada a decadência, não haveria como exigir os valores, nem pagá-los espontaneamente, pois o tributo decorre de lei e não da vontade do contribuinte. Desta forma, em sendo considerados os valores alusivos ao período de 1976 a 1977 como tributos, foram atingidos pela decadência, porque não lançados no prazo de cinco anos, devendo ser restituídos a parte-autora pelo INSS.[...]

Em resumo, conquanto o prazo prescricional tenha variado entre cinco e trinta anos, o prazo decadencial manteve-se em cinco anos, em obediência ao art. 173, I, do CTN.

Trata-se de contribuições do período de 1/1986 a 12/1995, cujo lançamento foi efetuado em 14/02/1996. Portanto, na esteira do entendimento jurisprudencial transcrito, ora adotado, persiste o direito de constituição somente dos períodos posteriores a 1/1991, já que a contagem do prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Configurou-se a decadência dos períodos de 1/1986 a 12/1990.

Mérito propriamente dito:

A discussão em foco mira fatos geradores atinentes ao período de 1/1991 a 12/1995 (em que não se configurou a decadência). Tais fatos geradores são anteriores à promulgação da EC 20/1998, até quando o servidor não ocupante de cargo efetivo podia estar ligado, alternativamente, a sistema próprio de previdência social ou a regime geral.

A propósito, os seguintes precedentes:

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SERVIDOR OCUPANTE DE EMPREGO PÚBLICO - REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL — EC Nº 20/98.

Até a promulgação da EC nº 20/98, o servidor ocupante de emprego público podia estar ligado, alternativamente, a sistema próprio de previdência social ou a regime geral. A partir desta emenda constitucional, passou a ser, obrigatoriamente, vinculado ao Regime Geral da Previdência Social. (sublinhei)) (TRF4, 1ª Turma, AMS 199971000155019, Rel. Juiz Amir José Finocchiaro Sarti, DJU 17/01/2001, pág. 61).

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CARGOS EM COMISSÃO E TEMPORÁRIOS. VINCULAÇÃO À AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA ESTADUAL. RECOLHIMENTO COMPULSÓRIO PARA O REGIME DE PREVIDÊNCIA ESTADUAL DA AUTARQUIA. PERÍODO ANTERIOR AO ADVENTO DA EC 20/98. ILEGITIMIDADE DA AUTUAÇÃO

1. Segundo disposição constante do art. 102, I, “F”, CF/88, a competência originária do STF restará configurada na hipótese em que a causa entre entes estatais (União, Estado, Distrito Federal e Municípios) e suas respectivas entidades da administração indireta apresenta efetivo potencial de induzir conflito federativo. Não é esta, entretanto, a realidade dos autos, eis que a lide versa sobre matéria de natureza eminentemente patrimonial.

2. Por força do artigo 13, da Lei 8.212/1991, o servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), desde que amparados por regime próprio de previdência. Por outro lado, com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, foi acrescido o § 13, ao artigo 40, da CF/88, que impôs ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão (declarado em lei de livre nomeação e exoneração), bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, a vinculação obrigatória ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

3. Em sede de controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn nº 2.024, proferido com eficácia erga omnes e efeito vinculante, sedimentou o entendimento no sentido de que o § 13, artigo 40, CF/88 (inserido pela EC nº 20/98) é perfeitamente compatível com a vigente ordem constitucional, notadamente com a forma federativa de Estado e correspondente princípio da imunidade recíproca (ADI 2024, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2007, DJ 22-06-2007, pág. 00016 EMENT VOL-02281-01 PP-00128 RDDT n. 143, 2007, p. 230-231).

4. Na hipótese dos presentes autos, os servidores temporários, empregados públicos e ocupantes de cargo em comissão já eram vinculados e recolhiam contribuição a regime previdenciário próprio do Município, antes da Emenda Constitucional nº 20/98. Logo, tem-se por ilegítima a exação cobrada até então, nos termos do § 13, artigo 40, da CF/88 (acrescido pela EC nº 20/98),

c/c o art. 1º e incisos da Lei n. 9.717/98 e respectivos instrumentos normativos de caráter regulamentar. (destaquei)

5. Precedentes desta Corte Regional: AMS 1999.38.03.004219-2/MG, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, *e-DJF1* p. 387 de 09/10/2009; AMS 0031780-02.2005.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal Catão Alves, Sétima Turma, *e-DJF1* p.156 de 05/11/2010; AC 0014839-06.2007.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, *e-DJF1* p. 675 de 30/09/2011.

6. Apelação não provida.

(TRF1 - AC 199738000597985 - rel. Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga --6ª Turma Suplementar - *e-DJF1* de 21/03/2012, p. 43).

Com efeito, o art. 13 da Lei 8.212/1991, com fundamento na redação original do § 2º do art. 40 da CF/1988, conceituou que regime próprio de previdência é aquele que assegura, no mínimo, os benefícios de aposentadoria e pensão previstos no art. 40 da Constituição Federal.

Restaram cumpridos os requisitos concernentes ao regime próprio, no período posterior à Lei 1.762, de 14/11/1986. Ou seja, não eram devidas contribuições ao INSS após 14/11/1986 (data da edição da mencionada lei), no caso, de 1/1990 a 12/1994. É que, ao tratar os servidores admitidos em caráter temporário, a Lei estadual 1.674, de 10/12/1984, assim dispôs:

Art. 21 – Os servidores regidos por esta Lei serão contribuintes obrigatórios do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Amazonas – IPASEA, nas mesmas bases e condições a que estão sujeitos os funcionários civis do Estado, fazendo jus a idênticos benefícios a estes concedidos através da legislação previdenciária do Estado.

Nessa esteira, de olho na Lei estadual 1.543, de 16 de agosto de 1982, que estabelece normas sobre a previdência social estadual, vê-se que ela traz a previsão de cobertura somente de pensão no seu art. 22, II, letra *a*, porém o parágrafo único do mesmo artigo remete ao Estatuto dos Funcionários Civis do Estado do Amazonas, nos seguintes termos:

Os servidores do Ipasea, além dos benefícios e serviços previstos nesta lei, terão direito à aposentadoria na forma do Estatuto dos Funcionários Civis do Amazonas.

Referido estatuto, que é a Lei 1.762, de 14 de novembro de 1986, no seu art. 131, itens I, II e III, previa o benefício de aposentadoria compulsória, voluntária e a aposentadoria por invalidez, atendidos, portanto, os pressupostos para o regime próprio.

Com esses termos, reconhecida a decadência quinquenal ao período de 1/1986 a 12/1990 e a inexigibilidade de contribuições previdenciárias relativas ao período de 1/1991 a 12/1995, nega-se

provimento à apelação e à remessa oficial em face do INSS.

É como voto.

Quarta Turma Suplementar

Numeração única: 0018854-62.2000.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2000.34.00.018874-8/DF

Relator: Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado)
 Apelante: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade
 Procurador: Dr. Fernando de Magalhães Furlan
 Apelada: Unimed de Foz do Iguaçu – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.
 Advogados: Dr. Juarez Rocha Botelho e outro
 Remetente: Juízo Federal da 22ª Vara/DF
 Publicação: e-DJF1 de 05/07/2013, p. 1.621

Ementa

Constitucional e Administrativo. Cooperativa médica. Cláusula estatutária de exclusividade. Ofensa ao princípio da livre concorrência. (Art. 170, V, da CF). Validade da decisão administrativa imposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade.

I. A hipótese retratada nos autos não deve ser avaliada apenas sob a perspectiva de um negócio jurídico ajustado entre a cooperativa autora e o profissional que a ela se filia, visto que a referida cláusula de exclusividade gera uma situação em que a relação privada atinge o interesse coletivo, resultando no domínio do mercado de prestação de serviços médicos, vedado por nossa ordem econômica.

II. A partir do momento em que a cláusula estatutária inibidora da *dupla militância* passa a ter reflexo no âmbito do interesse público, torna-se legítima a atuação do Cade em exercer o poder de polícia assegurado por lei, por significar prejuízo à livre concorrência, reforçar o domínio de mercado e propiciar o exercício abusivo de posição dominante, infrações previstas no art. 20, incisos I, II e IV, da Lei 8.884/1994.

III. Precedentes do TRF da 1ª Região e do STJ.

IV. Apelação e remessa oficial providas.

V. Ônus processuais invertidos.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial.

4ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 04/12/2012.

Juiz Federal *Márcio Barbosa Maia*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia: —
 Trata-se de apelação interposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade (fls. 498–505),

bem como reexame necessário de sentença proferida em ação ordinária (fls. 491–495), que julgou procedente o pedido formulado para anular a decisão administrativa que culminou com a imposição de multa e obrigação de fazer à Unimed de Foz do Iguaçu, no P.A.

0800.004488/97-61, ante a legitimidade reconhecida à cláusula estatutária que proíbe a vinculação do cooperado à outra instituição concorrente.

Em suas razões de recurso, a apelante insurge-se contra o comando sentencial, defendendo a validade do processo administrativo em questão, formalizado em obediência à Lei 8.884/1994, que lhe confere competência para tutelar o interesse da coletividade, coibindo o abuso do poder econômico e protegendo o princípio constitucional assecuratório da livre concorrência.

Alega que as decisões emanadas do STJ e invocadas pelo órgão julgador não observaram os comandos impostos pela Lei 9.656/1998, que proíbe expressamente os contratos de exclusividade ou de restrição da atividade profissional.

Invoca, ainda, precedentes jurisprudenciais deste Tribunal reconhecendo a ilegalidade da referida cláusula de exclusividade em casos análogos, pelo que pugna pela manutenção da decisão administrativa anulada pela sentença.

Contrarrazões às fls. 507–510.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia: — Com razão o recorrente.

O juízo de origem, ancorado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp 367.627/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ de 24/06/2002 e REsp 126.391-SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 27/09/1999), julgou procedente a pretensão formulada pela cooperativa autora, concluindo o seguinte:

Portanto, embora não vislumbre os defeitos formais invocados pela acionante, na peça exordial, eis que entendo suficientemente fundamentada a decisão administrativa impugnada, a pretensão deduzida merece acolhimento pelo Judiciário, posto que a conclusão final do CADE está em total descompasso com a jurisprudência uniformizadora do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que considera válida a cláusula estatutária que proíbe a dupla militância dos médicos cooperados (fl. 494)

Ocorre que as situações fáticas submetidas à análise daquela egrégia Corte Superior e sobre as quais o magistrado sentenciante fundou a sua tese não avaliam a questão da exclusividade contratual da

cooperativa sob o prisma da violação do princípio da livre concorrência (CF, art. 170, inciso IV), a demandar a interveniência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade.

Entendo que a hipótese retratada nos autos não deve ser avaliada apenas sob a perspectiva de um negócio jurídico ajustado entre a cooperativa (Unimed) e o profissional que a ela se filia, visto que a referida cláusula de exclusividade gera uma situação em que a relação privada atinge o interesse coletivo, resultando no domínio do mercado de prestação de serviços médicos, vedado por nossa ordem econômica.

E isto ocorre porque, ao se filiar a outro plano de saúde, o particular interessado deixa de ter acesso a profissionais de determinadas especialidades médicas que se encontram vinculados a outra cooperativa.

Com efeito, a partir do momento em que a cláusula estatutária inibidora da chamada “dupla militância” passa a ter reflexo no âmbito do interesse público, torna-se legítima a atuação do Cade em exercer o poder de polícia assegurado por lei, por significar prejuízo à livre concorrência, reforçar o domínio de mercado e propiciar o exercício abusivo de posição dominante, infrações previstas no art. 20, incisos I, II e IV, da Lei 8.884/1994.

Demais disso, o art. 18, inciso III, da Lei 9.656/1998, preceitua o seguinte:

Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado ou credenciado de uma operadora de planos ou seguros privados de assistência à saúde, impõe-lhe as seguintes obrigações e direitos:

[...]

III - a manutenção de relacionamento de contratação ou credenciamento com quantas operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde desejar, sendo expressamente vedado impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional. (grifei.)

Importa esclarecer que a Lei 5.764/1971, cujo art. 29, § 4º, admite a cláusula de exclusividade, é anterior à Constituição Federal de 1988 e à Lei 9.656/1998, de modo que, ainda que se entenda válida a cláusula proibitiva da dupla militância, certo é que não é dado ao ente cooperativo infringir os princípios constitucionais de interesse público, assecuratórios da ordem econômica.

A discussão trazida a lume, aliás, já é conhecida por esta Corte, conforme atestam os diversos precedentes jurisprudenciais abaixo transcritos, onde posi-

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado).

ciona-se favoravelmente à atuação do Cade em reconhecer a ilegitimidade da cláusula estatutária imposta pela cooperativa Unimed, exigindo a exclusividade na prestação de serviços médicos dos seus cooperados.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. COOPERATIVA MÉDICA. UNIMED PARÁ DE MINAS GERAIS. ESTATUTO. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. DOMÍNIO DE MERCADO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA. PENALIDADES IMPOSTAS PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). LEGITIMIDADE. 1. A Lei n. 5.764/1971 deve ser interpretada em harmonia com os princípios constitucionais consagrados na Constituição Federal de 1988, entre os quais o da livre concorrência e da defesa do consumidor (art. 170, incisos IV e V).

2. Configurado o abuso de poder econômico decorrente do domínio de mercado relevante no que tange à prestação de serviço médico na área de abrangência da cooperativa, resultando o ato que exige exclusividade dos médicos cooperados em óbice à livre concorrência e à livre iniciativa, legítima a decisão do CADE que, com amparo na Lei n. 8.884/1994, aplicou à impetrante pena de multa pecuniária e determinou a exclusão da cláusula de exclusividade do seu estatuto.

3. A exclusividade na prestação de serviços médicos, pretendida pela cooperativa, além de afrontar os princípios constitucionais da livre concorrência e da proteção ao consumidor, encontra óbice no art. 18, inciso III, da Lei n. 9.656/1998.

4. Sentença confirmada.

5. Apelação desprovida.

(AMS 2001.34.00.014114-4 / DF, Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes Laranjeira (convocado), Sexta Turma, DJ de 03/11/2010, p. 86)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. COOPERATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DE TEXTO LEGAL SOBRE A MATÉRIA.

I - A regular intimação dos patronos da parte para a sessão de julgamento de processo administrativo e a observância do quorum mínimo exigido em lei, devidamente comprovadas nos autos, descaracterizam o alegado cerceamento de defesa, mormente quando esta deixou de ser produzida por inércia do interessado.

II - A exclusividade na prestação de serviços, pretendida por cooperativa médica, sem embargo do apoio e do estímulo devidos ao cooperativismo e a outras formas de associativismo, além de

atentar contra as garantias fundamentais de uma ordem econômica, financeira e social, fulcradas nos princípios da livre concorrência e da proteção à saúde e à dignidade da pessoa humana, voltadas para o bem-estar de todos e a justiça social (CF, artigos 170, IV, 193 e 196), encontra óbice no art. 18, III, da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998.

III - Apelação desprovida. Sentença confirmada.

(AMS n. 200034000076543 – Des. Federal Souza Prudente – DJ de 09/02/2009)

DIREITO DA CONCORRÊNCIA. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. UNIMED- CAMPINAS. EXCLUSIVIDADE DOS COOPERADOS. DOMÍNIO DE MERCADO REVELANTE. INEXISTÊNCIA DE DUPLA PENALIDADE PELO MESMO FATOS. COMPETÊNCIA DO CADE.

1. A impetrante reincide na prática abusiva e invoca a tese da infração continuada, mas tal não ocorre porque houve mais de uma atuação. A impetrante não se adequou seus estatutos à lei da concorrência.

2. A exclusividade na prestação de serviços, pretendida por cooperativa médica, sem embargo de apoio e do estímulo devidos ao cooperativismo e a outras formas de associativismo, além de atentar contra as garantias fundamentais de uma ordem econômica, financeira e social, baseada nos princípios da livre concorrência e da proteção à saúde, e voltadas para bem estar e justiça sociais (CF, artigos 170, IV, 193 E 196), encontra óbice no art. 18, III, da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998.

3. Ainda que se admita que a Lei 5.764/71 admita a imposição de cláusulas de exclusividade aos profissionais das cooperativas médicas, como essa lei é anterior à Constituição Federal de 1988 e a Lei 8.884/94, não há dúvida de que deve ser interpretada em harmonia com os princípios consagrados na nova ordem constitucional, entre os quais o da livre concorrência e da defesa do consumidor (art. 170, IV e V da CF).

4. A cláusula de exclusividade viola o art. 18, III, da Lei 9.656/98, segundo o qual é vedada a imposição a profissionais de saúde de contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

5. O CADE tem competência para impor sanção a ação relativa a fato que tenha gerado dano para os serviços de saúde nas regiões em que a UNIMED ocupa posição dominante, conforme ditames da Lei nº 8.884/94.

6. Apelação improvida.

(AMS n. 200434000132950, Des. Federal Selene Maria de Almeida, DJ de 06/06/2008)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DECISÃO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. NECESSIDADE. SEGURANÇA DO JUÍZO. SUSPENSÃO. EXECUÇÃO. COOPERATIVA

MÉDICA. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. ILEGALIDADE.

1. Segundo previsto no art. 65 da Lei 8.884/94, “o oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise à desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias”.

2. Mesmo que se possa entender que a Lei 5.764/71 admite a imposição de cláusula de exclusividade aos profissionais das cooperativas médicas, como essa lei é anterior à Constituição Federal de 1988 e à Lei 8.884/94, não restam dúvidas de que deve ser interpretada em harmonia com os princípios consagrados pela nova ordem constitucional, entre os quais o da livre concorrência e da defesa do consumidor (art. 170, IV e V da CF).

3. A cláusula de exclusividade afronta o art. 18, III, da Lei 9.656/98, segundo o qual é vedada a imposição a profissionais de saúde de contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

4. Dá-se provimento ao agravo de instrumento.

(AG n. 200201000027520, Des. Federal Tourinho Neto – DJ de 17/10/2003)

Por fim, impõe-se registrar que o Superior Tribunal de Justiça, em decisões mais recentes àquelas indicadas pela sentença, tem se posicionado no mesmo sentido:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. COOPERATIVA MÉDICA. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. INVALIDADE.

1. É inválida a cláusula inserta em estatuto de cooperativa de trabalho médico que impõe exclusividade aos médicos cooperados (interpretação sistemática do artigo 29, parágrafo 4º, da Lei nº 5.764/71).

2. Embargos de divergência acolhidos.

(STJ, ERESP - EMBARGOS DE DIVERGENCIA EM RECURSO ESPECIAL, Ministro Hamilton Carvalho, Corte Especial, DJ de 08/04/2010)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. COOPERATIVA DE MÉDICOS. PACTO COOPERATIVO. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. FIDELIDADE DO MÉDICO À COOPERATIVA DO PLANO DE SAÚDE.

1. Os contratos de exclusividade das cooperativas médicas não se coadunam com os princípios tutelados pelo atual ordenamento jurídico, notadamente à liberdade de contratação, da livre iniciativa e da livre concorrência.

2. As relações entre a Cooperativa e os médicos cooperados devem obedecer a cláusula final inserta no art. 18, III, da Lei n. 9.656/98, estando as disposições internas daquele ente em desarmonia com a legislação de regência.

3. O referido dispositivo enuncia: Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, implicará as seguintes obrigações e direitos: III - a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional”.

4. Deveras, a Constituição Federal, de índole pós-positivista, tem como fundamentos a livre concorrência, a defesa do consumidor, a busca pelo pleno emprego (art. 170, IV, V e VIII da CF), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem assim, a dignidade da pessoa humana, como fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, incisos III e IV), com vistas na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I) e com ratio essendi dos direitos dos trabalhadores a liberdade de associação (art. 8º, da CF). Regras maiores que prevalecem a interdição à exclusividade. 5. Destarte, o direito pleiteado pela recorrente compromete, por via oblíqua, os direitos à saúde (CF, art. 196), na medida em que a exclusividade cerceia o acesso àqueles médicos profissionais vinculados à cooperativa.

6. Destarte, a tutela dos interesses privados não podem se sobrepor ao interesse público, notadamente quando envolver interesses constitucionais indisponíveis. 7. Recurso especial desprovido.

(STJ, RESP - RECURSO ESPECIAL, Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 30/04/2008)

Ante todo o exposto, *dou provimento* à apelação e à remessa necessária para, reformando a sentença de origem, declarar a validade da decisão proferida pelo Cade no Processo Administrativo 0800.004488/97-61, resultando na aplicação de multa e obrigação de fazer à cooperativa autora.

Invertam-se os ônus sucumbenciais.

É o meu voto.

Quarta Turma Suplementar

Numeração única: 0039317-78.2006.4.01.9199

Apelação/Reexame Necessário 2006.01.99.040351-1/MG

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)
 Apelante: Eduardo José Martins
 Advogados: Dr. Vicente Flávio Macedo Ribeiro e outro
 Apelante: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Apelados: os mesmos
 Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Uberaba/MG
 Publicação: e-DJF1 de 02/08/2013, p. 421

Ementa

Processual Civil. Civil. Administrativo. Militar. Responsabilidade civil do Estado. Prescrição da pretensão de indenização por danos materiais. Agravamento de doença. Varicocele. Trombose venosa profunda. Exigência de exercícios físicos no serviço militar obrigatório. Falta de avaliação médica. Condenação para pagamento de indenização por danos morais. Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca.

I. Nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932, “as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem”.

II. Está prescrita a pretensão do autor de obter indenização por danos materiais — por meio de ação ajuizada em 29/10/1996, considerando que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no art. 1º do Decreto 20.910/1932 é a data do último desligamento do serviço militar, ocorrida em 22/08/1991.

III. Não está prescrita a pretensão de indenização para reparação de danos morais decorrentes do agravamento da doença que o acometia, por ter sido supostamente submetido à prática de exercícios físicos pesados durante o período do pós-operatório, pois não deve ser considerada a data dos fatos — data em que praticou os exercícios físicos, ou seja, data anterior a 22/08/1991 — e sim a data em que o ex-militar teve diagnóstico médico de incapacidade e de consolidação das sequelas decorrentes do agravamento da doença, por meio da inspeção médica realizada pelo INSS (02/06/1992) e do diagnóstico médico (16/05/1995).

IV. É reconhecida a responsabilidade civil da União, a determinar a condenação para pagamento de indenização, para reparação de danos morais, vez que comprovado nos autos, por documentos e depoimentos de testemunhas, que o autor não teve sua condição de saúde avaliada pelo serviço médico do Exército por ocasião de sua rematrícula no serviço militar, depois de ser diagnosticado com “hérnia inguino-escrotal” e de ter sido submetido a cirurgia para “correção de varicocele esq. grau III”. Também foi submetido a prática de exercícios físicos nos dois meses de período pós-operatório — o que agravou a doença e o levou a sofrer “trombose venosa iliofemural bilateral”. Está estabelecido o nexo de causalidade entre a ação e a omissão de agentes públicos e os danos experimentados pelo autor — vez que a doença acarretou sequelas permanentes e que experimentou angústia e sofrimento com o tratamento médico e as consequências decorrentes do próprio quadro de saúde.

V. Não está demonstrada nos autos a culpa exclusiva ou concorrente da vítima.

VI. Na fixação do valor da indenização, para reparação de danos morais, deve-se arbitrar valor suficiente para compensação do sofrimento e do abalo psíquico causados em decorrência do tratamento de saúde e das sequelas consolidadas da doença. O perito médico atesta que as referidas sequelas deixaram marcas e sinais no corpo do autor e que podem limitar a sua capacidade funcional e a prática física desportiva. A dificuldade para o convívio social está relacionada à questões de ordem psicológica e podem ser objeto de tratamento clínico. A constatação de que o autor não está, contudo, incapacitado para o exercício de qualquer atividade laboral também deve ser

considerada no arbitramento. É mantida a indenização arbitrada na sentença, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), à vista das circunstâncias e consequências do caso.

VII. O valor da indenização deve ser acrescido de juros moratórios desde a data do evento danoso (data do diagnóstico médico da existência de sequelas e de incapacidade temporária pela perícia médica do INSS) (STJ, Súmula 54).

VIII. Em virtude da sucumbência recíproca nenhuma das partes deve arcar com o pagamento de honorários advocatícios (CPC, art. 21).

IX. Dá-se parcial provimento aos recursos de apelação e à remessa oficial.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos de apelação e à remessa oficial.

4ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 23/07/2013.

Juiz Federal *Rodrigo Navarro de Oliveira*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira: — Eduardo José Martins ajuizou ação sob o rito ordinário contra a União, objetivando a condenação da ré ao pagamento de indenização para reparação de danos morais e materiais em decorrência dos exercícios físicos a que fora submetido durante a prestação do serviço militar, alegadamente desproporcionais às condições físicas do autor, que era portador de varicocele e posteriormente diagnosticado com grave enfermidade denominada trombose venosa iliofemural bilateral.

Houve a produção de prova pericial médica (fls. 107–109) e prova testemunhal (fls. 165–167, 182–183, 194–195, 241, fls. 279 e 280).

Ao sentenciar o feito, a ilustre magistrada de 1ª instância julgou parcialmente procedente o pedido nos seguintes termos:

Ante o exposto:

I – JULGO EXTINTO o processo com julgamento do mérito, com relação às parcelas devidas a título de lucros cessantes, anteriores a outubro/91, atingidas pela prescrição, nos termos do art. 269, inciso IV, do CPC;

II – JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos, condenando a União no pagamento de indenização ao autor:

a) por danos materiais (arts. 1.538, caput, e 1.539 do CC/1916), no valor mensal de 20 (dois) salários mínimos vigentes no país, inclusive 13º salário anual, a contar da data de seu desligamento definitivo, decotadas as parcelas atingidas pela prescrição (anteriores a outubro/91), até completar 65 (sessenta e cinco) anos, nos termos da Súmula

490 do STF, vedado o seu abatimento no valor da aposentadoria já concedida;

b) por danos morais, fixada no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigida a partir do evento danoso, com a incidência de juros de mora desde a citação, fixados em 6% (seis por cento) ao ano, e a partir da vigência do novo Código Civil, nos termos do art. 406;

c) as parcelas pretéritas da indenização por danos materiais também deverão ser acrescidas dos juros moratórios, a partir da citação (art. 219 do CPC), com a incidência de juros de 1% (um por cento) ao mês (TRF/1ª Região, 1ª Seção, AR 2002.01.00.020011-0/MG, DJ de 07/03/2003), no tocante às parcelas vencidas antes dela; e a partir de cada mês de referência os incidentes sobre as parcelas vencidas após o ato citatório. A correção monetária deve ser calculada nos termos da Lei 6.899/81, a partir do vencimento de cada parcela (Súmula 43 e 148 do STJ).

Ante a ocorrência da sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seus advogados, bem como suportarão, meio a meio, as custas processuais, sendo delas isenta a União (Lei n. 9.289/96).

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Inconformadas, ambas as partes apelaram.

O autor pugna pela reforma da sentença, a fim de que seja majorado o valor da indenização por danos morais para quantia não inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), bem como para que seja a União condenada a arcar com o pagamento de honorários advocatícios de sucumbência.

À sua vez, apela a União, sustentando o desacerto da sentença e pugnando pela sua reforma, insistindo na tese de que a prescrição atingiu o fundo do direito,

porque os fatos narrados ocorreram em 22/08/1991 e a ação foi proposta em 30/10/1996. No mérito sustenta que não há nexo de causalidade entre o suposto dano sofrido pelo autor e o serviço militar, não tendo sido provado qualquer excesso por parte dos instrutores da Unidade Militar do Tiro de Guerra, tendo o autor sido desligado em 14/06/1991 por ter alcançado 40 pontos negativos por faltas ao serviço (Regulamento do Tiro de Guerra – R/138, art. 3º) e em 22/08/1991, pelo mesmo motivo, após ter efetuado matrícula em 22/07/1991. Alega que o autor não provou qualquer dano passível de indenização (CPC, art. 333), não tendo a União concorrido para a atual condição do autor, tratando-se de doença preexistente ao serviço militar. Insurge-se contra o termo inicial para incidência dos juros de mora, os quais devem incidir apenas após a citação. Requer o provimento do recurso.

Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira: —

Prejudicial de Mérito

Analiso a prejudicial de mérito de prescrição do direito de ação.

De fato, quanto ao pedido de indenização por danos materiais — lucros cessantes —, o termo inicial para a contagem do prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no art. 1º do Decreto 20.910/1932 a ser considerado é a data do último desligamento do serviço militar, ocorrido em 22/08/1991 (fl. 18), estando prescrita a pretensão no momento do ajuizamento da ação — em 29/10/1996 (fl. 3 – verso). Isso porque aludido artigo estabelece que

[...] 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.

Em relação ao pedido de indenização por danos morais, decorrentes do agravamento da doença, que culminaram na sua incapacidade laboral, por ter sido supostamente submetido à prática de exercícios físicos pesados durante o período do pós-operatório, a pretensão de obtenção de indenização não está

prescrita, pois, não deve ser considerada a data dos fatos — data em que praticou os exercícios físicos, ou seja, data anterior a 22/08/1991 — e sim a data em que o ex-militar teve conhecimento da sua incapacidade, em caráter definitivo, e da extensão das lesões/sequelas em razão do agravamento da doença, por meio de relatório médico (fl. 21) e resultado de inspeção médica (fl. 24).

Assim, em relação à pretensão indenizatória por danos morais, não se deve considerar como termo *a quo* para a fluência do prazo prescricional quinquenal tão somente a data do desligamento do serviço militar (22/08/1991), mas a data em que teve ciência dos danos subsequentes, quando, efetivamente, surgiu para o autor o direito de ação para postular indenização em razão das sequelas consolidadas (teoria da *actio nata*) e não no momento em que praticou os exercícios físicos que agravaram sua doença.

Desse modo, tendo presente o conteúdo do exame realizado pelo médico-perito do INSS em 02/06/1992, que considerou a incapacidade laboral do autor, entendendo que nessa data a lesão estava consolidada e o autor teve ciência do agravamento de sua doença, o que foi corroborado por meio do relatório médico (fl. 21), datado de 16/05/1995. Portanto, não está prescrito o direito de ação, uma vez que o ajuizamento da demanda indenizatória ocorreu em 29/10/1996, não tendo decorrido lapso temporal superior a 5 (cinco) anos entre esta e aquela data.

Nesse sentido transcrevo as ementas de julgados do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. MILITAR. DEFICIÊNCIA VISUAL. ÂMBITO DO SERVIÇO. REFORMA NO MESMO POSTO. PRESCRIÇÃO. 1. Em caso de doença ou acidente grave no âmbito do serviço militar, o termo inicial do prazo prescricional não está necessariamente relacionado à data do evento, mas sim ao momento em que a vítima tem inequívoca ciência de sua invalidez, ou a extensão de sua incapacidade. 2. É concedida a reforma para militar com incapacidade total e definitiva para qualquer trabalho ou ofício perante às Forças Armadas, adquirida no âmbito da prestação do serviço militar ativo. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 909996/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/10/2007, DJ 26/11/2007, p. 266). Grifo nosso.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MILITAR. LICENCIAMENTO. REVISÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INVALIDEZ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado).

1. Tratando-se de hipótese em que a pretensão tem por fundamento a ocorrência de acidente em serviço, o termo a quo do prazo prescricional não está necessariamente relacionado à data do evento, mas, sim, aquela na qual a vítima tenha inequívoca ciência, tanto de sua invalidez, quanto da extensão da incapacidade. Precedentes.

2. Hipótese em que, considerando-se que a incapacidade do recorrente não havia se manifestado à época de seu licenciamento, e, ainda, que aparentemente não tinha ele noção dos males que poderiam no futuro decorrer de sua enfermidade, não seria razoável exigir-lhe que, no prazo de cinco anos posteriores à desincorporação, fosse em juízo contestar a declaração de que sua doença seria pré-existente à incorporação e requerer sua reforma, porquanto correria o risco ter seu pedido julgado improcedente, por carência de ação.

3. Dissídio jurisprudencial comprovado.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 754908/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 26/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 630)

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - PRESCRIÇÃO: DECRETO N. 20.910/1932 - TERMO A QUO. 1. O art. 1º do Decreto n. 20.910/1932 determina como termo inicial da prescrição quinquenal a data do ato ou fato que deu origem à ação de indenização. 2. Entende-se como fato aquele que é capaz de gerar o direito de indenização. 3. Um acidente, por si só, não gera lesão. A lesão surge depois de avaliadas as conseqüências do acidente. 4. Termo a quo da prescrição a partir da data em que ficou constatada a lesão provocada por disparo de arma de fogo por policial militar. Inteligência do art. 1º do Decreto aludido. 5. Recurso especial não conhecido.

(REsp 68181/SP, rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 18/05/2000, DJ 28/08/2000, p. 65)

Portanto, a sentença deve ser parcialmente reformada, a fim de que seja reconhecida a prescrição da pretensão indenizatória de danos materiais decorrentes dos fatos narrados na inicial.

Mérito

A sentença reconheceu a responsabilidade da União pelos danos materiais e morais sofridos pelo autor, na parte em que a pretensão não estava prescrita, condenando a ré a arcar com o pagamento de indenização ao autor por tê-lo submetido, indevidamente, a atividades físicas, durante a prestação do serviço militar obrigatório.

Analisando o pedido de reforma do julgado quanto à condenação para pagamento de indenização para reparação de danos morais.

Como afirma o autor na inicial e extrai-se dos autos, o autor foi considerado apto para prestar o serviço militar no dia 11/09/1990, porque era “pessoa saudável física e psiquicamente” e iniciou o serviço militar na primeira turma de 1991. Em 09/04/1991, foi atendido no Pronto Socorro da Santa Casa de Araxá e diagnosticado como portador de “hérnia inguino-escrotal”. Também há relato e documento nos autos de que foi submetido a uma cirurgia no mês de abril de 1991 para “correção de varicocele esq. grau III” em 1991 (fls. 20 e 21). Posteriormente teria retornado ao serviço militar — em data não informada — e foi novamente internado, em 03/06/1991, com diagnóstico de “trombose venosa iliofemural bilateral”.

O autor alega que foi submetido a pesados exercícios físicos pelos instrutores do serviço militar durante o período pós-operatório, em que lhe fora recomendado, por meio de atestado médico, repouso absoluto pelo prazo de 15 (quinze) dias.

Não há comprovação nos autos da data exata de realização da cirurgia e do período em que deveria o autor guardar repouso pós-cirúrgico. Entretanto é possível constatar, a partir das respostas do laudo pericial médico (fls. 107–109), que a doença que acometeu o autor constitui agravamento do quadro anterior de saúde e que “os exercícios físicos não causam a doença primária, mas pioram a sua seqüela”. Diz ainda o perito médico que a incapacidade não resultou da prática de exercícios físicos, mas que pode ter se agravado com a realização dos mencionados exercícios.

Nesse contexto considero que o autor deveria ter sido submetido a nova avaliação médica, pelo corpo médico do Exército, depois de ter tido conhecimento do diagnóstico de hérnia inguino-escrotal e de que o recruta realizara cirurgia para correção de varicocele. Diante dos riscos de agravamento do quadro de saúde pela prática de exercícios físicos, em qualquer grau ou frequência ou intensidade, não poderia ter sido readmitido e liberado para a prática de atividades próprias do serviço militar (tiro de guerra).

Há prova testemunhal nos autos (depoimento de fl. 241) no sentido de que o autor não foi submetido à avaliação médica após a efetivação da matrícula, em 17/07/1991 e foi desligado do serviço militar, pela segunda vez, em 22/08/1991 (documento de fl. 17 verso).

O número de faltas não justificadas que foi a causa do desligamento do autor do serviço militar nas duas ocasiões estava relacionado com a falta

de condições físicas para a prática de exercícios, em virtude da doença.

Os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo (fls. 165–167) são no sentido de que o autor recebera ordens para praticar exercícios físicos, pelo sargento que era seu superior e responsável pelo treinamento militar do grupo e que praticava os mesmos exercícios físicos que eram realizados pelos outros recrutas. Dos relatos é possível ainda extrair que era possível observar a falta de condição física do autor para a prática de exercícios físicos — que cessavam por ordem do superior somente quando o autor chegava à exaustão física e não aguentava mais realizar as séries de exercícios.

Nesse contexto considero que é possível reconhecer a responsabilidade civil objetiva da União, vez que estabelecido o nexo de causalidade entre a ação e omissão de agentes públicos e os danos experimentados pelo autor, que foram decorrentes da exigência de prática de exercícios físicos por pessoa inapta e da readmissão no serviço militar, por duas vezes, sem que o recruta tivesse condições plenas de saúde.

Não está demonstrada, no caso em exame, a culpa concorrente ou exclusiva da vítima.

Na fixação do valor da indenização, para reparação de danos morais, deve-se arbitrar valor suficiente para compensação do sofrimento e do abalo psíquico causados em decorrência do tratamento de saúde e das sequelas consolidadas da doença. O perito médico atesta que as referidas sequelas deixaram marcas e sinais no corpo do autor e que podem limitar a sua capacidade funcional e a prática física desportiva. A dificuldade para o convívio social está relacionada à questões de ordem psicológica e podem ser objeto de tratamento clínico. A constatação de que o autor não está, contudo, incapacitado para o exercício de qualquer atividade laboral também deve ser considerada no arbitramento.

Diante desse quadro considero razoável a fixação do valor da indenização, para reparação de danos morais, no valor arbitrado pelo juízo federal de primeiro grau, de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), que corresponde a mais de 65 (sessenta e cinco) salários-mínimos, de acordo com o valor vigente à época da prolação da sentença (março de 2006), e que se encontra dentro dos parâmetros estabelecidos pela jurisprudência em julgamento de casos similares. O valor não se mostra irrisório e nem excessivo à vista das circunstâncias e das consequências do caso.

O recurso de apelação da parte autora deve ser provido tão somente para dispor, quanto aos encargos moratórios, que os juros de mora devem incidir desde a data do evento danoso (data do diagnóstico de consolidação das sequelas na inspeção médica realizada pelo INSS – 02/06/1992), mediante aplicação de taxa de 0,5% ao mês até 10/01/2003. Entre 11/01/2003 e 29/06/2009 deve incidir a taxa Selic do Bacen, por aplicação do art. 406 do CC. A partir de 30/06/2009 deve ser observada a sistemática prevista na Lei 11.960/2009. A incidência de juros de mora a partir do evento danoso está em conformidade com o enunciado da Súmula 54 do STJ.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação interposta pela União e à remessa oficial para acolher em parte a prejudicial de mérito e reconhecer a prescrição do direito de ação quanto à pretensão indenizatória para reparação de danos materiais. Dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela parte-autora para reformar a sentença e dispor que na apuração do valor a ser pago a título de indenização para reparação de danos morais devem ser computados juros de mora desde a data do evento danoso (02/06/1992) — conforme estabelecido na fundamentação do voto. Em virtude da sucumbência recíproca nenhuma das partes deve arcar com o pagamento de honorários advocatícios (CPC, art. 21).

É como voto.

Quinta Turma Suplementar

Numeração única: 0015797-31.2002.4.01.9199

Apelação/Reexame Necessário 2002.01.99.016779-7/MG

Relator: Juiz Federal Wilson Alves de Souza (convocado)
 Apelante: Fazenda Nacional
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
 Apelado: Dias Coelho e Cia. Ltda.
 Advogados: Dr. Eduardo de Oliveira Ribeiro e outros

Remetente: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Itajubá/MG
 Publicação: e-DJF1 de 28/06/2013, p. 644

Ementa

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução fiscal. Preliminar de intempestividade da apelação afastada. Omissão de receita não configurada. Cobrança indevida do Imposto de Renda Pessoa Jurídica.

I. Tendo a execução fiscal tramitado perante o Juízo de Direito da Comarca de Itajubá, Minas Gerais, diante da inexistência de foro federal na comarca (art. 109, § 3º, da CF), local onde não havia representante da Fazenda Nacional, a sua intimação deve ser efetuada pessoalmente, mediante remessa dos autos, nos termos do art. 25, parágrafo único, da Lei 6.830/1980.

II. Tendo a Fazenda Nacional sido intimada pessoalmente em 26/02/2002 e o recurso sido protocolado em 8 de março daquele ano, avulta-se evidente a sua tempestividade.

III. Embora a União sustente na apelação que o laudo pericial seria inconclusivo, ao longo da instrução processual, deixou de se insurgir, de forma específica, contra o trabalho elaborado pelo perito do juízo.

IV. A presunção *juris tantum* de omissão de receita pode ser infirmada em juízo, mediante apresentação de prova em contrário.

V. No caso concreto, deve ser prestigiada a perícia oficial, uma vez que elaborada por perito da confiança do juízo e sequer foi impugnada pela Fazenda Nacional.

VI. A prova pericial cumpre a função de suprir a falta ou insuficiência de conhecimento técnico do magistrado acerca de matéria extrajurídica, razão pela qual se vale da habilitação profissional de terceiro de sua confiança. Nesta linha de inteligência, apenas em casos extremos, quando as partes consignam desacreditar gravemente o laudo oficial, será razoável que o magistrado dele se afaste na formação de seu convencimento.

VII. Apelação e remessa oficial desprovidas.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.

5ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 23/05/2013.

Juiz Federal *Wilson Alves de Souza*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Wilson Alves de Souza: — Dias Coelho e Cia. Ltda. opôs Embargos à Execução Fiscal 12.715/1990 que lhe move a Fazenda Nacional, para cobrança de Imposto de Renda Pessoa Jurídica decorrente do Processo Administrativo 10.660.000.207/87-16, que teve origem em auto de infração lavrado por “omissão de receita (passivo fictício e suprimento de numerário não comprovados)” (fl. 2).

O juízo de Direito da Comarca de Itajubá, em Minas Gerais, proferiu a sentença em audiência, conforme termo juntado às fls. 58–60, julgando procedente o pedido, para considerar indevida a cobrança.

A Fazenda Nacional interpôs apelação às fls. 62–67, pleiteando a reforma da sentença com a im procedência do pedido, ao argumento de que o laudo pericial não teria sido conclusivo e que a omissão de receita restou caracterizada pela falta de comprovação, através de documentos hábeis, do saldo do fornecedor Moinho Fluminense S/A, no valor de Cr\$ 2.610,70, autorizando a presunção de constituir obrigação já paga e mantida no passivo, relativamente ao balanço encerrado em 31/10/1983.

Prossegue, asserindo que:

Apesar de ter apresentado defesa administrativa, nesta parte, a embargante não logrou êxito, tendo em vista que a simples cópia de cheque é insuficiente como meio de prova, permanecendo indícios de tratar-se de passivo já liquidado da data do balanço e, portanto, tributável (fl. 65).

Contrarrazões às fls. 69–71, suscitando, em sede de preliminar, a intempestividade da apelação, considerando que a Fazenda Nacional teria sido intimada por carta, com Aviso de Recebimento, em 04/01/2002.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Wilson Alves de Souza: —

I - Da Preliminar de Intempestividade do Recurso

Tendo a execução fiscal tramitado perante o Juízo de Direito da Comarca de Itajubá, Minas Gerais, diante da inexistência de foro federal na dita comarca (art. 109, § 3º, da CF), local onde não havia representante da Fazenda Nacional, a sua intimação foi efetuada, inicialmente, pelo correio, com Aviso de Recebimento (fl. 148-verso dos autos em apenso).

Sucede que a embargada protocolou petição à fl. 149 dos autos em apenso, requerendo a remessa dos autos à Procuradoria da Fazenda Nacional localizada em Varginha, obtendo, posteriormente, vista dos autos em 26 de fevereiro de 2002 (fl. 149 verso do processo em apenso).

Convém transcrever a norma inserta no art. 25, parágrafo único, da Lei 6.830/1980, *in verbis*:

Art. 25. Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente.

Parágrafo único. A intimação de que trata este artigo poderá ser feita mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretaria.

Observe-se que a exegese da regra acima transcrita impõe que a Fazenda Nacional seja intimada pessoalmente, razão pela qual o termo inicial para interposição da apelação seria a data da vista, em 26/02/2002.

Tendo o recurso sido protocolado em 8 de março daquele ano, avulta-se evidente a sua tempestividade.

Rejeito, portanto, a preliminar.

II – Do Mérito

Alega a apelante que o laudo pericial seria inconclusivo, entretanto, ao longo da instrução processual, deixou de se insurgir, de forma específica, contra o trabalho elaborado pelo perito do juízo.

Não se pode perder de vista que a presunção *juris tantum* de omissão de receita pode ser infirmada em juízo, mediante apresentação de prova em contrário.

Concluiu a perícia judicial (fl. 36 dos autos em apenso):

4.1.2 – as operações classificadas como Passivo Fictício correspondem aos pagamentos efetuados sem comprovação e mantidos contabilizados como obrigações exigíveis a curto prazo, discriminadas e demonstradas no Auto de Infração, fl. 01 (doc. 12) e no Acórdão 101-77.594, fl. 04 (doc. 13).

4.1.3 – os valores, escriturados como crédito do sócio, foram classificados, no processo administrativo, como SUPRIMENTOS DE NUMERÁRIO (doc. nº 14), considerados receitas, por omissão, com reflexão no resultado (lucro ou prejuízo);

4.1.4 – as operações classificadas como Passivo Fictício foram efetuadas no período de 01/11/82 a 31/10/84 (Cr\$ 9.673.127) e 26/10/84 (Cr\$ 1.863.175);

4.1.5 – os suprimentos de caixa, ocorreram em 20/06/84 (Cr\$ 14.000.000,00) e 13/07/84 (Cr\$ 18.000.000,00);

4.1.6 – pelas diferenças dos valores e dos atos administrativos contábeis, conclui-se que os suprimentos não foram efetuados para cobertura dos referidos pagamentos (passivo fictício).

Como bem assinalou o juízo *a quo*,

[...] ainda que não se admita houvesse o registro contábil dessa movimentação de cheques de sócios, ou para os sócios, não é possível ignorar a realidade dessa ocorrência na empresa-embargante, conforme bem detectou a perícia que se realizou, e que em momento algum foi contestada, efetiva e concretamente, pela embargada (fl. 59).

Finalmente, arrematou que,

[...] em relação a essa aquisição de vasilhame, somente quem não tem boa vontade pode admitir irregularidade na classificação de Ativo Circulante desse bem móvel, pois, em face de sua natureza, jamais poderia integrar o Ativo Imobilizado, a exemplo das empresas de distribuição de G.L.P (gás de cozinha) (fl. 59).

Dentro deste contexto, deve ser prestigiada a perícia oficial, uma vez que elaborada por perito da confiança do juízo, sequer impugnada pela Fazenda Nacional.

Não se pode perder de vista que a prova pericial cumpre a função de suprir a falta ou insuficiência de conhecimento técnico do magistrado acerca de matéria extrajurídica, razão pela qual se vale da habilitação profissional de terceiro de sua confiança. Nesta linha de intelecção, apenas em casos extremos, quando as

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques e o Exmo. Sr. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado).

partes consignam desacreditar gravemente o laudo oficial, será razoável que o magistrado dele se afaste na formação de seu convencimento. *In casu*, não é o que ocorre no presente processo, de forma que adoto *in totum* as conclusões do laudo pericial.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Quinta Turma Suplementar

Numeração única: 0005176-84.1999.4.01.3700

Apelação Cível 1999.37.00.005247-5/MA

Relator: Juiz Federal Wilson Alves de Souza (convocado)

Apelante: Fazenda Nacional

Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler

Apelado: Ministério Público Federal

Procurador: Dr. Márcio Barra Lima

Publicação: e-DJF1 de 31/07/2013, p. 453

Ementa

Tributário. Ação civil pública. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal. Litispendência e prevenção. Não ocorrência. Centro de atendimento ao contribuinte. Acesso indevido de informações sigilosas por particulares. Impossibilidade.

I. O Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil pública quando pretende atuar na defesa da legalidade do sistema tributário nacional, com pretensão de afastar ato administrativo tributário inconstitucional, em decorrência da violação à garantia do sigilo fiscal ou da não observância dos princípios administrativos constantes na Constituição Federal.

II. A eficácia da sentença proferida em ação civil pública restringe-se aos limites da competência territorial do órgão prolator, tendo em vista a regra prevista no art. 16 da Lei 7.347/1985, razão pela qual não há que se falar em litispendência e prevenção.

III. Somente nas hipóteses expressamente previstas em lei é possível o acesso de terceiros às informações sigilosas dos contribuintes, em atendimento à proteção à intimidade e à vida privada insculpida no art. 5º, X, da Constituição Federal.

IV. Afigura-se ilegal a celebração de convênio que possibilite a funcionários de empresa privada o acesso aos dados fiscais dos contribuintes, sobretudo diante da fragilidade do controle dessas informações.

V. Apelação e remessa oficial tida por interposta desprovidas.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial tida por interposta.

5ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 16/07/2013.

Juiz Federal *Wilson Alves de Souza*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Wilson Alves de Souza:
— Trata-se de apelação interposta pela União contra a sentença de fls. 109–112, que julgou procedente o pedido, declarando a nulidade da Portaria SRF 613/1999, determinando que a ré deixe de celebrar os convênios para instalação e funcionamento, neste Estado, dos Centros de Atendimento ao Contribuinte – CAC, de acordo com o referido ato normativo.

Instada, a União recorreu aventando preliminarmente: falta de legitimidade do autor para ajuizar ação que vislumbre a discussão de direitos individuais homogêneos; litispendência entre esta e outra ação proposta perante a Seção Judiciária do Estado do Ceará, sustentando a tese de que a prevenção está em favor deste juízo.

No mérito, alegou, em síntese, que os Centros de Atendimento ao Contribuinte – CAC tinham como finalidade satisfazer o interesse público, de modo que não há que se falar em ilegalidade no convênio que possibilite a funcionários de empresa privada o acesso aos dados fiscais dos contribuintes, em violação ao sigilo bancário (fls. 121–147).

Houve contrarrazões às fls. 150–159.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Wilson Alves de Souza: —
Da legitimidade ativa

No ponto, o Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil pública quando pretende atuar na defesa da legalidade do sistema tributário nacional, afastando ato administrativo tributário inconstitucional, em decorrência da violação à garantia do sigilo fiscal ou da não observância dos princípios administrativos constantes na Constituição Federal.

Em tais situações, os direitos defendidos pelo *Parquet* federal apresentam natureza manifestamente metaindividual, e não simples interesses individuais dos contribuintes.

Não por outro motivo, já decidiu o STJ que

[...] compete ao Ministério Público, nos termos dos art. 5º, III, b, e 129, III, da LC 75/1993, a propositura de ação civil para a tutela do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos, inclusive como meio de resguardar a higidez do sistema tributário nacional em nome da

coletividade (REsp 798523, DJ de 07/03/2007 e REsp 777405, de 19/05/2006).

Da litispendência e da prevenção

Alega a apelante que o MPF ajuizou demanda idêntica no Estado no Ceará, com as mesmas partes, pedido e causa de pedir, o que configuraria a ocorrência de litispendência.

Contudo, verifica-se que o pedido formulado na inicial da presente demanda limitou-se à pretensão de que a União se abstenha de celebrar convênios, nos moldes estabelecidos na Portaria SRF 613/1999, *exclusivamente no Estado do Maranhão*.

Além disso, a eficácia da sentença proferida em ação civil pública restringe-se aos limites da competência territorial do órgão prolator, tendo em vista a regra prevista no art. 16 da Lei 7.347/1985, *in verbis*:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Por outro lado, a apelante não comprovou que eventual sentença proferida na ação civil pública ajuizada no Estado do Ceará tenha ultrapassado os limites territoriais do órgão prolator.

Desse modo, pelas razões acima destacadas, não há que se falar nas hipóteses de litispendência e prevenção.

Do mérito

O mérito da presente demanda gravita em torno da legalidade da Portaria 613/1999 da Secretaria da Receita Federal, que prevê a criação de Centros de Atendimento ao Contribuinte – CAC, por meio de convênios entre a Secretaria da Receita Federal e órgãos representativos empresariais e de categorias econômicas.

No ponto, cumpre destacar que, somente nas hipóteses expressamente previstas em lei é possível o acesso de terceiros às informações sigilosas dos contribuintes, em atendimento à proteção à intimidade e à vida privada insculpida no art. 5º, X, da Constituição Federal.

Sem embargo, o art. 198 do CTN estabelece que

[...] é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca e o Exmo. Sr. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado).

ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

Desse modo, afigura-se ilegal a celebração de convênio que possibilite a funcionários de empresa privada o acesso aos dados fiscais dos contribuintes, sobretudo diante da fragilidade do controle dessas informações.

Com efeito, o intercâmbio de informações tributárias é vedado a particulares, devendo ocorrer exclusivamente entre os órgãos públicos, conforme preconiza o art. 199 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio. [...]

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente desta Corte:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONTRIBUINTE - CAC. VIOLAÇÃO AO SIGILO FISCAL. ART. 198 DO CTN. ATIVIDADE ESPECÍFICA DO PODER PÚBLICO. ART. 7º DO CTN. INDELEGÁVEL. PORTARIA 613/99 DA SRF. ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE (ART. 5, X DA CF). RECONHECIDA. 1. As atividades a serem desempenhadas neste convênio (art. 5º da Portaria nº 613, de 23 de junho de 1999, do Secretário da

Receita Federal) são funções indelegáveis nos termos do art. 7º do CTN. 2. A execução dessas atividades por particulares violaria o sigilo fiscal previsto no art. 198 do CTN, onde dispõe que “é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”. 3. Infere-se do § 1º da Cláusula Terceira do ato normativo impugnado (fls. 23), que há várias informações e dados que serão divulgados, tanto que se prevêem as cláusulas de confidenciabilidade e sigilo nos contratos firmados. Logo, se percebe a fragilidade do processo, em que se compromete de alguma forma o sigilo das informações relacionadas à situação econômica e financeira dos contribuintes. 4. In casu, o fato dos funcionários prestarem serviços de apoio não diminui o risco de quebra de sigilo fiscal, de forma que se comprometem os limites impostos pelo artigo 198 do CTN. É imperioso acrescentar, ainda, que o simples fato de se obter conhecimento de dados e informações restritas ao Poder Público já violaria o sigilo fiscal, independentemente da sua propagação. 5. Apelação não provida. (TRF 1ª Região, AC 199940000044506, 7ª Turma Suplementar, rel. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo, e-DJF1 de 24/05/2013)

Ante ao exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial tida por interposta.

Sexta Turma Suplementar

Numeração única: 0032671-65.1997.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 1997.38.00.032941-0/MG

Relator: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)
 Apelante: Município de Itajubá/MG
 Advogados: Dr. Arésio A. de Almeida Damaso e Silva e outros
 Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procurador: Dr. Eduardo Miguel Leão Sette
 Remetente: Juízo Federal da 21ª Vara/MG
 Publicação: e-DJF1 de 03/07/2013, p. 1.756

Ementa

Tributário. Contribuições previdenciárias. Período anterior à Lei 9.711/1998. Responsabilidade solidária entre prestador e tomador de serviços. Ausência de fiscalização nos documentos da empresa prestadora de serviços. Aferição indireta. Ilegitimidade. Servidores públicos municipais. Regime próprio. Aposentadoria e pensão. Art. 13 da Lei 8.212/1991.

Convênio com o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais. Lei municipal prevê aposentadoria. Nulidade de NFLD. Apelação provida.

I. Os fatos geradores das contribuições ora questionadas são anteriores à vigência da alteração introduzida pela Lei 9.711, de 20/11/1998, no art. 31 da Lei 8.212, que passou a produzir efeitos somente a partir de 1º de fevereiro de 1999 (Lei 9.711, art. 29), não estando, portanto, sujeitos à nova sistemática de recolhimento de contribuição social. Ausência de previsão legal autorizadora da imputação ao tomador do serviço, de obrigação tributária devida pelo prestador de serviço.

II. Exclui-se do Regime Geral de Previdência Social o município que possua regime previdenciário próprio, a fim de possibilitar aos servidores a percepção de benefícios.

III. O princípio da autonomia dos entes federados conferiu aos municípios o poder de criar um sistema próprio previdenciário para seus servidores municipais, assegurado pela Constituição Federal de 1988. Todavia, a regulamentação da instituição e funcionamento dos regimes próprios veio a ocorrer somente após dez anos da sua promulgação, com a edição da Lei Federal 9.717, de 28 de novembro de 1998, seguida da Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998, e da Emenda Constitucional 41, de 19 de dezembro de 2003.

IV. A jurisprudência tem firmado entendimento no sentido de que um regime previdenciário para ser considerado como tal deve garantir, no mínimo, dois benefícios: aposentadoria e pensão.

V. Restou demonstrado que o município/apelante mantinha convênio com o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, que garantia aos servidores municipais o benefício de pensão e assistência à saúde, inclusive, havia participação dos servidores do município no custeio do referido convênio.

VI. No que diz respeito à aposentadoria, vê-se que a Lei municipal 1.217, de 26 de setembro de 1979, impôs ao Município o ônus da aposentadoria de seus servidores, através de recursos próprios. De mesma forma, a Lei municipal 1.296/1981, que dispõe acerca da contagem recíproca de tempo de serviço público municipal e atividade privada, para efeito de aposentadoria, prevê em seu art. 6º que “As despesas com a execução da presente lei correrão por conta das verbas próprias do orçamento”. Certidão expedida pelo diretor de Departamento de Recursos Humanos da Prefeitura Municipal de Itajubá e Folha de Pagamento dos servidores municipais comprovam que o município assegurara aos seus servidores os benefícios de aposentadoria e pensão.

VII. *In casu*, dispondo o município/apelante de regime à parte de previdência que garante aos seus servidores os benefícios de aposentadoria e pensão — seja por lei municipal, seja por convênio firmado com o IPSEMG —, não pode ser compelido a contribuir para o regime geral nas referidas competências, consoante previsão da própria Lei 8.212/1991. Precedente: STJ; AgREsp 200600381590; Primeira Turma; rel. Min. Luiz Fux, DJ, 29/11/2007; p. 189.

VIII. Apelação provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

6ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 24/06/2013.

Juiz Federal *Itelmar Raydan Evangelista*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista:
— Trata-se de apelação interposta pelo autor em face de sentença proferida pelo Juízo Federal da 21ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, que julgou improcedente a ação anulatória de débito fiscal proposta pelo Município de Itajubá/MG, visando à anulação das Notificações Fiscais de Lançamento de Débito 32.108.681-3, 32.108.679-1, 32.108.680-5. A primeira NFLD refere-se às contribuições

previdenciárias devidas à Seguridade Social incidentes sobre valores pagos pelo autor a empresas contratadas para prestação de serviços, sem que tenha exigido a apresentação de folhas de pagamento e GRPS específicas relativas à mão de obra utilizada; as duas últimas dizem respeito a contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas a servidores municipais nas competências 5/1990 a 2/1996, e 13º salário devido no período de 12/1993, 12/1994 e 12/1995.

A sentença reconheceu a responsabilidade solidária do município/autor com as empresas executoras de serviços, bem como a ausência de regime próprio de previdência para os servidores municipais.

Em razões recursais, a autora reitera serem devidos os lançamentos em razão da falta de recolhimento de contribuições incidentes sobre a remuneração dos servidores municipais, vez serem estes submetidos ao regime próprio por força da Lei 1.217/1979, que os assegura o benefício de aposentadoria de inteira responsabilidade do município e do convênio firmado com o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG, que contempla todos os servidores com a pensão por morte e assistência médica.

Rechaça, também, a alegação de responsabilidade solidária pelo pagamento das contribuições previdenciárias incidentes sobre os valores pagos à pessoas jurídicas que manteve relação contratual, alegando, em síntese, que estas empresas não poderiam ser qualificadas como empregados da municipalidade, em razão de inexistir subordinação jurídica destas em relação ao município/contratante.

Contrarrazões apresentadas.

É, em síntese, o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista: — A questão posta nestes autos cinge-se à aferição quanto serem ou não devidos os lançamentos de crédito previdenciário informados nas NFLD's 32.108.681-3, 32.108.679-1 e 32.108.680-5, lavradas em desfavor do município apelante.

Da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito 32.108.681-3

O apelante insurge-se contra a NFLD 32.108.681-3, lavrada com fundamento na responsabilidade solidária do tomador e do prestador de serviços pelo pagamento de contribuições sociais, as quais foram, na presente hipótese, apuradas mediante aferição indireta, com base de cálculo equivalente a 12, 20, 25, 40 e 45 por cento — a depender do serviço/mão de obra prestado — do valor total das faturas e notas fiscais dos serviços realizados nos períodos de 5/1995 a 2/1996.

Os fatos geradores das contribuições ora questionadas são anteriores à vigência da alteração introduzida pela Lei 9.711, de 20/11/1998, no art. 31

da Lei 8.212, que passou a produzir efeitos somente a partir de 1º de fevereiro de 1999 (Lei 9.711/1998, art. 29).

Deste modo, os mencionados créditos não estão sujeitos à nova sistemática de recolhimento de contribuição social preconizada no art. 31 da Lei 8.212/1991, com a redação dada pela Lei 9.711/1998.

Aquela época, a retenção dos valores referentes a esta exação, que incidia sobre a folha de pagamento dos segurados, não constituía uma imposição legal ao contratante dos serviços — a quem era atribuída responsabilidade solidária juntamente com o executor dos serviços realizados mediante cessão de mão de obra, mas apenas uma faculdade posta à sua disposição, consoante a disposição contida na redação originária do § 1º, do art. 31, da Lei 8.212/1991.

A legislação então vigente afastava a solidariedade desde que comprovado pelo executor o recolhimento prévio das contribuições; para tanto impunha ao tomador de tais serviços que exigisse, quando da quitação da nota fiscal ou fatura, cópia autenticada da guia de recolhimento quitada e a respectiva folha de pagamento (Lei 8.212/1991, §§ 3º e 4º do art. 31, com a redação dada pela Lei 9.032/1995).

Tem-se, portanto, que a legislação admitia a responsabilização — solidária — do contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra que não comprovasse ter exigido cópia da guia de recolhimento da exação e da respectiva folha de pagamento.

Também é verdade que a autoridade fiscal tem competência legal para lançar mão da técnica de aferição indireta para arbitrar o valor de contribuições sociais devidas. É o que dispõe o § 6º do art. 33 da Lei 8.212/1991, já em vigor à época do fato gerador:

[...]

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

É certo que o pressuposto para que a autoridade fiscal se valha da aferição indireta é a omissão do sujeito passivo, recusa ou sonegação de informação ou a irregularidade das declarações ou documentos que devem ser utilizados para o cálculo do tributo. Ou seja, diante de tais ocorrências, pode a fiscalização efetuar o

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado e o Exmo. Sr. Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga (convocado).

lançamento da exação tributária por aferição indireta, invertendo-se o ônus da prova.

Porém, esta não é a hipótese do caso ora sob apreciação.

Observa-se, nestes autos, que o agente fiscal procedeu à aferição indireta da exação através da documentação do município, sem sequer fiscalizar a escrituração contábil e qualquer outro documento das empresas prestadoras de serviços contratadas pelo Município de Itajubá, baseando-se unicamente na não apresentação pelo tomador dos serviços de guias que comprovassem o recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados (fls. 76–79), o que se afigura ilegal, ante o que prescreve o § 6º do art. 31 da Lei 8.212/1991.

De acordo com a orientação jurisprudencial predominante do eg. STJ - REsp 1.142.065/RS (1ª T); REsp 1.210.879/RS (1ª T); REsp 939.189/RS (1ª T); REsp 1.068.362/PR (1ª T) e AgRg no REsp 1.132.474/RS (2ª T) —, não obstante exista responsabilidade solidária pelo pagamento de contribuições previdenciárias não recolhidas, entre a empresa tomadora de serviços e a empresa prestadora da mão de obra, não é possível cobrar a exação da empresa tomadora de serviços sem que antes seja regularmente constituído o crédito tributário contra a prestadora da mão de obra.

A tal respeito vale transcrever ementa do acórdão proferido nos autos do AgRg no REsp 1.142.065/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 10/06/2011, que bem esclarece o tema:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE PRESTADOR E TOMADOR DE SERVIÇOS. ARTIGOS 57 DO DECRETO N. 83.081/79 E 124 DO CTN. HIPÓTESE EM QUE O ÓRGÃO JULGADOR A QUO CONSIGNOU NÃO TER OCORRIDO A CONSTITUIÇÃO VÁLIDA DO CRÉDITO ANTE A AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO NOS DOCUMENTOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS, RESPONSÁVEL DIRETA PELO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO APLICADO À REDAÇÃO ORIGINAL DO ARTIGO 31 DA LEI 8.212/91.

1. Agravo regimental no qual a Fazenda Nacional (União) defende, com fundamento nos arts. 57 e 58 do Decreto 83.081/79 e 124, parágrafo único, do CTN, a existência de solidariedade entre as empresas cedente de mão-de-obra (sujeito passivo direto) e a tomadora (sujeito passivo solidário) a fim de receber desta contribuições previdenciárias decorrentes de notificações fiscais de lançamento emitidas pela fiscalização do IAPAS (por ausência de recolhimento de contribuições previdenciárias

compreendidas entre os meses de abril e dezembro de 1982 e janeiro de 1983).

2. Esta Corte Superior assentou o entendimento de que “Nos termos do artigo 31 da Lei 8.112/91, com a redação vigente até 01.02.1999, não há dúvida de que (a) existia a responsabilidade solidária da empresa tomadora de serviços pelo pagamento de contribuições previdenciárias não recolhidas pela empresa prestadora da mão de obra e de que (b) não existia benefício de ordem em favor da tomadora (v.g.: Resp 410.104, 1ª Turma, DJ de 24/05/2004, Min. Teori Albino Zavascki; Resp 761.246, 2ª Turma, DJ de 12/06/07, Min. Eliana Calmon). Todavia, a responsabilidade solidária de que tratava o referido artigo 31 da Lei 8.112/91, com a redação da época, não dispensava a existência de regular constituição do crédito tributário, que não poderia ser feita mediante a aferição indireta nas contas da tomadora dos serviços (REsp 727.183/SE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 18/05/2009).

3. Como a linha da responsabilização prevista no artigo 57 do Decreto 83.081/79 delinea a própria redação original do artigo 31 da Lei 8.212/91, deve-se aplicar a mesma razão de decidir (*ubi eadem ratio idem jus*) feita na interpretação deste dispositivo superveniente, o que significa afastar a constituição do crédito contra a empresa contratante dos serviços, porquanto, para esse mister, faz-se necessário observar se a empresa cedente recolheu ou não as contribuições devidas, o que, de certo modo, implica a precedência da fiscalização desta frente àquela ou, ao menos, a concomitância, salvo se apurado o crédito por outra forma admitida.

4. Dessa maneira, deve ser mantido o acórdão recorrido que assim tratou do tema: “Contudo, embora a lei preveja a solidariedade entre o prestador do serviço e o contratante, acompanho o entendimento desta Turma no sentido de que previamente deve ser fiscalizada a empresa prestadora de serviços, uma vez que responsável direta pelo recolhimento das contribuições incidentes sobre os salários de seus empregados, e sobre os pagamentos feitos aos demais prestadores de serviços”.

5. Agravo regimental não provido.

Sob esta ótica, sendo incontroversa a ausência de fiscalização nas prestadoras de serviços, consoante os documentos de fls. (fls. 76/79), há que se reconhecer a nulidade do lançamento dos débitos descritos na NFLD nº 32.108.681-3.

Das Notificações Fiscais de Lançamento de Débitos 32.108.679-1, 32.108.680-5

O município/apelante insurge-se, igualmente, contra as NFLD's 32.108.679-1, 32.108.680-5, lavradas em razão do não recolhimento de contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações pagas a servidores públicos municipais nas competências

5/1990 a 2/1996, e 13º salário devido no período de 12/1993, 12/1994 e 12/1995.

A pretensão do apelante deve ser acolhida.

Com efeito, exclui-se do Regime Geral de Previdência Social o município que possua regime previdenciário próprio, a fim de possibilitar aos servidores a percepção de benefícios.

O princípio da autonomia dos entes federados conferiu aos municípios o poder de criar um sistema próprio previdenciário para seus servidores municipais, assegurado pela Constituição Federal de 1988. Todavia, a regulamentação da instituição e funcionamento dos regimes próprios veio a ocorrer somente após dez anos da sua promulgação, com a edição da Lei Federal 9.717, de 28 de novembro de 1998, seguida da Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998, e da Emenda Constitucional 41, de 19 de dezembro de 2003.

Neste ínterim, o regime próprio foi tratado de forma inadequada pelos entes federados, mais precisamente pelos Estados e Municípios. A Previdência Social, até então, era vista como um direito do cidadão, que em vista da implementação dos requisitos para aposentadoria, ou sua incapacidade laborativa, via no Estado o dever de propiciar uma *vida digna*, suprimindo todas as suas carências. Era adotado o sistema universal, de caráter *assistencialista*, (sistema adotado até então pelo RGPS), onde era garantido o mesmo benefício a todos, independentemente de haver contribuição anterior, sendo avaliados somente critérios como *tempo de serviço, idade e/ou condição física*.

Todavia, conforme acima destacado, somente a partir da promulgação da Emenda Constitucional 20, em seguida *reformada*, pela Emenda Constitucional 41, um novo modelo foi determinado na Constituição Federal. O caráter contributivo da Previdência, com equilíbrio atuarial e financeiro, expresso no art. 40 da Constituição, teve sensíveis reflexos, principalmente no setor público, até então sem contribuição — e, quando esta existia, era em valores irrisórios.

No presente caso, como as contribuições sociais exigidas das remunerações pagas aos servidores municipais referem-se às competências de 5/1990 a 2/1996, inaplicável, portanto, a legislação posterior, como, por exemplo, as disposições trazidas a lume com a EC 20/1998.

Cinge-se, portanto, a controvérsia em saber se havia ou não regime próprio previdenciário no município durante as competências em litígio, sem que houvesse a necessária participação dos servidores municipais no custeio do referido regime.

A jurisprudência tem firmado entendimento no sentido de que um regime previdenciário para ser considerado como tal deve garantir, no mínimo, dois benefícios: aposentadoria e pensão.

Examinando as provas dos autos, constata-se que o Município de Itajubá/MG mantinha convênio com o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, que garantia aos servidores municipais o benefício de pensão e assistência à saúde, inclusive, havia participação dos servidores do município no custeio do referido convênio.

No que diz respeito à aposentadoria, vê-se que a Lei 1.217, de 26 de setembro de 1979 (fls. 253–254 e 267), impôs ao município o ônus da aposentadoria de seus servidores, através de recursos próprios. De mesma forma, a Lei municipal 1.296/1981, que dispõe acerca da contagem recíproca de tempo de serviço público municipal e atividade privada, para efeito de aposentadoria, prevê em seu art. 6º que “As despesas com a execução da presente lei correrão por conta das verbas próprias do orçamento”. (fls. 255–256).

Consoante certidão expedida pelo diretor de Departamento de Recursos Humanos da Prefeitura Municipal de Itajubá, bem como da Folha de Pagamento dos servidores municipais, que a acompanha, verifica-se que o município assegurava aposentadoria e pensão aos seus servidores (fls. 197–203):

[...] os proventos pagos a título de aposentadoria aos Servidores Inativos do município de Itajubá, desde o advento da Lei 6.226, de 14/07/1975, são suportados unicamente pelos cofres públicos municipais, enquanto que as pensões são pagas, por força de convênio pelo IPSEMG – Instituto dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais.

Assim, dispondo o Município de Itajubá de regime à parte de previdência que garante aos seus servidores os benefícios de aposentadoria e pensão — seja por lei municipal, seja por convênio firmado com o IPSEMG —, não pode ser compelido a contribuir para o regime geral nas referidas competências, consoante previsão da própria Lei 8.212/1991.

O entendimento ora esposado encontra ressonância na jurisprudência do eg. STJ, a exemplo da ementa a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. REGIME PRÓPRIO. ART. 13 DA LEI N.º 8.212/91. CONVÊNIO COM O INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CONCLUSÕES DO ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADAS NO CONJUNTO FÁTICO-

PROBATÓRIO CARREADO NOS AUTOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 07/STJ.

1. O recurso especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice contido na Súmula 07/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

2. *In casu*, as conclusões da Corte de origem no sentido de que “exsurge do conjunto documental que há um regime à parte de previdência instaurado pelo Município de Alegrete”, e de que “de outra banda, examinando o Convênio, verifica-se que comprometeu-se o IPERGS a prestar aos servidores da Prefeitura benefícios concernentes a pensões, pecúlios post mortem, auxílio natalidade e assistência médica” e “supridas as elementares necessidades dos segurados, mostrando-se o regime previdenciário em comento consentâneo inclusive com os ditames do recente Decreto n.º 3.048/99”,

resultaram do exame de todo o conjunto probatório carreado nos presentes autos. Consectariamente, infirmar referidas conclusões implicaria sindicar matéria fática, interdita ao E. STJ em face do enunciado sumular n.º 07 desta Corte. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ; AGRESP 200600381590; Primeira Turma; rel. Min. Luiz Fux, DJ 29/11/2007; p. 189).

Por estes fundamentos, *dou provimento* à apelação do Município de Itajubá/MG para declarar a nulidade dos lançamentos dos créditos representados pelas NFLD’s 32.108.679-1, 32.108.680-5 e 32.108.681-3.

Sem custas (Lei 9.289/1996, art. 4º).

Condeno a União em honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

É como voto.

Sexta Turma Suplementar

Numeração única: 0011711-20.1999.4.01.3800

Apelação Cível 1999.38.00.011732-9/MG

Relator: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)
 Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Apelado: Município de Bonfim/MG
 Procurador: Dr. José Maria Peixoto de Miranda
 Publicação: e-DJF1 de 24/07/2013, p. 452

Ementa

Processual Civil. Tributário. Ação anulatória de débito. Município. Desnecessidade de garantia para suspensão da exigibilidade. Sujeição ao regime próprio de execução. Art. 730 do CPC. Remessa oficial e apelação improvidas.

I. Em regra, o ajuizamento de ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária não implica, por si só, suspensão da exigibilidade do crédito tributário, estando o sujeito ativo apto a promover todos os atos de exigência, direta e indireta, no intuito de receber o crédito tributário constituído. Tal iniciativa do sujeito ativo somente restaria obstada se presentes as situações descritas no art. 151 do Código Tributário Nacional, destacando-se o depósito do valor integral, liminar ou antecipação de tutela.

II. Não obstante, em sendo devedora pessoa jurídica de direito público, cujo regime jurídico para satisfação das obrigações, inclusive tributárias, tem disciplina própria a teor do que dispõe o art. 730 do Código de Processo Civil, em cujo âmbito não se impõe qualquer garantia para a satisfação do crédito exigido, os efeitos decorrentes da inadimplência não assumem a mesma amplitude aplicada às pessoas jurídicas de direito privado. Isto porque, além da presunção de solvabilidade própria à condição de Fazenda Pública, do ente devedor, seus bens não se sujeitam a qualquer espécie de constrição como garantia de adimplemento de suas obrigações.

III. Assim, estando o município litigando sobre a legalidade da obrigação tributária, em ação declaratória de nulidade da obrigação, não se lhe pode impor, em razão do crédito tributário, qualquer espécie de restrição. Esta a orientação jurisprudencial consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de que são exemplos os seguintes

precedentes: REsp 1180697/MG, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17/08/2010, *DJe* 26/08/2010; REsp 1115458/BA, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 24/11/2009, *DJe* 17/12/2009.

IV. Postas estas premissas, enquanto não exaurida a instância judicial em que provocada a anulação da relação jurídica tributária imputada ao município, não está a Fazenda Pública credora habilitada a medidas que importem na exigibilidade do crédito tributário, ainda que ausentes as situações descritas no art. 151 do Código Tributário Nacional.

V. Nego provimento à remessa oficial e à apelação.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial e à apelação.

6ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 15/07/2013.

Juiz Federal *Itelmar Raydan Evangelista*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista:
— Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pelo INSS, em face de sentença que concedeu parcialmente a segurança para anular ato que impôs o bloqueio de parcelas do FPM, em razão de crédito tributário constituído em desfavor do município impetrante. Crédito tributário sob discussão judicial em ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária.

Em razões recursais pede-se a reforma da sentença ao essencial fundamento de que a retenção de recursos do FPM, encontra amparo no quanto dispõe o art. 160, parágrafo único, da CR/1988. Diz, mais, que a existência de crédito tributário constituído em face de entidade pública não obsta a inclusão nos cadastros de inadimplentes.

Contrarrazões apresentadas.

Parecer do Ministério Público pelo provimento do recurso.

É, em síntese, o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista:
— A questão jurídica objeto de controvérsia consiste em reconhecer a possibilidade de se impor restrições a entidade pública municipal, sujeito passivo de obrigações tributárias, submetidas à apreciação judicial mediante ação em que se pede a anulação do crédito constituído.

Em regra, o ajuizamento de ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária não implica, por si só, suspensão da exigibilidade do crédito tributário, estando o sujeito ativo apto a promover todos os atos de exigência, direta e indireta, no intuito de receber o crédito tributário constituído. Tal iniciativa do sujeito ativo somente restaria obstada se presentes as situações descritas no art. 151 do Código Tributário Nacional, destacando-se o depósito do valor integral, liminar ou antecipação de tutela.

Não obstante, em sendo devedora pessoa jurídica de direito público, cujo regime jurídico para satisfação das obrigações, inclusive tributárias, tem disciplina própria a teor do que dispõe o art. 730 do Código de Processo Civil, em cujo âmbito não se impõe qualquer garantia para a satisfação do crédito exigido, os efeitos decorrentes da inadimplência não assumem a mesma amplitude aplicada às pessoas jurídicas de direito privado. Isto porque, além da presunção de solvabilidade própria à condição de Fazenda Pública, do ente devedor, seus bens não se sujeitam a qualquer espécie de constrição como garantia de adimplemento de suas obrigações.

Assim, estando o município litigando sobre a legalidade da obrigação tributária, em ação declaratória de nulidade da obrigação, não se lhe pode impor, em razão do crédito tributário, qualquer espécie de restrição. Esta a orientação jurisprudencial consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de que são exemplos os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CRÉDITO CONSTITUÍDO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL. AÇÃO ANULATÓRIA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RITO DO ART. 730 DO CPC. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. EXPEDIÇÃO. ADMISSIBILIDADE.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado).

MATÉRIA EXAMINADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008.

1. A execução dirigida contra a Fazenda Pública sujeita-se ao rito previsto no artigo 730 do CPC, o qual não compreende a penhora de bens, considerando o princípio da impenhorabilidade dos bens públicos.

2. A Fazenda Pública pode propor ação anulatória sem o prévio depósito do valor do débito discutido e, no caso de ser executada, interpor embargos sem a necessidade de garantia do juízo. Ajuizados os embargos ou a anulatória, está o crédito tributário com a sua exigibilidade suspensa.

3. Suspensa a exigibilidade do crédito tributário, assiste ao Município o direito de obter a certidão positiva com efeito de negativa de que trata o artigo 206 do CTN.

4. “A Fazenda Pública, quer em ação anulatória, quer em execução embargada, faz jus à expedição da certidão positiva de débito com efeitos negativos, independentemente de penhora, posto inexistência de bens”. (REsp 1.123.306/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 01.02.2010, submetido ao regime do art.

543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008)

5. Recurso especial não provido. (REsp 1180697/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 26/08/2010)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. FAZENDA MUNICIPAL. IMPOSSIBILIDADE DE PENHORA. ARTIGO 206, DO CTN. CERTIDÃO POSITIVA DÉBITO COM EFEITOS NEGATIVOS. EXPEDIÇÃO. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A ação anulatória de crédito fiscal proposta pela Fazenda Municipal prescinde de depósito e garantia.

2. É que resta cediço na C. Corte que: “TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA MUNICIPAL. AÇÃO ANULATÓRIA. DEPÓSITO. SUSPENSÃO. EXIGIBILIDADE. 1. Proposta ação anulatória pela Fazenda municipal, “está o crédito

tributário com a sua exigibilidade suspensa, porquanto as garantias que cercam o crédito devido pelo ente público são de ordem tal que prescindem de atos assecuratórios da eficácia do provimento futuro”, sobressaindo o direito de ser obtida certidão positiva com efeitos de negativa (REsp n. 601.313/RS, relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ de 20.9.2004). 2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.” (REsp 497923/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2006, DJ 02/08/2006, p. 252).

3. A excepcionalidade quanto às prerrogativas da Fazenda Pública federal, estadual ou municipal, mormente a impossibilidade de penhora de seus bens, revela a interpretação de que seja em execução embargada, seja em ação anulatória, pelo Município, independentemente da prestação de garantia, é cabível a expedição da Certidão Positiva de Débitos com Efeitos Negativos. (Precedentes: Ag 1.150.803/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ 05.08.2009; REsp 1.074.253/MG, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJ 10.03.2009; REsp 601.313/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 20.9.2004; REsp 381.459/SC, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 17.11.03; REsp 443.024/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 02.12.02; REsp 376.341/SC, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJU de 21.10.02)

4. Recurso especial desprovido. (REsp 1115458/BA, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 24/11/2009, DJe 17/12/2009).

Postas estas premissas, enquanto não exaurida a instância judicial em que provocada à anulação da relação jurídica tributária imputada ao município, não está a Fazenda Pública credora habilitada a medidas que importem na exigibilidade do crédito tributário, ainda que ausentes as situações descritas no art. 151 do Código Tributário Nacional.

Nego provimento à remessa oficial e à apelação.
É como voto.

Sétima Turma Suplementar

Numeração única: 0002324-35.1999.4.01.3200

Apelação/Reexame Necessário 1999.32.00.002327-5/AM

Relator: Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado)
 Apelante: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Apelado: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Sérgio Lauria Ferreira
 Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara/AM
 Publicação: e-DJF1 de 1º/07/2013, p. 71

Ementa

Constitucional e Tributário. Ação ordinária. Contribuição social incidente sobre pensões e proventos de servidor público inativo. Lei 9.783/1999. EC 20/1998 isenção. Inconstitucionalidade. EC 41/2003.

I. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI-MC 2010/DF, declarou a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária incidente sobre os inativos e pensionistas do serviço público, instituída pela Lei 9.783/1999.

II. “O art. 40, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 20/1998, não previa a incidência da contribuição previdenciária sobre as pensões e os proventos dos servidores públicos inativos.

III. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei 9.783/1999, ao instituir a incidência da contribuição previdenciária sobre os proventos e pensões dos servidores públicos.

IV. A partir da EC 41/2003, possível a incidência da contribuição previdenciária sobre as pensões e os proventos dos servidores públicos, inclusive para os que já estavam aposentados no momento de sua entrada em vigor.” (AC 1999.37.00.001393-4/MA; Apelação Cível; rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso; Oitava Turma; 19/12/2007, DJ, p. 102)

V. Apelação e remessa necessária a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento a apelação e à remessa oficial.

7ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 02/04/2013.

Juiz Federal *Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo: — Cuida-se de apelação interposta por União Federal em desfavor do Ministério Público Federal em face de sentença (fls. 140–152) que julgou procedentes os pedidos para determinar a abstenção da retenção na fonte pagadora dos valores relativos à contribuição previdenciária dos servidores públicos ativos e inativos e pensionistas e majoração da alíquota de contribuição para os servidores em atividade segundo as Leis 8.112/1990, 9.117/1998 e 9.783/1999.

Em suas razões recursais (fls. 156–183) a União requer a reforma da sentença sustentando em síntese que: a seguridade social deve ser financiada por toda a sociedade de maneira direta e indireta; a CF possibilita a cobrança da contribuição previdenciária dos servidores inativos (art. 40, § 6º), não há irredutibilidade de vencimentos, pois eles não estão imunes à incidência de tributos e contribuições previdenciárias; o servidor não tem direito adquirido aos critérios legais que estabelecem o valor recebido pela aposentadoria; a contribuição social pode ser instituída sem lei complementar; não há confisco; a progressão das alíquotas se harmoniza com os princípios da equidade de participação dos beneficiários e solidariedade social da manutenção da previdência.

Contrarrazões às fls. 186–205.

Houve remessa necessária.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo:— O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI-MC 2010/DF, declarou a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária incidente sobre os inativos e pensionistas do Serviço Público, instituída pela Lei 9.783/1999:

A Lei 9.783/1999, ao dispor sobre a contribuição de seguridade social relativamente a pensionistas e a servidores inativos da União, regulou, indevidamente, matéria não autorizada pelo texto da Carta Política, eis que, não obstante as substanciais modificações introduzidas pela EC 20/1998 no regime de previdência dos servidores públicos, o Congresso Nacional absteve-se, conscientemente, no contexto da reforma do modelo previdenciário, de fixar a necessária matriz constitucional, cuja instituição se revelava indispensável para legitimar, em bases válidas, a criação e a incidência dessa

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado).

exação tributária sobre o valor das aposentadorias e das pensões. O regime de previdência de caráter contributivo, a que se refere o art. 40, *caput*, da Constituição, na redação dada pela EC 20/98, foi instituído, unicamente, em relação “Aos servidores titulares de cargos efetivos [...], inexistindo, desse modo, qualquer possibilidade jurídico-constitucional de se atribuir, a inativos e a pensionistas da União, a condição de contribuintes da exação prevista 41* na Lei 9.783/1999. Interpretação do art. 40, §§ 8º e 1º 17890, c/c o art. 195, II, da Constituição, todos com a redação que lhes deu a EC 20/1998. Precedente: ADI 2.010-MC/DF, rel. Min. Celso de Mello. O Regime contributivo é, por essência, um regime de caráter eminentemente retributivo. A questão do equilíbrio atuarial (CF, ART. 195, § 5º). Contribuição de seguridade social sobre pensões e proventos: ausência de causa suficiente. - Sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício. A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição. Doutrina. Precedente do STF. (STF ADC-MC2010/DF, Plenário, rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/04/2002.)

Somente com a edição da EC 41/2003, tornou-se possível a incidência da contribuição previdenciária sobre os proventos e pensões dos servidores inativos e pensionistas, inclusive sobre os servidores que já estavam aposentados antes da vigência da referida Emenda.

Posteriormente, com o julgamento das ADIs 3.105/DF e 3.128/DF. A ADI 3.128/DF, o STF declarou constitucional a cobrança:

EMENTAS:

1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003.

No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção

dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, *caput*, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, e 201, *caput*, da CF.

Não é inconstitucional o art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. 3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional. (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). (STF, Tribunal Pleno, ADI 3.128/DF, Rel. para o acórdão Ministro César Peluzo, DJ 18.02.2005, p. 004.)

Com relação ao prequestionamento arguido em relação a Lei 9.783/1999 e aos arts. 194, V, e 195 da CF os argumentos citados nesta decisão demonstram que não existem ofensas aos dispositivos legais mencionados. Ao contrário, os fundamentos de fato e de direito que embasam a presente decisão demonstram claramente que houve observância à legislação citada e a preceitos constitucionais.

Apelação e remessa necessária a que se nega provimento.

É o voto.

Sétima Turma Suplementar

Numeração única: 0012211-76.2005.4.01.3800

Apelação Cível 2005.38.00.012292-4/MG

Relator: Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado)
Apelante: Estado de Minas Gerais
Procurador: Dr. Marcelo Barroso Lima Brito de Campos
Apelada: Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – Embrapa
Advogados: Dra. Teodolina de Assis Lopes Gott e outros
Publicação: e-DJF1 de 02/08/2013, p. 437

Ementa

Administrativo, Processual Civil e Tributário. Ação ordiária movida por empresa pública federal. Competência da Justiça Federal. Sentença ultra petita. Nulidade. Não ocorrência. Alienação de veículos por meio de leilão público. IPVA e taxa de licenciamento. Pretensão de exigi-los do antigo proprietário. Impossibilidade. Responsabilidade tributária solidária. Inexistência. Art. 134 do Código de Trânsito brasileiro. Inaplicabilidade.

I. Competindo aos juízes federais “processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes” (Constituição Federal, art. 109, I) e sendo empresa pública federal a apelada, rejeito a preliminar de incompetência da Justiça Federal.

II. Pedido na inicial fosse determinada à Fazenda Estadual a expedição de certidão negativa de débitos ou positiva com efeitos de negativa, não é *extra petita* a sentença, que “determinou que o Estado ‘por si, suas secretarias, órgãos e prepostos, sob pena do pagamento de multa diária da ordem de R\$1.000,00 (Um mil reais), em favor da autora”, posto que a imposição de *astreintes*, como mecanismo executivo, não se submete ao princípio da demanda. (AC 0003693-92.2008.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1, p. 39, de 30/07/2012.)

III. Referindo-se a dívida ao IPVA e à Taxa de Licenciamento de veículos alienados em leilão público, não há responsabilidade tributária solidária do anterior proprietário, sendo inaplicável, no caso, o art. 134 do Código de Trânsito brasileiro, que obriga o antigo proprietário a comunicar transferência de veículos para livrar-se da responsabilidade solidária por penalidades impostas e reincidências até a data da comunicação. Precedentes.

IV. Apelação a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação.

7ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 11/06/2013.

Juiz Federal *Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo: — Trata-se de apelação interposta pelo Estado de Minas Gerais de sentença que julgou procedente, em parte, ação anulatória de débito tributário movida pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – Embrapa, reconhecendo a inexigibilidade de dívida referente ao IPVA e à Taxa de Licenciamento de veículos alienados em leilão público pela autora e

determinando a emissão de certidão de regularidade fiscal em seu favor.

Em suas razões recursais, o réu postula reforma parcial da sentença, alegando preliminares de incompetência da Justiça Federal e de nulidade da sentença por julgamento *extra petita* e insistindo na existência de responsabilidade solidária do antigo proprietário dos veículos.

Em contrarrazões, a autora reclama a manutenção do julgado.

Sem remessa necessária.

Processado regularmente o recurso, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo: — Competindo aos juízes federais “processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes” (Constituição Federal, art. 109, I) e sendo empresa pública federal a apelada, rejeito a preliminar de incompetência da Justiça Federal.

Clama o apelante pela nulidade da sentença por julgamento *extra petita*, tendo em conta que, pedido na inicial fosse determinada à Fazenda Estadual a expedição de certidão negativa de débitos ou positiva com efeitos de negativa, o julgado “determinou que o Estado ‘por si, suas secretarias, órgãos e prepostos, sob pena do pagamento de multa diária da ordem de R\$ 1.000,00 (um mil reais), em favor da autora’”, fornecesse a CND.

À evidência, não é caso de sentença *extra petita*, posto que a imposição de astreintes, como mecanismo de execução, não se submete ao princípio da demanda. (AC 0003693-92.2008.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1, p. 39, de 30/07/2012)

A dívida refere-se ao IPVA e à Taxa de Licenciamento de veículos alienados em leilão público, lançados em nome do anterior proprietário, a apelada.

Alega o apelante que, não comunicada a venda ao órgão de trânsito, por escrito e na forma estabelecida no Código de Trânsito brasileiro, a apelada não se exime da responsabilidade solidária, mesmo porque essa exigência legal “procura evitar lesão ao interesse público e sonegação tributária”, e, na espécie, o IPVA dos veículos, transferidos a terceiros desconhecidos, não foi pago.

A sentença foi proferida nos termos seguintes:

[...]

Contudo, a norma acima colacionada [art. 134 do CTB] há de ser interpretada dentro do ordenamento jurídico em que se insere e, sobretudo,

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado).

do sistema tributário previsto na Carta de Outubro de 1988.

Assim é que, de acordo com a legislação civil, passada em vigor – arts. 620 do revogado CC e 1.267 do atual -, a transmissão da propriedade de bens móveis, e, óbvio, veículos automotores o são, opera-se com a entrega da coisa ao adquirente. Quaisquer outras exigências não passam de meras formalidades que não têm o condão de diferir a tradição para momento posterior à sua efetivação. Vem daí que a atualização e formalização de registros junto ao DETRAN não é o marco da transferência da propriedade do automóvel, ela já se operou quando da sua entrega pelo alienante ao adquirente.

Ademais, de modo contrário ao defendido pelo réu, na disposição acima mencionada o legislador ordinário se limitou a ditar que haverá responsabilidade solidária do alienante por *penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação*. Vale dizer, restringiu-se às sanções de natureza administrativa cominadas aos condutores de veículos automotores por infração aos ditames do CTB. Nada mais. Nada tratou com relação aos tributos decorrentes da propriedade de automóveis, nem poderia tratar, pois que não cuidou de disciplinar o tema.

Logo, é de se concluir que a norma contida no art. 134 do CTB não se presta a configurar responsabilidade tributária solidária do antigo proprietário que deixou de fazer a comunicação formal de transferência da propriedade do veículo.

[...]

Cabe-me, ainda, consignar que o mesmo raciocínio acima desenvolvido presta-se a afastar a exigência do recolhimento das Taxas de Licenciamento devidas, já que, a teor da regra contida no art. 5º da Lei Estadual nº 14.136, de 28 de dezembro de 2001, sua hipótese de incidência também é a propriedade de veículo automotor.

[...] (Destaque do original.)

O entendimento explicitado na sentença vai ao encontro do que decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IPVA E TAXA DE LICENCIAMENTO. ALIENAÇÃO DE VEÍCULO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO, NA FORMA DO ART. 134 DO CTB. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO GERA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA AO ANTIGO PROPRIETÁRIO, EM RELAÇÃO AO PERÍODO POSTERIOR À ALIENAÇÃO.

1. O art. 134 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) estabelece que, “no caso de transferência de propriedade, o proprietário antigo deverá encaminhar ao órgão executivo de trânsito do Estado dentro de um prazo de trinta dias, cópia autenticada do comprovante de transferência de

propriedade, devidamente assinado e datado, sob pena de ter que se responsabilizar solidariamente pelas penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação". Por outro lado, o art. 123, I, do CTB impõe a obrigatoriedade de expedição de novo Certificado de Registro de Veículo quando for transferida a propriedade, sendo que, nesta hipótese, o prazo para o proprietário adotar as providências necessárias à efetivação da expedição do novo Certificado de Registro de Veículo é de trinta dias (§ 1º). Ressalte-se que tal obrigação é imposta ao proprietário — adquirente do veículo — pois, em se tratando de bem móvel, a transferência da propriedade ocorre com a tradição (arts. 1.226 e 1.267 do CC/2002).

2. A responsabilidade solidária prevista no art. 134 do CTB refere-se às penalidades (infrações de trânsito), não sendo possível interpretá-lo ampliativamente para criar responsabilidade tributária ao antigo proprietário, não prevista no CTN, em relação a imposto ou taxa incidente sobre veículo automotor, no que se refere ao período posterior à alienação. Ressalte-se que a exigência de encaminhamento do comprovante (comunicação), na forma prevista no artigo referido,

não se caracteriza como condição nem como ato constitutivo da transferência da propriedade, tendo como finalidade apenas afastar a responsabilidade do antigo proprietário pelas penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação. Nesse sentido: REsp 1.116.937/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJe* de 8.10.2009.

3. Recurso especial provido. (REsp 2010/0021130-6, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, *DJe* de 14/08/2012.

Desse modo, não vislumbro motivo para reformar o julgado no essencial, devendo, apenas, adequar o comando judicial aos limites do pedido.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, limitando a determinação contida no julgado à expedição, pelo Estado de Minas Gerais, da certidão de regularidade fiscal vindicada.

É como voto.

Agravo de Instrumento 0031474-67.2013.4.01.0000/PA (d)

Relatora : Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Agravante: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras
Advogados: Dr. Alexandre dos Santos Canto e outros
Agravada: Fazenda Nacional
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Publicação: e-DJF1 de 26/06/2013, p. 352–354

Decisão

Em razão do evidente *periculum in mora*, nos termos em que justificado na petição de interposição do recurso, *reconsidero o despacho de fl. 204* e passo a analisar o pedido de antecipação da tutela.

Pretende Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras a reforma da decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da Ação de Conhecimento 0011484-30.2013.4.01.3400, indeferiu os pedidos liminarmente formulados para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em discussão e para o fornecimento de Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa – CPD-EN.

A agravante relata que a ação ajuizada na origem tem por objetivo anular o crédito tributário referente ao Auto de Infração 0217600/007-05, uma vez que as importações de combustível por ela realizadas fazem jus ao *benefício de redução da alíquota do Imposto de Importação previsto no âmbito do Acordo de Complementação Econômica 39 (ACE 39), instituído pelo Decreto 3.138/1999* (fl. 7).

Descreve que *efetivou a importação de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP) – Propano produzido na Venezuela, país membro da Aladi, através da Declaração de Importação 00/00133726-2, registrada em 15/02/2000, sendo reduzida a alíquota do respectivo imposto, com base no Acordo de Complementação Econômica 39 (ACE 39), aprovado pelo Decreto 3.138 de 16/08/1999* (fl. 8).

Sustenta que *toda a documentação referente à operação de importação está interligada, refutando a tese de divergência entre documentos. E mais, todo o desembaraço aduaneiro ocorreu com o conhecimento de embarque e o certificado de origem comprovando que a mercadoria foi expedida diretamente da Venezuela para o Brasil* (fl. 9).

Defende que a participação da Petrobras International Finance Company – Pifco, empresa do grupo econômico da agravante, sediada em Trinidad y Tobago, *não induz à descaracterização da efetiva transação comercial entre Venezuela e Brasil, por cujos territórios transitou a mercadoria, devendo incidir o art. 4º, alínea a, da Resolução 78/Aladi* (fl. 9).

Reputa presente o *periculum in mora* visto que, *sendo a agravante uma empresa de energia, a quase totalidade de suas operações ocorre por meio de contratos de concessão e exploração econômica junto à União Federal. Por tal motivo, a necessidade de certidão negativa de débito fiscal emitida pela Receita Federal do Brasil – ou positiva com efeitos de negativa – afigura-se imprescindível à continuidade de suas atividades, pois (não sendo possível a obtenção desse documento) fica ela impossibilitada de contratar com a União, obstando sua atuação no domínio econômico, com sérios prejuízos à economia do País* (fl. 6).

Oferece em garantia *caução real, consistente no volume de óleo diesel descrito na petição exordial, de propriedade da agravante, em valor equivalente ao montante do crédito tributário ora discutido, atualizado à época do ajuizamento da ação* (fl. 15), ou, subsidiariamente, apólice de seguro-garantia.

Requer a antecipação da tutela recursal e o provimento do recurso.

Este agravo de instrumento, protocolado em 04/06/2013, veio-me concluso em 05/06/2013.

Decido.

Recebo o agravo como de instrumento, nos termos da redação dada ao art. 522 do CPC pela Lei 11.187/2005.

Não se discute, neste recurso, nenhum aspecto referente ao mérito da matéria tratada na ação de conhecimento ajuizada na origem, referente ao *benefício de redução da alíquota do Imposto de Importação previsto no âmbito do Acordo de Complementação Econômica 39 (ACE 39), instituído pelo Decreto 3.138/1999* (fl. 7).

Ao contrário, a controvérsia reside tão somente na possibilidade de recebimento de caução real, a qual consiste em volume de óleo diesel compatível com o valor do débito, ou de apólice de seguro-garantia, com o objetivo de assegurar a suspensão da exigibilidade do tributo em questão e de possibilitar a expedição de certidão de regularidade fiscal.

Em razão da similitude com a carta de fiança bancária, tenho entendido pela possibilidade de se receber como caução apólice de seguro-garantia apresentada pela parte interessada, desde que a seguradora seja idônea e que o valor contratado seja suficiente para a cobertura do débito.

Entendo que admitir em garantia o oferecimento de apólice seguro-garantia é medida plenamente possível, porquanto incluída no poder geral de cautela, e por configurar meio de garantia menos gravoso enquanto em discussão o direito que se pretende ver reconhecido (aplicação analógica do art. 620 do CPC). Este preceito não trata de mera faculdade judicial, mas de disposição cogente, segundo a qual o magistrado deverá buscar, dentro das diversas possibilidades existentes, a menos onerosa para o devedor.

Vale notar que a apólice de seguro-garantia assemelha-se à carta de fiança e situa-se em segundo lugar na ordem estabelecida no art. 9º da Lei 6.830/1980. Assim como a carta de fiança bancária, constitui garantia de obrigação de imediata liquidez, contratada pelo cliente da instituição financeira para com terceiros, em que a instituição financeira é a fiadora, o cliente da instituição é o afiançado e o terceiro é o favorecido ou beneficiário.

A jurisprudência deste Tribunal está em sintonia com esse entendimento, especialmente quando conclui que, *sendo o valor da apólice seguro-garantia suficiente para garantir a execução, com prazo de três anos de vigência, podendo ser renovado com simples comunicação junto à Seguradora, possível, portanto, a sua utilização para assegurar o débito* (TRF1ª, AGA 0015774-27.2008.4.01.0000/PA, acórdão da minha relatoria, Oitava Turma, e-DJF1 de 05/12/2008, p. 393).

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA ON LINE POR SEGURO GARANTIA JUDICIAL - POSSIBILIDADE - AGRAVO IMPROVIDO.

1. A Lei nº 11.382/2006, introduzindo no CPC o §2º ao art. 656, viabilizou expressamente a substituição da penhora por fiança bancária (=débito a ser garantido) ou por seguro garantia judicial (= valor devido + 30%).

2. Como a fiança bancária tem paridade com o depósito em dinheiro (art. 9º, I, II e §3º, da Lei nº 6.830/80), reconhecida pelo STJ (MC nº 13.590/RJ), também assim ocorre com o “seguro garantia judicial”.

3. Admissível, emprestando eficácia ao quanto estabelece o art. 620, do CPC, a substituição dos ativos financeiros penhorados, por bem de outra natureza, ainda que inobservada a ordem legal de preferência, mas idôneo à satisfação da pretensão executiva ou sua garantia.

4. Agravo Regimental não provido.

(TRF1ª, AGA 0052238-16.2009.4.01.0000/BA, rel. convocada juíza federal Gilda Sigmaringa Seixas, Sétima Turma, e-DJF1 de 12/3/2010, p.458).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - MEDIDA CAUTELAR - CPD-EN - “SEGURO GARANTIA JUDICIAL”: POSSIBILIDADE - AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1 - A Lei nº 11.382/2006, introduzindo no CPC o §2º ao art. 656, viabilizou expressamente a substituição da penhora por (=débito a ser garantido) ou por (= valor devido + 30%).

2 - Como a fiança bancária tem paridade com o depósito em dinheiro (art. 9º, I, II e §3º, da Lei nº 6.830/80), reconhecida pelo STJ (MC nº 13.590/RJ), também assim ocorre com o “seguro garantia judicial”.

3 - Se, para fins de Execução fiscal (satisfação do crédito tributário), equivalem (aptidão para produzir os mesmos efeitos) “depósito” e “fiança bancária” (à qual o CPC equipara o seguro garantia judicial), mais se reforça a “igualdade potencial” se a pretensão remete apenas à obtenção de CPD-EN, na lógica do razoável, que afasta o mero comodismo recalcitrante.

4 - A Apólice apresentada (representativa do seguro garantia judicial) acoberta o valor principal (+30%), os juros, a multa de mora e os demais encargos, agregada SELIC: atendido, na prática, o art. 151, II, c/c art. 206 do CTN, cabível a CPD-EN.

5 - Agravo de instrumento provido.

6 - Peças liberadas pelo Relator, em 30/06/2009, para publicação do acórdão.

(TRF1ª, AG 0012833-70.2009.4.01.0000/DF, rel. Des Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 de 24/07/2009, p. 200).

Embora a agravante tenha manifestado interesse em caucionar o juízo competente com o oferecimento de seguro-garantia, não instruiu este recurso com a cópia da apólice contratada, mas tão somente com documentos referentes a J. Malucelli Seguradora S/A (fls. 153–186).

Entendo, contudo, ser possível conceder à agravante oportunidade para apresentar, no juízo de origem, a apólice do seguro-garantia a ser contratado em valor que contemple o débito principal questionado, atualizado até aquela data, acrescido de 30% (trinta por cento), conforme requerido.

Ante o exposto, com fulcro no art. 527, III, e 558, do CPC e do art. 29, XXIII, do RITRF 1ª Região, *defiro o pedido de antecipação da tutela recursal*, para determinar a suspensão da exigibilidade do débito tributário em discussão no processo do qual deriva este recurso (art. 151, II, do CTN), mediante a contratação e a apresentação, no juízo *a quo*, de apólice de seguro-garantia no valor do débito principal questionado, devidamente atualizado, acrescido de 30% (trinta por cento).

Uma vez apresentada a apólice de seguro-garantia nos termos aqui definidos, não deve ser obstada a expedição de Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa – CPD-EN em razão do débito objeto da Ação de Conhecimento 11484-30.2013.4.01.3900/PA.

Comunique-se ao juízo prolator da decisão agravada, para que dê cumprimento a esta decisão.

Publique-se. Intime-se.

Intime-se a União (Fazenda Nacional) para apresentar contraminuta (art. 527, V, do CPC).

Brasília, 19 de junho de 2013.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Agravo de Instrumento 0033403-38.2013.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
 Agravante: Agroindustrial Santa Juliana S/A
 Advogados: Dr. Antônio Carlos Gonçalves e outros
 Agravado: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Cléber Eustáquio Neves
 Publicação: e-DJF1 de 08/07/2013, p. 124

Decisão

Trata-se a espécie de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão proferida pelo douto Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG, deferindo o pedido de antecipação da tutela formulado nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra Agroindustrial Santa Juliana S/A ora recorrente, ordenando à promovida que *“se abstenha de promover a saída de mercadoria e de veículos de carga de seus estabelecimentos comerciais, ou de estabelecimentos de terceiros, contratados a qualquer título, com excesso de peso, em desacordo com a legislação de trânsito e com as especificações dos veículos”*, sob pena de multa pecuniária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada hipótese em que se constatar o descumprimento de qualquer dos aspectos da decisão, aplicável a partir da intimação pessoal da parte requerida, sem prejuízo da aplicação de eventuais penalidades previstas na legislação de trânsito e sem prejuízo da responsabilização penal por desobediência. Determinou, ainda, que, no prazo da contestação, a promovida apresentasse as informações postuladas pelo Ministério Público Federal, quais sejam, todas as notas fiscais, conhecimentos de transportes e tickets de pesagem, emitidos de 2008 a 2012, de forma sequencial, em meio magnético.

Em suas razões recursais, sustenta a recorrente, em resumo, que, embora não pretenda se insurgir contra o *decisum* impugnado no tocante à vedação do tráfego de veículos com excesso de peso, por se tratar de expressa

previsão legal nesse sentido, discorda da imposição da multa pecuniária fixada pelo juízo monocrático, eis que, eventual descumprimento das normas de trânsito, estaria sujeita às penalidades previstas na legislação de regência, a caracterizar, na espécie, a ocorrência de *bis in idem*. Acrescenta, ainda, que, relativamente à determinação constante da decisão em referência, alusiva à apresentação da documentação solicitada pelo Ministério Público Federal, tais documentos já teriam sido fornecido ao *Parquet*, em sua forma física, não se justificando a pretendida substituição por meio magnético, mormente em face da sua elevada quantidade, a inviabilizar o seu fornecimento no prazo para contestação.

Não obstante os fundamentos deduzidos pela recorrente, não vejo presentes, na espécie, os requisitos do art. 558 do CPC, a autorizar a concessão do almejado efeito suspensivo, na medida em que não conseguem infirmar as lúcidas razões em que se amparou a decisão agravada, notadamente em face do caráter manifestamente cautelar da medida ordenada, de forma a inibir, em caráter preventivo, o descumprimento das normas de trânsito, especificamente, no tocante ao excesso de peso das cargas transportadas nas rodovias federais, cujos reflexos nefastos na segurança de seus usuários e no meio ambiente, diferentemente do que sustenta a recorrente, são notórios e independem de qualquer comprovação prévia, não se podendo admitir que, somente após a ocorrência de sinistros daí decorrentes, sejam adotadas as medidas de cautela postuladas pelo Ministério Público Federal.

De outra banda, a estipulação de multa pecuniária, no *decisum* impugnado, por si só, não configura a ocorrência de *bis in idem*, tendo em vista que a sua fixação, no caso, encontra-se atrelada ao descumprimento da ordem judicial em referência, não se confundindo com a multa administrativa decorrente da infração de trânsito.

Por fim, no que se refere às alegações veiculadas pela suplicante, no sentido de que a documentação pretendida pelo MPF já lhe teria sido fornecida, em sua forma física, não se justificando nova apresentação, agora sob a modalidade magnética, tal pleito haverá de ser submetido à apreciação do juízo monocrático, eis que as circunstâncias em que se ampara não foram examinadas no *decisum* agravado.

Com estas considerações, indefiro o pedido de efeito suspensivo formulado na inicial.

Intime-se o agravado, nos termos do art. 527, V, do CPC, abrindo-se vistas, após, à douta Procuradoria Regional da República.

Publique-se.

Brasília, 14 de junho de 2013.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, relator.

Agravo de Instrumento 0036358-42.2013.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado)
Agravante: Maria Alice Lemos Diniz Gonçalves
Advogado: Dr. Marco André Dunley Gomes
Advogada: Dra. Carla Maria Dunley Sanseverino
Agravada: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Publicação: e-DJF1 de 08/07/2013, p. 53-54

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal (art. 527, III, do CPC) interposto por Maria Alice Lemos Diniz Gonçalves contra decisão da Juíza Federal em exercício na 22ª Vara

da SJDF que, nos autos da execução da sentença prolatada no processo 1999.34.00.039391-0, indeferiu pedido de expedição de precatório, com destaque de honorários contratuais, em favor da parte autora, ao fundamento de que tal diligência só seria possível após o trânsito em julgado da sentença proferida nos Embargos à Execução 1368-10.2013.4.01.3400, não sendo possível atropelar os trâmites previstos na Constituição Federal e na legislação de regência.

Aduz a agravante, em síntese, que a própria União reconheceu o equívoco na propositura dos embargos, uma vez que o valor executado a título de honorários referir-se-iam aos honorários contratuais, cujo montante foi destacado com base no permissivo do § 4º do art. 22 da Lei 8.906/1994, e não a honorários de sucumbência, observando que o erro já havia sido detectado pela própria Contadoria Judicial. Assim, seria imperativa a expedição do respectivo precatório, haja vista que todo o montante exigido tornou-se incontroverso.

Sustenta, pois, a existência dos requisitos para a antecipação da tutela recursal, observando que o *periculum in mora* residiria na irrazoável demora na tramitação do processo, sem o pagamento da quantia da condenação, devendo a decisão ser tomada de pronto com vistas a possibilitar a pronta expedição do precatório, para seu pagamento no correr do ano de 2014.

Decido.

Não obstante tenha a União oposto embargos à execução, sustentando a nulidade, por iliquidez, do título judicial, como um todo, pelo que, em princípio, não haveria valores incontroversos, em petição de fl. 610 dos autos originais, ratificou o Parecer Técnico 13.140-C/2012-DCP/PGU/AGU e informou que “não se opõe ao valor de R\$ 1.703.793,78”, reconhecendo, nesse passo, inclusive, seu equívoco quanto à impugnação dos honorários contratuais.

Assim, conquanto pendente o julgamento dos embargos, é possível a expedição de precatório dos valores incontroversos. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. HONORÁRIOS. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO. VALORES INCONTROVERSOS. EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO: POSSIBILIDADE. (4) 1. Incidem juros de mora nos cálculos de honorários advocatícios devidos pelo réu a partir da citação do processo de conhecimento. 2. Consoante reiterada jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, é possível a expedição de precatório referente a valor incontroverso, ainda que pendentes de julgamento os embargos do devedor, a teor do disposto no art. 739 - A, § 3º, do CPC. 3. Apelação a que se dá provimento.

(AC 200834000074624, DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA CATÃO, TRF1 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 DATA: 12/04/2013 PAGINA:1056.)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PAGAMENTO DE VALORES INCONTROVERSOS. POSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. 1. Tendo o executado reconhecido expressamente como devido uma parte do valor sob execução, entendem-se tais valores como incontroversos, sendo cabível a expedição de precatório ou RPV, conforme o caso, com vistas à sua liquidação, devendo a execução prosseguir apenas em relação à parte remanescente. Precedentes. 2. Agravo de instrumento provido. (AG 200801000314287, Des. Federal Mônica Sifuentes, TRF1 - Segunda Turma, e-DJF1 Data: 13/01/2011, p.119.)

Outrossim, patente o *periculum in mora*, haja vista a proximidade da data limite para envio do precatório, para que seu pagamento se faça possível até o final do exercício seguinte, nos termos do art. 100, § 5º, da Constituição da República, devendo ser levada em consideração, também, a idade avançada da agravante, bem como o fato de a ação, da qual decorre seu crédito, ter sido proposta em dezembro de 1999, já se observando, pois, considerável demora na sua tramitação.

Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal (art. 527, III, do CPC), para determinar a imediata expedição de precatório a favor da agravante, no valor reconhecido como devido pela agravada (R\$ 1.703.793,78).

Comunique-se, com urgência, ao juízo *a quo*.

Após, intime-se a parte agravada (União) para resposta, no prazo legal.

Publique-se.

Brasília, 28 de junho de 2013.

Juiz Federal *Renato Martins Prates*, relator convocado.

Medida Cautelar Inominada 0036484-92.2013.4.01.0000/DF

Relatora : Desembargadora Federal Selene Almeida
Requerente: Telefônica Brasil S.A.
Advogados: Dr. Carlos Alexandre Guimarães Pessoa e outros
Requerido: Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação: e-DJF1 de 08/07/2013, p. 129–131

Decisão

Trata-se de ação cautelar proposta pela empresa Telefônica Brasil S.A. em face da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel objetivando a antecipação dos “efeitos da tutela recursal pleiteada em sede de apelação, suspender a exigibilidade do crédito oriundo do Processo Administrativo (apensador) 5350.0009773/2006 e de todos os seus Pados apensados, nos termos do art. 151, V, do CTN; e, por conseguinte, permitir a conclusão do processo de reestruturação societária da autora” obstando “o bloqueio ao STEL, bem como a inscrição da Telefônica no Cadin e Sincaf, expedindo ofício à Anatel para cumprimento das obrigações de não fazer, tudo até a apreciação do pedido antecipatório contido em recurso de apelação”.

Relata, em síntese, o seguinte:

A presente Medida Cautelar visa a resguardar o direito da TELEFÔNICA BRASIL S.A a uma tutela tempestiva e útil. Objetiva, mais especificamente, evitar a ocorrência de danos de difícil reparação, que podem ser gerados a sua esfera de direitos, caso não seja concedido efeito suspensivo ativo ao recurso de apelação em face da sentença que extinguiu o processo nº 0033535-80.2013.4.01.3400.

Em 21.06.2013 a Telefônica ajuizou medida cautelar com pedido de liminar, visando suspender a exigibilidade do crédito oriundo do processo administrativo nº 53500.0009773/2006 (apensador), e todos os seus PADOS nele apensados, assim como para que a ANATEL se abstivesse de inserir seu nome no CADIN e SINACAF, e negar o seu acesso ao STEL.

Recebido o processo pelo juízo 15ª Vara federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, foi determinado que a Telefônica comprovasse a inexistência de litispendências com outros processos.

Devidamente comprovado que não havia qualquer litispendência, os autos foram conclusos para apreciação do pedido liminar. Com efeito, o juízo a quo entendeu que deveria indeferir a petição inicial e julgar extinto o processo, na forma art. 267, I e IV, do CPC, cujo principal trecho da sentença está abaixo transcrito. Cita-se:

“Por fim, se a pretensão reclamar “providência de natureza cautelar”, poderá o juiz conceder liminar, nos termos do §7º, do art. 273, do CPC. Verifica-se, no caso dos autos, que a tutela pretendida pela autora pode e deve ser postulada diretamente na ação principal, albergando-se nela o pedido de antecipação de tutela ou de liminar. (...) Posto isto, indefiro a petição inicial e julgo extinto o processo sem resolução do mérito, com base no art. 267, I e IV, do CPC”.

Conforme será demonstrado abaixo, a sentença proferida não observou jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, que admite a fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias de tutela, o que é objeto de recurso de apelação já interposto perante o MM. juízo de primeiro grau.

Contudo, é fundamental para assegurar o não perecimento do direito da Telefônica que esse e. Tribunal receba a presente medida cautelar e defira o pedido nela postulado, em caráter liminar e urgente [...].

Quanto ao mérito da pretensão, afirma, em síntese:

Em 10 de abril de 2006, a ANATEL instaurou o Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações – PADO nº 53500.009773/2006 em face da TELEFÔNICA, concessionária do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) nos setores 31, 32 e 34 da região III do Plano Geral de Outorgas (PGO), em virtude do Relatório de Fiscalização nº 909/ER01FB, de 17/12/2004, elaborado para verificação de interrupções do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, no período de março a maio de 2004.

De acordo com o Relatório de Fiscalização, elaborado com base na metodologia de amostragem, teriam sido constatadas interrupções sistêmicas programadas e não programadas, para as quais, em alguns casos, não teria havido a correlata comunicação à ANATEL, às demais prestadoras, ao público em geral e aos assinantes, bem como não teria sido realizada a devolução do crédito relativo aos períodos de interrupção dos serviços.

[...]

Foi oferecida a competente defesa administrativa, impugnando cada uma das infrações individualmente.

Ocorre que, ao exarar o Informe nº 579/2008-PBQID/PBQI, a ANATEL determinou o apensamento de outros 19 (dezenove) procedimentos administrativos instaurados contra a autora, que tratam dos mais diversos temas, àquele PADO (Procedimento Administrativo de Descumprimento de Obrigação) originário, ao argumento – absolutamente descabido, como se verá – de que haveria uma suposta “conexão, decorrente da identidade de objetos e parte, e, especialmente, em atenção à eficiência e conveniência da instrução do procedimento objetivando a melhor apuração dos fatos”.

[...]

A maior parte das infrações apontadas nos PADOs foi, no entanto, mantida, pois a agência entendeu, equivocadamente, pela ocorrência dos alegados descumprimentos por parte da TELEFÔNICA e que os argumentos por esta expostos nas defesas apresentadas em cada um dos procedimentos, especialmente no que tange às excludentes à obrigação de continuidade dos serviços e ao atendimento da finalidade das regras de comunicação acerca das interrupções temporárias do STFC, seriam incapazes de afastar sua responsabilidade pelas infrações.

Assim, o despacho nº 5712/2008/PBQI/SPB, além de ratificar o apensamento de todos os procedimentos ao PADO nº 53500.09773/2006, chamado “apensador”, aplicou sanções de multa no valor total de R\$ 13.415.538,24 (treze milhões, quatrocentos e quinze mil, quinhentos e trinta e oito reais, vinte e quatro centavos) [...]

[...]

Em 30 de abril de 2009, a TELEFÔNICA interpôs, tempestivamente, recurso administrativo com pedido de efeito suspensivo, argumentando, preliminarmente (i) a nulidade de decisão recorrida, pois a reunião dos PADOs foi feita sem que houvesse afinidade temática entre os mesmos, acarretando decisão genérica e padronizada, sem fundamentação específica sobre os temas tratados nos PADOs, o que prejudicou a análise pormenorizada de cada infração e violou o dever de motivação, além de afrontar a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal; (ii) os arquivamentos/descaracterizações de diversas infrações comprovam o substancial despreparo e as falhas dos procedimentos fiscalizatórios; (iii) ocorrência de prescrição da possibilidade de sanção no PADO 53500.017087/2007; (iv) os equívocos da dosimetria das multas aplicadas, sendo necessária sua revisão, especialmente por ter sido criada uma “tabela para o valor base” das multas aplicadas, pela violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, por terem sido considerados o porte e a participação de mercado da operadora para o cálculo e pela variação de metodologias.

No mérito, a TELEFÔNICA demonstrou porque as infrações descritas em cada um dos PADOs instaurados deveriam ser desconsideradas, anulando-se as sanções e multas impostas, e que, alternativamente, fossem revistos os critérios de cálculo das multas que eventualmente fossem mantidas pelo Conselho Diretor.

O Presidente do Conselho Diretor da ANATEL concedeu efeito suspensivo ao recurso interposto pela Telefônica e devolveu os autos à Superintendência de Serviços Públicos determinando que fosse esclarecido se a multa aplicada “no caso concreto observa os princípios da proporcionalidade e, especialmente, da razoabilidade, levando em consideração as informações contidas no Informe nº 148/2008-PBCPA/PBCP, de 26 de maio de 2008”, conforme fls. 280 daquele procedimento.

Foi, então, elaborado novo Informe de nº 03/2010-PBQID/PBQI (fls. 316/322), reconhecendo a procedência das alegações apresentadas em defesa pela Telefônica para afastar a obrigação de devolução de créditos pela interrupção do STFC, na modalidade de longa distância, descaracterizando tais infrações dos PADOs 5350.0018108/2006, 5350.0018110/2006 e 5350.0018132/2006, reduzindo-se as multas aplicadas em cada um dos procedimentos e a multa final.

O despacho 1656/2010/PBQID/PBQI/SPB (fls. 323/324) aplicou, então, a multa no valor de R\$ 13.294.176,13 (treze milhões, duzentos e noventa e quatro mil, cento e setenta e seis reais, treze centavos) – que, atualizado até a presente data, atinge o vultoso montante de R\$ 21.607.581,91 (vinte e um milhões, seiscentos e sete mil, quinhentos e oitenta e um reais e noventa e um centavos) – e determinou a comprovação de ressarcimento dos créditos relativos às interrupções, no prazo de 60 (sessenta) dias.”

Justifica o *periculum in mora* nos seguintes termos:

A Telefônica deu início à reestruturação societária das dez empresas do seu grupo, através de um projeto altamente complexo de unificação das operações de telecomunicações do Grupo Telefônica em uma única empresa de telecomunicações no Brasil, a Telefonica Brasil S/A, com a cisão parcial e incorporação das empresas Vivo S/A, A.Telecom S/A, Telefonica Sistema de Televisão S/A e Telefonica Data S/A, o que culminou com a comunicação do fato relevante ao mercado em meados de maio do corrente ano e de requerimento de aprovação da referida aprovação à AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – Anatel, que aprovou a fusão dos serviços prestados pela concessionária no país, agora unificados sob a marca Vivo.

[...]

[...] a Telefônica providenciou a publicação do edital de convocação de seus acionistas para comparecimento à Assembleia Geral Extraordinária - AGE, que será realizada nos próximos dias, de modo que todo esse longo processo de reestruturação será finalizado agora com essa AGE.

A realização da AGE é ato fundamental para finalizar e formalizar a reestruturação, mas a realização dessa AGE se tornará despendida se não for concedida a medida liminar, ora requerida, para suspender a exigibilidade do crédito oriundo do mencionado processo administrativo.

Por esse motivo é imprescindível a suspensão da exigibilidade da multa aplicada com a consequente expedição de certidão positiva com efeito de negativa pela Anatel, a fim de que seja cumprido requisito imposto pela norma legal.

Requer, ao fim, a apreciação do pedido formulado liminarmente na cautelar ajuizada no primeiro grau.

É o relatório do essencial. Decido.

A requerente propôs medida cautelar inominada perante a Seção Judiciária do Distrito Federal, que foi distribuída a 15ª Vara.

A sentença proferida pelo juízo *a quo* limitou-se a indeferir a petição inicial, não tendo chegado a examinar a questão de fundo da pretensão posta em juízo (fls. 394–6).

Contra a referida sentença a requerente interpôs apelação com pedido de antecipação da tutela recursal para deferir a liminar pleiteada na medida cautelar e, a seguir ajuizou a presente ação cautelar, pelos motivos acima relatados.

A assembleia geral extraordinária convocada pela requerente na qual será finalizada a reestruturação societária das dez empresas do seu grupo está marcada para o dia 1º de julho de 2013, às 11 horas (fls. 390–3).

A leitura dos autos revela que a requerente logrou comprovar que é fundamental para a realização da aludida assembleia geral extraordinária a suspensão da exigibilidade da multa aplicada pela Anatel no valor de R\$ 21.607.581,91 (*vinte e um milhões, seiscentos e sete mil, quinhentos e oitenta e um reais e noventa e um centavos*).

Para tanto, apresenta seguro fiança para garantir o juízo.

A jurisprudência sobre o tema tem prestigiado esse instrumento, condicionado, por óbvio, ao valor da apólice (suficiente para garantir a execução) e ao prazo de vigência. Confram-se:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - PENHORA ON LINE - SEGURO GARANTIA JUDICIAL - RECUSA ILEGÍTIMA DA FAZENDA PÚBLICA.

1. A Lei nº 11.382/2006, introduzindo no CPC o §2º ao art. 656, viabilizou expressamente a substituição da penhora por fiança bancária (=débito a ser garantido) ou por seguro garantia judicial (= valor devido + 30%).

2. Como a fiança bancária tem paridade com o depósito em dinheiro (art. 9º, I, II e §3º, da Lei nº 6.830/80), reconhecida pelo STJ (MC nº 13.590/RJ), também assim ocorre com o “seguro garantia judicial”.

3. “Admissível, emprestando eficácia ao quanto estabelece o art. 620, do CPC, a substituição dos ativos financeiros penhorados, por bem de outra natureza, ainda que inobservada a ordem legal de preferência, mas idôneo à satisfação da pretensão executiva ou sua garantia.” (AGA 0052238-16.2009.4.01.0000 / BA, Rel. Conv. Juíza Federal Gilda Sigmaringa Seixas (Conv.), Sétima Turma, *e-DJF1* p.458 de 12/03/2010).

4. Na hipótese vertente, a executada diligenciou no sentido de garantir a pretensão executiva contra ela instaurada, uma vez que ofereceu “apólice de seguro garantia”, que restou deferida pelo Magistrado a quo. A recusa da FN não é, pois, legítima. O bloqueio é impertinente. Não houve omissão do devedor.

5. Agravo Regimental não provido.

(AGA 0007616-41.2012.4.01.0000/GO, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, *e-DJF1*, p. 538 de 05/04/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA. APÓLICE SEGURO-GARANTIA. INSTRUMENTO QUE SE ASSEMELHA À FIANÇA BANCÁRIA. ART. 620 DO CPC. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE AO DEVEDOR. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA BOA-FÉ.

1.O princípio da execução menos onerosa para o devedor, consagrado no art. 620 do CPC, deve ser observado pelo juiz, pois não se trata de mera faculdade judicial, mas de um preceito cogente, no qual o magistrado deverá buscar dentro das diversas possibilidades possíveis a mais suave para o devedor saldar seu débito.

2.Sendo o valor da apólice seguro-garantia suficiente para garantir a execução, com prazo de três anos de vigência, podendo ser renovado com simples comunicação junto à Seguradora, possível, portanto, a sua utilização para assegurar o débito.

3.Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGA 0076443-07.2012.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, *e-DJF1* p. 632 de 17/05/2013)

O art. 808 do Código de Processo Civil dispõe:

Art. 808. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

No que tange ao direito alegado, a jurisprudência orientou-se no sentido de que é vedado à Administração impor sanções administrativas como meio coercitivo para a cobrança de débitos, visto que, para esse fim, dispõe de outros mecanismos legais, não se afigurando válida, *in casu*, impedir o acesso da empresa ao STEL, participar de licitações, realizar operações de crédito, etc. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL NÃO COMBATIDO. SÚMULA 126/STJ. EMISSÃO DE CND CONDICIONADA A PAGAMENTO DE DÉBITO. SANÇÃO POLÍTICA. EFEITO SATISFATIVO DO WRIT. FUNDAMENTOS INATACADOS. SÚMULA 283/STF.

1. O acórdão hostilizado abriga fundamento de índole constitucional (princípio da razoabilidade), consignando que “não se mostra legítimo nem razoável a Administração condicionar a expedição da Certidão Negativa de Débitos a quitação de todas as dívidas do transmitente, quando não haja débitos junto ao Serviço de Patrimônio da União em relação ao imóvel adquirido pelo Administrado”.

2. Todavia, a recorrente não cuidou de interpor o devido recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, o que faz incidir a jurisprudência sedimentada por meio da Súmula 126 deste Tribunal, verbis: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.” 3. O entendimento insculpido no referido enunciado traduz a hipótese de que, não interposto o extraordinário, torna-se inadmissível a apreciação do especial por haver transitado em julgado a matéria constitucional discutida e decidida no acórdão vergastado.

4. Outrossim, a dicção das razões do recurso especial revela que os fundamentos do acórdão recorrido - referentes à impossibilidade de aplicação de sanção política como meio de coação para quitação de indébito e o efeito satisfativo decorrente da tutela antecipada do writ - não foram objeto de impugnação. Aplicação, por analogia, da Súmula 283 do STF.

Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp 1257124/CE, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 03/05/2012, DJe 11/05/2012)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEGITIMIDADE DE ASSOCIAÇÃO PARA AJUIZAR AÇÃO NA DEFESA DE INTERESSE DOS ASSOCIADOS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO COMO REQUISITO PARA APRECIÇÃO DE PEDIDO DE RECREDECIMENTO, RECONHECIMENTO E RENOVAÇÃO DE RECONHECIMENTO JUNTO AO MEC. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não há de se increpar de irregular a representação processual, pelo fato de o vice-presidente da Associação outorgante ter assinado o instrumento um dia antes de assumir o cargo de Presidente, visto que, efetivamente, os poderes outorgados ao advogado apenas foram exercidos quando o subscritor da procuração já havia sido empossado no cargo. Entendimento diverso implicaria excesso de formalismo.

2. As associações têm legitimidade para, na condição de substitutos processuais, ajuizarem ações na defesa do interesse de seus associados, independentemente de autorização expressa destes. Precedentes.

3. Traduz meio coercitivo indireto de cobrança de tributos condicionar a apreciação dos pedidos de recredecimento, reconhecimento e renovação de cursos junto ao MEC à apresentação de Certidão Negativa de Débitos junto à Fazenda Pública, o que não se admite, consoante orientação da jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal, consubstanciada na Súmula n. 70.

4. Agravo regimental da União desprovido.

(AGA 0047241-87.2009.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, e-DJF1 p. 167 de 08/10/2010)

Considero que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* estão suficientemente comprovados. Acrescidos da caução do juízo, permitem a concessão da liminar pleiteada.

Nos autos de agravo de instrumento com objeto análogo ao da presente ação, esta Corte já se pronunciou. Transcrevo:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESTRIÇÃO AO CADASTRO STEL COMO MEIO PARA PAGAMENTO DE MULTA. MEIO COERCITIVO. ILEGALIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. A discussão dos presentes autos refere-se à limitação de acesso imposta à agravada pela Anatel ao sistema STEL em razão de débitos com o FISTEL.

2. Nos termos da jurisprudência firmada nesta Corte, é vedado à Administração valer-se de meio coercitivo para obter o adimplemento de obrigação, tendo em vista que ao credor são conferidas as vias próprias para a cobrança de seus créditos. Precedentes: (Numeração Única: AMS 0026866-77.2010.4.01.3800/ MG; APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. Relator DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS. Órgão QUINTA TURMA. Publicação 01/07/2011 e-DJF1 P. 151. Data Decisão 22/06/2011; AMS 2003.38.00.061271-2/ MG; APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. Relator DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO. Convocado JUIZ FEDERAL GUILHERME DOEHLER (CONV.). Órgão SÉTIMA TURMA. Publicação 21/11/2008 e-DJF1 P. 1090. Data Decisão 01/09/2008). 3. Agravo a que se nega provimento.

(TRF1. AG 0080040-81.2012.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, rel. Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado), Sexta Turma, e-DJF1, p. 87, de 06/03/2013.)

Nesse contexto, cumpre deferir o pedido formulado pela requerente.

Pelo exposto, *defiro o pedido de liminar, mediante a efetivação da caução apresentada*, e antecipando os efeitos da tutela recursal pleiteada em sede de apelação para: a) suspender a exigibilidade do crédito oriundo do processo administrativo (apensador) 5350.0009773/2006 e de todos os seus Pados apensados e b) permitir a conclusão do processo de reestruturação societária da autora, obstando o bloqueio ao STEL, bem como a inscrição da requerente no Cadin e Sincaf.

Comunique-se ao juízo *a quo*, com urgência, o inteiro teor desta decisão (via e-mail).

Intime-se.

Publique-se.

Após, cite-se a ré.

Brasília, 28 de junho de 2013.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

Agravo de Instrumento 0021023-80.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Agravante: Consórcio Queiroz Galvão/Constran/Serveng
Advogados: Dr. Luiz Piauhyllino de Mello Monteiro e outros
Agravada: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero
Advogado: Dr. Aurélio Lemos Vidal de Negreiros
Advogada: Dra. Vanessa Pinto Ferreira
Publicação: e-DJF1 de 08/07/2013, p. 154–156

Decisão

Deferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo, conforme decisão às fls. 2.512 a 2.514 que transcrevo para melhor compreensão:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Consórcio Queiroz Galvão/Constran/Serveng contra decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, nos autos da Ação Cautelar de Produção Antecipada de Provas 16460-67.2009.4.01.3400/DF, ajuizada pela INFRAERO, deferiu requerimento formulado pela Concessionária do Aeroporto de Guarulhos, terceira interessada no feito, de liberação da área objeto de perícia, sob o fundamento de que inexistia "...motivo relevante para o bloqueio da área periciada, já que o i. perito, apesar de regularmente intimado, deixou de se manifestar acerca da necessidade de nova inspeção in loco para a resposta dos esclarecimentos apontados à fl. 887, e considerando que os esclarecimentos solicitados não demandam, a meu ver, nova inspeção no local objeto da perícia" (fls. 551 e 75).

2. Sustenta a agravante, em síntese, que a INFRAERO e a Concessionária do Aeroporto de Guarulhos agiram de má-fé e induziram o Juízo em erro, que a liberação imediata da área para retomada das obras antes da conclusão dos trabalhos esvazia o conteúdo da ação cautelar de produção antecipada de provas e dos demais feitos em que a prova pericial será utilizada, pois alterará a situação fática apresentada, mesmo porque, com a entrega do laudo e abertura de vista, as partes poderão se manifestar sobre a necessidade de novos esclarecimentos, e que é contraditória a postura da INFRAERO, já que foi ela quem apresentou extensa e complexa impugnação do laudo pericial, que demandam análise aprofundada pelo perito judicial e inspeção in loco.

3. Contrarrazões da INFRAERO às fls. 2488-2501.

Autos conclusos. Decido.

5. Inicialmente, ao contrário do que entendeu o MM. Juízo a quo no decisum agravado, o perito do juízo em nenhum momento concluiu pela desnecessidade de nova inspeção in loco para o esclarecimento dos quesitos suplementares dos demandantes, mas tão somente deixou de se manifestar a respeito, o que é bem diferente.

6. Por outro lado, afigura-se incoerente a manifestação da INFRAERO, inclusive em sua contraminuta apresentada neste agravo, pela liberação da área objeto da perícia, já que ela própria formulou vários quesitos suplementares que, em tese, podem demandar nova inspeção no local.

7. É o que se verifica às fls. 2141 e segs., em que a INFRAERO se manifesta e impugna o laudo pericial, dos quais transcrevo alguns questionamentos a título de esclarecimento:

“Quesito INFR nº 15 (pg. 7 a 9 do Laudo Técnico PE-LT-021/11)

Neste quesito onde o Sr. Perito informa que ‘Desse modo, para esta parte do contrato pistas), não existe a necessidade de levantamentos topográficos, sondagens e ensaios laboratoriais, bem como eventuais retrabalhos, para possibilitar retomada e continuidade da obra. ‘, tecemos os seguintes comentários:

As obras não iniciadas pelo Consórcio (construção da PR-FF, Prolongamento da PR-B e Revitalização dos 1200 m finais da PPD 09L127R), foram executadas pelo Departamento e Engenharia e Construção - DEC do Comando do Exército, através de Termo de Cooperação Técnica e Financeira firmado para esta finalidade.

Para tomar possível a execução destas obras, houve a necessidade de novos levantamentos topográficos, deflectométricos, sondagens, ensaios de laboratório e contratação de serviços técnicos de consultoria, para avaliação da evolução das condições do pavimento da PPO 09L127R, bem como elaboração de parecer geotécnico para execução do aterro na cava da PR-FF.

Quesito INFR nº 16 Item a f (pg. 9 e 10 do Laudo Técnico PE-LT-02 /11)

Neste quesito onde o Sr. Perito informa que ‘Os problemas que acarretam os danos na capa do pavimento são profundos e não fazem parte do projeto de revitalização, ou seja os problemas de fundação, do PQM, não foram objeto de intervenção; ‘, ponderamos o que segue:

Considerando que fazia parte do escopo da contratada a elaboração dos projetos executivos e, tendo em vista que os ensaios de FWO realizados à época mostravam, no nosso entendimento, a necessidade de uma intervenção mais profunda, ou seja, tratamento das camadas inferiores do pacote de pavimento. Questionamos o Sr. Perito se não seria responsabilidade da Contratada a apresentar um projeto executivo que contemplasse uma solução que garantiria a longevidade do pavimento, tal qual foi feito o projeto executivo da PPD 09R127L, cujo escopo também era a revitalização, porém, baseado na situação em que o pavimento se encontrava, a contratada elaborou o projeto executivo contemplando uma intervenção nas camadas inferiores do pacote de pavimento, redundando, como o Sr. Perito bem observou, em u número de trincas reduzido e com dimensões compatíveis com o esperado para uma obra de três anos de existência.

Quesito COGCS nº 25 (pg.11 do Laudo Técnico PE-LT-021111)

Neste quesito onde o Sr. Perito informa que ‘ Na PR-G foi escopo de trabalho a remoção da capa e sua reexecução, bem como a execução de concordância geométrica com as partes das pista existentes. Durante a execução da obra constatou-se a necessidade de se executar duas placas de concreto destinadas a compensar os defeitos das camadas inferiores do ‘pacote’. Este procedimento foi adotado por ser mais econômico e, principalmente, mais rápido que a reforma profunda do ‘pacote’ do pavimento. ‘, tecemos os seguintes comentários:

Em substituição a intervenção profunda na PR-G, foi construída duas placas de concreto para distribuir as cargas submetidas em um determinado trecho da pista. Houve outra solução apresentada para substituição da intervenção profunda nos demais trechos? O trabalho realizado não teve bons resultados haja vista os problemas apresentados posteriormente e que necessitaram da intervenção pontual da Infraero.

Outrossim, salientamos que o projeto executivo era de responsabilidade da Contratada, razão pela qual, o Consórcio construtor deveria ter realizado uma análise crítica do projeto básico e, caso fosse necessário, apresentado soluções que garantissem a vida útil do pavimento.

Sendo assim, deveriam ser ressarcidas à Infraero as despesas decorrente desta intervenção, bem como uma estimativa de valores para cobrir os custos decorrentes de futuras correções oriundas desta situação.”

8. Mais adiante, temos os pedidos de esclarecimentos da agravante sobre a perícia, o que, se em princípio não demanda nova inspeção in loco, pelo menos recomenda a preservação do local.

9. À fl. 2.216, o perito requereu dilação de prazo, por 30 dias, para a apresentação das respostas aos quesitos, pedido esse deferido por decisão publicada no *e-DJF1* de 03/12/2012, prazo esse que transcorreu *in albis*, fl. 2.224, não constando até o momento que tais questionamentos tenham sido respondidos.

10. Por fim, a própria Infraero, às fls. 2.234 e segs., requereu ao juízo a adoção de medidas para a preservação dos bens que ainda não foram objeto de perícia, em sentido contrário ao afirmado na contraminuta em que defende a liberação da área.

11. Assim, tenho por temerária a liberação da área objeto da perícia antes de sua conclusão, uma vez que pode se fazer necessária nova inspeção no local para responder aos questionamentos das partes.

[...]

2. Às fls. 2.693 a 2.696, indeferi o pedido de reconsideração da Infraero, nos seguintes termos:

[...]

8. Quanto ao pleito da Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S/A, saliento, inicialmente, que, se o art. 499 do CPC permite a interposição de recurso pelo terceiro prejudicado, não há razão pra não se aceitar seu pedido de reconsideração em face de decisão não passível de recurso imediato.

9. Passando ao exame dos pedidos de reconsideração, temos que, à fl. 2.529, a Infraero afirma que “Como não obteve nenhuma resposta jurisdicional, a Infraero não teve outra opção senão protocolizar a petição de fls. 2.234/2.237, pugnando, ao invés da liberação da área, pela nomeação de empregado da Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S/A – GRUAIROPORT - para exercer o encargo processual de fiel depositário dos bens que são objeto da perícia, considerando que o sitio aeroportuário já não estava mais sob a administração (posse) da Infraero, ora Agravada”.

9. Mais adiante, diz que:

“Como visto, apenas no dia 7.3.2013, o juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal começou a adotar os procedimentos visando à liberação da área, intimando as partes para se manifestarem acerca da petição documentos juntados pela GRUAIROPORT (fls.861/995), em especial para esclarecerem sobre a necessidade de preservação intacta da área periciada, tendo em vista os pedidos de esclarecimentos ao Perito.

[...]

Tais manifestações declinadas pela Infraero estavam harmônicas, inclusive, com o entendimento do próprio Perito Judicial, que, por meio da manifestação colacionada às fls. 829, datada de 16.6.2011, informou ao juízo que a área periciada, denominada “canteiro de obras”, poderia ser liberada.

Some-se, a tudo isso, o fato de que a Agravada jamais adotou postura expressamente contrária à liberação da área periciada, tendo, ao revés, se manifestado (fls. 839) favoravelmente ao levantamento das barras e telas de armaduras para concreto constantes do anexo apresentado pelo Instituto Mauá de Tecnologia às fls.755.

10. Ocorre que, com exceção da impugnação ao laudo pericial já citada na decisão que se pretende a reconsideração, fls. 2140 e segs. deste agravo, ou fl. 862 e seguintes do feito principal, a Infraero não teve o cuidado de juntar qualquer outro documento que cita.

11. Já o pedido de nomeação de funcionários da Concessionária do Aeroporto de Guarulhos (fls. 2.237-2.240) para o encargo de fiel depositário da área periciada somente se presta para reafirmar as conclusões de minha decisão quanto à necessidade de preservação do local.

12. Analisando a Nota técnica da Anac, contudo, temos que, em princípio, parece que realmente houve a descaracterização da área objeto da perícia desde a prolação da decisão agravada, com a retomada das obras de construção do Terminal de Passageiros TPS3 do Aeroporto Internacional de Guarulhos, conforme se observa dos documentos e fotografias de fls. 2.672 e segs., caso em que não se justificaria mais a manutenção do embargo.

13. Por outro lado, é de conhecimento notório a importância da ampliação e da construção do novo terminal de passageiros do Aeroporto Internacional de Guarulhos, não somente para atender ao expressivo aumento da demanda interna mas também em razão da proximidade dos jogos da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016, e a paralisação das obras poderá inviabilizar a sua conclusão no prazo previsto, com prejuízos incalculáveis, não só de ordem financeira, mas também para a imagem do País no exterior.

14. Ocorre que, não obstante a possível descaracterização ocorrida na área objeto da perícia, que, por sinal, só poderá ser declarada pelo perito, e muito embora a importância e a necessidade da ampliação e da construção do novo terminal de passageiros, tais fatos não afastam o argumento de que a Infraero formulou diversos quesitos complementares que precisam ser respondidos pelo perito, a saber:

“Quesito CQGCS 30 (pg. 13 do Laudo Técnico PE-LT-021/11)

Neste quesito onde o Sr. Perito informa que ‘A rede de balizamento noturno foi executada até o limite do acostamento, prevendo-se a interligação com a futura construção da PR-EE, quando for liberada pela Infraero’, solicitamos esclarecer, se:

- a) A rede de balizamento noturno foi executada somente a infraestrutura de dutos secos e caixas metálicas, ou;
- b) Foram executadas também a instalação de luminárias novas e cabeamentos; (Fl. 2143.)

Quesito INFR nº 3 (pag. 21 do Laudo Técnico PE-LT-021/11)

Neste quesito o Sr. Perito informa que ‘Será necessário promover a remoção do trecho defeituoso e a substituição por material novo.’, solicitamos o seguinte:

Que o Sr. Perito informe a quantidade do trecho defeituoso. Se possível, identificá-los através de croqui ilustrativo. (Fl. 2148.)

Quesito INFR nº 10 (pag. 26 do Laudo Técnico PE-LT-021/11)

Neste quesito o Sr. Perito informa que: ‘Sim, será necessária a recuperação da manta drenante, com possível substituição da mesma, onde requerido.’, solicitados o seguinte:

Que o Sr. Perito informe a quantidade do trecho que poderá ser requerido. Se possível, identificá-los através de croqui ilustrativo. (Fl. 2148.)

Quesito CQGCS nº 12 (pag. 29 do Laudo Técnico PE-LT-021/11)

Neste quesito o Sr. Perito o Consórcio questiona:

'Queira o Sr. Perito informar se os serviços de terraplenagem, pavimentação e balizamento noturno da Pista de Rolamento A e suas interligações foram integralmente executados? Caso não tenham sido executados de forma integral, o que de fato foi executado?

[...]

O Sr. Perito responde o que segue:

'Conforme constatado por esta Perícia, os serviços de terraplenagem, pavimentação e balizamento noturno da PR-A e das interligações não foram totalmente executados.

[...]

Entendemos que o quesito foi parcialmente respondido, pois o Sr. Perito informou que os serviços não foram executados integralmente, porém, faltou responder o que de fato foi executado. Sendo assim, solicitamos a complementação da resposta. (Fl. 2150.)

15. Assim, e muito embora o esforço argumentativo das agravadas em seus pedidos de reconsideração, não vejo, em um primeiro momento, como poderia ser possível ao perito judicial responder aos questionamentos da Infraero sem nova vistoria ou inspeção da área. Aliás, somente o perito é que poderá dizer se será necessária essa nova inspeção ou se, de fato, a descaracterização ocorrida impede a resposta aos referidos questionamentos

16. Ademais, ainda que estivesse demonstrado que o próprio Perito Judicial, em manifestação datada de 16/06/2011, informou ao juízo que a área periciada, denominada "canteiro de obras", poderia ser liberada, fato que, conforme já dito acima, não restou comprovado, uma vez que a fl. 829 dos autos principais, ou 2.106 deste agravo, citada pela Infraero, se refere a outro documento, tal fato teria ocorrido anteriormente à formulação dos referidos quesitos suplementares, em 04/05/2012, conforme fl. 2.132.

[...]

3. Voltou a Infraero a insistir às fls. 2.705 a 2.708 em nova reconsideração usando diversos argumentos, inclusive que se afiguraria de extrema importância, (*verbis*)

[...] a continuidade imediata das obras realizadas pela Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos (GRU Aiport) na área objeto da presente lide, sob pena de eventuais atrasos resultarem não apenas em perdas financeiras, mas também em prejuízos à imagem do Brasil, principalmente em razão dos eventos internacionais sediados no país, tudo sem esquecer da crescente demanda na aviação civil brasileira, que por si só, configura o interesse público na questão posta.

4. Impressionado pelos argumentos e em face da juntada no feito principal do laudo de esclarecimentos, reconsiderarei a decisão e indeferi o pedido de atribuição de efeito suspensivo conforme segue (fls. 2.932–2.933):

A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO formula novo pedido de reconsideração, argumentando que "Apenas em 14 de junho de 2013, no mesmo dia da publicação da decisão em tela, foi juntado aos autos da Ação Cautelar n.º 0016460-67.2009.4.01.3400 o "Laudo Técnico-Complemento", conforme informação constante no carimbo registrado na capa da petição do INSTITUTO MAUÁ DE TECNOLOGIA, contendo as respostas aos questionamentos das partes (doc.01), fato este que justifica a renovação do Pedido de Reconsideração, lastreado na ocorrência de FATO NOVO.

2. Afirma, ainda, que, "Analisando-se o Laudo, verifica-se que o perito reconheceu expressamente não ter havido a necessidade de nova vistoria in loco para possibilitar a resposta aos questionamentos das partes - uma vez que o perito do juízo (Instituto Mauá de Tecnologia) fez sua análise observando o próprio Laudo Técnico de Perícia Judicial de Obra Aeroportuária n.º PE-LT-021/11 e seu Complemento, bem como os documentos adicionais obtidos recentemente (vide item "C" do Laudo Técnico -Complemento)...", motivo pelo qual entende estar afastado o único empecilho à liberação da área.

Autos conclusos. Decido.

4. A decisão que suspendeu os efeitos daquela que liberara a área está fundamentada no argumento de que, "...não obstante a possível descaracterização ocorrida na área objeto da perícia, que, por sinal, só poderá ser declarada pelo perito, e muito embora a importância e a necessidade da ampliação e da construção do novo terminal de passageiros, tais fatos não afastam o argumento de que a INFRAERO formulou diversos quesitos complementares que precisam ser respondidos pelo perito...".

5. Contudo, verificando o laudo pericial acostado às fls. 2709 e segs., constata-se que os questionamentos formulados pela INFRAERO foram devidamente respondidos pelo perito judicial.

6. Ademais, tem-se à fl. 2772 que o perito informa que "A obra executada já se encontra devidamente caracterizada por esta Perícia e também pelas Partes, que acompanharam a realização das várias investigações. Assim sendo, o objetivo desejado pela Inicial foi alcançado, visto que as caracterizações requeridas foram feitas".

7. Mais adiante, fl. 2773, salienta que "É importante registrar, neste início, que a Infraero esteve pleiteando, insistentemente, que a área fosse liberada para a retomada das obras, em particular o canteiro de obras. Esta Perícia já havia

se manifestado, inclusive por escrito, que o canteiro de obras estaria liberado desde que a Infraero se tornasse fiel depositária dos materiais identificados por esta Perícia”.

8. Prosseguindo, afirma, fl. 2777, que “Entende esta Perícia que a obra está, como sempre esteve, desde a emissão do Primeiro Laudo Pericial, liberada para a Retomada das Obras, exceto, como já se disse, pelo fato de que a Infraero não aceita que os materiais estocados sejam de sua propriedade. Trata-se de uma questão cuja solução ultrapassa os limites de ação desta Perícia”.

[...]

5. Voltam os autos conclusos, agora com pedido das agravantes para restabelecer o efeito suspensivo, ao argumento que mesmo no laudo complementar o perito aponta a necessidade de visita ao canteiro de obras.

Relatada a espécie, decido.

7. O interesse no prosseguimento das obras é exclusiva da Infraero e agora da Concessionária do Aeroporto de Guarulhos, tanto para concluir a ampliação do aeroporto e de sua capacidade de atendimento, como para chegar a bom termo ainda em 2014 antes do início dos jogos da Copa do Mundo.

8. Ora, examinando com o devido cuidado e interpretando as entrelinhas do laudo suplementar (fls. 2.712 a 2.779) que parece ter sido elaborado pelo perito sem visita ao local, verifico que, entre outros, dois questionamentos da Infraero, que indagado pelo perito não forneceu os necessários dados, obrigam agora levantamentos no local, a serem realizados pelo perito ou como ele afirma (*sic*) pelas agravantes, a saber:

8.1 Fl. 2.739 – item 2.3.2:

2.3.2 Quesito INFR n. 13, item c (pg. 18 do Laudo Técnico PE-LT-021/11

Neste quesito onde o Sr. Perito informa que ‘Os materiais inspecionados por esta Perícia se encontram de acordo com as especificações do Contrato, entretanto não há registro de que tenham sido recebidos e validados pela Fiscalização da Infraero.’ Tecemos os seguintes comentários:

Foi identificado pela Infraero que as caixas de concreto para instalações elétricas tipo CEB (caixa de passagem de balizamento) e CEL (caixa de passagem eletrônica) que se encontra no pátio de pré-moldados, apresenta especificação técnica e CPU (composição de preços unitários) divergentes, ou seja, a espessura das paredes constantes na planilha de quantitativos e preços possuem dimensões diferentes das apresentadas nos projetos

Para responder ao quesito proposto pela Infraero, esta Perícia solicitou ao Consórcio que se manifestasse sobre o referido quesito. Esta assim se pronunciou:

Consórcio Independentemente da Composição de Preço Unitário (CPU), que não é objeto da perícia, as caixas executadas estão conforme projeto fornecido pela Infraero.

A resposta do Consórcio é insuficiente e novas diligências serão feitas para esclarecer a questão, inspecionando-se a obra e os projetos.

8.2 Fl. 2.746 – item 2.4.2:

2.4.2 Quesito INFR n. 4 (pg. 21 do Laudo Técnico PE-LT-021/11

Neste quesito o Sr. Perito informa que ‘Conforme inspeção realizada por esta perícia as caixas de drenagem e de balizamento são caixas pré-fabricadas no canteiro de obras e posteriormente transportadas para o local definitivo, ligadas à tubulação específicas e aterradas.

Existem, na obra, as seguintes caixas:

[...]

c) As caixas que estão prontas no canteiro de obras, aguardando transporte até o local definitivo; e’

[...]

Conforme dito na citação do Quesito INFR n. 13, item c (pg. 18) deste relatório, as caixas de concreto para instalações elétricas tipo CEB (caixa de passagem de balizamento) e CEL (caixa de passagem de eletrônica) que se encontra no pátio de

pré-moldados, constantes na planilha de quantitativos e preços (itens 06.20.201, 06.20.202 e 06.20.203), possui a espessura das paredes, com dimensões diferentes dos projetos.

Para responder ao quesito proposto pelo Infraero, esta Perícia solicitou ao Consórcio que se manifestasse sobre o referido quesito. Esta assim se pronunciou:

Consórcio: Em complementação às respostas anteriores, informamos que o Consórcio foi autorizado a executar as caixas de balizamento, conforme autorização n. 173 (*anexo 1.12*). Assim, conforme cláusula contratual 11.4.c, estes materiais são de propriedade da Infraero que deverá ressarcir o Consórcio.

A resposta do Consórcio é insuficiente e novas diligências serão feitas para esclarecer a questão, inspecionando-se a obra e os projetos.

[...]

8.3 Conclusões (2.777–2.778):

[...]

Entende esta Perícia que a obra está, como sempre esteve, desde a emissão do Primeiro Laudo Pericial, liberada para Retomada das Obras, exceto, como já se disse, pelo fato de que a Infraero não aceita que os materiais estocados sejam de sua propriedade. Trata-se de uma questão cuja solução ultrapassa os limites de ação desta Perícia.

[...]

Sugere esta Perícia que, para a conclusão deste processo, sejam seguidos os seguintes passos:

a) *omissis*

b) Que o Consórcio verifique, 'in loco', as diferenças de espessura de caixas para esclarecer a afirmação da Infraero contida no item 2.4.2, abaixo reproduzida:

Conforme dito na citação do Quesito INFR n. 13, item c (pg. 18) deste relatório, as caixas de concreto para instalações elétricas tipo CEB (caixa de passagem de balizamento) e CEL (caixa de passagem de eletrônica) que se encontra no pátio de pré-moldados, constantes na planilha de quantitativos e preços (itens 06.20.201, 06.20.202 e 06.20.203), possui a espessura das paredes, com dimensões diferentes dos projetos.

c) Que o consórcio verifique a afirmação da Infraero de que foi cobrada a realização de CBUQ com 5 cm de espessura quando na realidade a capa foi executada com 3 cm (item 10 da Tabela 01);

[...]

9. Reitero, vê-se que o perito requereu das partes certos dados, a resposta das agravantes não satisfaz, mas a Infraero, interessada em liberar o local e continuar as obras, sequer respondeu.

10. Quanto ao levantamento *in loco*, no canteiro, se é atribuição da perícia ou das agravantes é tema que foge aos limites do agravo, sendo competência do MM. juízo *a quo* dirimir tal dúvida.

11. Dessa forma, se a interessada no prosseguimento das obras não desistiu dos quesitos que necessitam levantamento no local (laudo complementar de esclarecimentos com ciência da Infraero pelo menos desde dia 18 do corrente mês – petição e data fl. 2.708), não posso eu, mero juízo de revisão, manter a liberação de área, pois, na realidade, tal prejuízo causaria dano a ambas as partes, agravantes e agravada.

Pelo exposto, reconhecendo que não foi de todo correta a decisão de fls. 2.932–2.933, restabeleço a decisão primeira, fls. 2.512–2.514 e, via de consequência, a atribuição de efeito suspensivo ao agravo, suspendendo, assim, a decisão que liberou a área objeto da perícia.

Renovo o prazo de contraminuta.

Publique-se, intimem-se.

Brasília, 28 de junho de 2013.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Agravamento de Instrumento 0018756-38.2013.4.01.0000/AM

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Agravante: NTL – Navegação e Logística S/A
Advogados: Dr. Sérgio Seleme e outros
Agravada: Fazenda Nacional
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Publicação: e-DJF1 de 12/07/2013, p. 784–785

Decisão

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de efeito suspensivo, pretende NTL – Navegação e Logística S/A a reforma da decisão proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Amazonas, que, nos autos do Mandado de Segurança 0001193-34.2013.4.01.3200, indeferiu o pedido de medida liminar.

A agravante sustenta a ilegalidade do art. 2º, inciso III, alínea b, da Portaria 154/2009, da Alfândega da Receita Federal do Brasil em Manaus, que limitaria o exercício da sua atividade social, em detrimento da livre iniciativa e do direito de livre movimentação no território nacional, ao restringir o funcionamento dos recintos alfandegados para entrega e recebimento de cargas em tráfego de cabotagem.

Defende ser inaplicável a previsão do art. 36 do Decreto-Lei 37/1966, uma vez que o termo ‘aduaneiro’ cinge-se à entrada e saída de produtos ou mercadorias do território nacional, ou seja, ao comércio exterior. Em virtude disso, o direito aduaneiro, assim como a fiscalização aduaneira, não abrange a movimentação ou trânsito de mercadorias quando ocorrido tão somente no território nacional (fls. 8-9).

Sustenta que a cabotagem promove o transporte de mercadorias entre portos brasileiros e, na espécie, a impetrante demonstrou que todas as escalas havidas nessas operações ocorrem em portos nacionais. Ademais, a própria Portaria RFB/MNS 154/2009 reconhece expressamente que as cargas em cabotagem se tratam de ‘cargas nacionais’ e que elas não estariam submetidas aos procedimentos de fiscalização aduaneira, não havendo sequer um ‘despacho aduaneiro de cabotagem’ (fl. 9).

Reputa presente o *periculum in mora* na medida em que a ilegal restrição decorrente da Portaria 154/2009 prosseguirá, tendo a agravante que continuar suportando os ônus decorrentes da impossibilidade de entrega e/ou recebimento dos contêineres durante o período que pode durar mais de 56 horas (fl. 19).

Requer, assim, a concessão do efeito suspensivo e o provimento do agravo de instrumento.

Este agravo de instrumento, protocolado em 1º/04/2013, veio-me concluso em 08/04/2013.

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 (fls. 61-63) está assim fundamentada:

[...] Ao analisar os autos, observo que o objeto pretendido deste mandamus é afastar a restrição contida na Portaria da Alfândega da Receita Federal de Manaus nº 154/2009, a qual se consubstancia em ato administrativo discricionário.

Tal entendimento pode ser plenamente extraído do teor do art. 36 do Decreto-Lei nº 37/1966, o qual expressamente prevê que “a fiscalização aduaneira poderá ser ininterrupta, em horários determinados, ou eventual, nos portos, aeroportos, pontos de fronteira e recintos alfandegados (Redação dada pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003)”.

Desta feita, é cediço que “o mérito administrativo é, em poucas palavras, o poder conferido pela lei ao agente público para que ele decida sobre a oportunidade e conveniência de praticar determinado ato discricionário, e escolha o conteúdo desse ato, dentro dos limites estabelecidos na lei.

Assim sendo, da análise do artigo 36 do Decreto-Lei nº 37/1966 e de seu parágrafo primeiro, vê-se, preliminarmente, a inexistência de qualquer ilegalidade no ato de expedição da Portaria nº 154/2009, eis que a autoridade impetrada apenas fez cumprir, dentro dos critérios de conveniência e oportunidade, a determinação contida na lei.

Transcreve-se o citado artigo para demonstrar que a própria legislação deixou ao encargo da administração aduaneira o estabelecimento dos horários e das condições de realização do serviço aduaneiro, in verbis:

Art. 36. A fiscalização aduaneira poderá ser ininterrupta, em horários determinados, ou eventual, nos portos, aeroportos, pontos de fronteira e recintos alfandegados. (Redação dada pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003).

§ 1º. A administração aduaneira determinará os horários e as condições de realização dos serviços aduaneiros, nos locais referidos no *caput*.

Por tal razão, por se tratar de matéria relacionada à conveniência e discricionariedade da Administração Pública (mérito administrativo), não cabe ao Judiciário se imiscuir nesta seara, sob pena de afronta a independência entre os Órgãos do Poder (princípio da separação dos poderes).

Ante o exposto, ausente um dos requisitos necessários à concessão da medida liminar (fumus boni iuris), indefiro o pleito pretendido pela Impetrante. [...]

A agravante, se dedica ao transporte aquaviário e multimodal de cargas, inclusive na modalidade de cabotagem (fls. 31–45), impugna o dispositivo normativo constante da alínea *b* do inciso III do art. 2º da Portaria 154/2009, da Alfândega da Receita Federal do Brasil em Manaus, que possui a seguinte redação:

Art. 2º O horário normal de funcionamento dos recintos alfandegados é: [...]

III – de 8h de segunda-feira às 24h de sexta-feira, inclusive feriados dentro deste período: [...]

b) para entrega e/ou recebimento de cargas em tráfego de cabotagem (cargas nacionais).

A presente demanda limita-se, portanto, à análise do cenário da denominada navegação de cabotagem, que é conceituada pelo art. 2º, IX, da Lei 9.432/1998, como aquela *realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores*.

A Lei Complementar 37/1966, que *dispõe sobre o imposto de importação, reorganiza os serviços aduaneiros e dá outras providências*, atribui ao seu regulamento a competência para *dispor sobre as cautelas fiscais a serem adotadas no transporte por cabotagem, assim entendido o efetuado entre portos e aeroportos nacionais* (art. 62). É exatamente neste sentido o disposto no art. 669 do Decreto 6.759/2009, que é o regulamento aduaneiro atualmente vigente.

A infraestrutura de portos e aeroportos no Brasil é demasiado deficitária, ou mesmo deficiente, a representar um dos grandes gargalos ao desenvolvimento econômico do País. E isso não autoriza que a atuação jurisdicional se dê no sentido de implementar políticas que imprimam eficiência ao funcionamento do setor, recentemente impulsionado pela Medida Provisória 595/2013, convertida na Lei 12.815/2013.

De outro giro a limitação da atividade dos portos nacionais, em especial o localizado em Manaus/AM, em razão de ato administrativo editado pela Delegacia Regional da Receita Federal do Brasil, afronta, de início, a competência outorgada à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq pelo art. 23, I e II, da Lei 10.233/2001, na redação dada pela Lei 12.815/2013.

O dispositivo da Portaria 154/2009, da Alfândega da Receita Federal do Brasil em Manaus, colide com o princípio da livre locomoção em território nacional, na medida em que, contrariamente à eficiência dos serviços públicos, condiciona a entrega e o recebimento de cargas em tráfego de cabotagem ao horário regular de funcionamento da Administração Pública.

Tal medida, que não encontra justificativa plausível, especialmente em se considerando o dinamismo e as peculiaridades do mercado de cargas, acaba por acarretar à agravante, *player* setorial, ônus extras decorrentes da atracação, da armazenagem e da movimentação de cargas.

As limitações impostas e os ônus delas advindos culmina em restrição efetiva à livre iniciativa, à livre concorrência e à redução das desigualdades sociais e regionais, especialmente por impor obstáculos ao pleno exercício da função social da empresa (agravante) e à ampla e rápida distribuição de mercadorias pelo País (art. 170, *caput* e incisos IV e VII, CF/1988).

Em razão dos efeitos danosos à esfera jurídico-patrimonial da agravante, é adequada a adoção de medida cautelar a fim de suspender os efeitos do dispositivo normativo questionado.

Ante o exposto, com fulcro nos arts. 527, III, e 558 do CPC e no art. 29, XXIII, do RITRF 1ª Região, *defiro o pedido de efeito suspensivo*, para determinar a suspensão dos efeitos da alínea *b* do inciso III do art. 2º da Portaria 154/2009, da Alfândega da Receita Federal do Brasil em Manaus em relação à agravante e quando da sua atuação na navegação de cabotagem.

Comunique-se ao douto juízo prolator da decisão agravada, para que dê cumprimento a esta decisão.

Publique-se. Intime-se.

Intime-se a União (Fazenda Nacional) para apresentar contraminuta (art. 527, V, CPC).

Brasília, 28 de junho de 2013.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Agravo de Instrumento 0034332-71.2013.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes (convocado)
Agravantes: MMC Automotores do Brasil Ltda. e outros
Advogados: Dr. Daniel Corrêa Szelbrackowski e outros
Agravada: Fazenda Nacional
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Agravado: Estado de Roraima
Procurador: Dr. Marcelo de Sá Mendes
Agravado: Estado do Piauí
Procurador: Dr. João Emílio Falcão Costa Neto
Agravados: Estado do Amazonas e outros
Publicação: e-DJF1 de 12/07/2013, p. 627–628

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto por MMC Automóveis do Brasil Ltda. contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara do Distrito Federal, que indeferiu pedido de efeito suspensivo ativo ao recurso de apelação interposto pela agravante.

Alega a agravante que ajuizou ação sob o rito ordinário com o objetivo de afastar a exigência do pagamento do ICMS à alíquota de 4% nas operações de vendas interestaduais reguladas pela Resolução 13/2012 e Convênio ICMS 38/2013.

O MM. juiz *a quo* indeferiu a petição inicial, sob o fundamento de que a União não seria parte legítima para figurar no polo passivo da demanda.

Interposto recurso de apelação, foi indeferido o pedido de efeito ativo ao recurso, sob o argumento de caberia a esta Corte conferir tal efeito, enquanto Corte revisora.

Sustenta que o Confaz é dirigido por autoridade da União, nos termos do art. 2º da Lei Complementar 24/1975, que trata da celebração de convênios, além de outras disposições do Convênio ICMS 133/1997, que aprovou o Regimento Interno do Confaz, comprovam a direção daquele órgão pela União.

Nestes termos, afirma que a competência é da Justiça Federal.

Quanto ao pedido de efeito ativo ao recurso, afirma que tal providência é necessária para suspender a exigibilidade do crédito das operações discutidas com alíquota de 4%, uma vez que suas fornecedoras estão dispensadas da apresentação da 'ficha de conteúdo de importação' até 1º/08/2013, sendo essa ficha elemento essencial para definir se um produto estará sujeito, nas operações interestaduais à alíquota de 4%, instituída pela Resolução 13/2012 do Senado Federal.

Decido.

Sem razão a agravante. Com efeito, o pedido no sentido em que foi formulado, qual seja, do reconhecimento da competência da Justiça Federal para o julgamento da lide e seu direito à suspensão dos créditos originados nas operações realizadas sob a vigência da Resolução 13/2012 e do Convênio do ICMS 38/2013, implicaria o esvaziamento total do objeto do recurso de apelação, na hipótese de eventual aplicação da regra inserta no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

Demais, considerada a devolutividade restrita do agravo de instrumento, que exige o exame da matéria efetivamente apreciada pela decisão impugnada, o recurso não merece ser conhecido no ponto, sob pena de supressão de instância e afronta ao duplo grau de jurisdição.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE JOGO DE BINGO E DE MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS POSSIBILIDADE.

1. Havendo indícios concretos da prática de ilícito contra a ordem tributária, em face dos quais se apura eventual prejuízo contra o erário público, pela exploração irregular de jogos de bingo e de exploração de máquinas caça-níqueis, não se apresenta ilegal a quebra dos sigilos fiscal e bancário dos envolvidos, para o aprofundamento das investigações, já que autorizada por decisão judicial fundamentada, na linha do art. 1º, § 4º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001.

2. O âmbito de atuação desta Corte, no exame do agravo de instrumento, tem baliza na extensão do quanto decidido pela decisão recorrida. Eventuais alegações de incompetência, ilegitimidade passiva ou ativa e litispendência, trazidas no agravo, não suscitadas e examinadas pela decisão agravada, não podem ser objeto de exame pelo Tribunal, pois estão além do âmbito de devolutividade do recurso, em ofensa ao princípio do juiz natural.

3. Agravo de instrumento improvido.

(AG 2002.01.00.044864-0/AM, rel. Des. Federal Olindo Menezes, Terceira Turma, DJ, p. 5, de 23/09/2005.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO. REMOÇÃO DE SERVIDOR MILITAR. TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA.

1. Preliminar de incompetência, que não foi objeto da decisão agravada, não merece o pronunciamento desta Corte em agravo de instrumento, pois está além do âmbito de devolutividade do recurso. Precedente desta Corte.

2. A antecipação dos efeitos da tutela somente poderá ser concedida quando, existindo prova inequívoca, o Juiz se convença da verossimilhança da alegação e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I e II, do CPC).

3. O ato de movimentação de servidor militar tem natureza discricionária, cujo juízo de conveniência e oportunidade só pode ser aferido pela Administração Pública.

4. O Decreto n. 2.040/96 dispõe em seu art. 13, caput e V, que a movimentação do servidor militar tem por objetivo, entre outros, atender à necessidade de afastá-lo de Organização Militar ou localidade na qual a sua permanência seja julgada inconveniente ou incompatível. 5. Agravo de instrumento provido.

AG 2005.01.00.005889-0/DF; AGRAVO DE INSTRUMENTO – Rel. Juíza Federal Monica Sifuentes (conv.) – Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação: e-DJF, 1 p.159, de 16/12/2009 – Data da Decisão: 19/11/2009.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL EM VARA FEDERAL – AGRAVO CONTRA ORDEM DE PENHORA QUE JÁ SE EFETIVOU – EMBARGOS À EF OPOSTOS – REGULARIDADE DA EF E DA PENHORA: TEMA DOS EMBARGOS – DISSOCIAÇÃO DAS RAZÕES DO RECURSO DO QUE DECIDIDO – SEGUIMENTO NEGADO – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Concretizada a penhora e interpostos Embargos à EF, não há como discutir a regularidade da penhora ou da própria execução fiscal em sede de agravo de instrumento (incidente processual) se a mesma matéria está sendo discutida na via própria dos embargos à EF.

2. Razões de agravo (ilegitimidade da EF, prescrição, pendência de discussão do crédito em ação ordinária) dissociadas da decisão impugnada que não podem ser apreciadas nesta sede, sob pena de supressão de instância.

3. Agravo de regimental não provido.

4. Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 29 de novembro de 2011., para publicação do acórdão.

AGA 0048744-12.2010.4.01.0000/PA; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – Rel. Des. Federal Tolentino Amaral – Órgão Julgador: Sétima Turma Publicação: e-DJF, 1 p. 796, de 09/12/2011 – Data da Decisão: 29/11/2011.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso, nos termos do disposto no art. 557, caput, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 1º de julho de 2013.

Juiz Federal *Rodrigo de Godoy Mendes*, relator convocado.

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0045503-25.2013.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Requerente: Município de Coari – AM
Procurador: Dr. Antônio das Chagas Ferreira Batista
Procuradora: Dra. Fabrícia Taliele Cardoso dos Santos
Requerido: Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Tefé/AM
Autor: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Márcio Albuquerque de Castro
Publicação: e-DJF1 de 19/08/2013, p. 687–689

Decisão

O Município de Coari/AM requer a suspensão da execução da liminar deferida pela MM. Juíza Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Tefé/AM, nos autos da Ação Civil Pública 436-34.2013.4.01.3202, nos termos que destaco (fl. 795–796):

[...]

1) determinar a completa suspensão das atividades de pouso e decolagem de aeronaves no Aeródromo de Coari, a partir do dia 12/08/2013 e até que as obras de reparo da pavimentação da pista de pouso e decolagem, bem como de reparo do muro/cerca que margeia e circunda a pista de pouso sejam realizadas;

2) determinar que, a partir da data da publicação desta decisão e até a completa restauração do muro/cerca, o Município de Coari providencie a vigilância ininterrupta da área próxima ao muro e impeça o trânsito de pessoas, automóveis e animais na pista de pouso e decolagem, no horário mínimo entre 07 e 19 horas. O horário estendido se justifica na medida em que, conforme noticiado em audiência, o maior fluxo naquele aeródromo é o de aeronaves pequenas fretadas, sem horários fixos ou conhecidos de chegada ou partida;

3) determinar que o município de Coari comprove a instituição da Brigada Especial de Combate a Incêndio, apresentando o nome dos brigadistas e o certificado de conclusão do curso respectivo;

4) determinar que a reabertura do aeroporto seja condicionada à vistoria da ANAC e encaminhamento a este juízo de relatório não apenas informando sobre o cumprimento integral dos item 1, 2 e 3, mas também contendo manifestação favorável nesse sentido.

No caso de descumprimento do item 2, voltem-se os autos conclusos para apreciar a antecipação da suspensão das atividades no aeroporto.

No caso do descumprimento da presente decisão, imponho a multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada pouso ou decolagem não autorizados, a ser custeada pelo Prefeito do Município de Coari, nos termos dos artigos 14, V, e 461, § 3º e 4º, ambos do Código de Processo Civil e do artigo 19 da Lei 7.347/85.

OFICIE-SE aos responsáveis pelos aeródromos em Manaus (Aeroporto Eduardo Gomes e Aeroclube), para que informem a este juízo quinzenalmente, a partir de 02/09/2013, todos os voos com destino e origem ou com escala na cidade de Coari, identificando a empresa e aeronave, bem como a data e horário do pouso/decolagem.

OFICIE-SE ao Comando do COMAR VII para ciência desta decisão.

HOMOLOGO o acordo realizado pelo Ministério Público Federal e a TOTAL LINHAS AÉREAS S/A para que um funcionário da empresa baseado em Manaus com curso de capacitação AVSEC devidamente registrado na ANAC se desloque até Coari e proceda ao despacho dos voos até que um funcionário da empresa baseado em Coari se submeta ao mesmo curso e possua a capacitação AVSEC para o despacho de voos. A empresa requerida deverá informar ao juízo o nome do funcionário baseado em Coari que fará o curso, a data da realização do curso de capacitação, bem como oportunamente apresentar o certificado expedido pela ANAC.

Esclarece o requerente que a ação baseia-se no Inquérito Civil Público 1.13.000.001032/2005-31, instaurado a partir de representação formulada pelo Sétimo Comando Aéreo Regional – Comar 7, órgão vinculado ao Ministério da Defesa, em 29/07/2005, em que noticiou que recebeu 16 (dezesesseis) Relatórios de Perigo do Sétimo Serviço Regional de Aviação Civil – Serac 7, entre 19/02/2004 e 02/03/2005; que segundo o Ministério Público Federal foram descumpridos 2 (dois) Termos de Ajuste de Conduta firmados entre o Comar 7 e o município, em que este se comprometera a construir um muro ou cerca e cuidar da vegetação existente dos arredores do aeroporto.

Assevera que no dia 17/07/2013, em audiência preliminar de conciliação, a prefeitura relatou todos os serviços já realizados e solicitou um prazo de 6 (seis) meses para realizar os serviços de recapeamento da pista de pouso e também a recuperação do muro de proteção operacional, com a conclusão até o final de setembro de 2013, porém o MPF recusou a proposta de acordo formulado pela magistrada e pelo Município de Coari.

Sustenta que o Município de Coari está localizado a 450 km da capital amazonense, com acesso somente por via fluvial e aérea, sendo certo que o melhor acesso é pelo ar, principalmente para os trabalhadores contratados pela Petrobras e para o transporte de doentes em estado grave para a capital do Estado; que o Aeroporto de Coari é indispensável para a economia local; que “não se trata de ‘sorte’ que nunca tenha ocorrido nenhum acidente aéreo no Aeródromo de Coari, mas da presença de condições de funcionamento do mesmo [...]”.

Afirma que pode haver um dano inverso, pois os trabalhadores do Porto Urucu podem ser demitidos, a Trip Linhas Aéreas pode parar de operar no município “e o colapso financeiro e de logística municipal poderá se agravar de maneira irreversível, provocando a falência total de Coari [...]” (fl. 16); que o aeroporto em tela “já ajudou a salvar a vida de aproximadamente 140 pessoas somente nos primeiros sete meses de 2013”, pois a “Secretaria Municipal de Saúde realiza o fretamento de aproximadamente 20 (vinte) aeronaves por mês para transportar vítimas de acidentes de veículos, infartos e acidentes vasculares cerebrais” (fls. 16), além da necessidade de transporte por via aérea de medicamentos, vacinas, dinheiro para os bancos locais e serviços de correios.

Ressalta, ainda, que aproximadamente 580 (quinhentos e oitenta) universitários provenientes de outras cidades utilizam dos aviões para transporte de suas cidades de origem para Coari e, com a paralisação, haverá significativo impacto na economia local.

Ao final, requer, caso não seja possível a suspensão imediata da liminar, que sejam permitidas as operações de transporte de doentes e medicamentos, por meio de aeronaves fretadas, além dos voos da empresa Total Linhas Aéreas, que transporta passageiros.

Pois bem.

Embora no âmbito estreito da suspensão de segurança seja dispensada, a princípio, a análise do fundo da controvérsia, em determinadas situações, a fim de melhor formar o juízo sobre a questão trazida à Corte, é possível realizar “um mínimo de delibação do mérito contido na ação originária”, conforme jurisprudência sufragada nos Tribunais Superiores, exemplificada no seguinte escólio, destaco:

[...]

I - Consoante a legislação de regência (v.g. Lei n. 8.437/1992 e 12.016/2009) e a jurisprudência deste Superior Tribunal e do c.Pretório Excelso, somente é cabível o pedido de suspensão quando a decisão proferida contra o Poder Público puder provocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

[...]

III - Em conformidade com o entendimento jurisprudencial dessa Corte, assim como do Pretório Excelso, *na decisão que examina o pedido de suspensão de provimentos jurisdicionais infunde-se um mínimo de delibação do mérito contido na ação originária.*

[...]

Agravo regimental desprovido.

(AgRg na SLS 1.652/BA, rel. Min.Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 21/11/2012, DJe 06/12/2012 – grifei)

Analisar minimamente o mérito da causa originária, no âmbito da suspensão, evita que toda e qualquer decisão que possa gerar supostos ônus ao Poder Público fique com seus efeitos, indefinidamente, paralisados pelos tribunais. Com efeito, o desiderato da suspensão é evitar que decisões temerárias ou desarrazoadas afetem, indevidamente, o interesse público e, para classificar uma decisão numa destas categorias, faz-se necessário, por vezes, invadir a seara do *meritum causae*.

Na hipótese, compulsando os autos, verifica-se que o Aeroporto de Coari é administrado pela municipalidade local, em decorrência do Termo de Convênio firmado entre o Ministério da Aeronáutica e a Prefeitura de Coari em 05/10/1998; que diante da demonstração da inércia do Poder Público municipal em sanar irregularidades detectadas em Relatório de Inspeção Aeroportuária e o descumprimento de Termos de Ajuste de Conduta, entendeu a magistrada *a quo* que o caso é “daqueles em que o princípio da prevenção merece ser aplicado [...] a fim de que se evite um dano irreparável” (fl. 793).

Segundo consta da decisão impugnada, foi determinada a oitiva dos envolvidos em audiência de conciliação de modo a assegurar o contraditório e a ampla defesa, bem como para obter o máximo de elementos para verificar a situação atual do aeroporto com o propósito de “subsidiar a decisão necessária e que causasse o menor transtorno possível à população de Coari.”

Naquela oportunidade, o “município, por meio dos secretários de Defesa Social e de Obras, afirmou a necessidade de interdição do aeroporto, para que os reparos na pista de pouso e decolagem sejam efetivados” (fl. 793). A par disso, entendeu a magistrada que os transtornos causados pela interdição do aeroporto são de menor gravidade do que a possível ocorrência de sinistro com vítima.

A juíza prolatora de decisão destaca, ainda, que a Anac deferiu pedido da Prefeitura de Coari para a isenção temporária de requisitos do Serviço de Prevenção, Salvamento e Combate à Incêndio pelo prazo de 12 meses, bem como o prazo de 150 dias para que o município de Coari adequue as condições de infraestrutura do aeroporto, a contar de abril de 2013. No entanto, constatou que o município não cumpriu, até a data da decisão, as determinações mais relevantes, como o reparo do muro ao redor da pista, de forma a impedir o trânsito de pessoas, veículos e animais na pista de pouso e decolagem, bem como da recuperação da pista de pouso que possui rachaduras em toda a sua extensão longitudinal e transversal, sendo certo que o prazo em questão se esgota no dia 11/08/2013.

Em contrapartida, o requerente juntou aos autos declaração do Secretário Municipal de Defesa Social, afirmando que a Guarda Municipal vem realizando rondas motorizadas para impedir a travessia de pedestres e agricultores que utilizavam a cabeceira da pista de pouso e decolagem como atalho para seus empreendimentos e que, atualmente, não vem mais ocorrendo essa travessia (fl. 798).

Traz também à colação o relatório da Secretaria de Obras com fotos do local sobre trabalhos que vêm sendo realizados na manutenção do Aeroporto de Coari, a fim de atender aos requisitos de segurança no aeródromo, quais sejam: 1) recuperação do muro em andamento, com instalação de arame farpado para reforçar a segurança e impedir o acesso de pessoas e animais na pista; 2) limpeza e capinagem de áreas próximas à pista, com manutenção quinzenal; 3) recuperação e melhoria das faixas de demarcação da pista do aeroporto; 4) recuperação da *biruta* com a inserção de piso com pintura branca para facilitar a visualização.

A Secretaria Municipal de Saúde declara, ainda, que o fechamento do aeroporto a partir do dia 12 de agosto poderá acarretar sérios danos à saúde pública, em decorrência das seguintes situações: 1) emergência médica em que se utiliza aeronave com UTI para remoção de pacientes que necessitam de tratamento médico especializado de urgência na cidade de Manaus; 2) utilização diária de soros pra o tratamento de picadas de cobra e escorpiões, medicamentos, vacinas e traslados de urnas em que se utilizam o transporte aéreo.

Ademais, pelos ofícios constantes dos autos, a Agência Nacional de Aviação Civil, entre as irregularidades existentes, aponta como sendo a mais grave, e que transgride regras de segurança operacional da aviação civil, a incursão desautorizada de pessoas e veículos na pista de pouso e decolagem, pelo fato de a cerca patrimonial e/ou operacional estar danificada, não havendo vigilância no seu perímetro.

É importante observar que a petição inicial que instruiu a ação civil pública relata que os acordos, até então descumpridos, ou cumpridos de forma insatisfatória, e que poderia gerar a interdição do aeroporto, referem-se, de igual modo, mais especificamente da necessidade de implementação de

[...] correções técnicas dos limites operacionais da faixa de pista e a construção de muro ou cerca gradeada operacioanal, para garantir a segurança de vôo, impedindo a invasão da pista por animais, pessoas, bicicletas, motocicletas, automóveis, carroças, caminhões ou qualquer outro nominado e sem a devida autorização da autoridade portuária competente [...] (fl. 30).

Por sua vez, entre as empresas aéreas que utilizam o Aeroporto de Coari, três delas, atendendo solicitação do Ministério Público Federal, relataram que observaram a existência de irregularidades, assim resumidas: 1) a presença de pessoas e veículos não autorizados; 2) lixo e aves dentro da área de segurança aeroportunária; 3) trincas ao longo da pista de pouso e decolagem, má conservação da sinalização nas laterais da pista; 4) má conservação da pavimentação do pátio de manobras (documentos de fls. 199, 203 e 270). Outras duas, no entanto, afirmaram não ter constatado nenhuma irregularidade que comprometa a segurança dos voos (documentos às fls. 200 e 202).

Cumpré destacar que a própria Anac, por meio do Memo. 230/2013/GFIS/SIA, de 04/06/2013, informou à Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Aviação Civil que deferiu o pedido formulado pela Prefeitura Municipal de Coari de isenção temporária de requisitos do Serviço de Prevenção, Salvamento e Combate à Incêndio,

pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias, para adequação das condições de infraestrutura do aeroporto e adote medidas mitigadoras quanto aos riscos às operações, relatando seu cumprimento e quaisquer ocorrências que possam impactar a segurança operacional do aeródromo e que irá realizar uma nova inspeção de maneira a verificar o cumprimento dos requisitos e se o aeroporto apresenta condições operacionais satisfatórias ou se será necessária alguma restrição.

Ora, constata-se, pela Ata da Audiência de Conciliação (fls. 720-721) que a Agência Nacional de Aviação não compareceu à audiência marcada para o dia 17/06/2012 e, presume-se, que Anac ainda não realizou a inspeção para verificar as condições de operação do Aeroporto de Coari, sendo certo que é de sua competência regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária e a segurança da aviação civil (Lei 11.182, de 27/09/2005).

Essas observações se fazem necessárias para avaliar a necessidade de interdição do aeródromo, nos termos definidos pela decisão impugnada. Com efeito, há de se ponderar a existência real de perigo iminente e analisar os interesses em conflito.

Ademais, o que se constata ao analisar os autos é que a situação atual não é mais aquela apresentada pelo Ministério Público Federal na petição inicial, nem aquela e relatada pelo Sétimo Comando Aéreo Regional – Comar 7 há mais de sete anos ou pelas empresas que utilizam o aeroporto, em manifestação apresentada há aproximadamente um ano.

É que o Município de Coari demonstra, inclusive com laudos fotográficos (fls. 323-346), que está realizando obras e mantendo vigilância para evitar o trânsito de pessoas e veículos não autorizados no aeródromo, melhorou as condições de sinalização das pistas, realizou a limpeza e diminuição da vegetação, o buraco na pista de taxi já não existe, o veículo de emergência e combate a incêndio está funcionando.

Afirmam, também, que está trabalhando para sanar, até o final 2013, as demais irregularidades apontadas pela Anac (fls. 280-281 e 308-309) e pelo Ministério Público Federal e que comprometem a segurança aeroportuária, sendo certo que nomeou, por meio da Portaria, do dia 04/04/2013 (fls. 316.317), “uma Comissão Especial formada por vários secretários municipais, com a incumbência de coordenar a implantação de todas as obras e serviços requeridos” (fl. 306).

Relevante considerar, ainda, que, em relação às rachaduras/trincas na pista de pouso e decolagem, não há nos autos nenhuma informação que determine o grau de comprometimento que tais defeitos representam à segurança do aeródromo. Em contrapartida a total interdição do aeroporto, sem previsão para retorno de suas atividades representa grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança do Município de Coari e população em geral.

De fato, a informação de que “Somente este ano a Secretaria Municipal de Saúde de Coari realizou o fretamento de 45 (quarenta e cinco) voos, alguns tipo UTI aérea, para transportar pacientes graves para Manaus [...]” e de que, “Outros tantos foram necessários para transladas pessoas que infelizmente faleceram na capital e foram enterradas na sua cidade de origem” (fl. 311) é impactante e dá a ideia do que a paralisação das atividades do Aeroporto de Coari pode representar somente para a saúde da população.

Mas não é só. O transporte de vacinas, medicamentos e mercadorias que precisam ser conservadas em baixas temperaturas ou que precisam ser entregues em seu destino com urgência ou em segurança, como o transporte de valores, também fica comprometido.

A certeza da grave lesão ao interesse público fica ainda mais evidenciada se considerarmos a informação do requerente de que a viagem fluvial é muito mais demorada, pois o acesso faz-se “pelo Rio Solimões e a viagem em barcos regionais dura em média 36 (trinta e seis) horas, podendo ser acrescido por mais 5 (cinco) horas em caso de vazante do rio” que dura em média seis meses do ano (fl. 8).

Consigne, nesse ponto, que o próprio Ministério Público esclarece que está ciente dos transtornos de ordem pessoal, social e econômica que a interdição do aeródromo causará ao Município de Coari, pois restará apenas a alternativa do “transporte fluvial, lento e sacrificante” (fl. 49), em razão da inexistência de estradas. Mas, a fim de fundamentar a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação decorrente da continuidade das operações aéreas no aeródromo de Coari, afirma:

[...]

A probabilidade de ocorrência de uma tragédia é muito elevada, com consequente ocorrência de ferimentos, mutilações e, sobretudo, perda de vidas humanas. *O falecimento de apenas um ser humano, nestas circunstâncias, enquadra-se, segundo a ótica do Subscritor dessa exordial em DANO DE IMPOSSÍVEL REPARAÇÃO.* Junte-se a isto, o inquantificável sofrimento e dor dos familiares e amigos que porventura perderem um ente querido em um acidente aéreo, aliado ao quantificável dano ao patrimônio público e privado. Repita-se, estão sujeitos a estes eventos funestos não só os passageiros, mas também todos aqueles que trabalham no aeródromo de Coari ou apenas transitarem por ele.

Ocorre que não se pode olvidar que a interdição do Aeroporto de Coari também poderá acarretar em perdas de vidas humanas, pois o transporte aéreo pode ser a única esperança de vida para aqueles que, em estado grave e urgente, precisam de atendimento fora da cidade de Coari.

Nesse contexto, entendo que antes a execução da sentença, nos termos drásticos em que proferida, consubstanciado na completa suspensão das atividades de pouso e decolagem de aeronaves no Aeródromo de Coari, a partir do dia 12/08/2013, pode causar prejuízo muito maior do que aquele que se quer prevenir, principalmente à saúde e à economia pública.

Isso posto, *defiro* o pedido para afastar a execução da decisão no que se refere à suspensão das atividades de pouso e decolagem de aeronaves no Aeródromo de Coari, a partir do dia 12/08/2013, *sem prejuízo* do cumprimento dos demais pontos da decisão questionada, relativos à obrigação de sanar as irregularidades apontadas pela Anac.

Comunique-se, com urgência, ao juízo *a quo*.

Intimem-se. Publique-se. Após os trâmites legais, não havendo recurso, arquivem-se os autos.

Brasília, 12 de agosto de 2013.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, relator.

Agravo de Instrumento 0043571-02.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques
Agravante: Energia Sustentável do Brasil S/A – ESBR
Advogado: Dr. Marcelo Doval Mendes
Advogada: Dra. Sílvia Feola Lencioni Ferraz de Sampaio
Agravada: Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel
Procuradora: Dra. Lúcia Penna Franco Ferreira
Agravada: Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE
Publicação: e-DJF1 de 16/08/2013, p. 265

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Energia Sustentável do Brasil S/A contra a decisão em que o MM. Juízo da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em ação pelo rito ordinário, indeferiu a antecipação de tutela postulada para o fim de (fl. 66).

[...] afastar a obrigação de aporte de garantia financeira indevidamente exigida pela Ré CCEE – no valor de R\$ 14.930.521,92 (quatorze milhões, novecentos e trinta mil, quinhentos e vinte e um reais e noventa e dois centavos) [...] bem como para determinar que as Rés se abstenham de praticar quaisquer atos e medidas no sentido de penalizar a Autora pela falta do referido aporte, ou de restringir sua atuação no âmbito dos registros, validações e ajustes de contratos.

Em síntese, aduz a agravante: (a) o início de produção de energia na Usina Hidrelétrica de Jirau (UHE Jirau), de sua propriedade, vinculou-se à conclusão da instalação das respectivas linhas de transmissão de energia pela Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel; (b) na forma constante do Despacho Aneel 1.732, de 11/06/2013, a completa instalação das linhas de transmissão foi postergada para 1º/07/2013 e, posteriormente, para 31/07/2013, prazo que, naturalmente, passou também a regular o início da geração de energia na UHE Jirau, uma vez que estes procedimentos devem estar concatenados, fato que torna ilegal a exigência, pela Aneel, do aporte da garantia

financeira-contratual, relativa ao mês de junho/2013, de R\$ 14.930.521,92 (quatorze milhões, novecentos e trinta mil, quinhentos e vinte e um reais e noventa e dois centavos), ao fundamento de que as primeiras unidades geradoras da UHE Jirau não entraram em operação em 1º/06/2013; (c) sustenta que a decisão agravada provoca dano irreparável à sua atividade, porquanto determinará o cancelamento de contratos, o bloqueio de operações e o próprio desligamento da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

É o sucinto relatório após o qual decido.

A pretensão formulada pela sociedade agravante está fundada, essencialmente, no argumento de que o início do cumprimento de sua obrigação contratual de geração de energia elétrica, por meio da Usina Hidrelétrica de Jirau, foi postergada para além da data originalmente prevista por responsabilidade da própria Aneel, que no Despacho 1.732 ampliou o prazo de conclusão da instalação das respectivas linhas de transmissão, sem preservar a necessária sintonia temporal entre os dois procedimentos. Por tal razão, assevera a recorrente, não seria exigível o aporte da garantia pecuniária exigida.

Verifica-se, no entanto, que o teor do Despacho Aneel 1.723/2013 não está em sintonia com o alegado no recurso, mas, ao revés, em divergência com os fundamentos apresentados pela agravante, fato que, em exame preambular, evidencia que, realmente, a produção de energia pela UHE Jirau teve início após 1º/06/2013, não observando o período antecedente mínimo de 30 dias, como sustenta a Aneel e a CCEE (fl. 119):

O DIRETOR-GERAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA-ANEEL [...] resolve postergar a data de entrada em operação comercial as unidades geradoras e o início de suprimento de energia previsto no CCEAR da UHE Jirau, no sentido de concatenar tais datas com o período de 30 dias antes da entrada em operação comercial da Linha de Transmissão LT Porto Velho-Araraquara C.1, prevista para 01/7/2013 [...]

Os fundamentos da decisão agravada, por sua vez, estão integralmente amparados no conjunto de documentos insertos nos autos, notadamente nas informações prestadas pela Aneel e pela CCEE, que indicam ter a pessoa jurídica agravante ter infringido obrigação decorrente de contrato regularmente ajustado e vigente, como se verifica (fls. 45–47):

Por meio do documento de fls. 104/105, percebe-se que a empresa Autora encaminhou à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) um “VP/AB I 123-2013”, datado de 16.07.2013, no intuito de obter a “anulação do registro dos montantes de energia dos CCEARS no mês de junho de 2013, com o respectivo cancelamento da solicitação de aporte da garantia financeira pela ESHR (no valor de 14,9 milhões).

A CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (CCEE), na peça de fls. 193/194, elucida, em suma, o seguinte:

- a ESHR (empresa Autora) é agente da CCEE que participou de leilão de “energia nova” para construção da Usina Hidrelétrica Jirau, com a consequente celebração de diversos Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEARs) com distribuidoras do S1N, os quais obrigatoriamente são registrados na CCEE, nos termos da legislação, em especial no art. 56 do Decreto nº 5.163/2004;

- de acordo com o disposto no Despacho ANEEL Nº 1732/2013, de 04.06.2013 (DOU de 11.06.2013), além de outra medida, foi postergada a data da entrada em operação comercial das unidades geradoras e do início de suprimento de energia previsto nos CCEARs da UHE Jirau, de titularidade da RSBR, no sentido de concatenar (tais datas com o período de 30 (trinta) dias antes da entrada em operação comercial da Linha de Transmissão LT Porto Velho Araraquara C.I, prevista para 01.07.2013;

- portanto, a própria ANEEL definiu a data de início da operação comercial das unidades geradoras da UHE Jirau, o que implicou na postergação do início do suprimento constante dos CCEARs, o que teve que ser considerado no âmbito da CCEE, para a produção dos devidos fins, inclusive para o cálculo das garantias financeiras a serem aportadas pela ESHR, no dia 19.07.2013. Por esse motivo, não poderia a CCEE anular os montantes de energia dos CCEARs registrados para o mês de junho de 2013, como requerido pela Autora, ou mesmo cancelar a chamada para aporte de garantia.

Por sua vez, a ANEEL foi taxativa ao explicitar o seguinte (fls. 265/266):

“... o aporte de garantia financeira é uma exigência regulatória decorrente dos compromissos assumidos através da celebração do Contrato de Concessão nº 002/2008, bem como dos Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado CCEARs firmados pela Autora com as distribuidoras por ocasião do Leilão realizado em 2008. Diante da não entrada em operação das primeiras unidades geradoras da UHE Jirau em 1º/06/2013, marco temporal fixado no Despacho nº 1.723/2013 e no Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 002/2008, a CCEE determinou à Autora que realizasse o aporte de garantia financeira para o mês de junho. Tal ato, por encontrar respaldo nas normas vigentes e nos atos emanados da ANEEL, deve ser mantido.”

Em outro ponto (fls. 266/268), a ANEEL enfatiza a ausência do perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação – requisito indispensável ao deferimento da antecipação dos efeitos da tutela.

Destaca que no caso em análise, há o risco de dano inverso, pois “caso o Poder Judiciário afaste as consequências advindas do descumprimento contratual incorrida pela Autora, tal ato gerará grave insegurança entre aqueles agentes que atuam no setor, acarretando a quebra da isonomia, a redução da credibilidade e transparência do setor elétrico, e o estímulo ao inadimplemento setorial, o que demonstra o prejuízo ao interesse público [...]”

“No contexto de todo o exposto, mostra-se completamente inviável, nesse Juízo de cognição sumária, desconstituir o ato da Administração Pública ora vergastado.”

Cumpra-se, nesse sentido, que os dados apresentados pelas instituições agravadas são revestidos pela presunção de veracidade, que, no caso, não foi elidida pelas razões articuladas no recurso.

Assim postos os fatos e em sede de cognição superficial própria à natureza precária da medida em análise, reputo que a pessoa jurídica Energia Sustentável do Brasil S/A – ESBR, nas razões constantes da inicial da ação da qual tirado o presente agravo de instrumento, não logrou demonstrar qualquer ilegalidade no procedimento administrativo realizado pela Aneel, motivo pelo qual entendo não configurada a verossimilhança das alegações recursais, de modo que legitime a concessão da tutela de urgência regulada pelo art. 273 do Código de Processo Civil, tal como, adequadamente, registrou a decisão recorrida.

Em face do exposto, indefiro o pedido de efeito suspensivo, confirmando a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

Publique-se.

Intimem-se as agravadas para que apresentem contraminuta (art. 527, V, CPC).

Requisitem-se informações (CPC, art. 527, IV).

Após, voltem-me os autos conclusos.

Brasília, 12 de agosto de 2013.

Desembargador Federal *Kassio Marques*, relator.

Agravo de Instrumento 0042035-53.2013.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes (convocado)
Agravantes: Bioenergética Vale do Paracatu S/A
Central Bioenergética Enervale S/A
Advogados: Dr. João Carlos Duarte de Toledo
Dr. Denny Militello
Dr. Rodrigo Machado Moreira Santos
Agravada: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Publicação: e-DJF1 de 16/08/2013, p. 476-477

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento no qual as empresas Bioenergética Vale do Paracatu S/A e Central Bioenergética Enervale S/A requerem antecipação dos efeitos da tutela, conforme o art. 527, III, do Código de Processo Civil, para que sejam excluídas do rateio do Encargo de Serviços do Sistema – ESS, cobrado nos termos da Resolução 3/2013, do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE.

Alegam as agravantes que a Resolução CNPE 3/2013 prevê um rateio dos custos da utilização de usinas termelétricas, “fora da ordem de mérito”, contrariando o disposto na Lei 10.438/2002 e no art. 175 da Constituição Federal.

Informam que, com base nos arts. 2º e 3º da referida resolução, passou a ser cobrado o ESS – Encargo de Serviços do Sistema, cujos cálculos são procedidos pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

Relatam que, quando necessário, as usinas termelétricas são acionadas segundo uma *ordem de mérito*, conforme o custo crescente de geração de cada uma delas. Acrescentam que, por razões de segurança, o CMSE (Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico) pode chamar as usinas fora da *ordem de mérito*, por razões de ordem geográfica ou técnica, o que gera um custo adicional.

Tal custo adicional, denominado ESS, tem como fundamento legal a Lei 10.438/2002, art. 1º, que prevê o rateio entre “*todas as classes de consumidores finais*”.

Acrescentam que também seria o art. 1º da Lei 10.438/2002 a base legal do art. 59 do Decreto 5.163/2004, que prevê a divisão dos custos fora da “*ordem de mérito*”.

Sustentam que a legislação somente ampara a divisão de custos entre consumidores, pois somente estes se beneficiariam da geração extra de energia. Nesse sentido, entendem que passaram a responder pelo custo de despacho termelétrico, sem usufruir dos benefícios, pois não retirariam energia elétrica do sistema. Ao contrário, sua função é a de injetar energia no mercado.

Ressaltam que o custo adicional deve ser assumido apenas por consumidores de energia elétrica, como determina a lei, e não pelas geradoras de energia, como é o caso das agravantes.

Entendem que, ao alterar a forma de rateio, a Resolução CNPE 3/2013 instituiu um novo encargo, sem base legal, e que o art. 175 da Constituição Federal diz que somente a lei deve dispor sobre política tarifária.

Relatam que foram proferidas, recentemente, várias decisões judiciais no sentido de sua tese, inclusive a Suspensão de Segurança 31824-55.2013.4.01.0000, do presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Fundamentam o requisito do perigo da demora no fato de que, enquanto não apreciada a liminar pelo juízo de primeira instância, desembolsarão valores elevados a título de ESS.

Requerem, por fim, a antecipação dos efeitos da tutela para que sejam excluídas do rateio do ESS, até que seja julgada a ação ordinária. De forma subsidiária, pedem que seja determinado ao juízo *a quo* que delibere com celeridade, em prazo condizente com a urgência que o caso requer.

É o relatório do essencial, passo a decidir.

De início, vejo que o cerne da argumentação das agravantes é o fato de que a Resolução CNPE 3/2013 teria extrapolado sua base legal, qual seja, o art. 1º da Lei 10.438/2002.

Dizem as agravantes que a referida resolução não poderia chamar as empresas geradoras de energia elétrica para arcar com o custo de utilização das usinas termelétricas na geração de energia, pois a Lei 10.438/2002 somente daria ensejo à cobrança aos consumidores finais.

Para a solução da lide, é importante analisar o teor do art. 1º da Lei 10.438/2002. O texto é o seguinte:

Art. 1º Os custos, inclusive de natureza operacional, tributária e administrativa, relativos à aquisição de energia elétrica (kWh) e à contratação de capacidade de geração ou potência (kW) pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE serão rateados entre todas as classes de consumidores finais atendidas pelo Sistema Elétrico Nacional Interligado, proporcionalmente ao consumo individual verificado, mediante adicional tarifário específico, segundo regulamentação a ser estabelecida pela Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel.

§ 1º O rateio dos custos relativos à contratação de capacidade de geração ou potência (kW) referidos no caput não se aplica ao consumidor beneficiado pela Tarifa Social de Energia Elétrica, integrante da Subclasse Residencial Baixa Renda. (Redação dada pela Lei nº 12.212, de 2010)

§ 2º O rateio dos custos relativos à aquisição de energia elétrica (kWh) referidos no caput não se aplica ao consumidor cujo consumo mensal seja inferior a 350 kWh integrante da Classe Residencial e 700 kWh integrante da Classe Rural.

§ 3º Os resultados financeiros obtidos pela CBEE serão destinados à redução dos custos a serem rateados entre os consumidores.

§ 4º Até a efetiva liquidação das operações do Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE, fica autorizada a aquisição de energia elétrica e de recebíveis do MAE, bem como a contratação de capacidade pela CBEE, como instrumentos do Programa Prioritário de Termelétricidade – PPT, na forma estabelecida em ato do Poder Executivo.

Da análise do texto, destaco três pontos essenciais à solução da presente lide: (a) o rateio deve ser feito entre “*todas as classes de consumidores finais*”, (b) calculado “*proporcionalmente ao consumo individual verificado*” e (c) o encargo deve ser estabelecido por ato infralegal, ou seja, “*segundo regulamentação*”.

Ressalto ainda, que, ao contrário do que alegam as agravantes, a lei não diz que os *beneficiários* é que devem ratear o encargo, afirmando, expressamente, que a divisão deve ser feita entre “*todas as classes de consumidores finais*”.

Cabe verificar, agora, o texto da Resolução CNPE 3/2013, para investigar se houve ou não contrariedade ao texto da lei que a embasou. O art. 3º, que especifica a forma de cálculo do ESS, possui a seguinte redação:

Art. 3º. O despacho adicional de usinas acionadas na forma do caput do art. 2º, transitoriamente, será regido pelas seguintes diretrizes:

I – no mês de março de 2013, terá seu custo rateado proporcionalmente ao consumo médio de energia, nos últimos doze meses, por todos os agentes com medição de consumo do Sistema Interligado Nacional – SIN e será cobrado mediante Encargo de Serviços do Sistema por motivo de segurança energética, conforme o disposto no art. 59 do Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004; e

II – a partir da primeira semana operativa de abril de 2013 e até que se efetive o disposto no art. 1º, poderá resultar em aumento no valor do PLD, cujo incremento, bem como o rateio do custo deste despacho adicional serão determinados pelo procedimento constante do Anexo a esta Resolução.

§ 1º No período estabelecido no inciso II será utilizada uma Curva de Aversão a Risco – CAR interna aos programas computacionais, baseada na adoção, por submercado, de uma curva quinquenal de segurança de armazenamento dos reservatórios equivalentes das usinas hidrelétricas.

§ 2º Caberá à ANEEL disciplinar a aplicação, pelo ONS e pela CCEE, do disposto neste artigo.

Da análise dos textos, não me parece, ao menos nesse exame preliminar, que houve pela Resolução CNPE 3/2013 afronta à lei que a embasou.

Primeiro, a Resolução 3/2013 prevê a divisão entre “*agentes com medição de consumo*”, o que não contraria a Lei 10.438/2002, que autoriza o rateio entre “*todas as classes de consumidores finais*”. Ora, se o agente possui medição de consumo, parece-me que, por óbvio, está incluído em uma das classes de consumidores finais. Acrescento que o texto infralegal determina, ainda, que a divisão deve ser feita “*proporcionalmente ao consumo médio de energia*”, o que fortalece o entendimento de que somente consumidores participariam da divisão.

Observo que, ainda que as agravantes sejam geradoras de energia, somente serão cobradas se forem, ao mesmo tempo, consumidoras. Caso contrário, sua base de cálculo, por ser proporcional ao consumo médio de energia, seria nula e não teriam interesse para ajuizar a presente ação judicial.

Em segundo lugar, cumpre ressaltar que, quando a Resolução CNPE 3/2013 prevê que o custo deve ser cobrado “*proporcionalmente ao consumo médio de energia*”, seu texto é compatível com o disposto no art. 1º da Lei 10.438/2002, que, de forma expressa, determina a divisão dos custos “*proporcionalmente ao consumo individual verificado*”.

Terceiro, é a própria Lei 10.438/2002 que determina que a forma de cálculo deve ser detalhada mediante regulamentação, ou seja, por norma infralegal, o que deu ensejo à referida Resolução CNPE 3/2013.

Inexistindo inovação pela Resolução CNPE 3/2013, não vejo afronta, também, ao art. 175 da Constituição Federal, pois a política tarifária não sofreu modificação não autorizada anteriormente em lei.

Em suma, as agravantes estão sendo cobradas é em função de seu consumo próprio de energia elétrica. Assim, apesar de serem empresas geradoras de energia elétrica, a cobrança do ESS é efetuada em decorrência de seu consumo, ou seja, por também serem empresas consumidoras (em última análise também são beneficiárias) e se enquadrarem, portanto, na hipótese descrita pela Lei 10.438/2002.

Nestes termos, ao menos nesse exame preliminar, não vejo extrapolação legal no texto da Resolução CNPE 3/2013.

Ante o exposto, indefiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Intime-se a agravada nos termos do disposto no art. 527, V, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

Brasília, 7 de agosto de 2013.

Juiz Federal *Rodrigo de Godoy Mendes*, relator convocado.

Agravo de Instrumento 0043619-58.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques
Agravante: Melq Alves Ferreira e outros
Advogada: Dra. Mirtys Fabiany de Azevedo Pereira
Agravada: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Publicação: e-DJF1 de 16/08/2013, p. 266-268

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de liminar, interposto por Melq Alves Ferreira, Elaine Gomes da Silva e Neusa Coelho Miranda contra a decisão proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 5ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, em ação de mandado de segurança, indeferiu a liminar mediante a qual pretendiam os impetrantes assegurar a imediata efetivação de suas inscrições no Projeto Mais Médicos para o Brasil (Edital 39/2013), apesar de não cumpridos os requisitos (I) do edital quanto ao índice estatístico médico/habitante dos países de sua graduação e (II) da exigência de habilitação profissional em tais países.

Irresignados, alegam os agravantes que a medida impugnada se mostra abusiva, pois, em se tratando de habilitação para o exercício da medicina por brasileiros que apenas se graduaram no exterior, mas lá não atuam, deveria ser exigido apenas o diploma, a exemplo dos acadêmicos formados no Brasil, que somente necessitam desse documento para se inscreverem no Conselho Regional de Medicina.

Afirmam que os critérios de participação são ilegais e inconstitucionais, pois afrontariam o princípio da isonomia, do devido processo legal, além dos direitos de petição e de livre exercício da profissão.

Aduzem que o estabelecimento de condições para o exercício de profissões é matéria submetida à chamada “reserva da lei”.

Em ordem sucessiva (art. 289 do Código de Processo Civil), requerem que seja concedido prazo para que providenciem e apresentem a referida habilitação profissional.

É o relatório. Decido.

Os agravantes impetraram ação de mandado de segurança em face (a) do diretor de Programas da Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde do Ministério da Saúde, (b) do secretário de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde e (c) do responsável pela Coordenação do Projeto Mais Médicos para o Brasil.

A decisão agravada indeferiu a liminar ao fundamento de que as normas do Edital 39/2013, regulador da adesão de médicos ao Projeto Mais Médicos para o Brasil, arrimado na Medida Provisória 621/2013 e na Portaria ministerial 1.369/2013, impõe ao candidato requisitos necessários à efetivação de sua inscrição, os quais, *a priori*, não se mostram ilegais ou discriminatórios, vez que editadas dentro dos parâmetros da legalidade e consoante as necessidades do País no âmbito da saúde pública, bem como em estrita observância às recomendações insertas no Código Global de Práticas para Recrutamento Internacional de Profissionais de Saúde da Organização Mundial da Saúde.

Assim postos os fatos, reputo manifesta a improcedência do presente recurso.

A antecipação dos efeitos da tutela, na forma do art. 273, I e II, do CPC, somente poderá ser concedida quando, existindo prova inequívoca, o juiz se convença da verossimilhança da alegação do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Pretendem os agravantes participar do Programa Mais Médico, na qualidade de médicos brasileiros formados em instituições de educação superior estrangeiras, por meio de intercâmbio médico internacional.

O Programa — que faz parte de um amplo pacto de melhoria do atendimento aos usuários do Sistema Único de Saúde — foi instituído pela Medida Provisória 621, de 8 de julho de 2013, e regulamentado pela Portaria Interministerial 1369/MS/MEC, de 8 de julho de 2013, e prevê a participação de dois tipos de médicos:

I – médicos formados em instituições de educação superior brasileiras ou com diploma revalidado no País (ou seja, médicos já habilitados para o pleno exercício da Medicina no Brasil e que terão prioridade na seleção), e

II – médicos formados em instituições de educação superior estrangeiras, por meio de intercâmbio médico internacional (médicos sem habilitação para o exercício da Medicina no Brasil, que receberão autorização precária, por prazo determinado, para exercício exclusivo nas atividades do Programa Mais Médicos para o Brasil, mediante o atendimento dos requisitos traçados em seus regimentos).

Relativamente aos médicos intercambistas, só poderão participar dessa seleção os que, além de conhecerem a língua portuguesa, estiverem habilitados para o exercício da Medicina em país que apresente relação estatística médico/habitante igual ou superior a 1,8/1000 (um inteiro e oito décimos por mil), conforme Estatística Mundial de Saúde da Organização Mundial da Saúde (Portaria Interministerial 1.369/2013, art. 19, inciso II, c; e art. 9º da MP 621, §1º, inciso II).

O Edital 39, de 08/07/2013 — que dispõe sobre a adesão de médicos ao projeto, em conformidade com o disposto na MP 621/2013 e na Portaria Interministerial 1.369/MS/MEC — prevê no item 1.2, II, que poderão participar do projeto médicos brasileiros formados em instituição de educação superior estrangeira, com habilitação para exercício da Medicina no exterior. Estabelece, ainda, no item 2.2, c, a condição de que

[...] o país de exercício profissional do médico deve apresentar relação estatística médico/habitante com índice igual ou superior a 1,8/1000 (um inteiro e oito décimos por mil), conforme Estatística Mundial de Saúde da Organização Mundial da Saúde, a ser verificado pelo Ministério da Saúde.

Os impetrantes são graduados em país com proporção médico/habitantes inferior à exigida, no caso na Bolívia, bem como não apresentaram habilitação para o exercício da Medicina no país de sua formação.

O pleito dos impetrantes, portanto, encontra impedimento expresso na MP 621/2013, não restando demonstrada qualquer ilegalidade ou violação ao princípio da razoabilidade constante do Edital 39/2013.

Não cabe ao Poder Judiciário analisar critérios discricionários da Administração Pública, mas somente exercer o controle da legalidade dos atos administrativos. Nesse sentido:

CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. ALVARÁ DE PESQUISA DE LAVRA. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE DO ALVARÁ. RETIFICAÇÃO DO ATO QUE DEFERIU A PRORROGAÇÃO DO PRAZO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. OBSERVÂNCIA AO PRAZO MÁXIMO DE PRORROGAÇÃO PREVISTO NO DL 227/67, ART. 22. LEGALIDADE DO ATO.

1. Não se reconhece a ilegalidade do ato administrativo que retificou o prazo de prorrogação de alvará de pesquisa e lavra, para ampliá-lo, de 2 (dois) para 3 (três) anos, se o prazo originário de exploração era de 3 (três) anos, vez que não ultrapassa o prazo máximo previsto no art. 22, III, "a", do DL 227/67, regulamentado pela Portaria 23/97, da Diretoria-Geral do DNPM.

[...]

3. Não cabe ao Poder Judiciário analisar critérios discricionários da Administração Pública, mas somente exercer o controle da legalidade dos atos administrativos.

4. Nega-se provimento ao recurso de apelação. (AC 0006998-04.2000.4.01.3400 / DF, Rel. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira, 4ª Turma Suplementar, e-DJF1 p.1.393 de 07/06/2013)

AGRAVOREGIMENTAL. REQUERIMENTO DE RESTAURAÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA. ATRIBUIÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS.

[...]

2. A intervenção do Judiciário nas atribuições do Executivo, elegendo prioridades, criando ou alterando despesas financeiras não previstas pelas autoridades competentes, acarreta grave desequilíbrio orçamentário e administrativo.

3. Os recursos públicos são escassos e incumbe ao Poder Executivo administrá-lo da melhor maneira que lhe aprouver. Não incumbe ao Poder Judiciário eleger entre as inúmeras necessidades coletivas, qual deve receber atendimento prioritário dos recursos orçamentários, em detrimento de tantas outras de igual ou maior urgência, substituindo-se ao Administrador definindo, inclusive, que tipo de serviço deve ser realizado, sem a tecnicidade que tais empreendimentos exigem.

4. Improvimento ao agravo regimental. (AGRSJT 0006008-08.2012.4.01.0000/GO, Rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, Corte Especial, e-DJF1 p. 5 de 31/07/2012)

CONCURSO PÚBLICO. PEDIDO DE ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO QUE TORNOU SEM EFEITO RESULTADO FINAL DE CONCURSO PÚBLICO. PONTUAÇÃO DE TÍTULO DE DOUTORADO. CRITÉRIO VINCULADO PARA AVALIAÇÃO DOS TÍTULOS

PELA BANCA EXAMINADORA. EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO QUE PREVÊ PONTUAÇÃO PARA CURSO DE DOUTORADO NA ÁREA DE ATUAÇÃO DO CARGO.

1. Não compete ao Poder Judiciário a intervenção e reexame de critérios subjetivos de avaliação de candidatos em concurso público, restringindo-se o controle judicial aos aspectos da legalidade do procedimento e da observância do edital.

[...]

3. A avaliação de títulos apresentados por candidatos é procedimento de natureza vinculada, não discricionária, pois a banca examinadora limita-se a verificar se o título apresentado pelo candidato atende a exigência expressa do edital do concurso.

4. O exame pela Administração dos certificados acadêmicos não se estabelece de forma subjetiva, devendo o examinador constatar se foi preenchido ou não o requisito formal, segundo previsão editalícia.

[...]

6. Apelação improvida. (AMS 0015667-70.2005.4.01.3400/DF, Rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 p. 142 de 14/01/2013)

PROCESSUAL CIVIL, TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. REPASSE DE VERBAS RELATIVAS AO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS - FPM. COEFICIENTE. LEVANTAMENTO POPULACIONAL. COMPETÊNCIAS DO IBGE E TCU. ATO ADMINISTRATIVO. INVIABILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

[...]

4. A irrisignação quanto ao fato de que a estimativa populacional do Município não expressa mais a verdadeira realidade fática não passa, em momento algum, pelo aspecto da legalidade, da moralidade, ou da razoabilidade do ato administrativo, assim como não há de se falar que o referido procedimento administrativo - censo populacional realizado pelo IBGE e cálculos do TCU - tenha gerado qualquer violação à ordem jurídica ou aos princípios da moralidade e da razoabilidade.

5. O suposto erro apontado pelo Município diz respeito, tão somente, ao seu número de habitantes, que, no caso destes autos, não tem como fundamento qualquer vício de ilegalidade ou afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a permitir a revisão e o controle judicial.

[...]

13. Apelação da parte autora não provida. Apelo da União provido. (AC 0013425-70.2007.4.01.3400/DF, Rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1 p. 1.473 de 18/01/2013)

Tampouco há que se falar em violação ao princípio da isonomia, na medida em que a comprovação da habilitação para exercício da Medicina em território nacional é igualmente exigida dos médicos formados em instituições de educação superior brasileiras ou com diploma revalidado no Brasil.

Vale destacar a seguinte parte da decisão agravada:

Os impetrantes não se graduaram em universidades brasileiras e nem tampouco revalidaram no Brasil seus diplomas expedidos por instituições de ensino superior estrangeiras, o que implica na impossibilidade de serem equiparados aos médicos em tais condições. A situação contrária é que ensejaria a violação do princípio constitucional da isonomia.

Não possuindo dois dos requisitos exigidos para a participação no Programa Mais Médicos para o Brasil, carecem os impetrantes de direito às suas inscrições, sendo evidentemente uma afronta ao princípio da isonomia a pretendida modificação das regras do edital para conformação à situação particular, inclusive no tocante ao pedido de prorrogação do prazo para juntada de documentos ou de recebimento precário de suas inscrições.

A título de reforço de fundamentação, destaco que não ficou demonstrada a necessidade de provisão jurisdicional urgente e tampouco restou incontroverso o perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação — diante do fato de que o edital terá prazo de vigência para inscrição de médicos até o término do projeto (item 3.1).

Assim, dada a sua manifesta improcedência, nego seguimento ao agravo de instrumento, com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, c/c o art. 29, XXIV, do Regimento Interno.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 12 de agosto de 2013.

Desembargador Federal *Kassio Marques*, relator.

Agravo de Instrumento 0045454-81.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques
Agravante: Estado de São Paulo
Procurador: Dr. André Brawerman
Agravado: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade
Publicação: e-DJF1 de 16/08/2013, p. 270–271

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Estado de São Paulo contra a decisão em que o MM. Juízo da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em mandado de segurança impetrado contra o superintendente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, denegou liminar vindicada para o fim de obter acesso (fl. 20) “*a documentos que o Cade tem em seu poder devido a procedimento investigativo que apura formação de cartel em licitações para aquisição de trens e construção de linhas de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares no Brasil.*”

Em síntese, aduz o agravante (fls. 3–19): (a) possui direito de acesso aos documentos que instruem o Inquérito Administrativo 08700.004617/2013-41, promovido pelo Cade, uma vez que, por intermédio da Corregedoria-Geral da Administração do Estado de São Paulo, deve apurar, imediatamente, os prováveis atos infracionais noticiados; (b) ao indeferir pedido de cópia dos autos do inquérito em comento, em duas oportunidades (Ofício CGA 1.639/2013 e 1.767/2013) a autoridade impetrada violou direito à informação, constitucionalmente previsto; (c) postula o pleno acesso, apenas, às informações objetivas que já tenham sido selecionadas pelos técnicos do Cade, mas não pretende a revelação de dados que sejam particulares àqueles que estejam inseridos no procedimento de cooperação com as investigações; (d) a decisão liminar que autorizou a busca e apreensão efetivada pelo Cade, proferida pelo Juízo da 4ª Vara da SJSP nos autos da Ação Cautelar 0010939-96.2013.4.03.6100, determinou o sigilo dos autos somente “até a efetivação da medida”, procedimento que já foi realizado; (e) é cabível o deferimento da tutela antecipada, porquanto a negativa de pleno acesso às informações constantes no Inquérito Administrativo 08700.004617/2013-41 prejudica investigação que, por determinação legal, deve ser realizada pelo Estado recorrente.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, comparecendo espontaneamente aos autos, juntou as informações de fls. 274–284, nas quais afirma não ter se oposto ao empréstimo das provas obtidas, desde que preservado o regular trâmite e a eficácia do processo administrativo objeto da controvérsia.

É o sucinto relatório após o qual decido.

A pretensão do Estado agravante não apresenta elementos de fato ou de direito que autorizem o seu deferimento, como se deduz do conjunto de evidências a seguir alinhadas:

1) *Continuidade do sigilo judicial aplicado ao Inquérito Administrativo/Cade 08700.004617/2013-41*

Diversamente do alegado pelo agravante, o Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária Federal do Estado de São Paulo, nos autos da Ação Cautelar 0010939-96.2013.4.03.6100, não limitou o sigilo dos documentos concernentes ao inquérito administrativo somente “até a efetivação da medida”, mas tão somente alterou a condição de “sigilo absoluto” para “sigilo de documentos”.

Portanto, ao que se vislumbra em juízo preambular, a momentânea restrição de acesso aos documentos constantes no processo administrativo promovido pelo Cade, configura o fiel cumprimento a expressa determinação judicial (fl. 284), suficiente para afastar a apontada ilegalidade que teria sido praticada pela autoridade impetrada.

2) *Prejuízo à segurança jurídica e à delação premiada – risco inverso*

Revelam os autos que o procedimento investigatório promovido pela Cade, em razão da dimensão material da medida administrativa adotada e pela complexidade técnica do trabalho desempenhado pelos agentes públicos responsáveis pela análise e separação de dados, demonstra a necessidade das medidas restritivas aplicadas.

Realmente, a criteriosa identificação das informações que estejam vinculadas ao processo investigativo, bem assim, a necessária preservação dos dados que não sejam concernentes ao processo em curso, a exemplo de

informações pessoais e segredos de empresa, é procedimento que a agravada, com a utilização do tempo e modo que se mostrem necessários, não pode olvidar.

A própria agravante, ao noticiar dados concernentes ao processo investigativo, indica a proporção das operações em curso (fl. 5):

A operação Linha Cruzada é realizada em conjunto com a Polícia Federal – PF com o objetivo de coletar provas que elucidem as investigações. A operação conta com a atuação de 139 técnicos entre oficiais de justiça, servidores do Cade, delegados e agentes da PF. Os documentos coletados serão analisados pela Superintendência-Geral do Cadê. Caso confirmado os indícios, será instaurado um processo administrativo.

Por tal razão, a obtenção de documentos pleiteada, potencialmente, prejudica o desenvolvimento das investigações em curso no Cade e determina a ocorrência de risco à segurança jurídica e ao Acordo de Leniência 1/203, ajustado entre a Superintendência-Geral do Cade, as pessoas jurídicas Siemens Ltda. e Siemens AG, e as pessoas naturais que delas são funcionários.

3) *Legalidade da restrição de acesso e sigilo aplicado aos documentos do processo administrativo pelo Cade*

O sigilo aplicado no procedimento investigativo em curso é autorizado, dentre outras, pelas disposições da Lei 12.529, de 30/11/2009:

Art. 49. O Tribunal e a Superintendência-Geral assegurarão nos procedimentos previstos nos incisos II, III, IV e VI do caput do art. 48 desta Lei o tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos ou exigidos pelo interesse da sociedade.

Parágrafo único. As partes poderão requerer tratamento sigiloso de documentos ou informações, no tempo e modo definidos no regimento interno.

4) *Eventual equívoco da via processual utilizada*

Ainda que superados fossem os óbices fáticos e legais referidos, entendo que a via processual utilizada pela agravante, possivelmente, não tenha sido a adequada.

Com efeito, o pleito da agravante deveria ter sido deduzido perante o Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária Federal do Estado de São Paulo, que autorizou, nos autos da Ação Cautelar 0010939-96.2013.4.03.6100, ação principal, o procedimento de busca e apreensão que foi efetivado pelo Cade. Esse mesmo juízo, a propósito, gravou de sigilo os documentos que foram apreendidos.

Contudo, a competência para o exame, se for o caso, de tal matéria, incumbe ao MM. juízo que proferiu a decisão agravada, sob pena de indevida supressão de instância.

5) *Adequada fundamentação da decisão agravada*

De tal modo, os autos expressam a inteira adequação dos fundamentos adotados na decisão agravada, que dispôs (fls. 20-21):

Primeiro, notei que o CADE ainda está investigando e depurando as informações, que, inclusive, foram obtidas mediante decisões judiciais. Ou seja, neste instante, sequer sabemos se é possível fazer a separação pretendida: excluir os documentos que instrumentalizam o acordo de leniência e demais documentos que possam identificar os signatários. Ora, é bem possível que sequer isso seja viável: uma vez obtidos os demais dados, possível seria descobrir os elementos sigilosos.

Por outro lado, noto que o sigilo, em princípio, tem amparo legal, conforme o art. 49 da Lei 12.529/2011. É certo que se pode até admitir certa mitigação do princípio quando se tratar de transferência de dados dentro da própria Administração. Entretanto, isso não deve ser feito em mera medida liminar, uma vez que satisfativa, e nem quando se tem o quadro ora traçado: o CADE não negou propriamente o acesso do Estado aos documentos. Na verdade, o que o CADE está fazendo é analisando a documentação, para aí, sim, poder verificar o que deve ser mantido em sigilo, ou não.

Deve-se ponderar, ainda, que grande parte da documentação foi obtida mediante ordem judicial e esta ordem foi expressa no sentido de que o CADE deveria manter os documentos sob sigilo. Ou seja, a cautela do CADE está plenamente justificada: amparada em ordem judicial prévia.

Enfim, entendo que o Estado de São Paulo, na sua esfera de atribuições, pode, a todo instante, fazer suas investigações sem problemas, uma vez que o ordenamento jurídico como um todo lhe dá poderes para tanto. Com isso, quero dizer que, neste instante, não vejo como a falta dos documentos em poder do CADE possam inviabilizar sua atividade investigativa. Quando muito, os documentos poderiam apenas facilitar sua atividade. Entretanto, ao menos para esta sede liminar, não vejo a alegada urgência.

Cumpra assentar, ainda, que os dados preliminarmente apresentados pela instituição agravada são revestidos pela presunção de veracidade, que não foi elidida pelas razões articuladas no recurso do Estado de São Paulo.

Assim postos os fatos e em sede de cognição superficial própria à natureza precária da medida em análise, reputo que o Estado de São Paulo, em suas razões de recurso, não logrou demonstrar qualquer ilegalidade no procedimento administrativo realizado pelo Cade, motivo pelo qual entendo que não foi demonstrada a existência de *fumus boni iuris* ou *periculum in mora* vinculados ao alegado direito líquido e certo, tal como, ao denegar a tutela liminar, adequadamente registrou a decisão recorrida.

É, assim, manifesta a inexistência dos requisitos de concessão da pleiteada liminar, na forma em que preconizada no art. 7º, inciso III, da Lei 12.016/2009.

Em face do exposto, indefiro o pedido de tutela antecipada, confirmando a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

Publique-se.

Intime-se a agravada para que apresente contraminuta (art. 527, V, CPC).

Requisitem-se informações (CPC, art. 527, IV).

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Após, retornem-me os autos conclusos.

Brasília, 12 de agosto de 2013.

Desembargador Federal *Kassio Marques*, relator.

Agravo de Instrumento 0037541-48.2013.4.01.0000/DF

Relator:	Desembargador Federal Kassio Marques
Agravante:	União Federal
Procuradora:	Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Agravados:	Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica – Apine e outro
Advogados:	Dr. Sérgio Bermudes Dr. André Silveira Dr. Flávio Jaime de Moraes Jardim Dr. Guilherme Silveira Coelho
Publicação:	e-DJF1 de 16/08/2013, p. 257–259

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União contra a decisão em que o MM. Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em ação pelo rito ordinário, deferiu a antecipação de tutela para assegurar à Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica a suspensão da eficácia dos arts. 2º e 3º, ambos da Resolução CNPE 3, de 6 de março de 2013, até ulterior deliberação.

A agravante, para além de arguir as preliminares de decisão *ultra petita* e de vedação legal à concessão de liminar, aduz, em síntese, não estarem presentes os requisitos autorizadores de concessão da antecipação de tutela.

Intimada, a agravada impugnou o recurso mediante as razões de fls. 641–662, postulando a confirmação da decisão recorrida e aduzindo, em particular, a intempestividade do apelo.

É o sucinto relatório após o qual decido.

Inicialmente, conheço do recurso, porquanto a intimação pessoal da União se verificou em 10/06/2013, mediante a juntada aos autos do mandado citatório regularmente cumprido, data que configurou o termo inicial do prazo recursal de 10 dias, contados em dobro, para a interposição do recurso, o que ocorreu em 1º/07/2013, primeiro

dia útil posterior ao decurso do 20º dia, evidenciando o regular atendimento do lapso temporal para a medida processual adotada, consoante certidão acostada às fls. 185–187 dos autos.

Observo que o documento de fl. 527, que registra ter havido, em 03/06/2013 carga do feito à União, por estar desvinculada de qualquer outra informação, não supre a garantia legal de intimação pessoal deferida à instituição agravante. Nesse sentido, a propósito, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 525, DO CPC. CARGA DOS AUTOS. INTIMAÇÃO PESSOAL. PEÇA OBRIGATÓRIA.

1. A tempestividade do agravo de instrumento não pode ser aferida somente à luz da “ciência” aposta pelo procurador nos autos, porquanto a determinação do início do prazo restaria ao arbítrio de uma das partes.

2. A “simples carga dos autos ao Procurador da Fazenda, sem certificar o objeto da intimação, não configura a realização desta nem pode substituí-la nos termos da lei”. Precedentes:REsp 264.248/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19.12.2003;REsp 264.484/SC, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 13.3.2006 e REsp 945.508, 1ª Turma, Min. Denise Arruda, DJ de 02.02.2008; REsp 775.553/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavasck, DJ. 01/09/2008.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1096354/ES, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15/09/2009, DJe 08/10/2009)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTIMAÇÃO PESSOAL. PEÇA OBRIGATÓRIA.

1. O conhecimento do agravo de instrumento pressupõe o traslado das peças arroladas no art. 525, IX, do CPC, incluindo-se a cópia da certidão comprobatória da intimação.

2. “*Simples carga dos autos ao Procurador da Fazenda, sem certificar o objeto da intimação, não configura a realização desta nem pode substituí-la nos termos da lei*” (REsp n. 264.259-SC, Rel. Min. eçanha Martins, in DJ de 11.11.2002). No mesmo sentido: REsp 264.248/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19.12.2003; Esp 264.484/SC, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 13.3.2006 e REsp 945.508, 1ª Turma, Min. Denise Arruda, DJ de 02.02.2008.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 775553/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 21/08/2008, DJe 1º/09/2008)

Para evitar supressão de instância, deixo, por ora, de me pronunciar acerca das preliminares invocadas pela recorrente, porquanto sequer foram elas submetidas à apreciação do juízo de primeiro grau.

No que concerne ao específico pedido de antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela, é certo que a pretensão exige a presença simultânea dos requisitos indicados no art. 273 do Código de Processo Civil, os quais, pelo que se constata, não estão configurados nos autos, como adiante se demonstra.

a) *Da competência do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE para a edição da Resolução 3, de 06/03/2013*

O Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) – instituído pela Lei 9.478/1997 (art. 2º) e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia – é, a teor do art. 1º, inciso I, do Decreto 3.520/2000, órgão de assessoramento do Presidente da República para a formulação de políticas e diretrizes de energia, destinadas a promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País, em conformidade com o disposto na legislação aplicável e, entre outros, com os seguintes princípios da (a) preservação do interesse nacional; (b) valorização dos recursos energéticos; (c) proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos; (d) identificação das soluções mais adequadas para o suprimento de energia elétrica nas diversas regiões do País; e (e) promoção da livre concorrência.

Nesse contexto, ao que se verifica dos autos, o CNPE, ao emitir a Resolução 3, de 06/03/2013, praticou ato que se inclui no âmbito de sua legítima competência administrativa, condição institucional que decorre, de forma objetiva, da aplicação sistemática de dispositivos das Leis 9.478, de 06/08/1997, 10.848, de 15/03/2004 e do Decreto 5.163, de 30/07/2004 (que regulamentou a Lei 10.848), como se registra:

1) Lei 9.478

Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos:

I - preservar o interesse nacional;

II - promover o desenvolvimento, ampliar o mercado de trabalho e valorizar os recursos energéticos;

III - proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;

[...]

VII - identificar as soluções mais adequadas para o suprimento de energia elétrica nas diversas regiões do País;

2) Lei 10.848

Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, deverá dispor sobre:

[...]

§ 4º Na operação do Sistema Interligado Nacional – SIN, serão considerados:

I - a otimização do uso dos recursos eletroenergéticos para o atendimento aos requisitos da carga, considerando as condições técnicas e econômicas para o despacho das usinas;

II - as necessidades de energia dos agentes;

III - os mecanismos de segurança operativa, podendo incluir curvas de aversão ao risco de deficit de energia;

IV - as restrições de transmissão;

V - o custo do deficit de energia; e

VI - as interligações internacionais.

[...]

§ 8º A comercialização de energia elétrica de que trata este artigo será feita com a observância de mecanismos de proteção aos consumidores, incluindo os limites de repasses de custo de aquisição de energia elétrica de que trata o art. 2º desta Lei.

Art. 2º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, por meio de licitação, conforme regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, disporá sobre:

[...]

V - condições e limites para repasse do custo de aquisição de energia elétrica para os consumidores finais;

§ 1º Na contratação regulada, os riscos hidrológicos serão assumidos conforme as seguintes modalidades contratuais:

I - pelos geradores, nos Contratos de Quantidade de Energia;

II - pelos compradores, com direito de repasse às tarifas dos consumidores finais, nos Contratos de Disponibilidade de Energia.

§ 2º A contratação regulada de que trata o caput deste artigo deverá ser formalizada por meio de contratos bilaterais denominados Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR, celebrados entre cada concessionária ou autorizada de geração e todas as concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição, devendo ser observado [...]:

3) Decreto 5.163, de 30/07/2004 (que regulamentou a Lei 10.848)

Art. 59. As regras e procedimentos de comercialização da CCEE poderão prever o pagamento de um encargo destinado à cobertura dos custos dos serviços do sistema, inclusive os serviços ancilares, prestados aos usuários do SIN, que compreenderão, dentre outros:

I - custos decorrentes da geração despachada independentemente da ordem de mérito, por restrições de transmissão dentro de cada submercado; [...]

Assim, no ponto, ao afirmar que o CNPE “[...] não poderia, de *jure* dispor sobre matéria que foi disciplinada por lei — em sentido estrito — adrede editada, máxime para modificar dispositivo desta.”, a decisão agravada olvida texto legal, também em sentido estrito que, em princípio, aponta para a legitimidade e competência do referido órgão consultivo.

b) Lei 10.438, de 26/04/2002 – inaplicabilidade à matéria em discussão

A decisão agravada está fundada, *unicamente*, no argumento de que o art. 1º, § 5º, da Resolução/CNPE 3, de 06/03/2013, ao estabelecer que “o custo do despacho adicional, referido no § 4º, será rateado entre todos os agentes de mercado [...]”, alterou regra fixada na Lei 10.438/2004, que em seu art. 1º atribuiu tal encargo somente aos consumidores finais, ao dispor que “Os custos, inclusive de natureza operacional, tributária e administrativa, relativos à aquisição de energia elétrica (kWh) e à contratação de capacidade de geração ou potência (kW) pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE serão rateados entre todas as classes de consumidores finais”.

Assim, pelo que se deduz do julgado impugnado, o ato normativo expedido pelo CNPE, teria infringido o princípio da hierarquia das normas, em potencial prejuízo da reserva legal expressamente tutelada no art. 173, parágrafo único, III, da Constituição Federal.

No entanto, é flagrante o equívoco que reside nessa exegese, uma vez que a Lei 10.438 foi editada com o propósito particular de expansão da oferta de energia elétrica emergencial e, com essa intenção, e apenas nesse contexto particular, dirigiu aos consumidores finais a partição dos encargos tarifários-emergenciais provenientes da energia adquirida pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE, empresa pública federal extinta em 2006, e, portanto, não mais integrante do vigente do Sistema Nacional de Energia Elétrica.

Como antes referido, a documentação trazida a exame indica que a resolução/CNPE 3, de 06/03/2013 pautou-se em fundamento diverso do constante na Lei 10.438, que por tal razão não guarda correspondência com a matéria litigiosa em exame.

c) Indevida suspensão da eficácia dos arts. 2º e 3º da Resolução/CNPE 3, de 06/03/2013 pela decisão agravada

Cumprе assinalar que o deferimento da medida antecipatória pela decisão agravada, para retirar, genericamente, a eficácia dos artigos mencionados, além de realmente ter afastado a responsabilidade pelo pagamento decorrente do rateio do nominado “*custo do despacho adicional*”, findou por retirar da Administração Pública os instrumentos de gestão e política energética estabelecidos nos diversos incisos dos arts. 2º e 3º da resolução em comento, em evidente prejuízo do exercício do conjunto de atribuições deferidas, na forma legal, ao CNPE.

Portanto, ainda que reconhecida fosse a inexistência de obrigação da autora em relação ao encargo pelo excepcional despacho de energia, não seria lícito se retirar da Administração instrumentos de gestão vinculados à sensível área de segurança nacional e interesse público.

Com efeito — nos autos da ação-200008420134013400/DF —, tal irregularidade foi reparada na Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0031824-55.2013.4.01.0000/DF (fls. 559–564) que deferiu o pedido, em parte, para o fim de “suspender as decisões na parte em que retiraram a eficácia dos arts. 2º e 3º das Resoluções CNPE 03/2013 [...]”.

d) Inexistência de efeitos retroativos na Resolução CNPE 03, de 6 de março de 2013

Anoto, também, que a aludida resolução foi expressa em estabelecer (art. 4º) como termo inicial da própria vigência a data de sua publicação. Assim, o fato de a referida divisão de ônus haver sido fixada proporcionalmente à energia comercializada nos últimos doze meses se constitui em mero critério técnico, adotado de forma discricionária pela Administração para conferir efetividade ao comando previsto no correspondente dispositivo, e compatível, em tese, com o regular exercício do poder normativo atribuído ao Poder Executivo, daí não havendo se falar em qualquer modalidade de cobrança retroativa.

e) Gestão do Atual Setor Elétrico Brasileiro – Conformidade da Resolução CNPE 3, de 6 de março de 2013, com Decreto 5.163, de 30/07/2004, que regulamentou a Lei 10.848 de 15/03/2004

Ao regular o atual Sistema Elétrico Brasileiro, a Lei 10.848 e o Decreto 5.163, ambos de 2004, dentre a diversidade de políticas de gestão administrativa, estabelecem a necessidade de adoção de critérios gerais para a garantia do suprimento de energia elétrica, por meio do Sistema Interligado Nacional – SIN, ao considerando-se a instalação de mecanismos de prevenção de riscos internamente aos programas computacionais de estudos energéticos e de formação de preço.

Assim, constatado que o nível de água nos reservatórios hidroelétricos é significativamente reduzido, em conduta de afastamento do risco hidrológico (possibilidade de que os reservatórios hidráulicos não consigam produzir a energia necessária), são acionadas, então, as usinas termoelétricas adicionais àquelas determinadas pelos padrões computacionais de otimização e eficácia da operação do Sistema Interligado Nacional, mediante procedimento denominado “despacho fora de ordem de mérito”, resultando na produção de encargo pecuniário (Encargos de Serviço de Sistema – ESS) imprevisto, excepcional e temporário.

Nessa ótica, releva destacar argumento apresentado pela agravante, que se evidencia em conformidade com os elementos de fato de direito insertos nos autos (fls. 24–26):

[...] por conseguinte, que se está diante de um típico caso de deslegalização, que é amplamente aceito pela jurisprudência e pela doutrina, especialmente nas situações em que o Congresso Nacional atribui poder normativo às

agências reguladoras para disciplinar obrigações e direitos no setor regulamentado, mormente tratando-se de preço público, que, em sentido amplo, inclui os encargos (sobrepço).

Ademais, a deslegalização, especialmente no caso em apreço, não ofende a Constituição Federal, em seu art. 175, inciso III. Primeiro, porque o que a Constituição exige é a “política tarifária” esta prevista em lei, de modo que a própria Lei 10.848/2004, dentre outras que também regem a matéria, já atendem a ampla exigência constitucional, pois o aludido ato legal determina as diretrizes da política da tarifa do sistema energético.

Depois, porque o encargo em tela, qual seja, o Encargo de Serviço de Sistema (ESS) por segurança energética, quantifica valores bastante flutuantes, pois estão relacionados ao risco da escassez energética, e são cotados numa espécie de bolsa de valores que é a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE). Nisso diferem substancialmente dos demais encargos setoriais, que estão previstos expressamente em lei.

Deveras, dada tal característica, é econômica e juridicamente inexigível que sua regulamentação se dê expressamente por lei. Aliás, em verdade, é a própria convenção de comercialização que fixa esse encargo.

Com efeito, a regulamentação do ESS sempre ocorreu, desde sua origem, por instrumentos infralegais, a exemplo da revogada Resolução CNPE 08/2007, e o judiciário, apesar de ter se debruçado sobre essa resolução, nunca a declarou ilegal, como se pode perceber do julgado em nexa, em que este TRF da 1ª Região declarou legal a Resolução ANEEL 06/2008, partindo da premissa de ser constitucional e legal a Resolução NPE 08/2007, seu fundamento de validade (Apelação Civil 834000258381).

Ora, se o instrumento normativo que onerava emasiadamente o consumidor era tido por válido, não faz sentido agora o e são cotados numa espécie de bolsa de valores que é a Câmara de comercialização de Energia Elétrica (CCEE). Nisso diferem substancialmente dos demais encargos setoriais, que estão previstos expressamente em lei.

Deveras, dada tal característica, é econômica e juridicamente inexigível que a regulamentação se dê expressamente por lei. Aliás, em verdade, é a própria convenção de comercialização que fixa esse encargo.

Com efeito, a regulamentação do ESS sempre ocorreu, desde sua origem, por instrumentos infralegais, a exemplo da revogada Resolução CNPE 08/2007, e o judiciário, apesar de ter se debruçado sobre essa resolução, nunca a declarou ilegal, como se pode perceber do julgado em anexo, em que este TRF da 1ª Região declarou legal a Resolução ANEEL 306/2008, partindo da premissa de ser constitucional e legal a Resolução CNPE 08/2007, seu fundamento de validade (Apelação Civil 200834000258381).

Ora, se o instrumento normativo que onerava demasiadamente o consumidor era tido por válido, não faz sentido agora o mesmo instrumento ser julgado inválido, justamente quando rende homenagens ao princípio da ordem econômica da defesa do consumidor.

E nem se pode dizer, como tenta as Agravadas, que antes era possível porque tal encargo (ESS) refletia um ônus inerente ao consumo, o que seria condizente com o princípio da proibição do enriquecimento sem causa. É que, em verdade, esse encargo refere-se não ao consumo em si mesmo considerado, mas sim tem como função remunerar a segurança do sistema por si só, uma vez que basta a iminência de ultrapassagem da Curva de Aversão ao Risco (CAR) para que incida.

Logo, não é apenas o consumidor que se beneficia da segurança retribuída pelo ESS, mas sim todos os agentes integrantes do mercado de energia elétrica, inclusive os Agravantes, cuja previsibilidade lhe favorece na quantificação dos custos e elaboração dos preços que cobra no mercado, como se pode observar pelo artigo de economistas da UFRJ colacionado linhas abaixo. Em sendo assim, o aludido princípio é suficiente para legitimar a cobrança do ESS em forma de rateio a todos os que se beneficiam da segurança do sistema.

f) *Da inexistência dos requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, necessários para a concessão a tutela antecipada*

Constata-se, pelo evidenciado, a inexistência do risco de perecimento do direito invocado pela Abracel, acaso tenha ela que aguardar o transcurso final da ação principal para assegurar o eventual reconhecimento do êxito da pretensão nela deduzida. De fato, em tal hipótese, os valores que, eventualmente, tenham sido despendidos de forma equivocada — os quais não logrou a agravada demonstrar que fossem essenciais à manutenção provisória das atividades das empresas a ela associadas — serão restituídos à autora, monetariamente atualizados, a contar da data em que se constituiu em mora a assim imputada devedora (art. 219 do Código de Processo Civil).

De outro ângulo, ante a potencial existência de regularidade legal do ato normativo editado pelo CNPE, entendo não configurada a verossimilhança da alegação apresentada pela instituição agravante, de modo a não legitimar a concessão da tutela de urgência regulada pelo art. 273 do Código de Processo Civil.

Assim postos os fatos e em sede de cognição superficial própria à natureza precária da medida em análise, reputo que a Abracel, nas razões constantes da inicial da ação da qual tirado o presente agravo de instrumento, não logrou demonstrar qualquer ilegalidade patente no escopo, previsto nos impugnados arts. 2º e 3º da Resolução 3/2013 do CNPE, de *garantir o suprimento energético*, ao haverem aqueles dispositivos determinado, dentre outras

práticas gerenciais no sistema de energético estatal, o rateio — discriminado no art. 3º — do custo do despacho adicional de usina entre todos os agentes do mercado.

Em face do exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo, restabelecendo a eficácia dos arts. 2º e 3º da Resolução CNPE 3/2013 até o julgamento do presente recurso por esta Corte.

Comunique-se, com urgência, o teor desta decisão ao juízo de origem.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 7 de agosto de 2013.

Desembargador Federal *Kassio Marques*, relator.

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2009.71.57.004333-1

Relator: Juiz Federal Luiz Cláudio Flores da Cunha
Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Embargada: Valdivina Terezinha de Almeida Flor
Publicação: DOU de 14/06/2013, p. 85–112

Ementa-Voto

Embargos de declaração para supressão de alegadas omissão e contradição no julgamento do Pedilef, em 16/08/2012, quando se deixou de conhecer do recurso por entender-se não demonstrada a divergência do julgado com jurisprudência dominante do STJ. Omissão inexistente. O voto do relator não deixou de se pronunciar sobre nenhuma questão posta ao exame da TNU. Não caracteriza a omissão para fim de provimento de embargos de declaração a existência de precedentes da própria TNU ou do STJ em sentido diverso. Contradição ocorrente. Contudo a contradição está demonstrada com a citação de precedentes não citados anteriormente e que demonstram que a posição do STJ era dominante no sentido demonstrado pelo precedente contido no pedilef. Assim como contraditória a decisão da TNU com outros casos anteriormente enfrentados pelo colegiado em que já superado o entendimento exposto no voto condutor. Embargos conhecidos e providos. Seguindo no exame do Pedilef, conheço-o para dar-lhe provimento e julgar improcedente a demanda.

Não se pode confundir a não citação de um precedente jurisprudencial com omissão do julgado.

A omissão que justifica a oposição dos embargos de declaração é aquela própria do julgado, intrínseca, que deixa de decidir sobre questão posta a julgamento e que se mostra essencial para dirimir o conflito, não estando superada pelo restante do julgado.

O acórdão atacado, que tem voto condutor da lavra do Juiz Federal Vladimir Santos Vitovsky, insigne magistrado que me antecedeu com notório brilho nesse Colegiado, decidiu toda a matéria posta a julgamento, enfrentando a questão do conhecimento e julgando-a, para decidir pelo não conhecimento do Pedilef.

Entretanto, sob a ótica a alegada contradição, tendo a agir com maior flexibilidade, já que o intuito da Turma de Uniformização se atinge justamente pela maior segurança jurídica que a estabilidade de suas acertadas decisões contenha.

A questão é que o Pedilef foi muito mal instruído no que diz respeito à citação de precedentes jurisprudenciais que denotassem a divergência jurisprudencial, pois os casos trazidos a exame apenas tangenciavam o entendimento exposto pela sentença e pelo acórdão sul-rio-grandenses.

Trouxe o procurador federal o que segue, dando destaque às passagens que ora sublinho:

APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO, MEDIANTE JUNÇÃO DOS PERÍODOS DE LABOR RURAL E URBANO. INOBSERVÂNCIA DO CUMPRIMENTO DO REQUISITO DA CARÊNCIA DURANTE A ATIVIDADE URBANA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, mediante a junção do tempo de serviço rural com o urbano, é dispensável o recolhimento de contribuições previdenciárias alusivas ao tempo de serviço rural, desde que o Segurado, durante o período de labor urbano, cumpra o requisito da carência legalmente exigida, vale dizer, o número mínimo de contribuições mensais necessárias à concessão do benefício. 2. No caso dos autos, tal condição não restou atendida, o que conduz à improcedência da demanda. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (STJ, REsp 693.736/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJ 28/05/2007 p. 390) Mostra-se razoável a concessão de aposentadoria ao segurado que cumpriu o período de carência, isto é, recolheu o número mínimo de contribuições determinado em lei, de modo a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário, ainda que à época em que complete a idade exigida não mais se encontre fili

ado ao Regime Geral da Previdência Social. [...] (STJ, AgRg no REsp 355.731/RS, rel. Min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 14/06/2005, DJ 23/10/2006 p. 358)

Mas a posição exposta pelo eminente relator foi a do Pedilef 2007.63.06.001016-2, em que foi relator o Juiz Federal Sebastião Ogê Muniz, julgado em 23/06/2008 e com base em precedentes dos TRFs da 2ª e 4ª Regiões, enquanto em casos mais recentes a TNU já tinha mudado seu entendimento, conforme se lê no precedente que reputo mais completo, da relatoria do Juiz Federal Adel Américo Dias de Oliveira, no Pedilef 2009.72.54.004400-1, julgado pela TNU em 29/03/2012.

Portanto, contraditoriamente, deixou-se de reconhecer o posicionamento da própria TNU e do STJ para adotar-se aquele entendimento já ultrapassado.

Aqui, entendo que os embargos devem ser conhecidos e providos para reafirmar o entendimento da TNU sobre a questão do conhecimento, já que outros recursos tratando da mesma matéria passaram pelo filtro da admissibilidade, entendendo-se que o STJ tinha posição consolidada sobre a questão.

Já em 16/08/2012, data da sessão de julgamento original desses autos na TNU, o STJ já possuía claro em suas decisões, e, aliás, também a TNU, que a contagem de período de gozo de benefício por incapacidade para fim de carência na concessão de outro benefício somente era possível quando intercalado por período de atividade contributiva.

Portanto, a divergência estava demonstrada já naquele momento, embora tenha sido contraditoriamente ignorada no exame do conhecimento do Pedilef.

Ante o exposto, voto por conhecer dos embargos de declaração e provê-los para retificar a decisão de 16/08/2012, quanto ao conhecimento do Pedilef oposto nesses autos pela ora embargante.

Prosseguindo no exame do mérito do Pedilef, vejo que a sentença do Juiz Federal Osório Ávila Neto assim aduziu, em 13/10/2009:

Ocorre, porém, que o INSS não computou, para fins de carência, os períodos de 13/02/1994 a 28/02/1994, 23/09/1994 a 01/01/1995, 08/04/1995 a 31/05/1995, 30/10/1996 a 01/01/1997, 15/02/2006 a 15/08/2007 (quando a demandante, conforme consulta realizada no Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, esteve em gozo do benefício de auxílio-doença).

Logo em seguida, o insigne magistrado reafirmou que assim agia conforme a Súmula 7 da Turma Regional de Uniformização da 4ª Região: “No mesmo sentido a Súmula n. 7 da Turma Regional de Uniformização da 4.ª Região, segundo a qual: ‘Computa-se para efeito de carência o período em que o segurado usufruiu benefício previdenciário por incapacidade.’”

A 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul (TR-RS) simplesmente manteve a sentença por seus próprios fundamentos, em julgado de 16/12/2009.

Entretanto, causou-me estranheza que após o julgamento da questão e sua pacificação pelo Supremo Tribunal Federal, afastando o cômputo do período de gozo de benefício por incapacidade para efeito de contagem de carência, se não intercalado com atividade contributiva, pudesse a Turma Regional de Uniformização da 4ª Região estar ignorando por completo a posição externada pela Corte Suprema, concorde-se ou não com ela e daí verifiquei no *site* do TRF4R, que a Súmula 7 daquela TRU foi cancelada em 23/03/2012, justamente em razão do decidido pelo STF no RE 583.834 — <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=cojef_sumulas_Tru>: Súmula 7 (cancelada, na sessão de 23/03/2012, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 583834) “Computa-se para efeito de carência o período em que o segurado usufruiu benefício previdenciário por incapacidade.”

Publicada no DJU 2, n. 84, de 04/05/2005, p. 448. Publicada no DJU 2, n. 87, de 09/05/2005, p. 303. Publicada no DJU 2, n. 92, de 16/05/2005, p. 461. Julgados no mesmo sentido: Incidente de Uniformização 2004.72.95.005229-2; Incidente de Uniformização 2004.72.95.004035-6; Incidente de Uniformização 2004.72.95.002438-7.

Portanto, ao tempo da análise do processo em questão nessa TNU, a própria TRU da 4ª Região já tinha modificado o seu entendimento, adequando-o àquele do STF.

Assim, no mérito, tenho que a posição da TNU, do STJ e consagrada pelo STF no julgamento do RE 583.834, deva ser reafirmada, apenas para alterar em parte a fundamentação do acórdão da TR-RS, uma vez que conforme análise do CNIS a autora da demanda apresentava períodos contributivos intercalados, como aquele de 1º/12/2004 a 23/12/2004 para Clean Higienização e Serviços Ltda. EPP, como contribuinte individual de junho de 2005 a fevereiro

de 2006 e novamente como contribuinte individual de janeiro de 2008 a dezembro de 2008, tornando possível o cômputo dos períodos de gozo de benefício por incapacidade, já que intercalados com os demais de atividades efetivamente contributivas.

Ante o exposto, conheço do Pedilef e nego-lhe provimento.

Acórdão

Decide a Turma conhecer dos embargos de declaração e provê-los e seguindo no exame do Pedilef conhecer dele e improvê-lo.

Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais – 17/04/2013.

Juiz Federal *Luiz Cláudio Flores da Cunha*, relator.

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 5001020-79.2012.4.04.7110

Relator: Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves
 Requerente: Egon Brahm
 Requerido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Publicação: *DOU* 07/06/2013, p. 82–103

Ementa-Voto

Processo Civil. Incidentes de uniformização regional e nacional. Mesmos fundamentos. Interposição simultânea. Necessidade. Preclusão. Precedentes. Pedido de uniformização não conhecido.

I. O autor, ora recorrente, pretende a modificação do acórdão proferido pela Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região, que negou provimento ao seu incidente de uniformização.

II. O acórdão proferido pela turma recursal de origem, que confirmou a sentença pelos seus próprios fundamentos, rejeitou o pedido de aposentadoria por idade, sob o fundamento de que o autor não cumpriu a carência, já que o tempo de serviço prestado por ele em atividade rural, que, no caso, corresponde ao período de 1951 a 1985, não pode ser computado para tal fim. Intimado da decisão, o autor interpôs somente o incidente regional de uniformização, ao qual foi negado provimento, em sessão de 19/10/2012, com o fundamento de que o benefício de que trata o art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991 é devido aos trabalhadores rurais que implementam o requisito etário enquanto vinculados ao campo e que a Lei 11.718/2008 não revogou o disposto no art. 55, § 2º, da Lei 8.213/1991. Em 07/01/2013, o autor interpôs incidente de uniformização nacional, alegando divergência da decisão da Turma Regional com a jurisprudência da 5ª Turma Recursal de São Paulo, que entende ser possível a junção dos períodos rural e urbano para efeito de carência com a finalidade de concessão da chamada aposentadoria mista, prevista no § 3º do art. 48 da Lei 8.213/1991, incluído pela Lei 11.718/2008.

III. Decidida a causa em segundo grau de jurisdição, por força do art. 14 da Lei 10.259/2001, deve ser interposto pedido de uniformização regional, se demonstrada a divergência entre turmas recursais da mesma região da Justiça Federal, ou nacional, se verificada a disparidade de entendimento entre turmas recursais de diferentes regiões ou com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. Se existe divergência dentro e fora da região, a parte deve utilizar o incidente nacional, que será julgado pela última instância do juizado. Preferindo utilizar o incidente regional, ele deve ser interposto simultaneamente com o incidente nacional, se o fundamento for o mesmo, sob pena de preclusão, a não ser que a Turma Regional modifique o acórdão da Turma Recursal.

VI. Precedentes da TNU: Pedilef. 2005.34.00.91.7983-4, relator o Sr. Juiz José Eduardo do Nascimento, e Pedilef 2007.71.58.001100-7, relator o Sr. Juiz Vladimir Vitovsky.

V. No caso, a Turma Regional não alterou o entendimento da Turma Recursal.

VI. Julgamento de acordo com o art. 46 da Lei 9.099/1995.

VII. Pedido de uniformização não conhecido.

Acórdão

Decide a Turma não conhecer do incidente.

Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais – 17/05/2013.

Juiz Federal *Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves*, relator.

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 5004548-54.2012.4.04.7003

Relator: Juiz Federal Luiz Claudio Flores da Cunha
 Requerente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Requerido: José Cirino de Carvalho Filho
 Publicado: *DOU* de 28/06/2013, p. 114-135

Ementa-Voto

Previdenciário. Impossibilidade de aproveitamento de atividade rural não contributiva anterior à Lei 8.213/1991 para cálculo do coeficiente da aposentadoria urbana por idade. Restrição do art. 50 da Lei 8.213/1991. Jurisprudência do STJ e da TNU no mesmo sentido. Recurso conhecido e provido.

I. O autor da demanda buscava aproveitar nove anos de atividades rurais não contributivas anteriores à Lei 8.213/1991 na revisão do coeficiente do salário de benefício de sua aposentadoria urbana por idade, que foi contemplada com 93%, quando, tendo um total de 32 anos de atividades em geral, esperava vê-lo majorado a 100%.

II. Obteve êxito pela sentença do JEF, depois revertida na TR-SJPR, havendo pedido de uniformização à TRU da 4ª Região, onde foi novamente revista a decisão, retornando ao ditado na sentença, já que acompanhava a posição da TNU em precedente já superado, que acatava a possibilidade do tanto quanto pleiteado pelo autor da demanda, ora requerido.

III. O requerente invoca o precedente do REsp 1.063.112, da 5ª Turma do STJ, relator o Min. Jorge Mussi, também citado na decisão do Pedilef 5007085-45.2011.4.04.7201, da TNU, da relatoria da Juíza Federal Ana Beatriz Vieira da Luz Palumbo, do qual tive oportunidade de pedir vista, ao final concordando com suas conclusões, sendo concluído o julgamento em 17/04/2013, por unanimidade, inclusive com o voto do Juiz Federal Rogério Moreira Alves, que relatara aquele outro julgado citado pela TRU da 4ª Região, em sentido diverso.

IV. Tratou-se realmente de mudança de orientação da TNU para voltar a acompanhar a posição do STJ, e em momento posterior ao julgamento pela TRU da 4ª Região, o que os motivou à revisão de seu posicionamento, que, agora, espera-se volte ao anterior.

VI. Disse em minhas conclusões do voto-vista:

VOTO-VISTA ACOMPANHANDO A RELATORA

Pedi vista do presente processo, na última sessão desse nobre colegiado, porquanto a Excelentíssima Relatora apontava para uma linha de decisões do STJ e depois da TNU, que defendia fosse mantida, enquanto o Pedilef apontava para decisão não tão antiga, pois do ano de 2011 em sentido diverso, o que me levou à dúvida.

Após estudar os autos e a matéria mais detidamente, não tenho dúvidas de que os argumentos da Relatora são mais fortes, especialmente por guardarem o respeito à norma escrita, à interpretação sistemática e porque em consonância com a Jurisprudência do STJ.

De fato, o § 3º do artigo 48 da Lei 8.213/91, em sua atual redação, permite que se aproveite o tempo em qualquer regime distinto do rural para completar a carência desse benefício, retirando-lhe o benefício da redução de 5 anos na idade do beneficiário.

Porém, aqui se trata de aproveitar tempo com contribuição para regime não necessariamente contributivo e não o inverso, e mesmo assim com a penalidade do acréscimo de idade mínima para gozo do benefício.

O § 4º se refere ao § 3º do artigo 48 da Lei 8.213/91, em sua atual redação, e, portanto, não se admite seja utilizado em situação distinta daquela, pois sua gênese guarda necessária relação de dependência com aquele outro dispositivo, que trata da aposentadoria por idade rural, em que o tempo considerado na carência terá o salário de contribuição fictício no equivalente ao salário-mínimo.

Assim, não vejo como aplicar a analogia para inverter o benefício utilizando-se o período rural no urbano e com distorção do sistema e do método adotado pelo Legislador, que, se presume, se desejasse que fosse uma relação de mão dupla no aproveitamento de um tempo no outro para fim de carência e de cálculo da renda mensal inicial, assim teria dito.

Portanto, quando o artigo 50 da Lei 8.213/91 fala do cálculo da renda mensal inicial, vinculando o acréscimo de cada 1% sobre a quota básica de 70% aos grupos de 12 contribuições existentes, não me parece se possa utilizar do conceito das contribuições fictas do artigo 48, § 4º, da mesma Lei, para esse fim.

Ante o exposto, voto com a Relatora integralmente, para conhecer e negar provimento ao Pedilef.

Rio de Janeiro, 17 de abril de 2013.

Juiz Federal Luiz Claudio Flores da Cunha, Relator

Voto por conhecer do pedido de uniformização da interpretação de lei federal e dar-lhe provimento, para reafirmar a tese do não aproveitamento de tempo de atividade rural não contributiva anterior à Lei 8.213/1991 para fim de contagem de tempo de contribuição no cálculo do coeficiente da aposentadoria urbana por idade, julgando improcedente a demanda.

Brasília, 12 de junho de 2013.

Juiz Federal *Luiz Claudio Flores da Cunha*, relator.

Numeração única: 0057750-33.2007.4.01.3400

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2007.34.00.911964-4/DF

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves
 Recorrente: João Caldeira da Silva
 Núcleo de Assistência: Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
 Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Publicação: e-DJF1 de 08/08/2013, p. 280

Decisão

Vistos, etc.

1. Trata-se de pedido de uniformização de interpretação de lei federal (fls. 87–96), interposto por João Caldeira da Silva, contra acórdão proferido pela Turma Recursal do Distrito Federal, que negou provimento ao recurso, por entender que não foram preenchidos todos os requisitos para a concessão do auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, uma vez que não ficou comprovada a sua incapacidade.

Aponta divergência com o pronunciamento exarado pelas Turmas Recursais dos Estados do Mato Grosso e do Tocantins. Alega, em síntese, que está incapacitado para o trabalho, o que, aliado às suas condições pessoais, o impossibilitam de desempenhar qualquer função.

2. Em contrarrazões, o Instituto Nacional do Seguro Social requer a rejeição do recurso e, no mérito, o desprovimento (fls. 99–100).

3. O incidente de uniformização não foi admitido, conforme decisão de fls. 105–109.

4. O recorrente requereu agravou, com fundamento no art. 15, § 4º, da Resolução 22 de 2008, do Conselho da Justiça Federal (fls. 116–126).

5. É o relatório.

6. Decido.

O art. 1º da Resolução/PRESI 600-008, de 05/07/2004, dispõe que:

Art. 1º Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência, acerca de questões de direito material, entre decisões proferidas pelas Turmas Recursais da Primeira Região na interpretação da lei.

Como se observa da norma acima, o incidente para a turma regional só é possível quando houver divergência entre decisões proferidas pelas Turmas Recursais da Primeira Região.

No que se refere ao acórdão da Turma Recursal do Estado do Tocantins, trazido como paradigma, entendeu que “em se tratando de segurado portador de Sida (Síndrome de imunodeficiência adquirida), o julgamento do pedido envolve, além da apreciação do laudo técnico, que constitui fator preponderante, a consideração de outros aspectos [...] *embora a perícia médica judicial tenha atestado a capacidade laborativa* da autora, não se pode afastar a ideia de que a síndrome de imunodeficiência adquirida (Sida) traz consigo a marca de doença incurável (grifei), ao contrário, no presente caso, o benefício foi negado pela ausência de incapacidade Laborativa. Desta forma, percebe-se que o recorrente logrou êxito em demonstrar a divergência entre turmas recursais desta região.

7. Ante o exposto, admito o presente pedido de submissão, determinando a distribuição do pedido de uniformização.

8. Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 27 de junho de 2013.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, relatora.

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet ([www.trf1.jus.br/jurisprudencia/inteiro teor](http://www.trf1.jus.br/jurisprudencia/inteiro%20teor))

Processual Civil. Ação rescisória. CPC, art. 485, VII. Documento novo. Qualificação. Capacidade civil. Prescrição. Não ocorrência. Pedido rescisório improcedente

I. O art. 485, VII, do CPC exige que o documento apresentado por ocasião da rescisória seja documento novo, devendo para isso ser ignorado ou dele o autor não poder fazer uso.

II. O fato de o autor ter participado da produção do documento (exames médicos no autor), afasta a alegação de que o documento era ignorado. Os prontuários médicos são documentos à disposição do paciente nos arquivos dos respectivos hospitais, o que torna infundada a alegação de falta de acesso a eles. Caso o autor estivesse impossibilitado de obtê-los por si, poderia fazê-lo por meio do advogado por ele constituído ou por determinação judicial, observado procedimento próprio no Código de Processo Civil brasileiro. Desqualifica-se como documento novo o que não foi produzido na ação principal por desídia da parte.

III. A ação rescisória não se viabiliza pela alegada incapacidade do autor e impedimento do transcurso de prazo prescricional para o ajuizamento da ação rescindenda. Não há nos autos documentos que comprovem a incapacidade civil do autor. Os laudos médicos apresentados atestam que o autor experimenta moléstia psiquiátrica, contudo, não são hábeis a comprovar a sua incapacidade civil, ao contrário, comprovam a capacidade. O autor tinha vida normal, cursou teologia, detinha círculo social e frequentava a igreja, inclusive trabalhando como zelador e pastor auxiliar (doc. , tendo, também, praticado atos da vida civil: constituiu advogado e firmou declaração de pobreza, tanto na ação originária, em 19/12/2005 (doc. 7), quanto na rescisória.

IV. Há presunção legal de que as pessoas maiores de 18 anos são plenamente capazes, devendo a incapacidade ser comprovada por documento idôneo. Não ocorrência da hipótese prevista nos arts. 194 e 198, I, c/c art. 3º, II, do Código Civil.

V. Improcedência dos pedidos da ação rescisória. Sentença que pronunciou a prescrição mantida da pretensão do autor mantida.

Ação Rescisória 0029696-67.2010.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Cleberon José Rocha (convocado) – 1ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 13/08/2013, p. 59

Processual Civil. Administrativo. Agravo regimental em agravo de instrumento. Servidor público. Auxiliar local. Antecipação de tutela para remoção. Proteção constitucional à dignidade da pessoa humana e à união familiar. Primazia sobre princípios de Direito Financeiro e Administrativo. Decisão mantida.

I. A antecipação de tutela é concedida quando, existindo prova inequívoca, se convença o juiz da verossimilhança da alegação e ocorrer fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou ficar caracterizado abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, I e II, do CPC).

II. “O Superior Tribunal de Justiça tem assegurado aos auxiliares locais que prestam serviços para o Brasil no exterior, e desde que admitidos anteriormente a 11 de dezembro de 1990, a submissão ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, por força do disposto no art. 243 da Lei 8.112/1990” (AgRg no REsp 1011017/DF, rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. convocado do TJ/RS), Sexta Turma, julgado em 03/05/2012, DJe 16/05/2012). A verossimilhança da alegação é manifesta.

III. O fundado receio de dano irreparável é evidente, tendo em vista que o eventual desligamento da autora antes de definitivamente decidida a demanda judicial, após 40 (quarenta) anos de atividade profissional para a Administração, põe-no em situação precária de óbvio prejuízo à sua subsistência.

IV. A antecipação dos efeitos da tutela para fins de determinar que a União se abstenha de alterar ou rescindir os contratos da autora até o trânsito em julgado da ação ordinária, além de reversível, não causa qualquer prejuízo ao

Erário, tendo em vista que permanecerá a autora prestando serviços à Administração Pública como tem feito há mais de 40 anos.

V. Agravo regimental não provido.

Agravo de Instrumento 0041026-90.2012.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão – 1ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 25/07/2013, p. 279

Apelação em mandado de segurança. Decadência. Não ocorrência. Revisão de anistia. Lei 8.878/1994. Decreto 5.115/2004. Prazo para apresentação de requerimento. Publicação no Diário Oficial da União. Ilegalidade por vício de forma.

I. Agravo retido não conhecido eis que não requerida sua apreciação nos termos do art. 523, do CPC.

II. Afastada a preliminar de inadequação da via eleita porquanto o ato impugnado proveio de autoridade pública, a qual deixou de apreciar pedido formulado junto à Administração Pública, mostrando-se adequada a via processual escolhida.

III. Para o ajuizamento de mandado de segurança, e considerando o prazo decadencial para sua impetração, tal deve ser aferido levando-se em conta a data em que protocolada a petição, não podendo a parte ser penalizada pela demora na distribuição.

IV. Se a causa versa sobre questão exclusivamente de direito e está em condições de imediato julgamento, pode o Tribunal julgar o mérito (CPC, art. 515, § 3º).

V. O Decreto 5.115 — de 24 de junho de 2004, que instituiu a Comissão Especial Interministerial (CEI) de revisão dos atos administrativos praticados pelas comissões criadas pelos Decretos 1.498 e 1.499, de 24 de maio de 1995, e 3.363, de 11 de fevereiro de 2000, referentes a processos de anistia de que trata a Lei 8.878, de 11 de maio de 1994 — dispõe em seu art. 2º que cabe à CEI analisar os requerimentos de revisão, desde que formulados até 30 de novembro de 2004.

VI. Nos termos dos §§ 3º, 4º e 5º do art. 26 da Lei 9.784/1999, a intimação do interessado em processo administrativo por meio de publicação no *Diário Oficial da União* não se mostra eficaz para sua defesa, porque não assegura a observação dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

VII. *In casu*, resta explícita a inobservância aos princípios constitucionais que asseguram o direito ao devido processo legal e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/1988), na medida em que, além de desatender à forma expressa em lei, a intimação pela só publicação no *Diário Oficial da União* cerceou o direito do impetrante de ter conhecido e analisado seu requerimento de revisão de sua anistia.

VIII. O Decreto 5.115, de 24 de junho de 2004 — que instituiu a Comissão Especial Interministerial (CEI) —, autorizou a revisão dos atos administrativos praticados pelas comissões criadas pelos Decretos 1.498/1995, 1.499/1995 e 3.363/2000, referentes a processos de anistia de que trata a Lei 8.878/1994, não havendo que se falar, no caso, em prescrição do fundo de direito.

IX. Agravo retido não conhecido; apelação da União e remessa oficial a que se nega provimento; apelação dos impetrantes a que se dá parcial provimento para afastar a decadência e, no mérito, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, assegurar aos apelantes Carlos Roberto Pereira, Domingos Garde Filho, José Gomes de Macedo, Juvêncio Mendes da Silva e Ricardo de Magalhães Castro que tenham apreciado seu pedido de revisão de anistia, e julgamento pela Administração conforme entender de direito, ressaltando que a segurança ora concedida não assegura o retorno dos impetrantes ao serviço público, mas apenas o exame do mérito do pedido administrativo pela CEI.

Apelação/Reexame Necessário 0011840-75.2010.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques – 1ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 1º/08/2013, p. 67

Administrativo. Ação ordinária. Servidor público. Professor aposentado. Proventos integrais. Substituição por proventos proporcionais. Redução na remuneração. Abusividade da medida. Conciliação da situação fática verificada. Aplicação analógica da Súmula 74 do TCU. Apelação parcialmente provida.

I. Ao autor foi concedido, no ano de 1998, o benefício de aposentadoria integral como professor, vindo este ato a ser revisado por determinação do TCU cerca de cinco anos depois, em razão da indevida inclusão de 342 dias referentes ao período em que ele foi aluno da Escola Preparatória de Cadetes do Ar, do Ministério da Aeronáutica.

II. Como consequência desta correção veio a ser determinada a redução dos proventos do referido servidor, já que ele não contava com trinta anos de atividade exclusiva de magistério.

III. A medida, todavia, não se mostrou adequada e proporcional à situação verificada, porque tendo se afastado do serviço público cerca de cinco anos antes em razão de uma decisão administrativa que havia considerado correto o cômputo de seu tempo de serviço, para o fim específico de se aposentar com proventos integrais, a redução salarial a partir de então imposta, dotada de efeitos permanentes, simplesmente não teria ocorrido se desde o início do processo administrativo correlato o período de aprendizado inserido em seus assentos funcionais não tivesse sido admitido.

IV. É saber, o erro administrativo, inicialmente favorável ao servidor, mostrou-se em verdade a ele prejudicial, já que, corrigido, veio a ensejar o pagamento de uma prestação com valor inferior ao que ele teria direito em uma situação de normalidade, na qual aguardasse um pouco mais de tempo para se aposentar.

V. Por essa razão, a hipótese aqui verificada autoriza a aplicação analógica da regra contida na Súmula 74 do TCU, segundo a qual: *“Para efeito apenas de aposentadoria — e não para o de acréscimo por tempo de serviço ou qualquer outra vantagem — admite-se a contagem do período de inatividade, com o objetivo de suprir lacuna deixada pela exclusão de tempo de serviço não computável em face da lei e o de evitar a reversão à atividade de antigos servidores, cujas concessões foram tardiamente submetidas a exame e julgamento do Tribunal de Contas da União”.*

VI. Deveras, situações como a presente, justificam a consolidação da situação de fato verificada, a fim de se evitar uma inoportuna reversão de servidores antigos, o que se evidencia ainda mais no caso dos autos, à constatação de que o autor teria de retornar à ativa para exercer menos de um ano de labor, aposentando-se novamente em seguida, com visível comprometimento para a eficiência das atividades desempenhadas na entidade a que ele se vinculou.

VII. Devolução dos valores eventualmente reduzidos, monetariamente corrigidos e com juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da citação.

VIII. Honorários arbitrados em 5% dos valores controversos do benefício.

IX. Apelação provida.

Numeração única: 0002796-37.2003.4.01.3801

Apelação Cível 2003.38.01.002570-8/MG

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves – 2ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 03/07/2013, p. 1.437

Administrativo. Mandado de segurança. Filha maior solteira. Percepção de pensão por morte. Superveniência de relação afetiva com servidor público casado. Instituição de pensão em rateio para a impetrante e a esposa do servidor. Supressão da primeira prestação. Impossibilidade. Proibição de cumulação dos dois benefícios.

I. Não obstante o casamento ou a consolidação de uma relação de união estável justifiquem a supressão do pagamento do benefício de pensão por morte instituído em favor da filha solteira de servidor público, a hipótese dos autos possui uma peculiaridade que não permite a aplicação dessa regra.

II. É que a impetrante recebia o benefício de pensão instituída por seu genitor desde o ano de 1965, vindo a manter uma relação afetiva com servidor público casado e que jamais perdeu tal condição.

III. Assim, com o óbito do referido servidor veio a ser instituída a pensão por morte correlata, paga em rateio para a sua esposa, e para a impetrante e seus filhos.

IV. Lado outro, o valor da pensão que a impetrante recebia pela morte de seu genitor era muito superior ao que lhe passou a ser pago em razão do óbito de seu *companheiro*.

V. Assim, verificando-se que o *companheiro* da impetrante ainda era arrimo de outra família e que não possuía renda suficiente para substituir a que por ela já vinha sendo auferida, não se pode dizer, em tal situação, que a relação de dependência econômica mantida entre a impetrante e seu pai tenha sido substituída por outra relação de interdependência, fincada na união estável alegada pela União.

VI. Em suma, a relação afetiva mantida entre a impetrante e o servidor que veio a falecer não pode ser considerada como assemelhada ao casamento para fins de justificar a suspensão do pagamento do benefício anterior.

VII. Apelação e remessa oficial desprovidas.

Numeração única: 0040010-28.2008.4.01.3400

Apelação em Mandado de Segurança 2008.34.00.040637-8/DF

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves – 2ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 03/07/2013, p. 1.454

Administrativo. Processual Civil. Licença-maternidade de militar temporária. Art. 7º, XVIII, e art. 10, II, alínea b, do ADCT. Possibilidade. Precedentes.

I. Persegue a autora, militar temporária, o direito à estabilidade conferida à gestante, nos termos do art.10, II, b, do ADCT, e o gozo da licença à gestante, nos termos do art. 7º, XVIII, da CRFB/1988.

II. Em relação às militares temporárias, a jurisprudência tem reconhecido o direito à licença-maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário, com suporte no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal.

III. "As servidoras, independentemente do regime a que estejam submetidas, ainda que de natureza precária, fazem jus à estabilidade provisória e à licença-maternidade". Gilmar Mendes (AI 811376 AgR/SC, DJ 1º/03/2011)

IV. A correção monetária incide sobre o débito, a partir do vencimento de cada prestação, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

V. Os juros de mora devem incidir no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação dada pela MP 2.180-35/2001, e, a contar da vigência da Lei 11.960/2009, a título de correção monetária e juros de mora, deverá incidir a taxa de remuneração básica e juros da caderneta de poupança.

VI. Apelação a que se nega provimento. Remessa oficial, parcialmente provida, para que a correção monetária e os juros moratórios sejam fixados, respectivamente, nos termos dos itens 4 e 5.

Numeração única: 0000773-11.2009.4.01.3801

Apelação/Reexame Necessário 2009.38.01.000785-2/MG

Relator: Juiz Federal Cleberon José Rocha (convocado) – 2ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 17/07/2013, p. 1.306

Processual Penal. Extração de recurso mineral (argila) sem autorização. Crime contra a ordem econômica (art. 2º, caput e § 1º, da Lei 8.176/1991) e crime ambiental (art. 55 da Lei 9.605/1998). Concurso formal. Objetos jurídicos distintos.

I. Se as normas tutelam objetos jurídicos distintos, não há falar em conflito aparente de leis, mas em concurso formal, visto que o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes.

II. Uma vez reconhecida a prescrição do crime tipificado no art. 55 da Lei 9.605/1998, deve a denúncia ser recebida quanto ao delito previsto no art. 2º, caput, e § 1º da Lei 8.176/1991.

III. Recurso em sentido estrito provido.

Recurso em Sentido Estrito 0048434-54.2011.4.01.3400/GO

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 21/06/2013, p. 1.055

Penal. Estelionato contra o programa de seguro-desemprego (art. 171, § 3º, do CP). Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Momento consumativo. Efetiva obtenção da vantagem ilícita. Ocorrência de desemprego no momento da percepção do benefício. Atipicidade da conduta. Apelações providas.

I. É firme a orientação jurisprudencial desta Corte e dos Tribunais Superiores no sentido de que “não se aplica o princípio da insignificância nas fraudes contra o programa de seguro-desemprego, uma vez que, ainda que ínfimo o valor obtido com o estelionato praticado, deve ser levado em consideração, nesses casos, o risco de desestabilização do referido programa. É que, se a prática de tal forma de estelionato se tornasse comum entre os cidadãos, sem qualquer repressão penal, certamente acarretaria, além de uma grande lesão aos cofres públicos, um enorme desequilíbrio em seu desenvolvimento, a ponto de tornar inviável a sua manutenção pelo Governo Federal, prejudicando, assim, àqueles trabalhadores que efetivamente viessem a necessitar dos benefícios oferecidos pelo referido programa” (STJ, HC 43.474/MG, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, unânime, DJU de 1º/10/2007, p. 301).

II. O crime de estelionato praticado contra entidade de previdência ou assistência social (art. 171, § 3º, do CP), se consuma com a efetiva obtenção da vantagem ilícita, que se dá na data do recebimento da primeira parcela do benefício indevido. Precedentes desta Corte e do STJ.

III. No delito de estelionato contra o programa de seguro-desemprego (art. 171, § 3º, do CP), a obtenção de vantagem ilícita só ocorre se, ao momento da percepção da primeira parcela do benefício, o trabalhador estiver empregado. Se, entretanto, quando de tal recebimento sua condição é de desemprego sem justa causa, a conduta é atípica.

IV. Apelações providas.

Numeração única: 0004892-59.2007.4.01.4100

Apelação Criminal 2007.41.00.004895-2/RO

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro – 3ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 26/07/2013, p. 496

Processual Civil. Agravo de instrumento. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Empregados da pessoa jurídica requerida. Necessidade de indicação dos indícios de atos improbidade na decisão cautelar. Arts. 5º, LIV, e 98, IX, da Constituição Federal. Periculum in mora. Necessidade. Precedentes.

I. Tem decidido o Superior Tribunal de Justiça: 4. Recurso Especial provido para determinar que o pedido de indisponibilidade seja examinado conforme a presença de fundados indícios da prática de atos de improbidade, estando dispensada a prova de dilapidação patrimonial ou de sua iminência. (REsp 1308865/PA, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/06/2013, DJe 25/06/2013).

II. Considerando que os agravados são empregados da empresa Odebrecht (vide CTPS de fls 49, 58 e 51), e ainda o que dispõe o art. 98, IX, da Constituição Federal, entendo que seria necessária a indicação fundamentada na decisão atacada dos fundados indícios da prática de atos de improbidade, por cada um dos agravantes como exige o egrégio STJ para fins de caracterização da fumaça de improbidade.

III. Desta forma, apesar de constar da decisão que o fundamento da indisponibilidade dos bens dos empregados da Odebrecht foram os documentos carreados, notadamente do acórdão proferido no Processo de Tomada de Contas 018.509/20108-9 do TCU, não foram indicados quais fatos ou conclusões constantes destes documentos que conduziram o juízo de origem à conclusão de que havia indícios de improbidade suficientes à decretação de indisponibilidade, o que, inelutavelmente, afeta o direito de ampla defesa dos requeridos (art. 5º, LIV e LV, da CF).

IV. Não indicados na decisão agravada nem o *fumus boni iuris* nem o *periculum in mora* — conforme entendimento majoritário da Terceira Turma desta Corte — impõe-se a reforma da decisão.

V. Agravo de instrumento provido. Agravo regimental prejudicado.

Agravo de Instrumento 0025415-63.2013.4.01.0000/TO

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado) – 3ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 02/08/2013, p. 102

Administrativo. Improbidade administrativa. Recebimento irregular de diárias. Ausência de participação da parte no processo decisório e de ordenação de despesa. Falta administrativa. Não configuração de improbidade administrativa. Absolvição na área penal. Fato que não constitui infração penal. Pertinência e relevância na área penal.

I. O juiz, presidente da instrução, pode indeferir as diligências que considere irrelevantes (art. 13 – CPC). Hipótese em que a perícia pretendida pela parte, por arbitramento, para apurar a ocorrência de missões policiais (e respectivas diárias), foi indeferida de forma correta, em face da inviabilidade da sua produção.

II. Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. A má-fé constitui premissa do ato ilegal e ímprobo. A ilegalidade só se converte em improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má intenção do administrador.

III. O recebimento de diárias a maior, ou de forma irregular, sem que haja participação (decisória) do servidor no processo de deferimento e na ordenação da despesa, pode configurar ilegalidade administrativa, corrigível pela restituição da vantagem (Lei 8.112/1990 – art. 59), mas não ato de improbidade administrativa, que pressupõe o dolo como elemento subjetivo.

IV. Não foram os apelantes, e nem a sentença faz a afirmativa, que fixaram as diárias a que faziam jus pelas viagens a serviço, nem consta que o primeiro apelante tenha sido o ordenador das despesas, caso em que ficaria demonstrada a sua má-fé. A sentença alude à devolução de dezenas de diárias pelo apelante.

V. Os apelantes, denunciados pelos mesmos fatos, por peculato-furto (art. 312, § 1º – CP), foram absolvidos, em primeira e segunda instâncias, que reconheceram não ter o fato constituído crime, nem ter havido subtração de valores públicos (art. 386, III – CPP).

VI. Embora não haja, pelo fundamento da sentença criminal, que não negou os fatos, comunicação direta e causal com a instância cível da improbidade (arts. 66 e 67, III – CPP), não pode o fato ser desconsiderado na perspectiva da ação de improbidade. Se não houve crime, nem desvio de valores, não sobra espaço para que opere o conceito de improbidade, que pressupõe má-fé. O sistema é um só e os fatos são os mesmos, devendo ser examinados, naquilo que for pertinente e relevante, pelo sistema lógico de vasos comunicantes.

VII. Não provimento do agravo retido. Provimento da apelação.

Numeração única: 0000699-60.2000.4.01.3901

Apelação Cível 2000.39.01.000657-6/PA

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes – 4ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 21/06/2013, p. 1.087

Processo Civil. Desapropriação. Agravo de instrumento. Cessão de direitos sobre precatório. Valor da atualização monetária pertence ao cessionário. Princípio geral de Direito Civil o acessório segue o principal. Agravo de instrumento desprovido.

I. Na hipótese em exame, a atualização monetária referente ao valor do precatório, cujos direitos o agravante cedeu a um dos agravados, pertence ao cessionário, com base no princípio geral de direito civil segundo o qual o acessório, *in casu*, a atualização monetária do crédito cedido, segue o principal, o valor integrante de precatório cedido pelo agravante ao cessionário.

II. Decisão mantida. Agravo de instrumento desprovido.

Agravo de Instrumento 0072529-66.2011.4.01.0000/AC

Relatora: Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (convocada) – 4ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 04/07/2013, p. 58

Administrativo e Processual Civil. Desapropriação agrária. Depósito da oferta. Imissão na posse. Supostas irregularidades na matrícula do imóvel. Aquisição originária. Desistência da ação. Possibilidade. Consequências legais. Impossibilidade de devolução dos TDAs legalmente levantados e postos em circulação. Honorários advocatícios.

I. Eventuais irregularidades na matrícula do imóvel (alegações, ainda não certificadas, de superposição da área) não impedem, em regra, o prosseguimento da ação de desapropriação, porque o assento imobiliário tem presunção de legitimidade (arts. 1.245, § 2º, e 1.247 – Código Civil), a exigir desconstituição pelo devido processo legal e, notadamente, porque a desapropriação constitui forma originária de aquisição da propriedade, dispensando relacionamento contratual (título de aquisição) entre o poder público e o particular; pelo que, diante de discussões do teor, ou de dúvidas a respeito do domínio, o preço da desapropriação deve ficar depositado em juízo, até que as partes, nas vias judiciais específicas, certifiquem as suas situações jurídico-dominiais (Decreto-Lei 3.365/1941 – arts. 20 e 34, parágrafo único).

II. Ajuizada a ação de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, não haveria, em face de alegações de irregularidades na composição da matrícula do imóvel, necessidade de desistência, inclusive para preservar toda uma série de situações jurídicas já constituídas: depósito do valor da oferta; imissão na posse; inserção do imóvel nos programas de reforma agrária do Incra, com grandes investimentos públicos em infraestrutura; e assentamento consolidado, no local, de dezenas de famílias, situações cujo desfazimento trará graves desdobramentos legais e fáticos.

III. Embora não seja comum, admitem os precedentes a desistência da ação de desapropriação, desde que, como é curial em toda desistência, forma de extinção do processo sem resolução do mérito, as coisas sejam repostas no estado anterior (*statu quo ante*), quando possível, e se submeta o expropriante aos ônus processuais, inclusive honorários advocatícios (art. 26 – CPC).

IV. Tendo o Incra dado causa imediata à desistência da ação, que, a rigor, não se impunha, deve responder pelos honorários advocatícios da parte contrária, fixados, na espécie, por apreciação equitativa (art. 20, § 4º – CPC). O trabalho incessante dos profissionais, ao longo de anos, terminou por se reduzir a nada.

V. Tendo a parte levantado legalmente 80% do valor da indenização, no seu devido tempo, sob os ditames do ato jurídico perfeito, e negociado os ativos em TDAs no mercado financeiro, não se justifica a ordem de cancelamento e devolução dos valores, que, sobre ser problemática, senão impossível, seria altamente ofensiva dos direitos de terceiros que, de boa-fé, adquiriram os Títulos da Dívida Agrária – TDAs.

VI. Não fora isso, a devolução dos Títulos da Dívida Agrária – TDAs e dos valores recebidos também não se justificaria pelo fato de o Incra, mesmo manifestando a desistência da ação, e tendo-a homologada, não ter restituído o imóvel aos desapropriados, como se impunha, permanecendo com o bem inserido nos seus programas de assentamentos agrários. Se alguma diferença houver em seu favor, deve a autarquia fazer uso das vias ordinárias.

VII. Provimento parcial da apelação.

Numeração única: 0011363-73.2006.4.01.3600

Apelação Cível 2006.36.00.011364-7/MT

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes – 4ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 08/08/2013, p. 139

Processual Civil e Constitucional. Ação civil pública ajuizada pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis – Creci 8ª Região e pela Associação Brasileira de Construtores – Asbraco. Cooperativas habitacionais. Propaganda dos imóveis com semelhança àquelas feitas por incorporadoras. Ofertas públicas de venda com valor inferior ao valor de imóvel assemelhado. Impossibilidade. Direito do Consumidor. Art. 37 da Lei 8.080/1990.

I. A legitimidade dos autores decorre do fato de que a ação proposta dirige-se à defesa da ordem econômica, mais especificamente à livre concorrência no setor de construção civil do Distrito Federal, bem como à garantia da regularidade da atividade de comércio de imóveis do DF, envolvendo não somente interesse de consumidores como da coletividade de profissionais que relacionam-se com essa atividade. Os acionantes, por empregarem indivíduos

e entidades que tem indiscutível interesse jurídico na regularidade da atividade abordada, estão legitimados para figurar no polo ativo da demanda.

II. Restam preenchidos os requisitos necessidade-adequação para a configuração do interesse de agir como condição da ação, especialmente quando se verifica que a ação objetiva garantir a regularidade da atividade de comércio de imóveis no DF, envolvendo não apenas interesses de consumidores, mas também da coletividade de profissionais que direta ou indiretamente relacionam-se a essa atividade. Preliminar de ausência de interesse de agir rejeitada.

III. A atividade econômica da sociedade cooperativa não deve, por força de lei, ser de natureza empresarial e não deve ter como finalidade a produção ou circulação de bens ou serviços, nem pode ter como objetivo o lucro, na forma do art. 3º de sua lei própria, a Lei das Cooperativas.

IV. Rebate, na hipótese, o fato de as cooperativas se utilizarem de chamada pública de interessados, sem que, os novos sócios, convocados da população em geral, ostentem a mesma relação jurídica comum que deu origem à cooperativa.

V. Como bem consignado pelo MPF, *“Evidente que tais novos cooperados, bem como todos os potencialmente atingidos — o público alvo das ditas propagandas —, são, em verdade, e mormente quando ainda não adentraram na relação jurídica própria, consumidores, e nessa qualidade têm direito à totalidade da proteção prevista pelo ordenamento jurídico, destacadamente na Lei 8.078/1990. Ainda, é também de solar evidência que toda e qualquer publicidade voltada para atração destes “novos cooperativados” tem de deixar claro que não se trata de uma operação de compra e venda, e deve, obrigatoriamente, conter as informações essenciais inerentes ao negócio que se oferece — nos termos dos arts. 36 a 38 do CDC —, o que inclui, inescapavelmente, as características e riscos próprios da relação cooperativa. Não cumpridos, eventualmente, tais requisitos, temos que se constituiria e constitui, na hipótese, publicidade enganosa e abusiva, tal como definida no art. 37 do Código Protetório”*.

VI. Apelação da Cooperbrapa, Coopercef e Coopersefe não provida.

Numeração única: 0005699-89.2000.4.01.3400

Apelação Cível 2000.34.00.005706-0/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 24/06/2013, p. 126

Ação civil pública ajuizada contra a União. Ato lesivo imputado ao Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro. Pretensão do Conselho Federal de Enfermagem de obstar propaganda eleitoral. Suposta ofensa à imagem do profissional de enfermagem. Processo extinto sem julgamento do mérito.

I. A propaganda promovida pelo TRE/RJ tinha por escopo a conclamação dos jovens para a importância do voto, notadamente daqueles da faixa de 16 anos, razão pela qual foram utilizados meios apelativos próprios da mídia. A medida requerida pelo Coren afigura-se como censura e, como tal, encontra óbice nos princípios constitucionais que asseguram a liberdade de expressão e pensamento e, paralelamente, a livre informação jornalística.

II. A Constituição Federal não recepcionou a Lei de Imprensa justamente porque muitos de seus dispositivos conflitam com os direitos assegurados no atual texto político. Aliás, o STF já se manifestou em vários julgados no sentido de que o Judiciário não pode obstar a liberdade de expressão exercida pela imprensa ou quem quer que seja, inclusive sobre figuras públicas, entendimento que se adéqua à situação narrada nos autos. (ADPF 130/DF, rel. Min. Carlos Britto, Plenário, DJe-208, publicação em 06/11/2009; AI 675276 AgR, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe-071, divulg. 13/04/2011).

III. Apelação do MPF improvida.

Numeração única: 0020095-32.2004.4.01.3400

Apelação Cível 2004.34.00.020142-0/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 24/06/2013, p. 129

Constitucional. Agravo de instrumento. Fornecimento de água potável a aldeias indígenas. Prevalência do direito à saúde.

I. A saúde, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da Constituição Federal).

II. Na espécie dos autos, não se mostra razoável aguardar-se pela morosa implementação do fornecimento de água potável a determinadas aldeias indígenas por parte da Administração Pública, sob o simplório argumento de que *“a complexidade da elaboração e realização de determinadas políticas públicas — como as de saúde, por exemplo —, e a impossibilidade de o Judiciário realizá-las constituem impedimentos institucionais à concretização de direitos que estejam inseridos em tais programas, uma vez que estas searas são da competência do Poder Legislativo e, especialmente, ao Executivo [...]”*, na medida em que, em se tratando da essencialidade do bem pretendido, quem está submetido ao estágio torturante de sede não pode aguardar pela implementação da pretensão postulada no prazo desumano de 60 (sessenta) dias, impondo-se, na espécie, a intervenção do Poder Judiciário republicano, para afastar qualquer ameaça de dano à saúde e à vida das comunidades indígenas, constitucionalmente tuteladas (CF, arts. 5º, XXXV, e 231, *caput*, e respectivo § 3º).

III. Agravo de instrumento provido.

Agravo de Instrumento 0067053-13.2012.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 04/07/2013, p. 68

Processual Civil. Desconstituição de acórdão do TST proferido em ação rescisória. Impossibilidade jurídica do pedido. Extinção do processo sem resolução do mérito. Litigância de má-fé. Multa. Cominação.

I. Pretendeu a apelante desconstituir acórdão do TST, proferido na AR 125819/1994.8, bem como indenização por dano moral proveniente de suposto erro judicial naquele julgado. Na sentença, foi julgado extinto o processo, sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI, CPC).

II. Esta ação foi proposta em 30/03/2005, sendo que o acórdão do TST transitara em julgado em 16/04/1996. Narra-se na petição inicial: *“E como não será possível por vias do Direito Trabalhista corrigir tais distorções em decorrência da prescrição, haja vista, na época, deixarem transcorrer prazo sem que se interpusessem quaisquer recursos contra a decisão do TST, que julgou procedente a ação rescisória em favor da segunda demandada, se [sic] valem da proteção constitucional e de leis ordinárias, dos diplomas legais vigentes, através do remédio ora invocado para desconstituir a sentença inconstitucional e recuperar parte dos prejuízos sofridos, mediante reparação econômica, como forma de indenização por perdas e danos materiais e morais”*.

III. De acordo com o art. 467 do Código de Processo Civil, *“denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”*.

IV. O art. 485 prevê as hipóteses em que pode haver rescisão, que é o meio apropriado para desconstituir acórdão transitado em julgado, no caso, da competência do próprio Superior Tribunal do Trabalho.

V. É juridicamente impossível à Justiça Federal, em face da estrutura do Poder Judiciário constitucionalmente estabelecida, apreciar pedido de rescisão de acórdão da Justiça do Trabalho, muito menos, a Justiça Federal de 1ª Instância apreciar pedido de rescisão de acórdão do Superior Tribunal do Trabalho.

VI. Por conseguinte, a hipótese é, realmente, de extinção do processo, sem resolução de mérito, nos moldes do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

VII. Apelação dos autores a que se nega provimento.

VIII. Multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, por litigância de má-fé.

Numeração única: 0005490-56.2005.4.01.3300

Apelação Cível 2005.33.00.005492-4/BA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Ação de indenização. Responsabilidade civil do Estado. Demora na prestação de serviços. Processo administrativo. Princípio do impulso oficial. Participação do interessado. Não afastamento. Nexo de causalidade. Divisão de responsabilidades. Perda de uma chance. Lucros cessantes. Não ocorrência. Restituição de taxa. Prescrição. Afastamento. Medida de equidade. Juros moratórios. Adequação.

I. Agravo retido de decisão em que se extinguiu, sem resolução de mérito, pedido de condenação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) a dar prosseguimento a processo administrativo versando sobre pedido de autorização de desmatamento. Agravo retido também de decisão em que se indeferiu prova testemunhal. Apelações interpostas pelo autor e pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) de sentença em que foi julgado improcedente pedido de indenização por perda de uma chance/lucros cessantes e procedente pedido de indenização por danos emergentes (pagamento de taxa de vistoria).

II. O autor alega que, em virtude de demora do Ibama em decidir pedido de autorização para desmatamento, tivera prejuízos, consistentes na frustração de ganhos que seriam auferidos da exploração econômica de suas propriedades rurais. Sustenta que ato omissivo ilícito está provado, vez que protocolizara pedido de autorização para o desmate em 1996 e o processo administrativo ficou paralisado desde aquele ano, voltando a ser movimentado somente em 2009, por força de interpelação judicial.

III. O Ibama alega que não há falar em omissão, porquanto a autorização de desmatamento dependia da juntada, a cargo do interessado, de documentos indispensáveis à instrução. Também alega que os juros moratórios devem respeitar “os limites estabelecidos no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, alterada pela Lei 11.960, de 2009”.

IV. Somente se poderia cogitar de atuação supletiva do Ibama em caso de impossibilidade técnica/operacional ou mesmo de omissão pura e simples do órgão ou entidade originariamente competente para o licenciamento, o que não é o caso.

V. Não houve, na decisão de arquivamento do processo administrativo, dano ao autor, que poderia (ou pode) solicitar a abertura de processo na esfera competente, valendo-se, inclusive, de cópia dos autos arquivados, a fim de agilizar a instrução.

VI. O princípio do impulso oficial — art. 29 da Lei 9.784/1999 — não obriga a Administração a assumir toda a responsabilidade pela demora no processamento dos pedidos a ela dirigidos. O processo administrativo coloca a Administração em posição horizontal à sociedade. O interessado não está desobrigado de participar ativamente da instrução, a fim de assegurar a oportuna tomada de decisão.

VII. Não é razoável imputar exclusivamente à Administração a responsabilidade pela demora de 13 (treze) anos na tramitação de um pedido de autorização para desmatamento. O processo foi arquivado por superveniente incompetência do Ibama para a autorização, mas não surpreenderia que a autarquia tivesse decidido pelo arquivamento em face de superveniente falta de interesse do autor, evidenciada pela ausência de qualquer requerimento formal de providências durante tão longo tempo.

VIII. Não há nos autos prova de que contrato(s) de financiamento tenha(m) sido frustrado(s) por conta da alegada demora da Administração. Inexiste, pois, nexo de causalidade entre a demora de prestação de serviços por parte do Ibama e a alegada perda de uma chance.

IX. Ainda que o autor dispusesse de recursos próprios para empreender as atividades agropastoris, não há falar em danos indenizáveis. A obtenção da autorização de desmatamento é apenas uma das fases do processo de produção. Mesmo o fato de a área estar desmatada não implica êxito da atividade comercial produtiva. A exploração da agropecuária está sujeita a riscos, assim como qualquer outra atividade produtiva.

X. O projeto apresentado pelo autor ao Banco do Nordeste do Brasil faz uma evolução dos investimentos e projeta ganhos. Trata-se, pois, de projeção. A não implementação do projeto implica, no máximo, a perda do trabalho de projeção, que, afinal, poderia não se confirmar, inclusive por conta dos naturais riscos a que está sujeita a atividade produtiva.

XI. Os lucros cessantes são ganhos futuros, mas certos, que o credor haveria de perceber, não fosse a conduta lesiva de outrem. Lucros cessantes não são compatíveis com eventualidade. O fato de o autor ter-se insurgido contra a alegada demora do Ibama em decidir o pedido de autorização de desmatamento somente após o transcurso de 13 (treze) anos da protocolização esmaece o alegado intento firme de explorar comercialmente as propriedades rurais.

XII. Se a vistoria somente foi descartada com a decisão de arquivamento do processo, começa a fluir daí o prazo prescricional para restituição da taxa. A decisão (administrativa) de arquivamento do processo, no entanto, é praticamente concomitante ao ajuizamento da ação indenizatória.

XIII. O recolhimento de taxa não implica que a Administração está obrigada a deferir o pleito do interessado. A prestação do serviço ocorre mesmo que o pedido não seja deferido. Se o Ibama decide que não é competente para a vistoria, o pleito foi apreciado, não havendo se falar, pois, em ausência de prestação do serviço.

XIV. De todo modo, a sentença não é contrária ao direito. O Ibama e os órgãos/entidades municipais ou estaduais integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981). O autor terá, ao pleitear novo pedido de desmatamento, de recolher a respectiva taxa. A restituição, pelo Ibama, do valor recolhido afigura-se, no mínimo, medida de equidade, especialmente quando a própria Lei 9.784/1999 estabelece que os atos do processo “devem realizar-se do modo menos oneroso” para o interessado (art. 29, § 1º).

XV. “Nas indenizações por danos [...], decorrentes da responsabilidade objetiva do Estado, incidem juros moratórios de 0, 5% ao mês, nos termos do art. 1.062 do Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei 10.406/2001), a partir do qual, conforme disposto em seu art. 406, deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, qual seja, a Selic, *ex vi* da Lei 9.250/1995. Tal sistemática prevalecerá até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/1997” (EDcl no REsp 1210778/SC, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe de 19/12/2011).

XVI. Agravos retidos e apelação do autor não providos.

XVII. Apelação do Ibama parcialmente provida, apenas para adequar a base de cálculo dos juros moratórios relativos à indenização por danos emergentes (restituição da taxa recolhida), fixada na sentença, ao decidido no REsp 1205946/SP.

Numeração única: 0014040-98.2009.4.01.3300

Apelação Cível 2009.33.00.014045-7/BA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 07/08/2013, p. 72

Mandado de segurança. Estrangeiro admitido na condição de permanente. Registro. Prova de identidade. Declaração consular. Validade. Segurança deferida.

I. Ao impetrante, nacional da Itália, foi deferido, com base na Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro), “processo de permanência”. Contudo, foram indeferidos registro e expedição de carteira de identificação de estrangeiro, ao fundamento de ausência de documento de viagem válido, exigência veiculada no Decreto 86.715/1981.

II. O impetrante alega que quando deu entrada no pedido de visto de permanência seu passaporte era válido. Em face da demora de 2 (dois) anos entre a protocolização e a publicação do deferimento na imprensa oficial, o passaporte perdeu a validade e, no momento, está impossibilitado de revalidá-lo. Aduz que a Lei 11.961/2009 não prevê como única prova de identidade, para fim de regularização da permanência de estrangeiro no território nacional, documento de viagem válido. Assim, com base na Lei 11.961/2009, a declaração consular, de que é portador, é bastante para fins de registro e de expedição de carteira de identificação de estrangeiro. Alega, inclusive, que peticionou pela aplicação da lei ao processo de permanência, pedido que fora indeferido ao fundamento de que o diploma aplicar-se-ia apenas aos estrangeiros em situação irregular, o que não era seu caso.

III. Não há prova desse indeferimento. No entanto, em que pese ter sido deduzida na inicial, a alegação (causa de pedir) não foi enfrentada nas informações (fls. 37–38) (nem na sentença). O silêncio da Administração pode, portanto, ser considerado, no processo, ao menos indício de que o pedido, de fato, fora, ainda que informalmente, obstado.

IV. A Lei 11.961/2009 facultava, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias de sua entrada em vigor, o requerimento de residência provisória, com possibilidade de conversão em permanente, ao estrangeiro que “tenha ingressado clandestinamente no território nacional”; ou que, “admitido regularmente no território nacional, encontre-se com prazo de estada vencido”; ou, ainda, que, “beneficiado pela Lei 9.675, de 29 de junho de 1998, não tenha completado os trâmites necessários à obtenção da condição de residente permanente” (art. 1º c/c art. 2º).

V. O “estrangeiro com processo de regularização em tramitação” podia “optar por ser beneficiado” pela Lei 11.961/2009, conforme expressa previsão do art. 11.

VI. O Decreto 6.893/2009, regulamentando a lei, exigiu a apresentação ao Departamento de Polícia Federal, para fim de registro da residência provisória, de “IV – um dos documentos a seguir especificados: a) cópia autenticada do passaporte ou documento de viagem equivalente; b) certidão expedida no Brasil pela representação diplomática ou consular do país de que o estrangeiro seja nacional, atestando a sua qualificação e nacionalidade; ou c) qualquer outro documento de identificação válido, que permita à Administração identificar o estrangeiro e conferir os seus dados de qualificação” (art. 1º, inciso IV, alíneas a, b e c).

VII. A declaração consular apresentada permite a identificação do impetrante e a conferência de *seus dados de qualificação*.

VIII. O Decreto 86.715/1981 não abrange situações como a da hipótese, em que o documento de viagem perdeu a validade no decorrer do processo. De fato, o estrangeiro não pode permanecer no território nacional sem identificação, mas, ao menos para este efeito — identificação — é válida a declaração consular apresentada pelo impetrante, frisando que a conversão do rito de deferimento do visto fora requerida. Consideradas, pois, as peculiaridades do caso concreto, a declaração consular apresentada pelo impetrante, prevista no Decreto 6.893/2009 como documento de identificação de estrangeiro, pode, por interpretação sistemática ou analógica, substituir o documento de viagem, para fins de registro e expedição de carteira de identificação de estrangeiro, de que trata o Decreto 86.715/1981.

IX. Interpretação teleológica da norma conduz à possibilidade de admissão da declaração consular apresentada pelo impetrante como prova de identidade.

X. Apelação provida para, reformando a sentença, deferir a segurança.

Apelação Cível 0030816-42.2010.4.01.3300/BA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 12/08/2013, p. 238

Civil e Processual Civil. Ação civil pública. Instituição financeira. Execução, liquidação ou amortização de saldo devedor de empréstimo de mútuo (consignação) mediante o débito direto em conta-corrente ou conta-salário do mutuário. Abusividade. Ocorrência. Nulidade plena. Ressalva das hipóteses elencadas no art. 6º da Lei 10.820/2003, com a redação dada pela Lei 10.953/2004. Observância da limitação legal. Direito coletivo stricto sensu. Inaplicabilidade da limitação territorial prevista no art. 16 da Lei 7.374/1985. Prazo prescricional. Aplicação do art. 178 do Código Civil. Rejeição das preliminares de julgamento extra petita e de impropriedade da via eleita.

I. Em se tratando de ação civil pública, amparada no argumento de abusividade de cláusula inserida em contrato de mútuo celebrado entre a Caixa Econômica Federal e seus correntistas, resta caracterizada, na espécie, a adequação da via eleita, por se tratar de lesão oriunda de relações jurídicas da mesma natureza (contratos bancários) sujeitos a uma obrigação contratual tida por abusiva, a revelar que se trata de interesses individuais homogêneos (subespécie de interesses coletivos), para os quais o Ministério Público está legitimado a defender, podendo lançar mão, para essa finalidade, da ação civil pública (CF, arts. 127 e 129, inciso III; Lei Complementar 75/1993, arts. 5º, inciso I, alíneas c e e, e 6º, incisos VII, alíneas c e d, XII e XIV, alíneas a, b e c; e Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), arts. 81 e 82, inciso I). Rejeição da preliminar de inadequação da via eleita.

II. Inserindo-se a tutela jurisdicional constante do julgado no contexto do pedido deduzido na inicial, como no caso, não se configura a ocorrência do alegado julgamento *extra petita*. Preliminar rejeitada.

III. A restrição territorial prevista no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública (7.374/1985) não opera efeitos no que diz respeito às ações coletivas que visam proteger interesses difusos ou coletivos *stricto sensu*, como no presente caso. (CC 109.435/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 22/09/2010, *DJe* 15/12/2010). Precedentes.

IV. A orientação jurisprudencial já sedimentada no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “o banco não pode apropriar-se da integralidade dos depósitos feitos a título de salários, na conta do seu cliente, para cobrar-se débito decorrente de contrato bancário, ainda que para isso haja cláusula permissiva no contrato de adesão” (REsp 492.777/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 1º/09/2003), sem prejuízo da validade de cláusula que autoriza o desconto, na folha de pagamento do empregado ou servidor, da prestação do empréstimo contratado, a qual não pode ser suprimida por vontade unilateral do devedor, eis que da essência da avença celebrada em condições de juros e prazo vantajosos para o mutuário, respeitado o limite legalmente previsto para essa finalidade.

V. Nos termos do art. 6º da Lei 10.820/2003, com a redação dada pela Lei 10.953/2004, é possível aos titulares de benefícios previdenciários autorizar ao órgão competente o referido desconto em folha, bem assim, à instituição financeira da qual recebam seus benefícios a retenção, para fins de amortização, de valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, desde que observado o limite de 30% (trinta por cento) do valor do respectivo benefício, nos termos do § 5º do referido dispositivo legal.

VI. O posterior reexame, na sentença recorrida, da matéria objeto dos agravos retidos interpostos e nova impugnação na apelação veiculada, como no caso, restam prejudicados os aludidos recursos.

VII. Apelação parcialmente provida. Sentença reformada, em parte, tão somente, no tocante à prescrição, observando-se, no caso, o prazo prescricional previsto no art. 178 do Código Civil (vencido, no ponto, o relator, que aplicava a prescrição quinquenal, por aplicação analógica da Lei 4.717/1965 – Lei da Ação Popular).

Numeração única: 0007205-76.2009.4.01.3500

Apelação Cível 2009.35.00.007261-6/GO

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 12/08/2013, p. 283

Constitucional e Processual Civil. Conjunto arquitetônico e urbanístico tombado, composto pelo Palácio Antônio Lemos (Sede do Executivo Municipal e Museu de Arte de Belém/PA) tombado como patrimônio cultural nacional, pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan). Necessidade urgente de restauração. Omissão do Poder Público. Antecipação da tutela cautelar ambiental. Presença dos pressupostos legais necessários. Deferimento.

I. Nos termos do art. 216, *caput*, e respectivos incisos IV e V, da Constituição Federal, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, integram o patrimônio cultural brasileiro, podendo o Ministério Público ajuizar “ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (CF, art. 129, III).

II. Nessa linha de determinação, demonstrada a omissão do Poder Público, no caso, do Município de Belém/PA, no tocante à efetiva implementação de medidas eficazes visando à urgente e inadiável restauração do Palácio Antônio Lemos, sede do executivo local e Museu de Arte de Belém, tombado como patrimônio cultural nacional, pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), impõe-se a atuação do Poder Judiciário, para suprir-se essa inescusável omissão, sem que isso represente violação ao princípio da separação dos Poderes. Precedentes.

III. No caso concreto, presentes os pressupostos legais necessários para a concessão da antecipação da tutela, cristalizados pelo precário estado de conservação do bem público descrito nos autos e pela incontroversa ineficácia das medidas adotadas pelo ente municipal responsável pela sua manutenção, afigura-se legítimo e oportuno o deferimento do pleito liminarmente formulado nos autos de origem, mediante a fixação de prazo razoável para a conclusão das respectivas obras de restauração.

IV. Agravo de instrumento provido. Decisão reformada.

Agravo de Instrumento 0047046-97.2012.4.01.0000/PA
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente – 5ª Turma
Publicação: *e-DJF1* de 12/08/2013, p. 286

Civil. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Documentos fraudados. Abertura de empresa. Cancelamento dos CPFs dos autores. Danos morais. Cabimento.

I. Cuidando-se de responsabilidade civil objetiva, à vítima cabe provar o dano e o nexo causal com a ação administrativa, o que restou provado na espécie dos autos. Cumpria à Administração, por seu turno, provar a culpa concorrente ou exclusiva do particular, que não restou provada.

II. A *“reparação de danos morais ou extra patrimoniais, deve ser estipulada cum arbitrio boni iuri, estimativamente, de modo a desestimular a ocorrência de repetição de prática lesiva; de legar à coletividade exemplo expressivo da reação da ordem pública para com os infratores e compensar a situação vexatória a que inevitavelmente foi submetido o lesado, sem reduzi-la a um mínimo inexpressivo, nem elevá-la a cifra enriquecedora”* (TRF1 AC 96.01.15105-2/BA).

III. Comprovado o nexo de causalidade entre a conduta dos prepostos do município e o evento danoso, em razão da utilização de documentação fraudulenta para a abertura, em nome dos autores, de empresas para pagamento a pessoas que prestaram serviços à municipalidade, bem assim afastada a culpa concorrente dos autores, é devida a indenização a título de danos morais.

IV. Considerando que a redução da indenização do dano moral para R\$ 25.000,00 para cada autor, quando pleiteada na ordem de R\$ 100.000,00, não induz em sucumbência parcial da parte autora, conforme Súmula 326/STJ, deve o réu arcar com o pagamento integral das custas e honorários advocatícios, conforme arbitrados na sentença.

V. Juros moratórios fixados em 0,5% ao mês até o advento do novo Código Civil de 2002 e, a partir daí, calculados englobadamente pela taxa Selic, até a vigência da Lei 11.960/2009, que alterou a redação do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, quando, também englobadamente com correção monetária, serão contados pelo índice da remuneração básica aplicado à caderneta de poupança.

VI. Adequação do termo inicial de incidência dos juros e correção às súmulas do colendo STJ que não se examina, já que fixado na sentença a partir da citação, à minguada de impugnação expressa no apelo dos autores.

VII. Recursos de apelação dos autores e do réu a que se nega provimento (item III). Remessa oficial a que se dá parcial provimento (item V).

Numeração única: 0003176-79.2006.4.01.3308
Apelação/Reexame Necessário 2006.33.08.003176-8/BA
Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – 6ª Turma
Publicação: *e-DJF1* de 1º/07/2013, p. 71

Administrativo. Concurso público. Nomeação. Divulgação na internet e publicação na imprensa oficial. Longo lapso temporal entre a homologação do concurso e a nomeação do aprovado. Princípio da razoabilidade.

I. Viola o princípio da razoabilidade a convocação de aprovado em concurso público mediante nomeação publicada em *Diário Oficial* ou divulgada na internet, quando passado longo período, no caso um ano e seis meses, entre a homologação do certame e a nomeação do candidato, já que não se pode exigir deste que acompanhe, diariamente, esses meios de comunicação.

II. A publicidade dos atos administrativos constitui princípio constitucional (art. 37, *caput*) e corolário de um regime administrativo democrático. A sua observância não pode ser apenas formal, pelo que deve a Administração valer-se de meios realmente eficazes para tornar públicos seus atos, mormente em relação àqueles que têm interesses diretos nos seus efeitos.

III. Ainda que o edital não preveja a intimação pessoal do candidato para tomar posse, deveria a Administração assim proceder, em razão do longo lapso temporal, de modo a serem observados os princípios da publicidade e da razoabilidade.

IV. Apelação a que se nega provimento.

Numeração única: 0024090-77.2009.4.01.3400
 Apelação/Reexame Necessário 2009.34.00.024246-9/DF
 Relator: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado) – 6ª Turma
 Publicação: *e-DJF1* de 1º/07/2013, p. 80

Administrativo. Processual Civil. Mandado de segurança. Processo ético-profissional. Apuração da conduta de gestores médicos: diretores técnico e clínico de hospital denunciado junto ao CRM/PI: possibilidade.

I. A sentença rechaçou, com ampla fundamentação, salvo quanto à necessidade (correta) de comissão processante, todos os apontados erros procedimentais/formais do rito administrativo, notadamente ante o fato evidente e incontestável de que os impetrantes exercitaram sua defesa com vigor e plenitude, e que a sindicância é mera peça de informação.

II. Há, contam-se 13 anos (estando a questão *sub judice* não há falar em prescrição ou em decadência), tentativa de transformar o MS, naturalmente local inepto ao exame de provas ou às intrincadas instruções, em juízo de absolvição sumária dos investigados, cuja natureza da atividade profissional desenvolvida (médicos e gestores médicos) encontra apuração, quanto aos eventuais dolo ou culpa em seus modos laborais e gerenciais de agir, sede própria na sindicância e consequentes processos ético-disciplinares conduzidos por seu respectivo conselho de fiscalização, feitos que, naturalmente menos formais, objetivam propiciar ambiente de apuração, acusação, defesa e sanção de eventuais infrações cometidas, havidas ampla defesa e contraditório.

III. Não há nulidade sem prejuízo processual, que os impetrantes não ousam apontar qual seja.

IV. O procedimento administrativo objetiva, nascido de denúncia, clara e bem instruída, fincada em auditora especial do SUS e de despacho/sindicância e portaria/PEP do CR-Medicina/PI, aferir se os impetrantes (que há década sabem do que são acusados e enormemente se defendem), na condição de gestores médicos, diretores técnico e clínico de hospital subverteram ou não, de modo objetivo ou subjetivo (dolo ou culpa [negligência, imprudência ou imperícia]), seus deveres ético-médicos, sendo o PEP instante e local para que possam apresentar todas as provas que entendam hábeis aos seus interesses (boa-fé e técnica na gestão), que possam, como insistem, atestar que eles não têm nenhuma responsabilidade (autoria) pelos erros, equívocos ou desmandos (atipicidade) havidos na unidade hospitalar, apontando, inclusive, se puderem, souberem e quiserem, os reais causadores dos resultados danosos (pessoas naturais ou jurídicas outras) ou, no mínimo, demonstrando que suas condutas (ações e omissões) — como administradores — não foram ordinariamente censuráveis ou reprováveis (viés da licitude) na linha do espectro de exigência da Resolução CFM 1.342/1991, em face do que se espera do *administrador-médio*.

V. Aferir a exata responsabilidade entre médicos (de equipes ou dirigentes) não é tema estranho ao ofício jurisdicional; é ler-se, *mutatis mutandis*: EREsp 605.435/RJ e REsp 200.831/RJ.

VI. Apelações e remessa oficial não providas.

VII. Peças liberadas pelo relator, em Brasília, 25 de junho de 2013, para publicação do acórdão.

Numeração única: 0004350-94.2000.4.01.4000
 Apelação/Reexame Necessário 2000.40.00.004348-2/PI
 Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral – 7ª Turma
 Publicação: *e-DJF1* de 05/07/2013, p. 1.027

Processual Civil e Constitucional. Ação popular. Aumento da tarifa de repasse de potência da empresa Itaipu Binacional. Reajuste extraordinário de tarifa. Ato potencialmente ilegal e lesivo à moralidade administrativa. Cabimento da ação popular. Inépcia da inicial afastada.

I. Na hipótese vertente, a juíza *a quo* extinguiu o processo sem resolução de mérito, por inépcia da inicial, nos seguintes termos: “[...] São, portanto, pressupostos da ação popular, a ilegalidade e a lesividade do ato impugnado. *In casu*, o autor não conseguiu demonstrar nenhum ato ilegal e tampouco lesão aos cofres da União. Os fatos narrados na inicial demonstram que o autor popular insurge-se contra o aumento da tarifa de repasse de potência de Itaipu binacional, de 12,10% (doze vírgula dez por cento), autorizado pela Portaria 338, de 29/09/2005, do ministro da Fazenda, por entender que as distribuidoras de energia elétrica, concessionárias do serviço público, terão que arcar

com o aumento e não poderão repassar ao consumidor antes do reajuste anual das tarifas de energia elétrica. Assim, a lesividade do ato, portanto, se existir, não atingirá o Erário público, mas sim o patrimônio de empresas privadas. O trecho de fl. 9 da inicial deixa claro a situação: “Da forma como se sucederam os acontecimentos, é possível inferir que o governo federal pretendeu beneficiar a Eletrobras ao autorizar o reajuste da tarifa de repasse de potência cobrada das distribuidoras — reais prejudicadas pela manobra da estatal — sob o fundamento de atualização do Cuse, que, frise-se, foi determinado com o aval de seus conselheiros. [...]”.

II. De acordo com o art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal/1988, “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

III. A ação popular constitucional abrange, além do ato lesivo ao patrimônio público, previsto no art. 1º da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), aquele lesivo à moralidade administrativa, a demonstrar, assim, a adequação da via eleita, em que se busca a declaração de nulidade de ato supostamente ilegal e contrário à moralidade administrativa.

IV. “A jurisprudência do STJ admite o ajuizamento de ação popular na defesa da moralidade administrativa, ainda que inexista dano material ao patrimônio público” (REsp 964.909/RS, rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 23/11/2009).

V. Nessa linha de entendimento, não há que se falar em inépcia da inicial da ação popular por ausência de lesividade ao patrimônio público, como entendeu a magistrada sentenciante, porquanto tal ação constitucional se presta, também, à defesa da moralidade administrativa (como na espécie), do meio ambiente, e do patrimônio histórico e cultural.

VI. *In casu*, como ressaltou, com propriedade e lucidez, o d. Ministério Público Federal: “Porém, a petição inicial descreve claramente a causa de pedir da lide, com os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, e não padece do vício de inépcia. De fato, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, apenas é passível de indeferimento por inépcia a inicial que apresenta vício com tamanha gravidade que impossibilita a defesa do réu, ou a prestação jurisdicional. [...] A extinção do feito sem exame de mérito, noutras palavras, foi prematura, impondo-se a formação da relação processual e a prática de atos de instrução. [...] Dessa forma, a fim de se viabilizar o atendimento ao princípio basilar do devido processo legal, é imprescindível a devolução dos autos ao primeiro grau de jurisdição, para que, após facultada a oitiva das partes, e ouvido o representante do Ministério Público em sua função de fiscal da lei, seja apreciado o *meritum causae*, quer pela procedência ou improcedência dos pedidos esposados na ação popular.”

VII. Não cabimento, na hipótese, de aplicação da norma do art. 515, § 3º, CPC, ou seja, julgamento imediato da ação nesta instância, uma vez que não se completou a relação jurídica processual.

VIII. Apelação provida. Afastada a inépcia da inicial, determinando-se o retorno dos autos à vara de origem, para regular prosseguimento do feito.

Numeração única: 0031794-83.2005.4.01.3400

Apelação Cível 2005.34.00.032141-1/DF

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca – 7ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 02/08/2013, p. 177

Processual Civil. Tributário. Agravo regimental. Competência – STF. Inexistência de conflito federativo. Art. 102, inciso I, alínea f, CF/1988.

I. Trata-se de agravo regimental interposto em face de decisão (fls. 67–70) que deu parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC c/c art. 29, XXIV, RI para, reconhecendo a competência da Justiça Federal para julgamento da ação anulatória de débito tributário, determinar o prosseguimento do feito, por entender que a controvérsia posta na ação anulatória de débito tributário não instaura o conflito federativo descrito na alínea *f* do inciso I do art. 102 da CF/1988.

II. A controvérsia reside na competência para processar e julgar a ação anulatória de débito tributário 21015-88.2013.4.01.3400/DF, por meio da qual pretende a Infraero seja reconhecida a inexigibilidade do IPTU cobrado sobre dois imóveis (inscrições 50136941 e 50142380) localizados no Aeroporto Internacional de Brasília e que são por ela administrados, mas seriam de propriedade da União. Tese da imunidade recíproca, que não desestabiliza o pacto federativo.

III. Ressalte-se, a propósito, que o Distrito Federal tem a peculiaridade de deter competências legislativas e arrecadadoras tanto estaduais quanto municipais e, no caso concreto, o tributo cobrado (IPTU) é de competência dos municípios, nos termos do art. 156, I, da CF/1988.

IV. “O Supremo Tribunal Federal, em face da regra de direito estrito consubstanciada no art. 102, I, da Constituição da República (RTJ 171/101-102), não dispõe, por ausência de previsão normativa, de competência para processar e julgar, em sede originária, causas instauradas entre Municípios, de um lado, e a União, autarquias federais e/ou empresas públicas federais, de outro. Em tal hipótese, a competência para apreciar esse litígio pertence à Justiça Federal de primeira instância. Precedentes” (ACO 1.364 AgR, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2009, *DJe*–145 DIVULG 05/08/2010 PUBLIC 06/08/2010 EMENT v. 2.409–02, p. 303).

V. “A competência prevista na alínea *f* do inciso I do art. 102 da Constituição Federal envolve causas e conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta, não alcançando relação jurídica subjetiva processual a revelar como parte Município” (ACO 1342 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2010, *DJe*–030 DIVULG 14/02/2011 PUBLIC 15-02–2011 REPUBLICAÇÃO: *DJe*–151 DIVULG 05/08/2011 PUBLIC 08/08/2011 EMENT v. 2.561–01, p. 1).

VI. “Diferença entre conflito entre entes federados e conflito federativo: enquanto no primeiro, pelo prisma subjetivo, observa-se a litigância judicial promovida pelos membros da Federação, no segundo, para além da participação desses na lide, a conflituosidade da causa importa em potencial desestabilização do próprio pacto federativo. Há, portanto, distinção de magnitude nas hipóteses aventadas, sendo que o legislador constitucional restringiu a atuação da Corte à última delas, nos moldes fixados no Texto Magno, e não incluiu os litígios e as causas envolvendo municípios como ensejadores de conflito federativo apto a exigir a competência originária da Corte.” (ACO 1295 AgR–segundo, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/2010, *DJe*–233 DIVULG 1º/12/2010 PUBLIC 02/12/2010 EMENT v. 2.443–01, p. 13, RT v. 100, n. 905, 2011, p. 173–177).

VII. Decisão confirmada.

VIII. Agravo regimental não provido.

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 0028133-33.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca – 7ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 02/08/2013, p. 283

Processual Civil. Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Interesse de agir. Mérito. Direito líquido e certo. Medida provisória. Conversão em lei. Oferecimento de emendas. Pertinência temática. Abuso do Poder Legislativo. Inadequação à Lei Complementar 95/1998.

I. No caso de mandado de segurança, o interesse de agir é representado pelo próprio direito líquido e certo que se pretende assegurado e a sua presença, ou ausência, será analisada oportunamente, por ocasião do julgamento do mérito do *writ*.

II. Durante o processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, não se cogita obstar aos parlamentares que proponham emendas ao teor do texto normativo, sob pena de se lhes tolher prerrogativa que decorre da competência delegada pela Constituição.

III. Conforme dispõe o art. 7º da Lei Complementar 95/1998, *excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto* (inciso I) e *não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão* (inciso II).

IV. Embora a MP 563/2012 preveja a alteração pontual de legislação tributária especial, não existe previsão de que estaria a regulamentar, em nenhum aspecto, a incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados nas operações

que envolvem a indústria fumígena, que é o específico ponto de abrangência do art. 68 da Lei 12.715/2012, a qual incluiu os arts. 2º-A a 2º-D no Decreto-Lei 1.593/1977.

V. Ausente pertinência temática entre o objeto original da medida provisória e as emendas oferecidas durante o processo de conversão, tem-se caracterizado o abuso no exercício do Poder Legislativo e a flagrante desconsideração às diretrizes da LC 95/1998.

VI. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

Agravo de Instrumento 0022718-69.2013.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 05/07/2013, p. 1.543

Tributário. Processual Civil. Frete de Uniformização de Preço – FUP. ANP. Legitimidade passiva. Indicação incorreta do polo passivo do mandado de segurança. Extinção do feito.

I. A defesa quanto à legalidade da exigência dos valores a título de Frete de Uniformização de Preço – FUP incumbe à Agência Nacional do Petróleo – ANP.

II. A indicação incorreta para o polo passivo do mandado de segurança impõe a extinção do feito sem resolução do mérito (art. 8º da Lei 1.533/1951 e art. 10 da Lei 12.016/2009).

III. Apelação da impetrante a que se nega provimento.

Numeração única: 0010565-58.2005.4.01.3500

Apelação Cível 2005.35.00.010651-9/GO

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 02/08/2013, p. 367

Constitucional, Administrativo, Tributário e Processual Civil. Ação popular como instrumento de controle judicial de decisão administrativa. Cabimento em tese. Inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). Ilegalidade não demonstrada.

I. Cabível, tem tese, o ajuizamento de ação popular para o controle judicial de decisão administrativa prolatada no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, desde que presente vício de forma ou demonstrada a ocorrência de ilegalidade, bem como observado o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 21 da Lei 4.717/1965 — primazia do princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, insculpido no inciso XXXV do art. 5º da CF/1988.

II. A ausência de demonstração de ilegalidade do objeto ou de outro vício do ato administrativo questionado inviabiliza a utilização da via da ação popular.

III. Apelações da autora e do Ministério Público Federal e remessa oficial a que se nega provimento.

Apelação/Reexame Necessário 0001135-13.2013.4.01.3400/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 02/08/2013, p. 373

- ★ Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- ★ Editora Fórum Administrativo: *Revista Fórum Administrativo*;
- ★ Editora Forense: *Revista Forense*;
- ★ Editora LTR: *Revista de Previdência Social – RPS*;
- ★ Editora Revista dos Tribunais: *Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas*;
- ★ Editora Dialética: *Revista Dialética de Direito Tributário, Revista Dialética de Direito Processual*;
- ★ Editora Nota Dez: *Revista Jurídica e Revista Interesse Público*;
- ★ Editora Nacional de Direito – Livraria Editora: *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*;
- ★ Editora Plenum: *Revista Juris Plenum*;
- ★ Associação Paulista de Estudos Tributários: *Revista de Direito Tributário da APET*;
- ★ Editora IOB: *Revista de Estudo Tributário, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal e Repertório de Jurisprudência IOB, IOB Direito Administrativo, Direito Público e CD Juris Síntese, Revista Síntese Administração de Pessoal e Previdência do Agente Público, Revista Síntese Responsabilidade Pública, Revista Síntese Licitações, Contratos e Convênios, Revista Síntese Direito Ambiental, Revista Síntese Direito Previdenciário, Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário.*

*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997.

Instruções Editoriais

- A Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem como objetivo divulgar acórdãos e decisões monocráticas dos órgãos julgadores e dos Juizados Especiais Federais da 1ª Região, bem como publicar artigos especializados de autores do meio jurídico, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Elaboração dos trabalhos

- Os artigos doutrinários devem ser apresentados da seguinte forma: fonte *Times New Roman*, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e configurados em folha A4, títulos e subtítulos destacados do corpo do texto; nome completo do autor logo abaixo do título e sua qualificação e títulos em nota de rodapé da primeira página; utilização somente de itálico para realçar palavras ou expressões, em lugar de negrito ou sublinhado. Devem conter necessariamente um tópico de introdução e outro de conclusão; resumo e palavras-chave na língua do texto; e no mínimo três e no máximo trinta laudas. As referências e citações devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, NBR 6023 e 10520.
- A Revista do TRF 1ª Região não altera o estilo nem a estrutura gramatical dos originais, reservando-se o direito de corrigir erros tipográficos evidentes e proceder à padronização conforme projeto editorial próprio. A revisão textual é realizada quando autorizada pelo autor, responsável pelo conteúdo do trabalho.
- As exceções serão analisadas pela autoridade competente.
- Ao autor serão fornecidos três exemplares da Revista.
- Eventuais dúvidas poderão ser dirimidas por meio dos telefones 3410-3574 e 3410-3571 ou pelo *e-mail* cojud-revista@trf1.jus.br.

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.

