

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região



v. 25 n. 11/12 novembro/dezembro 2013

ISSN 0103-703-X

R. TRF1	Brasília	v. 25	n. 11/12	p. 1/266	novembro/dezembro 2013
---------	----------	-------	----------	----------	------------------------

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal *João Batista Moreira* – Diretor

Coordenação

Ana Clara de Barros Balsalobre – Diretora/COJUD

Supervisão

Luciana Fernandes Menezes – Supervisora/SEREV

Edição/Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

Maria Aparecida Guimarães da Cruz Nunes

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Pesquisa e adaptação de normas técnicas

Rosane Bernadete Gameiro de Souza Câmara

Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Editoração eletrônica

Carmozina Vitorina Martins da Costa

José Hugo de Lima Reis – prestador de serviço

Luciana Fernandes Menezes

Rozângela Andrade P. da Silva – prestadora de serviço

Distribuição

Joilma de Oliveira Souza – prestadora de serviço

Rozângela Andrade P. da Silva – 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 à Revista – Serev/Cojud/TRF1

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

70.096-900 – Brasília/DF

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

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

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

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

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

Disponível também em:

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

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

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

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

v.

Publicada mensalmente de nov. 2000-dez. 2012.

Publicada bimestralmente a partir de janeiro de 2013.

ISSN 0103-703-X

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

Desembargador Federal Adhemar Maciel
abril/1989 – novembro/1992

Desembargador Federal Catão Alves
novembro/1992 – outubro/1993

Desembargador Federal Leite Soares
novembro/1993 – junho/1994

Desembargador Federal Tourinho Neto
junho/1994 – abril/1997

Desembargador Federal Osmar Tognolo
maio/1997 – maio/1999

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

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

Desembargador Federal Olindo Menezes
maio/2003 – maio/2005

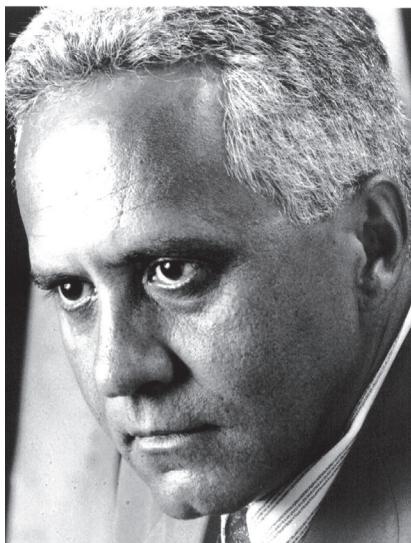
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
julho/2005 – maio/2006

Desembargador Federal Tolentino Amaral
junho/2006 – julho/2007

Desembargador Federal Hilton Queiroz
agosto/2007 – agosto/2009

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

Desembargador Federal Ítalo Mendes
outubro/2010 – maio/2012



Desembargador Federal João Batista Moreira
a partir de junho/2012



O princípio da sustentabilidade nas decisões judiciais, 13

João Batista Gomes Moreira

Contrato de adesão, 22

Sônia Diniz Viana

Da apresentação das testemunhas ao juízo criminal como ônus processual das partes, 32

Leonardo Augusto de Almeida Aguiar

Lei 12.878, de 04/11/2013.

Lei 12.894, de 17/12/2013.

Lei 12.897, de 18/12/2013.

Decreto 8.135, de 04/11/2013.

Decreto 8.145, de 03/12/2013.

Decreto 8.154, de 16/12/2013.

Decreto 8.157, de 18/12/2013.

Decreto 8.164, de 23/12/2013.

Decreto 8.165, de 23/12/2013.

Decreto 8.168, de 23/12/2013.

Decreto 8.169, de 23/12/2013.

Decreto 8.175, de 27/12/2013.

Decreto 8.180, de 30/12/2013.

Medida Provisória 627, de 11/11/2013.

Medida Provisória 633, de 26/12/2013.

Medida Provisória 634, de 26/12/2013.

Corte Especial – Concurso público. Reserva de vagas para portadores de deficiência. Critérios para arredondamento de vagas, 39

Mandado de Segurança 0032215-10.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

Primeira Seção – Execução individual de ação coletiva. Prevenção do juízo de origem que proferiu a sentença condenatória, 46

Conflito de Competência 0029649-25.2012.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Primeira Seção – Ação rescisória. Documento novo. Aposentadoria rural por idade, 49

Ação Rescisória 0024845-14.2012.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

Segunda Seção – Restituição de bens apreendidos. Ato de juiz de direito. Competência da Justiça Federal, 53

Mandado de Segurança 0022900-60.2010.4.01.0000/MA

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)

Segunda Seção – Infração. Não caracterização. Absolvição, 56

Ação Penal 0029007-52.2012.4.01.0000/PA

Relator: Juiz Federal Antônio Oswaldo Scarpa (convocado)

Terceira Seção – FGTS. Declaração de opção. Homologação da Justiça do Trabalho. Desnecessidade, 64

Numeração única: 0038667-63.2005.4.01.3800

Embargos Infringentes 2005.38.00.039134-8/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Terceira Seção – Concurso público. Vaga para deficiente. Direito reconhecido judicialmente. Pagamento retroativo de verbas salariais, 71

Ação Rescisória 0057947-61.2011.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Quarta Seção – Acolhimento de questão de ordem. Anulação de acórdão. Determinação de novo julgamento com esgotamento da prestação jurisdicional, 77

Embargos Infringentes 0023309-21.2010.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral

Quarta Seção – Ausência de legitimidade e interesse da Fazenda Nacional em rescindir julgado que extinguiu feito sem resolução do mérito, 81

Agravo Regimental na Ação Rescisória 0036867-70.2013.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

Primeira Turma – Servidor público militar. Licenciamento. Ilegalidade. Reintegração e reforma, 85

Numeração única: 0005114-05.2003.4.01.3700

Apelação/Reexame Necessário 2003.37.00.005644-6/MA

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Segunda Turma – Pensão por morte. Óbito da segurada anterior à Lei 8.213/1991 e posterior à CF/1988. Aplicação do princípio constitucional. Art. 201, inciso V, 90

Apelação Cível 0039496-65.2013.4.01.9199/GO

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

Segunda Turma – Ação ordinária proposta contra a Caixa. Manutenção de auxílio-alimentação. Empregado aposentado. Repetição de pedido formulado em reclamação trabalhista anterior. Competência declinada em favor da Justiça do Trabalho, 94

Numeração única: 0014360-52.2003.4.01.3400

Apelação Cível 2003.34.00.014362-0/DF

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

Terceira Turma – Redução à condição análoga à de escravo. Art. 149 do CP. Denúncia. Rejeição. Falta de justa causa, 95

Recurso em Sentido Estrito 0000008-44.2012.4.01.3604/MT

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)

Terceira Turma – Inexistência de constrangimento ilegal a justificar a concessão de liberdade provisória. Demora justificada. Aparecimento de indícios da prática do delito de redução à condição análoga a de escravo, 98

Habeas Corpus 0056755-25.2013.4.01.0000/PA

Relator: Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado)

Quarta Turma – Improbidade administrativa. Obras públicas realizadas com base em aditivos contratuais. Dispensa indevida de licitações, 103

Numeração única: 0006014-74.2001.4.01.3500

Apelação Cível 2001.35.00.006019-3/GO

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Quarta Turma – Habeas corpus. Homicídio qualificado. Tribunal do Júri. Suspensão do julgamento. Análise prejudicada. Liminar do STF. Gravação utilizada pelo delator. Prova juntada posteriormente. Art. 422 do CPP. Degravação. Falta de laudo pericial para atestar autenticidade. Cerceamento de defesa, 129

Habeas Corpus 0000050-07.2013.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Antônio Oswaldo Scarpa (convocado)

Quinta Turma – Ação de manutenção de posse. Terreno de marinha. Precariedade da posse, 135

Numeração única: 0002287-83.2006.4.01.3904

Apelação/Reexame Necessário 2006.39.04.002287-9/PA

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

Sexta Turma – Responsabilidade civil. Césio 137. Teoria da redução do módulo da prova. Pensão. Dano moral, 142

Numeração única: 0015400-89.2005.4.01.3500

Apelação Cível 2005.35.00.015525-8/GO

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Sexta Turma – Contrato de prestação de serviços com a Administração Pública. Equilíbrio econômico-financeiro. Reajuste do preço. *Factum principis*. Extinção da CPMF, 155

Numeração única: 0025497-21.2009.4.01.3400

Apelação Cível 2009.34.00.025958-2/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Sétima Turma – Manipulação de medicamentos quimioterápicos e antineoplásicas por enfermeiro. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Atividade privativa de farmacêutico, 158

Numeração única: 0004807-15.2002.4.01.3400

Apelação Cível 2002.34.00.004810-6/DF

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral

Sétima Turma – Ilha costeira. Demarcação. Notificação por edital. Inconstitucionalidade. Cadeia sucessória domínial do imóvel comprovada. Inexigibilidade da cobrança de foro e laudêmio, 160

Apelação/Reexame Necessário 0021303-77.2011.4.01.3700/MA

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

Oitava Turma – Exercício profissional. Conduta médica. Pena de censura pública. Anulação, 167

Numeração única: 0006304-36.2008.4.01.3600

Apelação Cível 2008.36.00.006304-3/MT

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova

Oitava Turma – Conselho de Medicina. Anulação de registro de especialista em área médica (oncologia). Regular processo administrativo, 169

Numeração única: 0001292-46.2006.4.01.4300

Apelação Cível 2006.43.00.001292-5/TO

Relator: Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado)

Segunda Turma Suplementar – Aposentadoria por invalidez. Parcela salarial reconhecida em sentença trabalhista. Revisão. Ausência de coisa julgada material, 176

Numeração única: 0014201-17.2000.4.01.3400

Apelação Cível 2000.34.00.014213-9/DF

Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)

Segunda Turma Suplementar – Contrato bancário. Parcelamento. Pagamento de parcela no dia útil subsequente ao vencimento. Má-fé ou abusividade do exequente não caracterizada, 179

Numeração única: 0014650-77.1997.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 1997.34.00.014682-8/DF

Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado)

Quarta Turma Suplementar – Imóvel. Discussão. Particular x público. Terreno inserido em área de universidade federal. Prova pericial. Indeferimento. Cerceamento de defesa configurado, 182

Numeração única: 0024659-97.2003.4.01.3300

Apelação Cível 2003.33.00.024643-8/BA

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Quinta Turma Suplementar – Contribuição previdenciária. Cooperativa de trabalho. Competência dos fiscais do INSS. Relação empregatícia afastada pela Justiça Especializada, 187

Numeração única: 0005095-81.2003.4.01.3802

Apelação/Reexame Necessário 2003.38.02.005032-5/MG

Relator: Juiz Federal Wilson Alves de Souza (convocado)

Quinta Turma Suplementar – Contribuição sindical. Recolhimento indevido. Interesse da União na divisão dos valores recolhidos. Competência da Justiça Federal, 191

Numeração única: 000157-90.2001.4.01.4100

Apelação Cível 2001.41.00.000155-3/RO

Relator: Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado)

Sexta Turma Suplementar – Utilização de conta bancária para remessa de recursos para o exterior. Laranja. Ausência de fato gerador para obrigação tributária própria, 194

Numeração única: 0026427-13.2003.4.01.3800

Apelação Cível 2003.38.00.026418-3/MG

Relator: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)

Sexta Turma Suplementar – Tributário. Omissão de receita. Não ocorrência. Ausência de aquisição de disponibilidade jurídica de renda ou proventos. Ausência de acréscimo patrimonial. Não ocorrência dos fatos geradores. Lançamentos anulados, 200

Numeração única: 0000237-22.2002.4.01.3000

Apelação/Reexame Necessário 2002.30.00.000234-0/AC

Relator: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)

Sétima Turma Suplementar – Inscrição de advogado. Quadros da OAB. Utilização de diploma falso. Proibição de exercício da advocacia, 209

Numeração única: 0001119-76.2005.4.01.3000

Apelação Cível 2005.30.00.001121-6/AC

Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado)

Decisões Monocráticas**212****Proposta de alteração da área do Porto Organizado de Santos (Poligonal do Porto de Santos), 212**

Apelação Cível 0034503-47.2012.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Suspensão dos efeitos do contrato administrativo para execução de obras do Projeto de Integração do Rio São Francisco, 215

Agravo de Instrumento 0056445-19.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Restauração do Forte Barbalho no Estado da Bahia, 218

Suspensão de Execução de Sentença 0068109-47.2013.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Usurpação de bens da União (art. 2º da Lei 8.176/1991). Poluição e extração de recursos minerais sem autorização do órgão competente (arts. 54 e 55, Lei 9.605/1998). Formação de quadrilha, 221*Habeas Corpus* 0076137-04.2013.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Legitimidade da elevação dos valores dos preços de passagens aéreas, 223

Agravo de Instrumento 0075527-36.2013.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Exercício de cargo de administrador de operadora de planos de saúde. Art. 3º, inciso IV, da Resolução 11/2002/ANS. Legalidade. Constitucionalidade, 228

Medida Cautelar Inominada 0066179-91.2013.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

Anvisa. Inspeção sanitária em barracas de praia, 231

Agravo de Instrumento 0051972-87.2013.4.01.0000/BA

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

Ex-empregados da ECT. Pagamento de parcelas que deveriam ter sido incorporadas à aposentadoria. Legitimidade passiva da entidade de previdência privada. Competência para processo e julgamento da Justiça Estadual, 233

Agravo de Instrumento 0065557-12.2013.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

Medida cautelar fiscal. Indisponibilidade de bens e penhora sobre o faturamento de pessoas jurídicas, 238

Agravo de Instrumento 0069333-88.2011.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca

Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Empresa responsável pelo desenvolvimento, em área urbana, de projeto de saneamento, esgotamento sanitário e destinação de resíduos sólidos. Desapropriação. Imissão na posse de imóvel. Necessidade do depósito do valor determinado na avaliação administrativa, 242

Agravo de Instrumento 0067222-63.2013.4.01.0000/PA

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes

Continuação das atividades da Unidade Avançada do Ibama em Tucuruí/PA, 244

Agravo de Instrumento 0068726-07.2013.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Breviário

247

Queixa-crime. Crimes contra a honra. Calúnia e difamação. Não ocorrência. Rejeição.

Portaria. Juiz do JEF. Determinação de destaque quanto aos honorários contratuais. Faculdade.

Ação rescisória. Julgamento *extra petita*. Novo julgamento.

Inclusão de preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima. Indeferimento de prorrogação. Conflito impróprio de competência (recurso de ofício).

Exceção de suspeição. Manifestação de convicção jurídica pessoal. Inexistência de vício processual.

Servidor público. Férias. Acumulação. Licença para estudos no exterior. Necessidade de serviço.

Desapropriação. Passivo ambiental. Dedução. Impossibilidade. Intimação do Estado da Bahia. Discussão sobre o domínio. Ação própria.

Prática de ato de improbidade administrativa. Lei 8.429/1992, art. 11, *caput*. Multa civil.

Improbidade administrativa. Superfaturamento de preço. Alteração do objeto do convênio. Ausência de prejuízo ao Erário. Ausência de dolo ou má-fé.

Ato de tortura imputado a agente da Polícia Federal. Inexistência de ato de improbidade administrativa.

Ação popular. Porto organizado de Manaus/AM. Convênio de delegação firmado pela União Federal e pelo Estado do Amazonas. Alcance das cláusulas de reversibilidade de bem imóvel adquirido por interveniente do delegatário durante a vigência do convênio.

Responsabilidade civil do Estado. Antigos servidores da Sucam. Combate a endemias. Manipulação de DDT. Ausência de treinamento e de equipamentos adequados de proteção individual.

Ação civil pública. Acesso ao ensino fundamental. Restrição por motivo de idade. Impossibilidade.

Ação civil pública. Sistema de pesagem de veículos de carga em rodovias federais. Estado de Minas Gerais. Ineficiência do sistema vigente. Omissão do Poder Público.

Usucapião. Imóvel não considerado público. Possibilidade.

Responsabilidade civil. Demissão de servidora da ECT. Apuração de erro em procedimento administrativo posterior. Indenização. Fato gerador. Relação de causalidade com o vínculo laboral. Competência da Justiça do Trabalho.

Alienação irregular de imóvel em hasta pública. Ordem judicial proibitiva. Proteção possessória justificada. Dano moral.

Conselho Regional de Administração. Negativa do cancelamento de registro profissional e de débitos. Ausência de respaldo legal. Indenização por danos morais.

Pena de perdimento de aeronave. Fiança bancária no valor integral do bem.

Exceção de suspeição. Fraude à execução. Juiz. Cumprimento de atribuições legais. Aconselhamento. Parcialidade não configurada.

Importação. Ocultação do real adquirente. Dano ao Erário. Perdimento das mercadorias. Substituição da pena de inaptidão do CNPJ por multa.

Contribuição para o fomento da radiodifusão. Conversão em renda em favor da Anatel.

Repositórios Oficiais de Jurisprudência **263**

Instruções Editoriais **265**



O princípio da sustentabilidade nas decisões judiciais

João Batista Gomes Moreira**

Agradeço ao ilustre Diretor do Foro, Juiz Federal Mark Yshida Brandão, o convite para participar das comemorações alusivas ao aniversário (45 anos) da Justiça Federal em Goiás.

Por falar em aniversário, chega a idade em que não podemos mais comemorar sem lembrar o poema – *Aniversário* – de Fernando Pessoa: “No tempo em que festejavam o dia dos meus anos, eu era feliz e ninguém estava morto ...”. Dedico esta palestra - e a “raiva de não ter trazido o passado roubado na algibeira” - aos saudosos amigos Marluce Gomes de Sá e Nelson Gomes da Silva.

Opto, quanto à designação do princípio, por sustentabilidade, em vez de desenvolvimento sustentável, porque a segunda encobre objetivo ideológico de mostrar o “sustentável” como qualificativo, acessório apenas, do desenvolvimento, este o substantivo e, portanto, a ideia nuclear com a qual não se poderia transigir. “Desenvolvimento sustentável” serviria, assim, à tentativa de perpetuar o atual modelo de crescimento econômico mediante uma simples nova embalagem ou rotulagem.

E o que é sustentabilidade? Já se disse que é realidade que sofre da “maldição do elefante”: fácil de reconhecer, mas difícil de definir em poucas palavras. Nessas condições, sigo a sabedoria chinesa segundo a qual, sempre que se quer conhecer um objeto, deve-se começar pelo seu oposto, no caso, a insustentabilidade. Sou levado também, em vez de conceituar, a enumerar itens que compõem a sustentabilidade (aqui peço licença ao saudoso professor Paulo Tormin Borges, direito civil e direito agrário, da Universidade Federal de Goiás, que interrompia a resposta do aluno toda vez que este, em vez de formular conceito abstrato, começava por enumerar exemplos concretos na tentativa de esclarecer uma ideia).

Vejamos, primeiro, o oposto da sustentabilidade.

I – Paradigma racionalista – crescimento econômico ilimitado

A ideia de paradigma ingressou definitivamente no pensamento científico e, em especial, no pensamento jurídico. Considera-se paradigma a “visão da vida e do mundo, atmosfera espiritual em que, durante certo lapso de tempo, se banha a existência individual e coletiva”;¹ cosmovisão, janela comum pela qual as pessoas enxergam o mundo; degrau ou estação evolutiva do pensamento e da história; “os paradigmas são os princípios dos princípios, algumas noções mestras que controlam os espíritos, que comandam as teorias, sem que estejamos conscientes de nós mesmos”². No mundo jurídico, o paradigma “determina um pano de fundo de compreensão” (teoria social), “que os especialistas em direito *compartilham* com todos os demais parceiros do direito”; “um paradigma jurídico é deduzido, em primeira linha, das decisões exemplares da justiça, sendo geralmente confundido com a imagem implícita que os juízes formam da sociedade”; os paradigmas do direito “reduzem a complexidade que envolve a tarefa de decidir o caso particular de modo consistente e racional, isto é, à luz de um sistema de regras ordenado e coerente”.³

Em sentido amplo, um paradigma é composto de aspectos ético-religiosos, estéticos, econômicos, científicos, ideológicos, históricos, enfim, é a cultura dinâmica, mas relativamente padronizada, de uma época. Há a tendência de pensar isoladamente (como ilhas) os referidos campos, quando, na realidade, guardam fundo comum de orientação (ex.: a física clássica mantém correspondência com o racionalismo jurídico, assim como a física quântica tem parentesco, no Direito, com a teoria dos princípios; a arquitetura, na

*Texto básico de palestra proferida, em 28/08/2013, por ocasião de evento comemorativo dos 45 anos da Justiça Federal em Goiás.

** Mestre e doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais; Desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

¹ BRANDÃO, António José, apud MONCADA, L. Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*: I – Parte Histórica; II – Doutrina e Crítica. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, II, p. 123-124.

² MORIN, Edgar; LEMOIGNE, Jean-Louis. *A Inteligência da Complexidade*. Tradução: Nurimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000, p. 40.

³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: Entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler – UGF. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, I, p. 275, e II, p. 128-130.

definição de Goethe, é a música congelada⁴). Na teoria filosófica tradicional, a preocupação é com a essência estática (arquétipos de Platão), a que se contrapõe o pensamento heraclítico e hegeliano de que “em qualquer quadrante da realidade, conhecer significa, antes de tudo, captar o sentido do processo evolutivo, imanente a todos os seres”.⁵ Do juiz espera-se que perceba o espírito evolutivo de seu tempo, o espírito nacional (“mentalidade comum de cada nação”,⁶ “sentimento constitucional dos povos”⁷), uma espécie de ponte ou elo de ligação entre a ancestralidade, a atualidade e o futuro⁸.

O juiz, em suas decisões, ao mesmo tempo que é influenciado pelo ambiente cultural, contribui para reforçar ou reformar paradigmas. Esse papel está intimamente relacionado com os critérios de interpretação e aplicação do direito. Aos valores estabilidade e segurança corresponde o critério histórico de interpretação; ao equilíbrio dinâmico, a interpretação sistêmica e prospectiva. O critério histórico conduz a uma atitude passiva e repetitiva, destinada à preservação de valores; o critério prospectivo inspira a construção, a inovação, a criatividade, a transformação. Um considera a origem; o outro, o rumo. Um tem a lâmpada voltada para o passado; o outro, o foco dirigido para o futuro. É desejável que o pensamento do juiz seja, no mínimo, histórico-prospectivo, o que significa caminhar em direção ao futuro sem ignorar as origens. O tratamento sistêmico, por sua vez, implica utilização simultânea, complementar, nas decisões judiciais, conforme as peculiaridades do caso concreto, dos critérios literal, histórico, sistemático, axiológico e teleológico.

Dadas essas noções introdutórias, é possível abrir as cortinas do paradigma racionalista, que se instalou no Ocidente, com força e vigor, por volta do século XVII e permaneceu, como a verdade de seu tempo, até o século XX. No racionalismo, as realidades são

consideradas em pares de opostos: *Deus e mundo, céu e terra, bem e mal, espírito e matéria, alma e corpo, razão e emoção, humanidade e natureza, masculino e feminino, sujeito e objeto, Estado e sociedade* etc. A relação entre os dois termos é, por sua vez, disposta de forma hierárquica, com a hegemonia do primeiro sobre o segundo elemento da dicotomia.

Além disso, faz parte do paradigma racionalista a visão atomística da realidade, a partir da concepção de que o universo é constituído de corpúsculos microscópicos, cuja forma, tamanho, movimento e interação explicam os fenômenos naturais.⁹ O conhecimento perfeito é adquirido mediante observação – que se acredita isenta de subjetivismo – do objeto decomposto em suas partes componentes. Para efeito de pesquisa, as coisas devem ser isoladas do conjunto, seccionadas e examinadas em seus mínimos detalhes, à luz de princípios peculiares a disciplinas especializadas. Essa atitude reducionista incorporou-se à cultura ocidental como o *método científico*.

O racionalismo, na diretriz do *método científico*, explica o universo do ponto de vista mecanicista e determinista, como uma máquina autorregulada de grandes proporções, regida pela lei da causalidade, logo, em detrimento da finalidade e, pois, da possibilidade de transformações estruturais. O mundo, comparado à “máquina-chave da era industrial moderna”,¹⁰ é um grande relógio e Deus, o relojoeiro, sua causa criadora transcendente, dirigindo-o das alturas. O tempo é linear e mecânico, “fluindo suavemente do passado através do presente em direção ao futuro”.¹¹ O corpo humano é equiparado a uma máquina, composta de peças (o coração é uma bomba, que expande o sangue como um aquecedor¹² ou, na concepção de Harvey, como um sistema hidráulico; a respiração é uma forma de oxidação; o sistema nervoso funciona como uma corrente elétrica¹³).

⁴ RUSSEL, Bertrand. *História do Pensamento Ocidental: A Aventura das Ideias: dos Pré-socráticos a Wittgenstein*. Tradução: Laura Alves e Aurélio Rebello. 6 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 33.

⁵ COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. *Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, ano 4, n. 16, outubro/dezembro de 2002, p. 50.

⁶ TELLES JUNIOR, Goffredo. *O Povo e o Poder*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 36.

⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 76.

⁸ BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 57.

⁹ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 6 ed. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 64.

¹⁰ COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 45.

¹¹ CAPRA, Fritjof. *O Tao da Física: Um paralelo entre a Física Moderna e o Misticismo Oriental*. Tradução: José Fernandes Dias. São Paulo: Cultrix, 1975, p. 49.

¹² RUSSEL, Bertrnad, op. cit., p. 280.

¹³ CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação: a Ciência, a Sociedade e a Cultura Emergente*. Tradução: Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 99-100.

A separação dicotômica, em oposição hierárquica, entre humanidade e natureza – que interessa particularmente ao tema em exame – trouxe como consequência a consideração da natureza como meio ou objeto inesgotável a serviço da realização humana. Só a humanidade seria um fim em si mesmo. Isso fez prevelecer a ideia de que o homem, separado da natureza, fora dotado de inteligência, pelo Criador, com a missão de dominar a Terra, explorá-la e dela tirar todas as utilidades possíveis, se necessário, mediante tortura. No conceito de Terra estiveram incluídos os povos primitivos, que, assim, poderiam ser escravizados como animais.

Instaurou-se, a partir dessa concepção, o sistema industrial-capitalista, que se baseia no crescimento ilimitado do consumo como forma de estimular a produção e o emprego. No capitalismo, justifica-se até mesmo a guerra como sorvedouro da produção econômica para efeito de estimular economias em recessão.¹⁴ A ordem econômica moderna assenta-se nos mesmos pressupostos da produção pela máquina, os quais também determinam o estilo de vida dos indivíduos “que nascem dentro dessa engrenagem” e talvez continuem a determinar “até que cesse de queimar a última porção de combustível fóssil”.¹⁵

Não é necessário falar sobre as consequências de um tal pensamento. Elas estão a nosso alcance visual, se é que a fumaça proveniente das queimadas, chaminés e motores – na verdade, uma metáfora para a paixão mercadológica -, não nos impede de enxergá-las.

II – Limites do crescimento econômico

No final do século XVIII, já houve contundente observação sobre limites dos recursos naturais, quando o economista Thomas Robert Malthus sustentou que a produção de alimentos crescia em progressão aritmética, enquanto que a população aumentava exponencialmente. A partir daí, outros pensadores seguiram na mesma trilha, entretanto, a manifestação concreta e firme contra o modelo de crescimento baseado no consumo ilimitado surgiu de evento ocorrido em abril de 1968, quando um grupo interdisciplinar de trinta pessoas (cientistas, educadores, economistas, humanistas, industriais e servidores públicos, de nível nacional e internacional, provenientes de dez países), liderados pelo cientista escocês Alexander

King e o industrial italiano Aurélio Peccei, reuniu-se em Roma para discutir, em perspectiva sistêmica, os dilemas da humanidade. Desse encontro nasceu o Clube de Roma, uma organização informal (“colégio invisível”) destinada a “promover o entendimento dos componentes variados, mas interdependentes - econômicos, políticos, naturais e sociais - que formam o sistema global em que vivemos; chamar a atenção dos que são responsáveis por decisões de alto alcance, e do público do mundo inteiro, para aquele novo modo de entender e, assim, promover novas iniciativas e planos de ação”.¹⁶

Em 1972, a Comissão Executiva do Clube de Roma publicou os resultados daquela rodada de discussões, utilizando modelo programado por Jay Forrester, fundador da dinâmica de sistemas. Esse relatório – *The Limits to Growth* – foi preparado por uma equipe interdisciplinar do Massachusetts Institute of Technology. Vendeu mais de doze milhões de cópias, em trinta línguas, e inspirou a criação de ministérios do meio ambiente em numerosos países. Os anos seguintes não atenuaram a avaliação ali realizada, apesar da irritação causada a muitos economistas, da perda de prestígio em face da influência do neoliberalismo (“solução mágica do mercado”), que aconteceu nas últimas décadas do século XX, e do preconceito contra o socialismo. Neste início de século XXI, renovam-se as preocupações com os problemas ambientais, especialmente, as mudanças climáticas, o uso excessivo de recursos naturais, o crescimento populacional, o consumo ilimitado e a poluição.

Alguns pontos do referido relatório merecem ser destacados:

1 – Caráter sistêmico das questões globais – Os variados problemas globais – econômicos, políticos, naturais e sociais – estão intimamente entrelaçados. O insucesso na tentativa de solução dessas questões decorre, em parte, do fato de serem enfrentadas isoladamente. Há conexão sistêmica entre “pobreza em meio à abundância”, “deterioração do meio ambiente”, “perda de confiança nas instituições”, “expansão urbana descontrolada”, “insegurança de emprego”, “alienação da juventude”, “rejeição de valores tradicionais”, “inflação” etc. A mudança em um desses elementos repercute na situação dos demais. As interligações, às vezes remotas, dos componentes são tão importantes quanto os próprios componentes isolados na

¹⁴ COMPARATO, Fabio Konder, op. cit., 2001, p. 218.

¹⁵ WEBER, Max. *A Ética Protestante e o “Espírito” do Capitalismo*. Tradução: José Marcos Mariani de Macedo. Edição Antônio Flávio Pierucci. São Paulo: Cia. das Letras, 2004, p. 165.

¹⁶ MEADOWS, Donella H. et al. *Limites do Crescimento* – Um relatório para o Projeto do Clube de Roma sobre o Dilema da Humanidade. Tradução: Inês M. F. Litto. São Paulo: Perspectiva, 1972, p. 9-10.

determinação do comportamento individual e global. Mas a maior parte das decisões políticas baseia-se na intuição ou em modelos mentais incompletos, que ignoram tal interconexão.

O relatório agrupa as referidas questões em cinco principais campos: população, produção agrícola (de alimentos), recursos naturais (consumo de riquezas naturais não renováveis), produção industrial e poluição. Reconhece-se que o tratamento sistêmico, se por um lado torna mais eficiente a abordagem, por outro, aumenta a complexidade de ações práticas, em face das restrições políticas (estruturas políticas nacionais), sociais e institucionais, a desigual distribuição da população e dos recursos naturais, a heterogeneidade da sociedade mundial e dos níveis de desenvolvimento. As conclusões do estudo, embora válidas para o planeta como um todo, não se aplicam, em detalhes, a qualquer país ou região em particular.

2 - Recursos naturais – A taxa de consumo mundial de todas as reservas naturais estava crescendo exponencialmente. Se as tendências de crescimento da população mundial, industrialização, poluição, produção de alimentos e diminuição dos recursos naturais continuassem imutáveis, os limites do planeta seriam alcançados em algum dia dentro de 100 anos. No mínimo, a grande maioria das reservas não renováveis, então importantes, seriam extremamente escassas e dispendiosas no final desses 100 anos.

Existia (1970) suprimento de todos os recursos naturais para 250 anos, à taxa de consumo de então, o que, mesmo com os benefícios da tecnologia, não evitaria o declínio da população e da indústria, nem adiaría o colapso para além do ano de 2100. O resultado poderia ser gradativo, mas o mais provável seria um declínio súbito e incontrolável, tanto da população quanto da capacidade industrial. Esse colapso poderia ocorrer de modo generalizado ou em épocas diferentes e em diferentes partes do mundo. Se o primeiro limite acontecesse pelo esgotamento dos recursos naturais não renováveis, os países industrializados seriam os mais afetados; se na produção de alimentos, os países não industrializados sofreriam a maior redução de população.

Em termos específicos, as taxas de crescimento, como estavam, esgotariam as reservas de recursos naturais em 95 anos e, supondo-se que as reservas ainda por descobrir pudessem quintuplicar as então conhecidas, a duração seria estendida para 154 anos. No entanto, essa expansão das reservas implicaria simples alteração de limites. Sem falar que não aconteceria a mesma coisa com recursos como o alumínio, cujo

período provável de disponibilidade seria de apenas 31 anos (55 anos, com a quintuplicação das reservas).

3 - Crescimento demográfico – Em 1650, a população era de cerca de 0,5 bilhão e crescia à taxa de aproximadamente 0,3% ao ano. A média de duração da vida, na maioria das populações, era então de 30 anos. Já em 1970, a população mundial totalizava 3,6 bilhões e a taxa de crescimento era de 2,1% ao ano. Nessa taxa de crescimento, a duplicação ocorre em 33 anos. A população mundial aumentou de 1 para 2 bilhões no período de mais de cem anos. O terceiro bilhão foi alcançado em 30 anos, enquanto que o quarto bilhão viria em menos de 20 anos. O quinto, o sexto e talvez mesmo o sétimo bilhão chegariam antes do ano 2000.

Se a natalidade cai gradualmente até uma taxa substitutiva exata, ainda assim a população continuará a crescer, por um período, devido à elevação da longevidade.

4 - Produção de alimentos – Há cerca de 3,2 bilhões de hectares potencialmente apropriados à agricultura, cuja metade mais rica e acessível já estava sendo cultivada. O preparo de novas terras é dispendioso e antieconômico. Os sintomas da crise começariam a aparecer muito antes de atingido o ponto crítico, de tal modo que muitas pessoas morreriam de fome em razão da elevação de preços dos alimentos.

5 - Poluição – Os sistemas ecológicos naturais, especialmente a superfície dos oceanos, absorvem muito da poluição resultante da atividade humana e a transformam novamente em substâncias utilizáveis por outras formas de vida ou, pelo menos, que sejam inofensivas. Há, porém, um limite de saturação. Já acontecia aumento exponencial de CO₂ atmosférico, devido ao consumo de combustíveis fósseis (carvão, petróleo e gás natural), que eram então responsáveis por 97% da produção de energia industrial. A energia nuclear poderia fazer cessar esse aumento, mas, além da produção de resíduos radioativos, não seria resolvido o problema do calor produzido pela geração de energia. Em algumas partes do Báltico, o nível de oxigênio já havia atingido o ponto zero. Se os 7 bilhões de habitantes do ano 2000 tivessem um Produto Nacional Bruto (PNB) *per capita* tão alto quanto dos americanos de então, a carga de poluição total seria, no mínimo, dez vezes maior.

Há longa demora e às vezes distância entre a liberação de um poluente no meio ambiente e o aparecimento dos respectivos efeitos, daí algumas opiniões de que a poluição dos grandes sistemas naturais já poderia ter sido irreversivelmente causada. No que diz respeito à saúde das pessoas, há semelhante

atraso devido à passagem do poluente pelo ar, rios e solo até chegar à cadeia de alimentação. Em seguida, há outro período entre a ingestão ou absorção e o aparecimento de sintomas clínicos (enfisemas, bronquite, asma, câncer pulmonar). O segundo período pode durar até 20 anos, no caso de substâncias cancerígenas.

O relatório não tratou, especificamente, da escassez e poluição da água, possivelmente por não se revelar, então, tão grave questão, como hoje se reconhece.

6 - Tecnologia – O apoio da tecnologia é limitado, pois os equipamentos e as matérias-primas para a produção de alimentos sintéticos, assim como os equipamentos para dessalinizar e purificar a água do mar vêm do sistema físico, portanto, também consomem recursos naturais.

São enumerados os seguintes recursos tecnológicos: pílulas anticoncepcionais, cereais de alto rendimento, televisão, poços de petróleo longe da costa, fissão nuclear controlada, possibilidade futura de reatores de fusão nuclear, formas de aproveitamento de materiais então inacessíveis, utilização de minérios mais pobres, reciclagem de detritos sólidos e recuperação de metais neles contidos. Esses produtos e operações são, entretanto, altamente poluentes e de alto custo, sem falar que alguns problemas não têm soluções técnicas. Pode ser que um desses problemas sem solução ou a interação de vários inviabilize a solução de outros. O otimismo tecnológico é a reação mais comum e mais perigosa, pois desvia a atenção da questão fundamental: o crescimento em um sistema finito.

As novas técnicas produzem efeitos sociais colaterais, como de fato aconteceu com a “revolução verde”. O objetivo era produzir mais alimentos e proporcionar empregos sem requerer grandes quantidades de capital. Em algumas regiões, isso aconteceu, mas onde as desigualdades sociais já existiam a “revolução verde” tendia a aumentá-las. Os grandes proprietários eram os candidatos naturais a empregar os novos métodos; tinham capital, podiam arriscar-se e utilizavam máquinas em substituição da mão de obra. O resultado foi o desemprego na zona rural, a migração para as cidades e o aumento da desnutrição pela impossibilidade de comprar alimentos.

A tecnologia é bem vinda e deve ser enfatizada num estado de equilíbrio; o que não se deve fazer é jogar sobre a tecnologia toda a responsabilidade pela solução dos problemas globais.

7 – Equilíbrio – É proposto modificar as tendências de crescimento e criar situação de estabilidade ecológica e econômica a ser mantida num futuro remoto. Com essa finalidade, haveria a autoimposição de um limite de crescimento. O estado de equilíbrio global seria planejado de modo que as necessidades materiais básicas de cada pessoa fossem satisfeitas e cada pessoa teria igual oportunidade de realizar seu potencial humano individual.

Esse estado de equilíbrio poderia ser classificado como sustentabilidade do desenvolvimento: taxa mínima de natalidade, por meio de novos métodos anticoncepcionais, igual à taxa de mortalidade; taxa de investimento igual à taxa de depreciação; utilização da energia solar; inclusão do custo total da poluição e do esgotamento dos recursos naturais no preço dos produtos; cultura do aproveitamento e reciclagem de materiais; métodos para aumentar a durabilidade de materiais produzidos com reservas escassas; restauração do solo destruído pela erosão e correção do solo improdutivo; controle natural de pragas (conhecimento das inter-relações ecológicas); novos métodos de coleta de resíduos e rejeitos e de controle da poluição; novos padrões de consumo de bens, com a transferência das preferências econômicas da sociedade mais para serviços (ex.: ilustração e saúde) e alimentação e menos produtos industrializados; preferência por instrução, arte, música, religião, pesquisas científicas, atletismo, interações sociais; instrução universal ilimitada e tempo livre para criatividade e inventividade.

O novo modelo não significaria estagnação, mas equilíbrio dinâmico, que exigiria poucos recursos ambientais e muitos recursos morais. Não seria “uma oposição cega ao progresso, mas uma oposição ao progresso cego”. A restrição de certas liberdades – produção ilimitada de filhos e consumo descontrolado de recursos naturais – seria compensada pela libertação da fome e da pobreza e pela atenuação da poluição, enfim, pela maior segurança ante as ameaças de colapso do sistema mundial. Uma sociedade baseada em igualdade e justiça teria muito mais probabilidade de evoluir em estado de equilíbrio global que no estado de crescimento ilimitado.

III – “O mito do desenvolvimento econômico”

Manifestou-se, à época (1974), Celso Furtado que não é necessário concordar com todos os aspectos metodológicos e conclusões do estudo empreendido pelo Clube de Roma, traduzido no relatório *Limites do Crescimento*, para compreender sua importância fundamental. Essa importância estaria

no fato de que foram trazidos “para o primeiro plano da discussão problemas cruciais que os economistas do desenvolvimento econômico trataram sempre de deixar na sombra”.¹⁷

Nesse trabalho – *O Mito do Desenvolvimento Econômico* – o notável economista brasileiro desenvolve séria crítica ao modelo de consumo e crescimento ilimitados. Diz que se encontra arraigada na economia mundial a ideia, que se dá por evidente, de que “o desenvolvimento econômico, tal como vem sendo praticado pelos países que lideraram a revolução industrial, pode ser universalizado. Mais precisamente: pretende-se que os padrões de consumo da minoria da humanidade, que atualmente vive nos países altamente industrializados, são acessíveis às grandes massas de população em rápida expansão que formam o chamado Terceiro Mundo. Essa ideia constitui, seguramente, uma prolongação do mito do progresso, elemento essencial na ideologia diretora da revolução burguesa, dentro da qual se criou a atual sociedade industrial”.¹⁸ Indaga o que aconteceria se efetivamente houvesse a universalização do padrão de consumo dos povos ricos, com a conseqüente pressão sobre os recursos naturais não renováveis e a poluição ambiental (ou, alternativamente, o elevado custo do controle da poluição). O resultado seria o colapso total da civilização, senão um risco para a própria sobrevivência da espécie humana.¹⁹

Todavia, essa universalização jamais seria alcançada porque a evolução do sistema capitalista resulta num processo de homogeneização apenas dos países cênicos. Permanece o crescente distanciamento (fosso) entre o centro e a periferia. Tal distanciamento se repete, por outro lado, dentro de cada país periférico, separando de uma minoria privilegiada as grandes massas da população. Os dois processos, interna e externamente, são interdependentes. Fazem parte do mesmo quadro evolutivo.²⁰ Assim, convivem a concentração de renda e suas formas suntuárias de consumo com a miséria das massas demográficas, estas, justamente, as que estão em mais rápida expansão.²¹ A tendência é excluir dos principais benefícios do desenvolvimento econômico nove em

dez pessoas, no conjunto dos países capitalistas, essa proporção chegando a dezenove pessoas em vinte, se considerados apenas os países periféricos.²²

As economias periféricas nunca serão desenvolvidas, no sentido de poderem desfrutar das formas de vida dos países ricos de sua época. A falsa esperança é, entretanto, de grande utilidade para levar os povos da periferia a aceitar enormes sacrifícios, incluída a destruição de seus recursos naturais e de suas culturas. Legitimam-se a dependência e o caráter predatório do sistema produtivo. A ideia de desenvolvimento econômico, deste modo, é um simples mito, o qual permite, no entanto, desviar as atenções do ideal “de identificação das necessidades fundamentais da coletividade e das possibilidades que abrem à humanidade o avanço da ciência”. As atenções voltam-se para “objetivos abstratos, como são os investimentos, as exportações e o crescimento”.²³

Destaca Celso Furtado a omissão, no cálculo do PIB (“vaca sagrada dos economistas”) e da renda nacional, dos custos ecológicos e sociais. Pergunta: “Por que ignorar na medição do PIB, o custo para a coletividade da destruição dos recursos naturais não-renováveis, e dos solos e florestas (difícilmente renováveis)? Por que ignorar a poluição das águas e a destruição total dos peixes nos rios em que as usinas despejam seus resíduos?”²⁴

De fato – digo eu -, constroem-se hidrelétricas, produzem-se veículos, eleva-se a produção agrícola, mas se esquece, ou melhor, oculta-se ideologicamente a destruição ambiental causada pelos alagamentos, a extração de matéria-prima, a derrubada de florestas, o lixo resultante da produção industrial e do consumo e a queda de serviços de ecossistema.²⁵ Se contabilizados os recursos naturais utilizados na produção e o lixo devolvido à natureza, terá havido, muitas vezes, decréscimo. Nessa linha, Clóvis Cavalcanti cita o exemplo do manganês de Serra do Navio, no Amapá, a segunda reserva mundial, que se esgotou no período de 40 anos (1955-1995). O produto extraído da

¹⁷ FURTADO, Celso. *O Mito do Desenvolvimento Econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p. 9.

¹⁸ FURTADO, Celso, op. cit., p. 8.

¹⁹ FURTADO, Celso, op. cit., p. 11.

²⁰ FURTADO, Celso, op. cit., p. 45.

²¹ FURTADO, Celso, op. cit., p. 69, 82.

²² FURTADO, Celso, op. cit., p. 86.

²³ FURTADO, Celso, op. cit., p. 88-89.

²⁴ FURTADO, Celso apud CAVALCANTI, Clóvis. Meio Ambiente, Celso Furtado e o Desenvolvimento como Falácia. *Ambiente & Sociedade* [On-line] 2002, V (Agosto-Diciembre), disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=317134170051ISSN 1414-753X>.

²⁵ Sobre o valor dos “serviços de ecossistema”, cf. DIAMANDIS, Peter; Kotler, Steven. *Abundância* – O futuro é melhor do que você imagina. Tradução: Ivo Korytowski. São Paulo: HSM Editora, 2012, p. 34.

natureza foi contabilizado positivamente, quando, na verdade, representa valor negativo para os recursos naturais do país.²⁶ O que dizer, então, da denúncia feita em *Veias Abertas da América Latina*, o monumental livro, pouco divulgado, do uruguaio Eduardo Galeano? E das montanhas minerais do Brasil em permanente processo de remoção para o exterior, cujos ingressos monetários, sem qualquer desconto do prejuízo ambiental, compõem o PIB?

IV – Sustentabilidade como resposta à possibilidade de colapso

Parece não haver forte contestação para a afirmação de que os recursos naturais são limitados e que, portanto, o atual modelo de crescimento econômico, aliado ao crescimento exponencial da população e da poluição, corre sério risco de entrar em colapso²⁷ num horizonte de poucas décadas. Há opinião, proveniente, aliás, de fonte otimista, no sentido de que “atualmente a humanidade consome 30% a mais dos recursos naturais do planeta do que podemos repor”. Acrescenta-se que, “se todos neste planeta quisessem viver com o estilo de vida do europeu médio, precisaríamos de três planetas em termos de recursos” e “se todos neste planeta quisessem viver como um norte-americano médio, precisaríamos de cinco planetas”.²⁸

Diantedessa constatação, abrem-se à humanidade as seguintes alternativas: a) deixar as coisas como estão, na convicção de que os acontecimentos, quaisquer que sejam, são inevitáveis, pois seu controle está fora de alcance; b) deixar acontecer, na expectativa de que a natureza tome medidas corretivas como, por exemplo, para o crescimento populacional (epidemia? guerra?), antes que sobrevenha catástrofe; c) confiar na solução tecnológica para todos os problemas; d) imobilismo por acreditar que é tarde demais para qualquer providência, uma vez que as causas do colapso já aconteceram, dependendo apenas de tempo a implementação dos respectivos efeitos; e) “retirada sustentável”, única

alternativa que, na opinião de James Lovelock,²⁹ ainda restaria à humanidade; e) sustentabilidade como alternativa intermediária, que não prejudica as demais, exceto a “retirada sustentável”.

A sustentabilidade, como princípio jurídico, significa encaminhamento (“mandado de otimização”)³⁰ para modelo de equilíbrio (limitação do crescimento) semelhante ao preconizado pelo Clube de Roma, em que se incluem: a) redução democrática do crescimento populacional (planejamento demográfico) em busca de um contingente suportável pelo ecossistema;³¹ b) produção seletiva de bens e serviços essenciais, mais duráveis, menos poluentes, recondicionáveis e recicláveis (o que implica redução da demanda de energia, cujas fontes também deverão ser as menos poluentes); c) eliminação do desperdício; d) redistribuição, em vez de crescimento puro e simples, da riqueza e da renda; e) instituição de novo índice de desenvolvimento, não especificamente econômico, destinado a medir o bem-estar da população³². Essas providências devem ser tomadas

²⁹ James Lovelock argumenta que há duzentos anos, quando a mudança nas condições da Terra era lenta ou nem sequer existia, “talvez tivéssemos tempo para estabelecer desenvolvimento sustentável, ou mesmo continuar por algum tempo deixando as coisas como estão, mas agora é tarde: o dano foi cometido. Esperar que o desenvolvimento sustentável ou a confiança em deixar as coisas como estão sejam políticas viáveis é como esperar que uma vítima de câncer de pulmão seja curada parando de fumar”. Apesar de suas diferenças, ambas as ideias “advêm de crenças religiosas e humanistas que acham que a Terra existe para ser explorada em prol da humanidade” (LOVELOCK, James. *A Vingança de Gaia*. Tradução: Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006, p. 17).

³⁰ “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90).

³¹ Em 1650, a população do planeta era em torno de 0,5 bilhão; em 1800, 1 bilhão; em 1900, 1,5 bilhão; em 1970, 3,6 bilhões; atualmente, são mais de 7 bilhões. Se a tendência não se reverter, em 2050 chegar-se-á próximo de 10 bilhões. A capacidade do planeta, em termos razoáveis, estaria em algum ponto entre 300 milhões e 2 bilhões de habitantes (Cf. DIAMANDIS, Peter H.; KOTLER, Steven, op. cit., p. 20).

³² “O Botão, espremido entre a China e a Índia, aos pés do Himalaia, pratica há séculos um ideal semelhante ao dos povos andinos. Trata-se de um país muito pobre materialmente, mas que estatuiu oficialmente o ‘Índice de Felicidade Interna Bruta’. Este não é medido por critérios quantitativos, mas qualitativos, como boa governança das autoridades, equitativa distribuição dos excedentes da agricultura de subsistência, da extração vegetal e

²⁶ CAVALCANTI, Clóvis, op. cit., p. 79.

²⁷ O Colapso de Tudo – Os eventos extremos que podem destruir a civilização a qualquer momento - é título do instigante livro de John Casti. Tradução: Ivo Korytowski e Bruno Alexander. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2012. Depois da palestra, o Juiz Federal Emanuel Mascena de Medeiros me ofereceu livro, da autoria de Jared Diamond, com semelhante título: Colapso - como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso. Tradução: Alexandre Raposo. 9 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Record, 2013.

²⁸ DIAMANDIS, Peter H.; KOTLER, Steven, op. cit., p. 18.

paralela e conjugadamente com o esforço criativo para prevenção à degradação e para recuperação do meio ambiente. Situa-se aí o esforço tecnológico especialmente dirigido à preservação e recuperação ambiental, que, obviamente, muito poderá se servir da informática.

O modelo de equilíbrio proposto pelo Clube de Roma continua a repercutir no pensamento dos economistas, conforme se verifica pelo recente livro de André Lara Resende – *Os Limites do Possível* –, em que, entre outras interessantes ideias, traz: “... não será mais possível crescer, enriquecer e sobretudo consumir, nos padrões de hoje, por muito mais tempo, sem esbarrar nos limites físicos do meio ambiente. Será preciso encontrar outra forma de continuar com a melhora progressiva da qualidade de vida que não dependa do crescimento econômico ou, especialmente, do aumento do consumo”.³³ Sugere que a melhor forma de promover a felicidade “é criar condições para que as pessoas tenham mais tempo para socializar. Melhorar o transporte público, reduzir o tempo de deslocamento, desenvolver soluções urbanísticas e arquitetônicas que aproximem as pessoas, oferecer boas creches e escolas, aumentar a possibilidade de socialização para os idosos são alguns exemplos”.³⁴ Reside aqui a necessidade de criar novo índice de desenvolvimento, destinado a medir o bem-estar das pessoas. Mais digna de registro é a referência feita a pesquisa realizada por dois médicos ingleses – Richard Wilkinson e Kate Pickett –, os quais concluíram que “países pobres se beneficiam extraordinariamente com o crescimento econômico e com o aumento da renda, mas a partir de certo ponto o aumento da renda tem resultados decrescentes, que se tornam muito rapidamente nulos, em relação à melhoria da qualidade de vida”. O fator determinante para a melhoria do bem-estar nos países que já saíram da pobreza absoluta é a melhor distribuição de renda.³⁵

A “retirada sustentável” consistiria na abrupta e imediata mudança de comportamento da humanidade como única forma de salvar a sobrevivência da espécie,

em outros termos, a única forma de preservar vida digna para as gerações futuras. De imediato, vê-se que é alternativa, além de operacionalmente impraticável em termos globais, extremamente gravosa para as atuais gerações. Seria, dissentindo do mandamento cristão, amar a futuras gerações mais (e não apenas como) as atuais. Suas consequências (de extensão imprevisível) seriam pouco diferentes de um colapso, em face da revolução que implicaria para a atual organização política e social da humanidade.

No pensamento de Kierkegaard – se bem interpretadas as lições de filosofia –, nunca se é tão livre como quando só se tem uma opção. Parece ser a situação em que se encontra a humanidade. A “retirada sustentável” é praticamente impossível em termos globais, de modo que só resta “optar” pela sustentabilidade, diante da insegurança das demais alternativas, com as quais, aliás, a sustentabilidade não é incompatível.

Conclusão³⁶

Dentro do microcosmo do processo, o juiz, mesmo inconscientemente, reforça o tradicional paradigma de crescimento econômico ou estimula sua transição para a sustentabilidade. É uma angustiante tarefa, porque, se não propositalmente ocultadas, as situações nem sempre se apresentam claras. No controle, por exemplo, do licenciamento da construção de uma hidrelétrica, é necessário ponderar vários interesses envolvidos, como os grandes interesses econômicos e sociais do país, os objetivos puramente econômicos das empresas construtoras, o custo para o patrimônio público em função dos resultados previstos, o prejuízo para o patrimônio e a cultura indígenas, o irreversível prejuízo ecológico, a conveniência de substituição de matrizes termelétricas etc. Quando não seja possível identificar o genuíno e mais importante interesse público, irá o juiz, no mínimo, conter as pressões por liberação a qualquer custo, que costumam vir, de modo a viabilizar amplo debate democrático sobre as questões envolvidas.

Na 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região já passaram casos emblemáticos, envolvendo a questão da sustentabilidade, dos quais, mais uma

da venda de energia para a Índia, boa saúde, nível de estresse e equilíbrio psicológico, boa educação e especialmente bom nível de cooperação de todos para garantir a paz social” (BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: O que é – O que não é*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p. 64)

³³ RESENDE, André Lara. *Os Limites do Possível* – A economia além da conjuntura. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2013, p. 24.

³⁴ RESENDE, André Lara, op. cit., p. 55.

³⁵ RESENDE, André Lara, op. cit., p. 28.

³⁶ Iria concluir falando, primeiramente, sobre a insustentabilidade do atual modelo (“industrial”) das decisões judiciais, mas, para não estender muito e também “a título de propaganda” (rs), remeto a discussão para meu livro *Direito Administrativo: Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 91 e seguintes, cuja terceira edição está no prelo.

vez, destaco a liberação do cultivo da soja transgênica (AC 1998.34.00.027682-0/DF, voto contrário deste expositor) e a definição da competência para o licenciamento ambiental do Porto de Morrinhos, em Mato Grosso, obra inicial de reconstrução da Hidrovia Paraguai-Paraná, que atravessa o Pantanal Matogrossense (AC 2000.36.00.010649-5/MT).

A Constituição brasileira contém um título destinado à ordem econômica e financeira e outro, na sequência, destinado à ordem social. Dentro da ordem social encontra-se, como capítulo, o meio ambiente. Interpretação histórica, sistemática e literal levaria à colocação, em primeiro plano, dos interesses econômicos; em segundo plano, os interesses sociais. Os valores ambientais estariam subordinados aos interesses sociais, estes que, por sua vez, embora no mesmo nível, ocupariam, cronologicamente, segunda posição. Apesar disso, rumo à sustentabilidade (pensamento prospectivo), a doutrina nacional cunhou orientação de que o juiz, em suas decisões, deve equilibrar, na maior medida possível, interesses econômicos, sociais e ambientais, ou seja, colocar os interesses ambientais, destacadamente, no mesmo nível dos interesses sociais e econômicos, sem precedência ou hierarquia.

Há quem sustente que devem ser incluídos outros aspectos nessa avaliação, como o político e o cultural, mas a multiplicação de interesses dentro do universo da sustentabilidade corre risco de enfraquecer o princípio do ponto de vista ambiental. Não se nega que outros aspectos devam ser avaliados, mas em diferente perspectiva.

Ironicamente, no ano passado, antes do início da Conferência *Rio + 20*, foi instituída isenção do Imposto

sobre Produtos Industrializados na compra de veículos novos, com a finalidade de aquecer a economia e, em consequência, a empregabilidade, uma medida típica do tradicional modelo de crescimento econômico baseado no consumo. O interesse ambiental foi desprezado. A propósito dessa medida questionou Danuza Leão (Da série 'coisas que eu não entendo'. *Folha de S. Paulo*, 10.06.2012, Cotidiano, p 2): "... sabe-se que em quase todos os países do planeta há uma tendência a que as pessoas passem a usar mais transporte público ou a estimular o transporte solidário para desafogar o trânsito, caótico nas grandes cidades. São Paulo inovou com o rodízio e, segundo li, está pensando em fechar algumas ruas, a exemplo de Londres e Curitiba, para que algumas áreas sejam usadas apenas por pedestres. Pois às vésperas da Rio + 20 o governo baixa o preço dos carros para estimular as vendas, e as montadoras desovam milhares de carros dos seus pátios, o que vai infernizar ainda mais o trânsito das cidades (e os novos compradores serão, talvez, os próximos inadimplentes). Dá para entender?"

Não sei se em algum momento o Judiciário foi chamado a controlar essa política. A própria Presidente da República, alguns dias depois de instituída, admitiu que providência mais adequada, na situação, teria sido o corte nos lucros das empresas. O caso revela, nitidamente, os aspectos econômico, social e ambiental, sujeitos a ponderação em nome da sustentabilidade como princípio constitucional.

Contrato de adesão

Sônia Diniz Viana*

Resumo

O artigo aborda as principais características dos contratos de adesão sob a ótica do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor. Inicialmente, trata da definição jurídica do contrato de adesão conferida por diversos doutrinadores, bem como discorre acerca das cláusulas contratuais gerais e de suas características específicas. Após mencionar os elementos essenciais e acidentais do contrato de adesão, procura estabelecer a natureza jurídica deste contrato, apontando algumas diferenças em relação aos demais tipos de contrato. Ao final, analisa os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que regem os contratos de adesão, principalmente aqueles que se referem às nulidades das cláusulas contratuais abusivas, bem como menciona jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais sobre a matéria.

Palavras-chave: Contrato de adesão. Definição. Cláusulas contratuais gerais. Elementos essenciais e acidentais. Natureza jurídica. Código Civil. Código de Defesa do Consumidor. Nulidades. Cláusulas abusivas. Jurisprudência.

1 Introdução

O presente trabalho se propõe a discutir acerca das características dos contratos de adesão e de sua análise sob a ótica do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor, diplomas legais que tentam equilibrar as relações entre as duas partes contratantes, ou, pelo menos, conferir ao pólo mais fraco da relação econômica mais armas para dirimir as desigualdades porventura existentes. Trata-se de tema atual e polêmico, que se encontra em amplo debate perante a sociedade atual.

O contrato de adesão surgiu em decorrência da produção e do consumo em massa de bens e serviços originados do enorme desenvolvimento econômico e industrial que se seguiu à Revolução Industrial e ao período do pós-guerra, acompanhado da explosão demográfica mundial.

Tal instituto apresenta, por um lado, as condições gerais, pré-formuladas por um dos contratantes, justamente a parte de maior poderio econômico e intelectual (na medida em que é um profissional) e que estabelece as regras que melhor convêm aos seus interesses. No outro lado da relação, encontra-se o aderente que terá de aceitar essas regras tais como lhe são apresentadas, sem a possibilidade de alterá-las ou de eliminá-las.

O contrato de adesão é um mecanismo visando agilizar a vida mercantil e econômica, que, na nossa realidade atual, não se compatibiliza com o velho modelo do contrato clássico ou negociado entre as partes.

2 Conceito

Ainda que existisse doutrina anterior, o Código de Defesa do Consumidor foi a primeira lei brasileira que regulou, especificamente, o contrato de adesão, definindo-o e fornecendo seu regime jurídico e o método para sua interpretação.

Sobre a matéria, vale transcrever o art. 54, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), *in verbis*:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

O Código Civil de 2002 também trata da matéria nos seus arts. 423 e 424, abaixo transcritos:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

* Mestranda em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Juíza Federal em Belo Horizonte/MG. Professora titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito Milton Campos. Ex-Procuradora da República em Minas Gerais. Ex-Juíza Auditora da Justiça Militar em Minas Gerais. Ex-Procuradora do Estado de Minas Gerais. Ex-Promotora de Justiça em Minas Gerais.

Trata-se de uma inovação, pois até então apenas o Código de Defesa do Consumidor dispunha sobre tal espécie contratual. O Código Civil admite, assim, que nem sempre há uma paridade nas relações entre particulares, ou seja, reconhece a posição privilegiada de um contratante em relação ao outro e a vulnerabilidade do polo mais fraco. O Código Civil, em seus arts. 421 e 422, estabeleceu, ainda, como princípios dos contratos, a probidade e a boa-fé, dizendo que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Com relação à definição do contrato de adesão presente no Código de Defesa do Consumidor, entendem César Fiúza e Giordano Bruno Soares Roberto que lhe falta um requisito essencial: o consentimento da outra parte, sem o qual o vínculo contratual não se forma, razão pela qual formulam a seguinte definição para o instituto¹.

Contrato de adesão é aquele que se celebra pela aceitação de uma das partes de cláusulas contratuais gerais propostas pela outra, a fim de constituir a totalidade ou ao menos a porção substancial do conteúdo de sua relação jurídica.

Explicando, tem-se, em primeiro lugar, que o instituto é um contrato, pois o vínculo jurídico é criado pelo acordo de vontades, ainda que uma seja total ou parcialmente preestabelecida.

Em segundo lugar, tem-se que o contrato é de adesão, referindo-se exatamente ao modo de uma das partes expressar o consentimento, que se dá por simples adesão a um conjunto de cláusulas propostas pela outra parte. Somente a partir daí surge o vínculo jurídico entre as partes, ou seja, só com a adesão o contrato está perfeito.

[...]. Dessa forma, adesão significa, a um só tempo, o modo de consentimento de uma das partes – por adesão – e o fato de que é um traço distintivo dessa técnica contratual a sua adesão a cláusulas predispostas.

Salientamos que contrato de adesão não é uma categoria contratual autônoma, nem um tipo contratual, mas, sim, uma técnica diferente de formação do contrato, podendo ser aplicada a inúmeras categorias contratuais.

Já para Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, a definição do contrato de adesão é a seguinte:²

Por contrato de adesão poderá assim entender-se como aquela forma de contratar em que, emitida pelo predisponente uma declaração dirigida ao público, contendo uma promessa irrevogável para esse efeito, mediante cláusulas uniformes, formuladas unilateralmente, o contrato (individual, singular), se forma, com o conteúdo assim prefixado, no momento em que uma pessoa, aceitando essas cláusulas na sua totalidade, ainda que com eventuais aditamentos, adere a tal conteúdo.

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira³, os contratos de adesão são aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente as cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra.

Com relação às partes envolvidas, existem o aderente e o proponente, sendo o aderente aquele que adere às cláusulas apresentadas pela outra parte e que é a parte mais fraca e possui a necessidade de contratar. O proponente é aquele que propõe as cláusulas contratuais gerais a um número indefinido de contratantes.

3 Cláusulas contratuais gerais

Segundo César Fiúza e Giordano Bruno Soares Roberto⁴ para

[...] *precisar os elementos do contrato de adesão, cumpre analisar os das cláusulas contratuais gerais, vez que o primeiro fenômeno é continente e o segundo é conteúdo, ou seja, os contratos de adesão têm cláusulas contratuais gerais em sua composição, isso, quando não representam apenas a concretização dessas cláusulas predispostas através da adesão de um outro contratante.*

Assim, as cláusulas contratuais gerais são aquelas elaboradas de forma abstrata, prévia e uniforme, com o fim de constituir o conteúdo obrigacional de futuras relações concretas.

As cláusulas contratuais gerais possuem quatro características específicas: predisposição, uniformidade, abstração e rigidez.

A predisposição significa que as cláusulas foram previamente elaboradas para compor futuras relações concretas, sendo voltadas a uma coletividade indeterminada. As cláusulas contratuais gerais começam a existir no mundo jurídico a partir do momento em são predispostas ou trazidas ao

¹ FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Contratos de adesão*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 68.

² MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 27.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 3.

⁴ FIUZA; ROBERTO, op. cit., p. 70.

conhecimento público com o propósito de firmar uma série indeterminada de contratos com base nelas. Tais cláusulas podem ser comunicadas ao público por vários meios, a saber: reprodução integral expressa do contrato padronizado; reprodução parcial no contrato individualizado; reprodução em documentos preliminares ao contrato individual (impresso, folhetos de propaganda, anúncios nos meios de comunicação em massa), entre outros.

As cláusulas são elaboradas de maneira uniforme, visando a sua inserção em um número indeterminado de contratos individuais, já que não haveria tempo para discussão de todas com cada contratante.

Vale transcrever a lição de Orlando Gomes sobre a matéria⁵

O intento do predisponente é obter, de um número indeterminado de aderentes, a aceitação passiva das mesmas condições, de sorte que seja invariável o conteúdo de todas as relações contratuais. A uniformidade é uma exigência da racionalização da atividade econômica que ele se propõe a desenvolver. Tornar-se-ia impraticável se, para exercê-la, houvesse de estipular os contratos pelo método clássico.

Quanto à abstração, tem relação com o fato que as cláusulas não são elaboradas para regular as relações jurídicas concretas, mas são destinadas a qualquer contratante que quiser aderir a elas, ou seja, são criadas de maneira abstrata, não havendo previsão de sua incidência sobre a esfera jurídica de um determinado indivíduo.

Já a característica da rigidez significa que não é possível ao futuro contratante alterar as cláusulas que lhe são apresentadas, tendo em vista a finalidade de utilização das cláusulas por um número indeterminado de contratantes, o que restaria inviabilizado caso pudessem ser alteradas as cláusulas contratuais gerais.

4 Elementos essenciais e acidentais

Os elementos essenciais do contrato de adesão são aqueles sem os quais tal contrato não se configura. De acordo com César Fiúza e Giordano Bruno Soares Roberto⁶ os elementos essenciais e acidentais do contrato de adesão são os seguintes:

Essenciais:

1) Que o consentimento se dê por adesão, ou seja, após o empresário elaborar e fornecer ao público o contrato abstrato, o contratante manifesta seu consentimento quanto ao conteúdo proposto, quando se materializa o contrato. A adesão pode ser expressa ou tácita, pois conforme ensina Caio Mário “algumas vezes esta adesão é expressa, como no caso em que o aceitante a declara verbalmente ou mediante aposição de sua assinatura em formulário; outras vezes é tácita, se o usuário apenas assume um comportamento consentâneo com a adoção das cláusulas contratuais preestatuídas”;⁷

2) Que a totalidade ou a parte mais significativa do conteúdo seja constituída de cláusulas contratuais gerais;

3) Que não se possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo, ou seja, segundo dispõe o art. 54 do Código de Defesa do Consumidor, para que se configure o contrato de adesão, não pode prevalecer a parte livremente negociada pelos contratantes;

Acidentais (que podem ou não estar presentes no contrato de adesão):

1) Superioridade econômica do proponente, ou seja, em geral, o proponente possui maior poder econômico que o aderente, mas nada impede que uma pequena empresa ou comerciante individual firme um contrato de adesão com um contratante economicamente mais forte;

2) Identificação do proponente como pessoa jurídica, ou seja, na maioria das vezes é uma empresa, individual ou coletiva, que se utiliza do contrato de adesão;

3) Identificação do aderente como pessoa física, ou seja, na maioria das vezes é uma pessoa física que firma o contrato de adesão, porém nada impede que uma pessoa jurídica também o faça, como, por exemplo, no caso de uma concessionária de automóveis que precisa se submeter ao conteúdo proposto pelo fabricante;

4) Identificação do aderente como consumidor, ou seja, nem sempre quem adere a um contrato de adesão é o consumidor final de produtos ou serviços, pois o contrato de adesão pode ser utilizado não apenas em contratos de consumo, como o seguro de vida, mas também em contratos tipicamente comerciais, como o de distribuição;

5) Existência de monopólio de direito ou de fato, pois, segundo Silvío Rodrigues, para que se configure o contrato de adesão é necessária a característica de que “o contratante mais forte deve desfrutar de um monopólio de direito ou fato, ou

⁵ GOMES, Orlando. Contratos de adesão: condições gerais dos contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1972, p. 9.

⁶ FIUZA; ROBERTO, 2002, p. 78-79.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 43. v. 3.

seja, é mister que a procura exceda em tal proporção a oferta, que uns precisem comprar e outros possam se recusar a vender.”⁸ No entanto, nem sempre tal monopólio ocorre, como no caso das seguradoras, dos bancos, dos consórcios, onde não há qualquer monopólio;

6) Existência de cláusulas abusivas, ou seja, existem contratos de adesão em que não há cláusulas abusivas, pois, caso existam, configuram defeito do contrato, tornando-o passível de anulação, no todo ou em parte;

7) Forma escrita do contrato, ou seja, os contratos de adesão podem ser realizados tanto na forma escrita como na oral, como, por exemplo, no contrato de transporte urbano, que é celebrado verbalmente, ou até tacitamente, por diversas pessoas.

5 Natureza jurídica

Embora a doutrina tenha travado acirrado debate acerca da natureza jurídica dos contratos de adesão, hoje é reconhecida sua natureza contratual, inclusive pelo Código de Defesa do Consumidor, que o define como contrato (art. 54).

Aqui, mostra-se importante diferenciar o contrato de adesão de outros contratos que a ele se assemelham.

O contrato normativo é aquele em que a determinação do seu conteúdo é precedida de discussão entre as partes, com o objetivo de estabelecer as normas abstratas que serão utilizadas nos contratos individuais, como no caso do contrato normativo do trabalho.

O contrato-tipo é elaborado por empresas ou pela Administração Pública para servir de modelo para futuros contratos, como os formulários que servem de fórmula de diversos contratos, no entanto, apenas se configurará o contrato quando houver o consentimento das partes com suas cláusulas.

Já os contratos por adesão são aqueles que apenas preenchem um dos requisitos dos contratos de adesão: que o consentimento se dê por adesão.

6 Contrato de adesão e o Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor apresenta alguns dispositivos que se aplicam apenas aos

contratos de adesão. Neste sentido, o art. 54, §§ 1º a 4º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), *in verbis*:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. (Redação dada pela nº 11.785, de 2008)

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Trata-se de uma disciplina limitada a algumas regras em defesa e no benefício do aderente e ditadas pela própria peculiaridade deste tipo de contrato.

Assim, o § 1º permite uma pequena margem de negociação, com a inclusão de uma cláusula no formulário, desde que não altera de modo substancial o conteúdo proposto.

Já o § 2º trata da cláusula resolutiva, que poderá ser expressa ou tácita. Caso seja tácita, a parte prejudicada deve recorrer à Justiça para exigir o cumprimento da obrigação ou a resolução do contrato. Caso seja expressa, a resolução se opera de pleno direito, nos termos do art. 474 do Código Civil.⁹

No que se refere aos §§ 3º e 4º, observa-se que tratam da obrigatoriedade da redação do contrato em termos claros, com letras legíveis, de maneira a facilitar a compreensão do consumidor, bem como da redação de cláusulas que limitem o direito do consumidor com destaque, para permitir sua imediata e fácil compreensão.

Desse modo, para que o consentimento do consumidor quanto ao conteúdo proposto no contrato de adesão possa aperfeiçoar o vínculo contratual, é

⁸ RODRIGUES, Silvío. Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 42.

⁹ Art. 474 do Código Civil: A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

fundamental que o aderente conheça e compreenda o conteúdo das cláusulas predispostas.

Primeiramente, deve o empresário informar a seus clientes quais cláusulas contratuais gerais serão utilizadas no futuro contrato, antes da celebração do contrato de adesão, pois tais cláusulas podem influenciar o consumidor a contratar ou não.

Segundo Cláudia Lima Marques,

[...] na disciplina do novo Código de Defesa do Consumidor brasileiro, as CONDGs (cláusulas contratuais gerais) fazem parte da oferta que o fornecedor faz ao público, existindo assim um dever de informar ao consumidor dessas CONDGs, que farão parte do futuro contrato. [...], excepcionalmente, em alguns tipos de contratos, nos quais seria difícil haver uma menção expressa da utilização de CONDGs na hora da celebração dos contratos, como, por exemplo, nos contratos orais, nos contratos de transporte em ônibus, contratos automatizados, no de guarda de automóveis em estacionamentos, a doutrina germânica impõe a afixação das CONDGs em lugar visível, no local em que o contrato será fechado, para que o consumidor possa tomar conhecimento destas, se quiser.¹⁰

O segundo requisito para a inclusão de cláusulas contratuais gerais nos contratos individuais é a possibilidade do aderente tomar conhecimento do real conteúdo dessas cláusulas, por meio de redação clara e legível, dando destaque a qualquer limitação do direito do consumidor, tudo com o objetivo de facilitar a compreensão do consumidor, destinatário final daquelas cláusulas.

No entanto, as normas que regem os contratos de adesão são em número muito maior e abrangem grande parte dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor aplicáveis aos contratos como, por exemplo, o seu Capítulo VI, que trata da proteção contratual e, no seu art. 51, incisos I a XVI, considera nulas, de pleno direito, as cláusulas contratuais abusivas relativas ao fornecimento de produtos e serviços:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o

consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - Vetado

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infringjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º Vetado

¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 3. ed., São Paulo: RT, 1998, p. 63-64.

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

As cláusulas abusivas estão sujeitas à nulidade de pleno direito, segundo o *caput* do art. 51 do CDC. Sobre o assunto, diz Nelson Nery Júnior:

No regime jurídico do CDC as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito porque contrariam a ordem pública de proteção ao consumidor. Isto quer dizer que as nulidades podem ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo o juiz ou o tribunal pronunciá-las *ex officio*, porque normas de ordem pública insuscetíveis de preclusão,¹¹

Saliente-se que o elenco das cláusulas abusivas não é exaustivo, mas sim exemplificativo. Neste sentido o inciso IV do art. 51, que institui as cláusulas gerais da boa-fé e da equidade, que são modelos abertos que deixam ao juiz a tarefa de verificar se as partes agiram com a observância das mesmas quando firmaram o contrato. Também o inciso XV confere ao juiz condições para considerar abusiva a cláusula que esteja em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.

Nos termos do § 2º do art. 51 do CDC, a nulidade de uma cláusula não tem o condão de invalidar o contrato, *“exceto quando de sua ausência, apesar os esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.”*

O controle das cláusulas abusivas pode ser feito pela via judicial, tanto pelo modo concreto quanto abstrato. De maneira concreta, se opera quando determinada cláusula é trazida à apreciação do juiz que, se a considerar abusiva, deve, mesmo de ofício, decretar sua nulidade. Pelo modo abstrato, realiza-se o controle judicial mediante propositura de ação pelo Ministério Público para a decretação de nulidade de cláusula, ainda que antes de sua integração a qualquer contrato individual, visando a proibição de sua utilização em futuros contratos, conforme previsão do art. 51, § 4º, do CDC.

Registre-se que é importante: não é necessária a verificação de prejuízo a algum consumidor específico,

mas apenas o potencial lesivo de determinada cláusula contratual.

7 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos tribunais regionais federais

O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar ação civil pública visando à análise da validade de cláusulas abusivas presentes em contratos de adesão firmados por consumidores, desde que haja relevante interesse social:

Recurso especial. Processo civil. Legitimidade ativa do Ministério Público. Ação civil pública. Validade de cláusula. Contrato de arrendamento mercantil.

- A legitimidade do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos está vinculada ao reconhecimento de relevante interesse social.

- Na hipótese, o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública objetivando a análise da validade de cláusulas abusivas de contrato de arrendamento mercantil celebrado pelos consumidores do Estado do Maranhão.

Recurso especial provido.

(REsp. 509.654/MA, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/08/2004, DJ 16/11/2004, p. 273)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Ação coletiva. Ministério Público. Legitimidade. Interesses individuais homogêneos. Cláusulas abusivas.

O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição.

Nulidade de cláusulas constantes de contratos de adesão sobre correção monetária de prestações para a aquisição de imóveis, que seriam contrárias à legislação em vigor. Art. 81, parágrafo único III e art. 82, I, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Precedentes.

Recurso conhecido e provido.

(REsp. 168.859/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 06/05/1999, DJ 23/08/1999, p. 129.)

Sobre os contratos de adesão, vale transcrever as seguintes decisões do STJ, que estabelecem que qualquer cláusula restritiva a direito do consumidor deve ser redigida com destaque, possibilitando sua fácil compreensão, sob pena de ser considerada inválida:

¹¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 367.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO DE COBERTURA. RESTRIÇÃO DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE DESTAQUE. CLÁUSULA INEFICAZ.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior prega que nos contratos de adesão, consoante o art. 54, § 4º, do CDC, a cláusula restritiva a direito do consumidor, para ser exigível, deverá ser redigida com destaque, a fim de permitir sua imediata e fácil compreensão.

2. *Agravo regimental a que se nega provimento.*

(AgRg. no REsp. 714.138/SC, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 01/09/2010)

SEGURO.ACIDENTE/DETRÂNSITO.EMBRIAGUEZ.NEXO DE CAUSALIDADE.COMPROVAÇÃO.CLÁUSULA LIMITATIVA DO DIREITO DO CONSUMIDOR.DESTAQUE EM NEGRITO.

- A embriaguez do segurado, por si só, não exclui direito à indenização securitária.

- Cláusula restritiva, contida em contrato de adesão, deve ser redigida com destaque a fim de se permitir, ao consumidor, sua imediata e fácil compreensão. O fato de a cláusula restritiva estar no meio de outras, em negrito, não é suficiente para se atender à exigência do Art. 54, § 4º, do CDC.

- A lei não prevê - e nem o deveria - o modo como tais cláusulas deverão ser redigidas. Assim, a interpretação do Art. 54 deve ser feita com o espírito protetcionista, buscando sua máxima efetividade.

(REsp. 774.035/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 21/11/2006, DJ 05/02/2007, p. 222.)

DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE SEGURO. INVALIDEZ PERMANENTE. VALOR DA INDENIZAÇÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE OS DOCUMENTOS ENTREGUES AO SEGURADO. PREVALÊNCIA DO ENTREGUE QUANDO DA CONTRATAÇÃO. CLÁUSULA LIMITATIVA DA COBERTURA. NÃO INCIDÊNCIA. ARTS. 46 E 47 DA LEI N.8.078/90. DOCTRINA. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO.

I - Havendo divergência no valor indenizatório a ser pago entre os documentos emitidos pela seguradora, deve prevalecer aquele entregue ao consumidor quando da contratação ("certificado individual"), e não o enviado posteriormente, em que consta cláusula restritiva (condições gerais).

II - Nas relações de consumo, o consumidor só se vincula às disposições contratuais em que, previamente, lhe é dada a oportunidade de prévio

conhecimento, nos termos do artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor.

III - As informações prestadas ao consumidor devem ser claras e precisas, de modo a possibilitar a liberdade de escolha na contratação de produtos e serviços. Ademais, na linha do art. 54, §4º da Lei n. 8.078/90, devem ser redigidas em destaque as cláusulas que importem em exclusão ou restrição de direitos.

(REsp. 485.760/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 17/06/2003, DJ 1º/03/2004, p. 186.)

CONSUMIDOR. SEGURO HABITACIONAL INVALIDEZ PERMANENTE. DOENÇA PREEEXISTENTE À CONTRATAÇÃO. EXCLUSÃO DA COBERTURA. CLÁUSULA RESTRITIVA. NÃO INCIDÊNCIA. ARTS. 46 E 54, § 4º, DA LEI N. 8.078/90. PRECEDENTES.

I - A teor da regra inserta no art. 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula restritiva, contida em contrato de adesão, deve ser redigida com destaque a fim de se permitir, ao consumidor, sua imediata e fácil compreensão.

II - Na hipótese, a cláusula de seguro relativo a contrato habitacional vinculado ao SFH, que exclui de sua cobertura a invalidez decorrente de doença anterior à contratação, não atende aos requisitos legais.

III - Recurso especial conhecido e provido.

(REsp. 669.525/PB, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 19/05/2005, DJ 20/06/2005, p. 283.)

Os tribunais regionais federais também têm analisado os contratos de adesão, principalmente aqueles contratos habitacionais vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação (SFH), salientando que a eles se aplica o Código de Defesa do Consumidor:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. NULIDADE.

1. Orientação jurisprudencial do Eg. Superior Tribunal de Justiça quanto a ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de financiamento habitacional disciplinados pelo Sistema Financeiro da Habitação, sendo nula cláusula de eleição do foro em contratos de adesão, quando puder inibir ou dificultar o acesso da parte ao Poder Judiciário.

2. Na hipótese em causa, tratando-se de ação onde se discute direito real de garantia, como o é a hipoteca, e direito pessoal que diz com a nulidade

de cláusula contratual intitulada “Financiamento da Obra”, e sendo nula a cláusula de eleição de foro posta no contrato de adesão, a competência para seu processo e julgamento é do foro do domicílio do autor, como o faculta a disposição posta na parte final do artigo 95 do Código de Processo Civil.

3. *Agravo de instrumento a que se dá provimento.*

(AG 0012152-81.2001.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, Sexta Turma do TRF 1ª Região, e-DJF1, p. 124, de 26/07/2010.)

PROCESSUAL CIVIL. SFH. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO. LEGITIMIDADE DA EMGEA. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. CLÁUSULA DÚBIA. NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. SENTENÇA ANULADA.

1. *A União não é parte legítima para figurar no pólo passivo nas ações em que se discute contrato de mútuo firmado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, ainda que haja cobertura do FCVS. Precedentes desta Corte.*

2. *A Empresa Gestora de Ativos - EMGEA é parte legítima para figurar no pólo passivo em razão de a cessão dos direitos realizada pela Caixa Econômica Federal ter ocorrido após o ajuizamento da ação com aquiescência dos mutuários, nos termos do art. 42, § 1º, do Código de Processo Civil.*

3. *Quando a redação da cláusula contratual é dúbia, apontando o Plano de Equivalência Salarial como forma de reajuste, mas indicando os índices da caderneta de poupança para incidir sobre o valor das prestações, é de se dar ao contrato interpretação mais vantajosa ao mutuário, em vista de se cuidar de contrato de adesão, devendo ser reajustadas as prestações com aplicação dos índices de reajustes da categoria profissional.*

4. *Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a perícia é indispensável para a verificação da observância do Plano de Equivalência, devendo ser realizada tendo em vista os contracheques do mutuário, uma vez que são os documentos que retratam com fidelidade as alterações salariais (AC 2000.38.00.014208-2, rel. Juiz Federal Marcelo Albernaz (convocado), e-DJF1 05/06/2009).*

5. *Como a ação de consignação em pagamento visa a liberar o devedor da dívida, medida que pressupõe a suficiência dos valores depositados, é necessária a realização de nova perícia com base em contracheques ou fichas financeiras, que são os documentos que retratam com fidelidade as alterações salariais.*

6. *Sentença anulada para realização de nova perícia, com observância das vantagens pessoais do mutuário.*

7. *Apelação da Caixa Econômica Federal parcialmente provida.*

(AC 2001.35.00.005645-3/GO, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Juíza Federal Maria Maura Martins Moraes Tayer (convocada), Quinta Turma, e-DJF1, p. 349, de 11/12/2009.)

CIVIL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE IMÓVEL. SISTEMA SACRE DE AMORTIZAÇÃO. PERDA DE RENDA. RENEGOCIAÇÃO DA DÍVIDA. TEORIA DA IMPREVISÃO. CONTRATO DE ADESÃO.

1. *Nos casos que envolvem contratos de mútuo imobiliário do SFH, a situação de “perda de renda” está prevista no artigo 4º da Lei nº 8.692/93 que prevê a possibilidade de renegociação administrativa.*

2. *O financiamento em questão trata-se de Carta de Crédito FGTS e não é regido pelo PES - Plano de Equivalência Salarial e sim pelo Sistema SACRE, não sendo possível, portanto, aplicar a equivalência salarial ou outros benefícios específicos daquele Sistema. Entendo que a renegociação da dívida, nestes casos, é a melhor forma de manutenção do sinalagma originário, sem que haja prejuízos ao equilíbrio econômico financeiro da relação contratual.*

3. *A teoria da imprevisão invocada pelo Apelante em nada lhe ajuda, pois, como falado acima a renda do devedor não é relevante para a prestação do contrato. Aumentando ou diminuindo é irrelevante, desde que não se trate de morte ou invalidez, quando se invocaria o seguro.*

4. *No Superior Tribunal de Justiça prevalece o entendimento de que se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de mútuo habitacional. No entanto, mesmo considerando o em análise como de adesão, não ficou configurada lesão ao consumidor em decorrência de cláusula contratual abusiva.*

5. *Apelação não provida.*

(AC 2001.38.00.041468-6/MG, rel. Des. Federal Selene Almeida, Juiz Federal Avio Mozar Jose Ferraz de Novaes (convocado), Quinta Turma, e-DJF1, p. 124, de 21/05/2008.)

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. SFH. ALTERAÇÃO DA CLÁUSULA DE AMORTIZAÇÃO SACRE PARA O CRITÉRIO DE CÁLCULO POSTULADO DE GAUSS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. FORMA DE AMORTIZAÇÃO DO DÉBITO. CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO-LEI 70/66. FIXAÇÃO DE JUROS. AUSÊNCIA DE CÓPIA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL QUE COMPROVE VÍCIOS NO PROCEDIMENTO.

1 - *O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após*

exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante.

III - A mutuária firmou com a Caixa Econômica Federal - CEF (credora hipotecária) um contrato de mútuo habitacional, para fins de aquisição de casa própria, o qual prevê expressamente como sistema de amortização a Tabela SACRE. Não pode o autor unilateralmente - simplesmente por mera conveniência - exigir a aplicação de critério de reajustamento de parcelas diverso do estabelecido contratualmente, devendo ser respeitado o que foi convencionado entre as partes, inclusive, em homenagem ao princípio da força obrigatória dos contratos.

IV - A apelante limitou-se a hostilizar genericamente as cláusulas contratuais, sem trazer elementos que evidenciassem a caracterização de aumentos abusivos das prestações, nem tampouco a comprovação de tentativa de quitação do débito, baseou sua argumentação na inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 70/66, na aplicação do Código de Defesa do Consumidor - CDC e na aplicação de índices de reajustamento das parcelas e atualização de saldo devedor diversos dos pactuados, o que não deve ser admitido ante a ausência de previsão legal e por respeito ao que foi avençado pelas partes, restando ausente demonstração de plausibilidade do direito afirmado.

V - Muito embora o STJ venha admitindo a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, é necessário que as irregularidades que tenham sido praticadas estejam amparadas por provas inequívocas, sendo insuficiente a alegação genérica. Assim, não havendo prova nos autos que a entidade financeira tenha praticado violação contratual, resta afastada a aplicação do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor.

VI - Os contratos de mútuo, nos termos da Lei 4.380/64, que instituiu o Sistema Financeiro da Habitação para aquisição da casa própria, construção ou venda de unidades habitacionais, através de financiamento imobiliário, são típicos contratos de adesão de longa duração, com cláusulas padrão, sujeitos aos critérios legais em vigor à época de sua assinatura, em que não há lugar para a autonomia da vontade na definição do conteúdo, restando

ao mutuário submeter-se às condições pré-determinadas.

VII - No que toca à amortização do débito, não se observa qualquer equívoco na forma em que as prestações são computadas para o abatimento do principal da dívida, eis que, quando do pagamento da primeira parcela do financiamento, já haviam transcorrido trinta dias desde a entrega do total do dinheiro emprestado, devendo, assim, os juros e a correção monetária incidirem sobre todo o dinheiro mutuado, sem se descontar o valor da primeira prestação, sob pena de se remunerar e corrigir valores menores do que os efetivamente emprestados.

VIII - No que tange ao Decreto-lei nº 70/66, tenho que não é inconstitucional, havendo, nesse sentido, inúmeros precedentes do E. Supremo Tribunal Federal e do E. Superior Tribunal de Justiça. Ademais, a cláusula 29ª do contrato firmado entre as partes prevê a possibilidade de execução extrajudicial do imóvel nos termos do Decreto-lei nº 70/66.

IX - O contrato de mútuo habitacional estabeleceu a taxa anual de juros efetiva de 8,2999% e a nominal de 8,0000%. Não deve ser considerada uma limitação dos juros a serem fixados aos contratos de mútuo regidos pelas normas do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, conforme alegado pela parte autora, devendo ser mantido o percentual de juros pactuado entre as partes.

X - Quanto à legalidade na fixação de uma taxa de juros nominal e outra de juros efetiva cabe, a priori, destacar que nominal é a taxa de juros remuneratórios relativa ao período decorrido, cujo valor é o resultado de sua incidência mensal sobre o saldo devedor remanescente corrigido, já a taxa efetiva é a taxa nominal exponencial, identificando o custo total do financiamento. O cálculo dos juros se faz mediante a aplicação de um único índice fixado, qual seja, 8%, cuja incidência mês a mês, após o período de 12 (doze) meses, resulta a taxa efetiva de 8,2999% ao ano, não havendo fixação de juros acima do permitido por lei.

XI - Não foram reunidos elementos precisos, acompanhados de prova, quanto à alegação de descumprimento das formalidades na execução extrajudicial adotada, previstas no Decreto-Lei 70/66, causa bastante a ensejar a suspensão da execução extrajudicial do imóvel.

XII - Agravo improvido.

(AC 00216484020064036100, Des. Federal Cecilia Mello, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1, data: 26/04/2012.)

8 Conclusão

Nos contratos de adesão resta clara a posição privilegiada do proponente em relação ao aderente, que adere às cláusulas contratuais apresentadas por aquele e que se encontra no polo mais fraco da relação econômica existente entre as partes.

Tanto o Código Civil de 2002 quanto o Código de Defesa do Consumidor possuem normas decretando a nulidade das cláusulas contratuais abusivas porventura previstas nos contratos de adesão, cuja finalidade é a de estabelecer ou restabelecer o equilíbrio contratual entre as partes envolvidas no referido contrato, que dificilmente prevalecerá, tendo em vista a unilateralidade da redação das cláusulas do contrato de adesão.

Verifica-se, assim, a necessidade de intervenção estatal no domínio das relações jurídicas privadas, mais precisamente nas que se formam por meio do contrato de adesão entre uma empresa, fabricante de produtos ou prestadora de serviços, por um lado, e o aderente ou o consumidor pelo outro, com o objetivo de alcançar o equilíbrio contratual e a justiça nas relações jurídicas. Tal intervenção se dá pela instituição de normas que podem ser chamadas de normas de proteção contratual do aderente ou do consumidor.

Referências

- BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Brasília, 1990.
- BRASIL. *Código Civil*. Brasília, 2002.
- FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Contratos de adesão*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GOMES, Orlando. *Contratos de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: RT, 1972.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed., São Paulo: RT, 1998.
- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 3.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

Da apresentação das testemunhas ao juízo criminal como ônus processual das partes

Leonardo Augusto de Almeida Aguiar*

O processo penal brasileiro passou por grande e significativa reforma no ano de 2008, quando as Leis 11.689, 11.690 e 11.719 promoveram profundas alterações no Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941).

Essas alterações podem ser classificadas como uma reforma no sistema processual penal brasileiro. Ocorre que toda reforma legal já encontra um marco normativo pré-constituído, com conceitos e práticas arraigadas. Por isso, nem mesmo as mudanças estruturais são percebidas e aplicadas imediatamente. A alteração de um marco normativo, especialmente processual, demanda muitas vezes uma mudança de hábitos, de praxes cotidianas, o que naturalmente leva um certo tempo até ser percebido e implementado. Tome-se aqui como exemplo a nova estrutura de audiências criminais, agora concentrada em um só ato com instrução e julgamento (oitivas, interrogatório, alegações das partes e até sentença), mas ainda não implementada na absoluta maioria dos juízos criminais. Já as mudanças pontuais, estas demoram certo tempo até mesmo para serem reconhecidas. É uma dessas mudanças pontuais que constitui o objeto deste artigo: a questão da intimação das testemunhas no processo penal brasileiro após a reforma de 2008.

No ponto, importa reconhecer que faz parte da prática processual penal brasileira a intimação pessoal para comparecimento em juízo na data designada para audiência de instrução de todas as testemunhas arroladas pelas partes. Mesmo não havendo tal previsão expressa no CPP (lacuna legal), pode-se dizer que a prática encontra amparo legal no art. 412 do CPC, que assim dispõe: “A testemunha é intimada a comparecer à audiência, constando do mandado dia, hora e local, bem como os nomes das partes e a natureza da causa”. Tal

norma se aplica também ao processo penal por força do art. 3º do CPP (diálogo de fontes).

A questão que se coloca é que a nova redação do art. 399 do CPP, dada pela Lei 11.719/2008, trouxe ao processo penal uma norma específica quanto às providências judiciais preparatórias da audiência de instrução e julgamento, nos seguintes termos:

Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente¹.

Vale a pena frisar: agora, o CPP determina que o juiz ordene a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente, para comparecerem à audiência de instrução e julgamento.

Colocando a questão em termos ainda mais objetivos: o novo art. 399 não prevê que o juiz ordene, quando das providências judiciais preparatórias da audiência de instrução e julgamento, a intimação das testemunhas.

Como ficam, então, as testemunhas que tiverem sido arroladas pelas partes?

Começo pelas testemunhas de defesa, já que previstas no art. 396-A, com redação também determinada pela Lei 11.719/2008, *in verbis*:

Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Aqui também vale a pena frisar: requerendo sua intimação, quando necessário.

A expressão literal da norma é direta e clara e não gera qualquer tipo de margem para dúvidas: cabe à defesa do acusado requerer a intimação de

*Juiz Federal Substituto da 10ª Vara; especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Gama Filho; mestre e doutor em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFMG; professor titular de Direito Penal do Centro Universitário Newton Paiva; membro do Instituto de Ciências Penais (ICP), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP); autor dos livros *Perdão Judicial* (Del Rey, 2004) e *Da Participação de Menor Importância* (Juruá, 2012).

¹ Uma norma assim, específica, no processo penal faz com que fique suprida a lacuna antes existente, impossibilitando pois o uso da analogia com o Direito Processual Civil, da forma como se fez até então.

suas testemunhas para que compareçam à audiência de instrução e julgamento, quando tal intimação for necessária.

Essa nova regra importa uma mudança no processo penal brasileiro. Uma mudança pontual, é verdade, mas ao mesmo tempo uma mudança conceitual baseada na teoria dos ônus processuais².

Em termos práticos, se antes tínhamos que cabia ao juiz determinar sempre a intimação das testemunhas arroladas pela defesa do acusado, agora — regra geral — cabe ao acusado apresentá-las em Juízo na data e hora designadas para a audiência de instrução e julgamento.

Em termos teóricos, no ambiente da técnica processual, assim entendida como a definição legal dos modelos de procedimento a serem observados e nas progressivas situações jurídicas em que se situam os sujeitos do processo, ou seja, no ambiente da dinâmica da relação jurídica processual, a oitiva de testemunhas em juízo deixa de ter caráter positivo (são disposições de *caráter positivo* no ambiente da técnica processual aquelas que abrem caminho ao exercício da jurisdição e as que visam a proporcionar meios conducentes aos resultados desta) e passa a ter caráter negativo (são disposições de *caráter negativo* no ambiente da técnica processual as que restringem o exercício da jurisdição e criam ônus a cargo dos sujeitos litigantes)³.

Ora, como não se cansa de repetir a melhor doutrina processualista, a legitimidade de impor ônus aos litigantes, sem cujo cumprimento não receberão ou pelo menos dificilmente receberão a tutela jurisdicional é, de certa maneira, a legitimidade da própria técnica processual, eis que sem regras técnico-processuais suficientemente definidas em lei, inexistiria segurança para os próprios litigantes e assim estariam

comprometidas as bases democráticas do Estado de Direito⁴.

Ademais, como decorre da própria conceituação de ônus processuais como *imperativo do próprio interesse* (James Goldschmidt⁵), tem-se a legitimação da imposição de ônus às partes pelo fato de serem elas os grandes interessados diretos, em cada caso, na solução dos conflitos que as envolvem⁶.

De se notar que esse novo ônus processual da defesa encontra-se devidamente temperado pela reserva do possível na medida em que a norma processual prevê expressamente a hipótese de intervenção judicial em caso de necessidade. Vale dizer: não sendo possível à parte apresentar suas testemunhas em Juízo, requer-se ao Juízo a intimação delas por oficial de justiça.

É claro que a necessidade da intervenção judicial precisa ser devidamente demonstrada pela defesa.

E quanto às testemunhas de acusação? Obviamente a mudança a elas também se aplica. E até mesmo com mais força, pois o art. 41 do CPP não admite sequer a hipótese de intimação judicial em caso de necessidade. Tal dispositivo não passou por qualquer adequação na Reforma de 2008, mas isso seria despidendo, por absoluto, frente à norma do art. 8º, I, da Lei Complementar 75/1993:

Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada.

Aliás, para fins de condução coercitiva, prevista no art. 218 do CPP, deverá não só o órgão acusador, mas também a defesa do acusado, comprovar a regular intimação da testemunha faltosa. Essa regular intimação, que agora no novo processo penal brasileiro não mais se confunde com intimação por oficial de justiça, pode se dar por qualquer forma, desde que fique inequívoco que a parte informou diretamente a uma

²Na lição de Dinamarco, “a teoria dos ônus processuais, sua conceituação, distinção de figuras afins, inserção no sistema do processo, constituiu uma das mais lúcidas e preciosas contribuições que se aportaram à sua ciência no século XX, servindo para esclarecer muitos pontos de dúvida e ditar o correto direcionamento e justa medida das consequências dos possíveis comportamentos comissivos e omissivos das partes” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 201).

³Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 405: “Toda boa técnica processual há de ser preordenada à consecução dos escopos do processo mediante a equilibrada combinação dessas disposições vetorialmente opostas entre si”.

⁴Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 408.

⁵GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Buenos Aires: Ejea, 1961, p. 92.

⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 405: “Nesse quadro é que se legitima a imposição de *ônus processuais*, como imperativos do próprio interesse e como requisitos mais ou menos relevantes para a chegada ao resultado final desejado. O descumprimento de algum ônus pode ser, conforme o caso, determinante da insatisfação da pretensão do sujeito que o descumpriu”.

terceira pessoa que ela foi arrolada como testemunha em determinado processo e que deve comparecer no dia, hora e local determinados pelo Juízo afim de ser ouvida como testemunha.

De toda forma, em conclusão, podemos afirmar que após a Reforma do CPP de 2008 foi criado um novo ônus processual para as partes, o de apresentar em Juízo, na data e hora designadas para a audiência de instrução e julgamento, as testemunhas que tiverem anteriormente arrolado no feito⁷.

Trata-se de um ônus de aquisição processual, ou seja, da subespécie que proporciona elementos e meios para a relação processual.

Na verdade, esse ônus pode nem mesmo ser reconhecido como autônomo, mas tão somente como um aspecto do ônus da prova.

O que importa é que em caso de omissão por parte do interessado, seu *non facere* resultará como consequência a frustração do seu interesse anteriormente declarado de que aquela ou aquelas pessoas sejam ouvidas pelo juiz da causa.

Esse ônus de apresentação da testemunha ao Juízo se aplica até mesmo ao depoente que morar fora da jurisdição do órgão no qual se processa o feito, ainda que nessa hipótese tenha a parte a prerrogativa de requerer a expedição de carta precatória para sua oitiva no local de sua residência, na forma do art. 222 do CPP. Isto porque se a parte optar pelo uso de tal prerrogativa, automaticamente se sujeita a dois possíveis prejuízos: a) o da inversão na ordem das testemunhas, pois como a expedição da precatória não suspende a instrução criminal, pode ocorrer que a testemunha de defesa seja ouvida antes da testemunha de acusação (CPP, art. 222, §1º); e b) o do julgamento da lide penal sem aquela prova específica, já que ultrapassado o prazo para o cumprimento da diligência pelo Juízo deprecado, poderá realizar-se o julgamento (CPP, art. 222, § 2º).

Na prática forense, infelizmente, essa radical mudança legal ainda não foi percebida e praticamente todos os Juízos criminais ainda se utilizam da ultrapassada sistemática de expedir mandados de intimação para todas as testemunhas arroladas pelas partes.

Os prejuízos desta postura retrógada são evidentes: uma *simples* intimação de testemunha demanda

uma série de diligências, começando pelo despacho do juiz determinando sua intimação, a expedição do mandado de intimação, seu encaminhamento a um oficial de justiça, seu cumprimento (nem sempre em apenas um ato), sua devolução à secretaria do Juízo, sua juntada aos autos, a análise do cumprimento ou não da intimação pelo juiz. Tudo isso ocupa servidores e o próprio juiz. Em última instância, por serem atos que não cabem mais ao Juízo, sua prática atenta não só a eficiência e a racionalidade dos trabalhos cartorários mas a própria legalidade, refletindo até mesmo no postulado constitucional da razoável duração do processo.

Note-se, ainda, que há situações que beiram o ridículo, como por exemplo quando se intima por mandado pessoa próxima do acusado para que compareça a Juízo para prestar depoimento requerido pela própria defesa.

Além disso, causa-se até mesmo certo constrangimento na própria testemunha, que recebe em sua residência a desnecessária visita de um oficial de justiça.

Por tudo isso é que, já passados cinco anos da reforma processual penal, urge que se adeque de forma efetiva a prática processual dos Juízos criminais aos novos ditames legais, tal como este que ora se coloca em foco, até mesmo porque em sua maioria trazem maior eficiência e racionalidade a todo o sistema.

⁷ Note-se que a acusação arrola suas testemunhas na própria denúncia (CPP, art. 41, *in fine*) e a defesa na resposta à acusação (CPP, art. 396-A).

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 12.878, de 04/11/2013.

Altera a Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro), para estabelecer nova disciplina à prisão cautelar para fins de extradição.

Publicada no *DOU* de 05/11/2013.

Lei 12.894, de 17/12/2013.

Acrescenta o inciso V ao art. 1º da Lei 10.446, de 8 de maio de 2002, para prever a atribuição da Polícia Federal para apurar os crimes de falsificação, corrupção e adulteração de medicamentos, assim como sua venda, inclusive pela internet, quando houver repercussão interestadual ou internacional.

Publicada no *DOU* de 18/12/2013.

Lei 12.897, de 18/12/2013.

Autoriza o Poder Executivo Federal a instituir serviço social autônomo denominado Agência Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural – Anater e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 19/12/2013.

Decreto 8.135, de 04/11/2013.

Dispõe sobre as comunicações de dados da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e sobre a dispensa de licitação nas contratações que possam comprometer a segurança nacional.

Publicado no *DOU* de 05/11/2013.

Decreto 8.145, de 03/12/2013.

Altera o Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999, para dispor sobre a aposentadoria por tempo de contribuição e por idade da pessoa com deficiência.

Publicado no *DOU* de 03/12/2013.

Decreto 8.154, de 16/12/2013.

Regulamenta o funcionamento do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, a composição e o funcionamento do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e dispõe sobre o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura.

Publicado no *DOU* de 17/12/2013.

Decreto 8.157, de 18/12/2013.

Altera o Decreto 2.346, de 10 de outubro de 1997, para incluir a previsão de pedido de extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais.

Publicado no *DOU* de 19/12/2013.

Decreto 8.164, de 23/12/2013.

Altera o Decreto 6.573, de 19 de setembro de 2008, que fixa coeficiente para redução das alíquotas específicas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins incidentes sobre a receita bruta auferida na venda de álcool e estabelece os valores dos créditos dessas Contribuições que podem ser descontados na aquisição de álcool anidro para adição à gasolina.

Publicado no *DOU* de 24/12/2013.

Decreto 8.165, de 23/12/2013.

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

Publicado no *DOU* de 24/12/2013.

Decreto 8.168, de 23/12/2013.

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 24/12/2013.

Decreto 8.169, de 23/12/2013.

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 24/12/2013.

Decreto 8.175, de 27/12/2013.

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

Publicado no *DOU* de 27/12/2013.

Decreto 8.180, de 30/12/2013.

Altera o Decreto 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse.

Publicado no *DOU* de 31/12/2013.

Medida Provisória 627, de 11/11/2013.

Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, à Contribuição para o PIS/Pasep e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins; revoga o Regime Tributário de Transição – RTT, instituído pela Lei 11.941, de 27 de maio de 2009; dispõe sobre a tributação da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, com relação ao acréscimo patrimonial decorrente de participação em lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas e de lucros auferidos por pessoa física residente no Brasil por intermédio de pessoa jurídica controlada no exterior; e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 12/11/2013.

Medida Provisória 623, de 26/12/2013.

Altera a Lei 12.096, de 24 de novembro de 2009, que autoriza a concessão de subvenção econômica sob a modalidade de equalização de taxas de juros pela União, acrescenta o art. 1º-A à Lei 12.409, de 25 de maio de 2011, que autoriza o Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, a assumir direitos e obrigações do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação – SH/SFH e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 26/12/2013.

Medida Provisória 634, de 26/12/2013.

Prorroga o prazo para a destinação de recursos aos Fundos Fiscais de Investimentos, altera a legislação tributária federal, e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 27/12/2013.



Corte Especial

Mandado de Segurança 0032215-10.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca
Impetrante: Heider Luziano de Lima Barros
Advogado: Dr. Heider Luziano de Lima Barros
Impetrado: Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Interessada: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Publicação: e-DJF1, de 22/11/2013, p. 313

Ementa

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Reserva de vagas para portadores de deficiência. Critérios para arredondamento de vagas.

I. O prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança contra ato omissivo de autoridade que deixou de nomear candidato aprovado deve ser contado da data em que termina a validade do concurso. Precedentes do STJ.

II. De acordo com o § 2º do art. 37 do Decreto 3.298/1999, deve o administrador destinar uma vaga ao candidato portador de deficiência mesmo que, ao aplicar-se o percentual reservado aos deficientes pelo edital do certame, chegue-se a um número fracionário que não corresponda a uma vaga inteira.

III. Assim sendo, nos casos em que o concurso não ofereça um número de vagas suficiente para se destinar pelo menos uma vaga ao portador de necessidades especiais, ou mesmo nos casos em que o concurso nem chega a oferecer vagas de imediato (cadastro-reserva), o arredondamento de número fracionário destinado ao preenchimento de vaga pelo deficiente não pode implicar ultrapassagem do limite máximo de 20% (art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/1990) e do mínimo de 5% (art. 37, § 1º, do Decreto 3.298/1999). Precedentes: MS 30861, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 22/05/2012, processo eletrônico DJe-111, divulg. 06/06/2012, public. 08/06/2012, RIP v. 14, n. 73, 2012, p. 239-241 e MS 0000161-06.2004.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, Corte Especial, e-DJF1, p. 2, de 02/08/2010.

IV. Daí decorre que, concursos públicos destinados à formação de cadastro de reserva, com previsão, no edital, de destinar 5% das vagas a candidatos portadores de deficiência, impõe-se promover o arredondamento de vaga para um número inteiro todas as vezes que o número de vagas existente estiver compreendido entre 5 e 19.

V. Tal critério não implica ampliação do percentual de reserva previsto no concurso, pois, uma vez que o 1º colocado entre os portadores de deficiência tenha tomado posse, o 2º colocado somente poderá ser nomeado quando surgir nova vaga inteira, nos termos do percentual previsto no edital. Assim sendo, por exemplo, se o percentual reservado foi de 5% e existem apenas 5 vagas, deverá o 1º colocado entre os deficientes tomar posse na 5ª e o 2º colocado somente terá direito de tomar posse na 25ª.

VI. De ressaltar-se que o próprio Conselho da Justiça Federal revogou, em 8 nov. 2011, por meio da Resolução 162, resolução anterior que previa a posse do PNE apenas na 10ª vaga que viesse a surgir. Substituindo as orientações antigas, foi editada, em 13 jun. 2013, a Resolução 246, que dispõe sobre a regulamentação do concurso público para provimento de cargos efetivos do quadro de pessoal do Conselho e da Justiça Federal de 1º e 2º graus e a reserva de vagas destinadas às pessoas com deficiência, e na qual se reconhece, em seu art. 8º, § 2º, o acerto dos parâmetros de arredondamento de vaga definidos neste julgamento.

VII. Assim sendo, se, até o momento, apenas 8 (oito) candidatos tomaram posse, e nenhum deles havia concorrido como portador de deficiência física, tenho que a alternativa que melhor conforma o interesse do impetrante com o dos candidatos já empossados entre a 5ª e a 8ª colocação — visto que não seria justo penalizá-los por erro cometido pela Administração — é aquela que reconhece o direito do impetrante de tomar posse, de imediato, na 9ª (nona) vaga existente para o cargo em Cáceres, já reservada pela autoridade coatora para esse fim

em atendimento à liminar concedida nesse *mandamus*, desde que preenchidas as demais condições exigidas pelo edital do concurso.

VIII. Segurança concedida.

Acórdão

Decide a Corte, por maioria, conceder a segurança.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 07/11/2013.

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Trata-se de mandado de segurança impetrado, em 07/06/2013, por Heider Luziano de Lima Barros contra ato omissivo do presidente deste TRF que teria violado direito líquido e certo seu, ao deixar de nomeá-lo para ocupar uma das 8 (oito) vagas que surgiram para o cargo de técnico judiciário/área administrativa na cidade de Cáceres/MT, referente ao 5º Concurso Público para o TRF 1ª Região, a despeito de ter sido ele o 1º colocado entre os portadores de necessidades especiais.

Informa o impetrante que, de acordo com o edital, apesar de não existir nenhuma vaga imediata para o cargo na localidade, havia a previsão de reserva de 5% para os portadores de deficiência física em caso de surgimento de novas vagas. No entanto, o edital, na contramão dos precedentes jurisprudenciais colacionados pelo impetrante, previa a posse do primeiro candidato aprovado portador de necessidades especiais apenas na 10ª vaga que surgisse.

Pede, assim, lhe sejam concedidos os benefícios da justiça gratuita e seja reconhecido, liminarmente, o seu direito de ser nomeado em decorrência da 5ª (quinta) vaga aberta, já que o concurso, homologado em 19 dez. 2011¹, esgotará o seu prazo inicial de validade em 19 dez. 2013, podendo, ou não, ser renovado por mais 2 (dois) anos após essa data.

Às fls. 73-78, deferi, em parte, a liminar, apenas para determinar a reserva da próxima vaga de técnico judiciário/área administrativa que vier a surgir na Subseção Judiciária de Cáceres/MT, para o impetrante, até o trânsito em julgado da decisão de mérito a ser proferida neste *mandamus*.

Às fls. 82-84, a autoridade apontada como coatora defende a legalidade da ordem de nomeações que vem sendo obedecida, ao argumento de que o edital do concurso já previa que o 1º colocado entre os portadores de necessidades especiais somente tomaria posse na 10ª vaga que viesse a surgir na localidade e no cargo por ele escolhidos.

No entanto,

Desde a homologação do 5º concurso público surgiram 9 cargos vagos de Técnico Judiciário, Área Administrativa, na Subseção Judiciária de Cáceres, sendo 01 cargo vago decorrente da posse do servidor Samuel Gomes da Rocha em outro cargo inacumulável, que foi destinado pelo critério da alternância para nomeação de candidato aprovado no 5º concurso; 01 cargo criado pela Lei 12.011/2009, que foi destinado a remoção para a instalação da 2ª Vara Federal de Cáceres, e 7 cargos criados pela Lei 12.011/2009, que foram providos mediante a nomeação de candidatos aprovados no 5º concurso, haja vista que não houve servidores inscritos para remoção para aquela localidade (fl. 83).

Citada para integrar o feito na qualidade de litisconsorte necessário, a candidata Natália Helena de Campos Coutinho apresentou contestação (fls. 85-87), noticiando

[...] a existência de mais uma vaga para o cargo efetivo de técnico judiciário, conforme dispõe a Resolução Presi/Cenag 22, de 19 de novembro de 2012, no seu art. 2º (doc. 2 em anexo) (fl. 87).

Sustenta, assim, ser desnecessário decretar, no caso concreto, a

[...] nulidade dos atos de nomeações e posses que se sucederam após a 5ª (quinta) vaga para a nomeação do impetrante, caso Vossa Excelência acredite que de fato ele tenha sido prejudicado na ordem das nomeações (fl. 87).

Instado a se manifestar sobre a controvérsia, o Ministério Público Federal opinou (fls. 100-104) pela concessão da segurança.

É o relatório.

¹ Ver cópia do edital de homologação de resultado final à fl. 57 deste feito virtual, datado de 15 dez. 2011 e publicado no *DOU* – Seção 3, de 19 dez. 2011, p. 198.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Do prazo decadencial para o manejo do mandado de segurança

Com efeito, a jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que o prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança contra ato omissivo de autoridade que deixou de nomear candidato aprovado deve ser contado da data em que termina a validade do concurso. Nesse sentido, confirmam-se, entre outros, os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. MINISTÉRIO DO ESPORTE. ALEGADA PRETERIÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA POR TERCEIRIZAÇÃO. PRELIMINARES REJEITADAS. COMPROVAÇÃO DE CARGOS VAGOS. SELEÇÃO PÚBLICA SIMPLIFICADA COM RECURSOS DO ÓRGÃO COMPROVADA. CONVOLAÇÃO DA EXPECTATIVA DE DIREITO EM LIQUIDEZ E CERTEZA. PRECEDENTE.

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra o Ministro do Esporte, ante a ausência de nomeação de candidato aprovado fora das vagas, em razão de alegada preterição, derivada da contratação de um temporário, por meio de propalada terceirização; o impetrante foi aprovado na 54ª colocação em certame cujo edital previu 38 (trinta e oito) vagas. Foram nomeados 51 candidatos.

2. [...].

3. Preliminar. Está caracterizada a omissividade do ato reputado como coator e, portanto, *não há falar em decadência, pois está pacificado no STJ que o prazo de impetração contra a ausência de nomeação deve ser contado a partir do término da validade do concurso*. Rejeitada. Precedentes: RMS 39.263/GO, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21/11/2012; AgRg no REsp 1.270.366/AL, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 5/10/2012; e AgRg no RMS 35.682/MA, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 14/6/2012.

4. [...].

5. [...]. Segurança concedida.

(MS 16.735/DF, rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 04/02/2013, DJe 20/02/2013) – negritei

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MÉDICO DERMATOLOGISTA.

PRETERIÇÃO. EXPIRAÇÃO DA VALIDADE DO CERTAME. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO. DECADÊNCIA DA IMPETRAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Este Tribunal Superior firmou o entendimento de que o prazo decadencial do mandamus que se insurge contra a falta de nomeação de candidato aprovado em concurso público se inicia com o encerramento da validade do certame.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RMS 30.413/PE, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 13/11/2012, DJe, 21/11/2012.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO.

1. O entendimento adotado pela Corte de origem espelha a jurisprudência do STJ no sentido de que o termo inicial para contagem do prazo decadencial do Mandado de Segurança contra ausência de nomeação de aprovados em concurso público é a data do término do prazo de validade deste.

2. Com relação à alegada violação da legislação estadual, registre-se que sua análise é obstada em Recurso Especial, por analogia, nos termos da Súmula 280/STF: “Por ofensa a direito local não cabe Recurso Extraordinário.” 3. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC, e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea “c”, III, do art. 105 da Constituição Federal.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 228.161/BA, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/10/2012, DJe 05/11/2012)

Como, no caso concreto, é incontroverso que o prazo de validade do 5º Concurso para provimento de cargos para o TRF 1ª Região somente se esgotará em dezembro/2013, podendo, ainda, ser renovado por mais 2 (dois) anos, é de se reconhecer que o presente mandado de segurança, impetrado em 07/06/2013, observou o prazo de 120 dias previsto no art. 23² da Lei 12.016/2009.

Do mérito

Questiona-se, nos autos, se o candidato aprovado em 1º lugar entre os portadores de deficiência de um

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Olindo Menezes, Tolentino Amaral, Ítalo Mendes, Daniel Paes Ribeiro, Mônica Sifuentes, Kassio Marques, Néviton Guedes, Souza Prudente, Selene Almeida e Neuza Alves.

²Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

concurso tem direito a tomar posse na 5ª vaga que surge para o cargo durante o prazo de validade do certame.

Sobre o assunto, o art. 37, §§ 1º e 2º, do Decreto 3.298, de 20/12/1999, que regulamenta a Lei 7.853/1989, assim dispôs:

Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de *cinco por cento* em face da classificação obtida.

§ 2º *Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.*

Deve-se ter em mente, ainda, que o art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/1990 estabeleceu um limite máximo de 20% de reserva de vagas para ocupação por portadores de deficiência.

Art. 5º [...]

§ 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Ora, a jurisprudência é pacífica no sentido de que, havendo apenas uma vaga, será ela destinada ao 1º colocado não portador de deficiência física³. Também é certo que, dado o percentual mínimo de 5%, somente haverá um número inteiro a cada 20 (vinte) vagas existentes para o cargo. Assim é que, quando se tem múltiplos de 20, sempre haverá uma vaga inteira destinada a deficiente a cada vintena.

O problema surge quando o concurso não oferece um número de vagas que seja múltiplo de 20 ou quando nem chega a oferecer vagas de imediato, selecionando candidatos para um *cadastro-reserva* que será provido na medida em que venham a surgir

vagas para o cargo ao longo do prazo de validade do certame.

Em tais casos, de acordo com o § 2º do art. 37 do Decreto 3.298/1999, deveria o administrador destinar uma vaga ao candidato portador de deficiência mesmo que, ao aplicar-se o percentual reservado aos deficientes pelo edital do certame, chegue-se a um número fracionário que não corresponda a uma vaga inteira.

A dificuldade interpretativa surge quando se questiona até que número seria legítimo proceder-se ao arredondamento de uma fração para um número inteiro.

Em mais de uma ocasião o STF já teve oportunidade de se manifestar sobre os critérios que deveriam ser utilizados para nortear o arredondamento de fração, quando o percentual de vagas reservado aos portadores de deficiência não correspondesse a um número inteiro.

Senão vejamos. Em situação na qual só havia 8 (oito) vagas disponíveis, sendo 5% (cinco por cento) delas destinadas a portadores de deficiência, o que corresponderia a 0,4 vagas, o Supremo Tribunal Federal determinou que uma delas fosse destinada ao candidato deficiente. Depreende-se, portanto, da interpretação levada a efeito pela Corte Suprema, que descabe exigir uma fração mínima de número inteiro para que uma das vagas disponíveis seja destinada ao cumprimento eficaz da norma inscrita no art. 37, VIII, da Constituição da República. Confira-se, a seguir, o teor da ementa do precedente a que me refiro:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. ARTIGO 37, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada. Entendimento que garante a eficácia do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso contrário, restaria violado. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 227.299/MG, rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma do STF, julgado em 14/06/2000, unânime, DJ de 06/10/2000, p. 98.)

Na mesma diretriz, sobreveio a decisão proferida pelo Min. Cezar Peluso no MS 25.074 MC/DF, de cujo teor transcrevo o seguinte trecho:

[...] Esta Corte, em hipótese análoga, sobre reconhecer constitucionalidade ao disposto no art. 37, § 2º, do Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de

³ Nesse sentido, entre outros, os seguintes precedentes: MS 8.417/DF, rel. Min. Paulo Medina, 3ª Seção do STJ, julgado em 12/05/2004, unânime, DJ de 14/06/2004, p. 156; Agragi 2004.01.00.025051-2/GO, rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti, 6ª Turma do TRF 1ª Região, unânime, DJ de 04/05/2005, p. 46.

1999, a título de regulamentação da Lei n. 7.853, de 1989, no sentido de que fração resultante do percentual por observar deve ser arredondada sempre para o primeiro número inteiro subsequente, desceu à substância ou à razão última da norma inscrita no art. 37, VIII, da Constituição da República. E fê-lo, ao assentar, na interpretação do art. 5º, § 2º, da Lei n. 8.112, de 1990, que 'o artigo 37, inc. VIII, da Carta Magna assegura aos portadores de deficiências percentual de cargos e empregos públicos na Administração, sendo, dessa forma, o número de cargos e empregos o dado a ser considerado quando da abertura de concursos públicos, para a reserva de vagas a deficientes físicos' (Pleno, RE n. 227.299-MG, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 14.06.200). E, posto que neste juízo provisório, tenho que acertou, porque, a desconsiderar o número dos cargos e empregos para efeito de reserva, a pessoas portadoras de deficiência, de vagas em cargos e empregos públicos, teríamos algumas conseqüências práticas absurdas, das quais a mais visível seria a de, ao final de vários concursos, com uma ou duas vagas em cada um, acabarem sendo todas, ou quase todas, do quadro funcional, preenchidas por aqueles aos quais a Constituição pretendeu apenas garantir ocupem parte (percentual) do número dos cargos ou empregos de cada órgão, por conta e em rol da condição pessoal de portadores de deficiência. A limitação do número de vagas em relação ao número dos cargos ou dos empregos públicos, em cada unidade administrativa, é o único critério que, sem prejudicar o acesso dos demais cidadãos com base nos requisitos ordinários, concretiza a reserva de percentual para uma especial categoria de pessoas. Em palavras menos congestionadas, o que assegura a Constituição é que os portadores de deficiência têm direito de ocupar determinado número de cargos e de empregos públicos, considerados em cada quadro funcional, segundo a percentagem que lhes reserve a lei, o que só pode apurar-se no confronto do total dos cargos e dos empregos, e não, é óbvio, perante o número aleatório das vagas que se ponham em cada concurso. Daí, ser conforme à Constituição a interpretação dada pela Corte àquele conjunto de normas subalternas. De modo que, aplicada ao caso, em que foi garantida ao litisconsorte passivo uma (1) vaga dentro do quadro de sete (7) cargos de Procurador, não enxergo nítido ofensa a direito líquido e certo dos ora impetrantes.

Em 20/09/2007, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o MS 26.310-5/DF, cuja relatoria coube ao Min. Marco Aurélio, assentou, por maioria, o entendimento segundo o qual a reserva de uma vaga para deficiente, *quando o edital ofereceu apenas duas*, implicaria a majoração do percentual máximo previsto no art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/1990 (20%), reservando-se, na prática, 50% das vagas inicialmente existentes para os candidatos portadores de deficiência.

Mais recentemente, em 22/05/2012, a Segunda Turma do STF, no julgamento do MS 30.861/DF, explicitou os parâmetros que devem nortear o arredondamento das vagas em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

Mandado de segurança. 2. Direito administrativo. 3. Concurso público. MPU. Candidata portadora de deficiência. Cargo de Técnico de Saúde/Consultório Dentário. 4. Reserva de vagas. Limites estabelecidos no Decreto 3.298/99 e na Lei 8.112/90. Percentual mínimo de 5% das vagas. Número fracionado. Arredondamento para primeiro número inteiro subsequente. Observância do limite máximo de 20% das vagas oferecidas. 5. Segurança concedida.

(MS 30861, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 22/05/2012, processo eletrônico DJe-111, divulg. 06/06/2012, public. 08/06/2012, RIP v. 14, n. 73, 2012, p. 239-241.)

Em tal precedente, o rel. Min. Gilmar Mendes esclareceu que

[...] as vagas do parágrafo 2º do artigo 37 do mencionado decreto podem ser arredondadas, desde que o arredondamento não implique ultrapassagem do limite máximo de 20% e do mínimo de 5%.

Disso se depreende que o candidato portador de deficiência terá direito à nomeação entre as vagas reservadas à sua categoria sempre que o número de vagas existentes estiver compreendido entre 5^a e 19.

Registro que a ordem de nomeação dos candidatos portadores de deficiência na forma aqui delineada não constitui alteração do percentual fixado no edital para reserva de vagas aos deficientes, pois, a despeito de o primeiro candidato portador de necessidades especiais aprovado tomar posse logo na 5ª vaga que surgir, o 2º somente poderá ser chamado a ocupar a 25ª vaga, o 3º, a 45ª vaga, e assim sucessivamente, o que demonstra o respeito ao percentual de 5% fixado no edital. Assim é que, quando se tem múltiplos de 20 (vinte), sempre haverá uma vaga inteira destinada a deficiente a cada vintena.

Tal orientação tem sido seguida pela Corte Especial deste TRF, como se vê do seguinte precedente:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CRITÉRIOS PARA ARREDONDAMENTO DE VAGA. LIMITES LEGAIS. ORDEM DE NOMEAÇÃO DE CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA.

⁴ O percentual máximo de 20% das vagas corresponde a um número inteiro somente a cada 5 (cinco) vagas.

1. Segundo dispõe o art. 37, § 2º, do Decreto 3.298/99 c/c o art. 2º da Resolução 155/96-CJF, caso a aplicação do percentual de reserva de vagas estabelecido no edital para portadores de deficiência resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

2. Tendo em conta, de um lado, os precedentes do STF que já trataram sobre os critérios a serem utilizados para nortear o arredondamento de fração quando o percentual de vagas reservado aos portadores de deficiência não correspondesse a um número inteiro (ver RE 227.299/MG, MS 25074 MC/DF e MS 26.310-5/DF), e, de outro lado, os limites fixados pela lei, tem-se que a melhor exegese a ser utilizada é aquela que somente admite ser possível realizar tal arredondamento quando a fração corresponder a, no mínimo, 20% dos cargos a serem preenchidos, sob pena de se extrapolar o limite máximo de reserva de vagas para deficientes fixado no art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90.

3. Daí decorre que, em concursos públicos destinados à formação de cadastro de reserva, com previsão, no edital, de destinar 5% das vagas a candidatos portadores de deficiência, impõe-se promover o arredondamento de vaga para um número inteiro todas as vezes que o número de vagas existente estiver compreendido entre 5 e 19.

4. A utilização do critério aqui proposto para o arredondamento da 1ª vaga a ser destinada a candidato portador de deficiência não implica em ampliação do percentual de reserva previsto no concurso, pois, uma vez que o 1º colocado entre os portadores de deficiência tenha tomado posse, o 2º colocado somente poderá ser nomeado quando surgir nova vaga inteira, nos termos do percentual previsto no edital. Assim sendo, por exemplo, se o percentual reservado foi de 5% e existem apenas 5 vagas, deverá o 1º colocado entre os deficientes tomar posse na 5ª e o 2º colocado somente terá direito de tomar posse na 25ª.

5. Entretanto, a reserva de vagas prevista na Constituição Federal não constitui, necessariamente, garantia de nomeação do candidato portador de deficiência antes de outros candidatos que obtiveram melhor nota na classificação geral do certame. Mesmo porque há concursos que atribuem aos melhores colocados o direito de escolha de lotação antes dos classificados em posição inferior, sem contar que, em muitas carreiras, a antiguidade é um dos elementos levados em consideração para acesso a promoções.

6. Assim sendo, se existem 18 vagas para o concurso e o candidato aprovado em 1º lugar entre os portadores de deficiência não logrou obter nota que o classificasse entre os 18 primeiros colocados da listagem geral, por força da norma que lhe garante o direito à reserva de vaga e permite o arredondamento de número fracionário, deve ser ele nomeado para ocupar a 18ª vaga.

7. Ordem concedida, em parte, apenas para garantir ao Impetrante o direito à nomeação na 18ª vaga.

(MS 0000161-06.2004.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, Corte Especial, e-DJF1, p. 2, de 02/08/2010.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA - CRITÉRIOS PARA ARREDONDAMENTO DE VAGAS.

1. O prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança contra ato omissivo de autoridade que deixou de nomear candidato aprovado deve ser contado da data em que termina a validade do concurso. Precedentes do STJ.

2. De acordo com o § 2º do art. 37 do Decreto 3.298/99, deve o administrador destinar uma vaga ao candidato portador de deficiência mesmo que, ao aplicar-se o percentual reservado aos deficientes pelo edital do certame, chegue-se a um número fracionário que não corresponda a uma vaga inteira.

3. Assim sendo, nos casos em que o concurso não ofereça um número de vagas suficiente para se destinar pelo menos uma vaga ao portador de necessidades especiais, ou mesmo nos casos em que o concurso nem chega a oferecer vagas de imediato (cadastro-reserva), o arredondamento de número fracionário destinado ao preenchimento de vaga pelo deficiente não pode implicar em ultrapassagem do limite máximo de 20% (art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90) e do mínimo de 5% (art. 37, § 1º, do Decreto 3.298/99). Precedentes: MS 30861, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 22/05/2012, Processo Eletrônico DJe-111, Divulg. 06/06/2012, Public. 08/06/2012, RIP v. 14, n. 73, 2012, p. 239-241 e MS 0000161-06.2004.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, Corte Especial, e-DJF1, p. 2, de 02/08/2010.

4. Daí decorre que, em concursos públicos destinados à formação de cadastro de reserva, com previsão, no edital, de destinar 5% das vagas a candidatos portadores de deficiência, impõe-se promover o arredondamento de vaga para um número inteiro todas as vezes que o número de vagas existente estiver compreendido entre 5 e 19.

5. Tal critério não implica em ampliação do percentual de reserva previsto no concurso, pois, uma vez que o 1º colocado entre os portadores de deficiência tenha tomado posse, o 2º colocado somente poderá ser nomeado quando surgir nova vaga inteira, nos termos do percentual previsto no edital. Assim sendo, por exemplo, se o percentual reservado foi de 5% e existem apenas 5 vagas, deverá o 1º colocado entre os deficientes tomar posse na 5ª e o 2º colocado somente terá direito de tomar posse na 25ª.

6. Em consequência, se, ao longo do prazo de validade do certame somente surgiram 3 vagas para o cargo, o 1º colocado entre os portadores de

deficiência (56º na lista geral de aprovados) não tem o direito de pleitear sua nomeação em uma dessas vagas.

7. Segurança denegada.

(MS 0056846-86.2011.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, Corte Especial, e-DJF1, p. 4, de 09/04/2013.) – negritei.

Vale a pena registrar, também, que o próprio Conselho da Justiça Federal, revogou, em 8 nov. 2011, por meio da Resolução 162, resolução anterior⁵ que previa a posse do PNE apenas na 10ª vaga que viesse a surgir. Substituindo as orientações antigas, foi editada, em 13 jun. 2013, a Resolução 246, que dispõe sobre a regulamentação do concurso público para provimento de cargos efetivos do quadro de pessoal do Conselho e da Justiça Federal de 1º e 2º graus e a reserva de vagas destinadas às pessoas com deficiência, e na qual se reconhece, em seu art. 8º, § 2º, o acerto dos parâmetros de arredondamento de vaga definidos na jurisprudência acima transcrita:

Art. 8º Às pessoas com deficiência serão reservados 5% (cinco por cento) e, no máximo, 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no edital e das que vierem a surgir durante o prazo de validade do concurso.

[...]

§ 2º Quando o número total de vagas oferecidas às pessoas com deficiência resultar em número fracionário, o arredondamento para o número inteiro subsequente observará o limite máximo de reserva de vaga de 20% (vinte por cento) do total previsto para o concurso.

No caso concreto, a candidata Natália Coutinho demonstrou, em sua defesa, que a Resolução Presi/Cenag 22, de 19/11/2012, destinou 9 (nove) dos cargos de técnico administrativo criados pela Lei 12.011/2009 para a área administrativa, na Subseção Judiciária de Cáceres/MT⁶, reservando apenas um para a área de segurança e transporte. A informação de que, desde a

homologação do concurso em questão, surgiram nove vagas para técnico judiciário – área administrativa, na Subseção Judiciária de Cáceres é confirmada pela autoridade coatora às fls. 83 e 109.

Assim sendo, se, até o momento, apenas 8 (oito) candidatos tomaram posse, conforme demonstra o documento de fl. 71, e nenhum deles havia concorrido como portador de deficiência física, tenho que a alternativa que melhor conforma o interesse do impetrante com o dos candidatos já empossados entre a 5ª e a 8ª colocação — visto que não seria justo penalizá-los por erro cometido pela Administração — é aquela que reconhece o direito do impetrante de tomar posse, de imediato, na 9ª (nona) vaga existente para o cargo em Cáceres, desde que preenchidas as demais condições exigidas pelo edital do concurso.

Ante o exposto, *concedo* a segurança, para reconhecer o direito do impetrante de tomar posse, de imediato, na 9ª (nona) vaga existente para o cargo em Cáceres, vaga essa que já teria sido reservada em atendimento à liminar concedida neste *mandamus*, conforme notícia da autoridade coatora, à fl. 83. Ressalta-se que a posse do impetrante condiciona-se ao preenchimento das demais condições exigidas pelo edital do concurso.

Sem honorários, nos termos do art. 25 da Lei 12.016/2009 e do enunciado 105⁷ da Súmula do STJ.

Desnecessário o reembolso de custas antecipadas pela parte impetrante, visto que ela não as recolheu, pois lhe foram concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita.

É como voto.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — Senhor presidente, acompanho e saúdo sua excelência, o Des. Federal Reynaldo Fonseca, pelo voto absolutamente completo sobre a matéria.

Voto-Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Senhor presidente, o relator fez um voto longo, procedeu a uma interpretação construtiva, mas eu compreendo que, se o edital do concurso estabeleceu que um percentual máximo de 5% das vagas para os portadores de necessidades especiais, e se se estabeleceu também

⁵ A Resolução revogada era a Resolução CJF 155/1996 que dispunha, em seu art. 2º:

No edital de abertura do concurso, deverão ser reservadas às pessoas portadoras de deficiência até 20% (vinte por cento) das vagas nele oferecidas, ou das que vierem a surgir no prazo de validade do concurso.

Parágrafo único. Na definição do número de vagas decorrente da aplicação do percentual a que se refere o caput deste artigo, utilizar-se-á arredondamento para o número inteiro imediatamente inferior, em frações menores do que 0,5 (cinco décimos) e para imediatamente superior, em frações maiores ou iguais a 0,5 (cinco décimos).

⁶ Conforme se vê na discriminação dos quadros efetivos criados, no Anexo I da Resolução Presi/Cenag 22, de 19/11/2012 (cópia às fls. 89 e 90 deste feito virtual).

⁷ Súmula 105/STJ: Na ação em mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios.

que, dentro dessa sistemática, o primeiro a ser nomeado o seria na décima vaga, isso já está no edital, não se pode conceder, por via interpretativa, a nona vaga ao interessado.

A pessoa que concorre com essa bandeira já é muito beneficiada no próprio concurso; normalmente vai para a segunda fase, sem a nota de corte dos outros, e é nomeada adiante; portanto, o próprio sistema já lhe dá uma série de vantagens legítimas.

Se para Cáceres já se nomearam oito técnicos, e, como o concurso ainda tem muitos meses de validade, e seguramente vai ser prorrogado — todo concurso aqui é prorrogado por dois mais dois —, então, esse candidato, com toda a certeza, será nomeado na décima vaga que surgir.

Essa questão é realmente uma questão muito complexa, a jurisprudência oscila muito, as resoluções se sucedem, mas, no caso, o meu foco é o edital do concurso. Parece-me que, em face do edital, o candidato não faz jus à nona vaga e, sim, à décima vaga. Posso estar equivocado, mas esse é o meu foco de análise.

Peço vênia ao eminente relator, que fez um voto cobrindo tudo o que foi feito até hoje, quem quiser, de hoje para o futuro, fazer um levantamento jurisprudencial sobre a matéria, pode recorrer a esse voto do Des. Reynaldo, que realmente esgotou. Mas eu, na minha modéstia, foco um outro ponto. Então,

pedindo vênia a sua excelência e a todos que o acompanharam, para denegar a segurança.

Voto-Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Senhor presidente, eu também peço vênia ao relator e acompanho a divergência.

Voto-Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal I'talo Mendes: — Senhor presidente, de fato, o voto do Des. Reynaldo esgotou o assunto, mas eu tenho uma visão muito, eu diria até *radical* em relação ao edital. Eu entendo que o edital é a norma base do concurso, é a orientação que se permite dar a todos do concurso. Por isso, vou pedir licença ao Des. Reynaldo para acompanhar a divergência, considerando essa peculiaridade de no edital ter sido expressa que a décima vaga é a que seria para deficiente.

Voto-Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Eu também acompanho o relator, entendendo que oscilações de interpretação nessa seara somente fazem reforçar o entendimento de que, na dúvida, se ela é fundada e, se existe o risco de um direito líquido e certo estar sendo denegado ou protraído, eu fico muito mais à vontade em conceder a segurança.

Primeira Seção

Conflito de Competência 0029649-25.2012.4.01.0000/GO

Relator : Desembargador Federal Néviton Guedes
Autora: Yara Higia Polymnia Barros Martins
Advogada: Dra. Dalvelina Pereira Coutrins Melo
Ré: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Suscitante: Juízo Federal da 8ª Vara – GO
Suscitado: Juízo Federal da 1ª Vara – GO
Publicação: e-DJF1 de 19/11/2013, p. 160

Ementa

Processual Civil. Conflito de competência. Execução individual de ação coletiva. Prevenção do juízo de origem que proferiu a sentença condenatória. Art. 475-A, § 2º, e art. 575, II, ambos do CPC.

I. As execuções individuais de ações coletivas devem ser propostas no mesmo juízo que proferiu a sentença condenatória por força da regra geral contida no art. 575, inciso II, do CPC.

II. Conflito suscitado entre juízos da mesma seção judiciária.

III. Em razão do veto presidencial ao parágrafo único do art. 97 da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), que previa a possibilidade da propositura da liquidação de sentença no foro do domicílio do liquidante, prevalece a regra do art. 475-A, § 2º do CPC, que estabelece a competência do juízo de origem para a liquidação do julgado.

IV. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, o suscitado.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer do conflito para declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, o suscitado.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 29/10/2013.

Desembargador Federal *Néviton Guedes*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás em face de decisão proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara da mesma Seccional que determinou a livre distribuição de ação de execução individual de título executivo judicial formado nos autos de ação coletiva.

O juízo suscitado assim decidiu ao entendimento de que não se aplicam às execuções individuais de títulos judiciais formados em feitos coletivos as regras dos arts. 575, II, 475-A e 475-P, II, todos do CPC, na medida em que, limitando-se a condenação em fixar a responsabilidade do réu pelos danos causados, será necessário, a cada prejudicado, demonstrar a existência dos prejuízos sofridos, bem como porque o desmembramento e a livre distribuição das execuções individuais são coerentes com os princípios da efetividade e da celeridade da prestação jurisdicional, previnem tumulto processual e o congestionamento do juízo que sentenciou o feito coletivo.

O juízo suscitante, por sua vez, entende que:

- a) o art. 575, II, do CPC determina expressamente, e sem ressalvas, que a execução fundada em título judicial processar-se-á perante o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição;
- b) não é o caso de se adotar, por analogia, os termos do art. 101, I do CDC;
- c) o art. 97, § único do projeto de lei que se tornou o CDC queria autorizar a promoção da liquidação por artigos “no foro do domicílio do liquidante, cabendo-lhe provar, tão-só o nexo de

causalidade, o dano e o seu montante, mas foi objeto de veto presidencial;

d) o ato judicial que ensejou a remessa do feito executivo para o juízo suscitante importa admitir ingerência do Judiciário em seara legislativa, que lhe é vedado fazer e

e) a competência do Juízo que sentenciou o feito em 1º grau de jurisdição é de natureza funcional, portanto, absoluta, o implica a sua inalterabilidade.

Parecer do MPF pela competência do juízo suscitado.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — Em ação ordinária, processada e julgada perante o Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, em fase de execução do julgado, o juízo da execução determinou o desmembramento do feito por entender que, nas execuções individuais de sentença condenatória proferida em julgamento de ação coletiva, deve-se adotar o critério da livre distribuição.

Recebendo os autos, o Juízo Federal, por sua vez, entende que a competência para a execução do julgado continua sendo da competência do juízo que proferiu a sentença, de natureza funcional absoluta, nos termos do art. 575, II e art. 475-P, II, ambos do CPC. Pois bem.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Ney Bello, Neuza Alves e Ângela Catão e os Exmos. Srs. Juízes Federais Renato Martins Prates e Cleberon José Rocha (convocados).

É certo que, de regra, as execuções individuais de ações coletivas devem ser processadas e julgadas no mesmo juízo que proferiu a sentença condenatória, por força do disposto no art. 575, inciso II, do CPC.

É certo também que o art. 98 da Lei 8.078/1991 (Código de Defesa do Consumidor) estabeleceu duas hipóteses de competência para julgamento de execução individual de sentenças coletivas, no caso, o juízo da liquidação da sentença ou o juízo da condenação.

Essa regra era complementada pelo parágrafo único do art. 97 do CDC, que previa o foro do domicílio do liquidante para o julgamento da liquidação individual de sentença genérica que, entretanto, foi objeto de veto presidencial:

Art. 97.

Parágrafo único - A liquidação de sentença, que será por artigos, poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, cabendo-lhe provar, tão-só, o nexo de causalidade, o dano e seu montante."

Consoante a Mensagem 664, de 11/09/1990, da Presidência da República ao excelentíssimo senhor presidente do Senado Federal, o dispositivo legal foi vetado porque ele

[...] dissocia, de forma arbitrária, o foro dos processos de conhecimento e de execução, rompendo o princípio da vinculação quanto à competência entre esses processos, adotado pelo Código de Processo Civil (Art. 575) e defendido pela melhor doutrina. Ao despojar uma das partes da certeza quanto ao foro de execução, tal preceito lesa o princípio de ampla defesa assegurado pela Constituição (Art. 5º, LV).

Assim postos os fatos, tendo sido vetado o parágrafo único do art. 97 do CDC, prevalece o disposto no art. 475-A do CPC que estabelece, em qualquer caso, a competência do *juízo de origem* para processar e julgar a liquidação.

Nessa linha de orientação, deve prevalecer a regra geral de competência firmada no diploma processual civil, de que tanto a liquidação quanto a execução devem ser propostas perante o juízo que proferiu a sentença condenatória.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA. PREVENÇÃO DO JUÍZO PROLATOR DA SENTENÇA NA AÇÃO COLETIVA. PRECEDENTES DESTA CORTE. (6)

1. As execuções individuais de ações coletivas devem ser propostas no mesmo Juízo que proferiu a sentença condenatória por força da regra geral

contida no art. 575, inciso II, do CPC. Precedentes desta Corte.

2. Em razão do veto presidencial ao parágrafo único do artigo 97 da Lei 8.078 (Código de Defesa do Consumidor), que previa a possibilidade da promoção da liquidação da sentença no foro do domicílio do liquidante, a matéria encontra-se, atualmente, regulamentada pelo art. 475- A do CPC, que fixa, também, o juízo de origem como foro competente para a liquidação. Precedentes desta Corte.

3. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo da 1ª. Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás/GO, o suscitado.

(CC 0029641-48.2012.4.01.0000/GO, rel. Des. Federal Ângela Catão, Primeira Seção, e-DJF1, p.1018, de 08/02/2013)

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA. PREVENÇÃO DO JUÍZO PROLATOR DA SENTENÇA NA AÇÃO COLETIVA.

1. As execuções individuais de ações coletivas devem ser propostas no mesmo Juízo que proferiu a sentença condenatória por força da regra geral contida no art. 575, inciso II, do CPC.

2. Em razão do veto presidencial ao parágrafo único do artigo 97 da Lei 8.078 (Código de Defesa do Consumidor), que previa a possibilidade da promoção da liquidação da sentença no foro do domicílio do liquidante, a matéria encontra-se, atualmente, regulamentada pelo art. 475-A do CPC, que fixa, também, o juízo de origem como foro competente para a liquidação.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, ora suscitante.

(CC 0047956-61.2011.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Kassio Marques, Primeira Seção, e-DJF1, p. 10, de 21/11/2011.)

Em face do exposto, conheço do conflito para declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, o suscitado.

É como voto.

Primeira Seção

Ação Rescisória 0024845-14.2012.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Cleber José Rocha (convocado)
 Autora: Edna Gonçalves Mendes
 Advogados: Dra. Kássia Vinha de Sousa e outros
 Réu: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Publicação: e-DJF1 de 29/11/2013, p. 29

Ementa

Previdenciário. Ação rescisória. Art. 485, incisos V e IX, do Código de Processo Civil. Violação dos art. 143 c/c 55, § 2º, da Lei 8.213/1991. Aposentadoria rural por idade.

I. A ação rescisória se alicerça no erro de fato (inciso IX do art. 485 do CPC) e na violação a literal disposição de lei (inciso V).

II. *“Violação literal de lei que autoriza a rescisória não é sinônimo apenas de ofensa aberrante à letra da lei. Ela alcança o direito em tese, a não aplicação de norma patente, mesmo que não conste literalmente em texto algum” [...] “A solução oposta, a pretexto de não eternizar litígios, perpetuará injustiças”.* (REsp 1163267, acórdão pendente de publicação).

III. Comprovada a qualidade de rurícola da autora, tem-se por constatada a contrariedade da sentença à disposição literal de lei, especificamente os arts. 143 e 55, § 2º da Lei 8.213/1991, que prevê o benefício de aposentadoria rural por idade ao beneficiário que atender às exigências legais. Precedentes da 1ª Seção.

IV. A demonstração de percepção de pensão por morte de segurado especial pelo extrato do sistema do INSS pode ser considerado documento novo apto a garantir provimento favorável na ação rescisória. Precedente do STJ.

V. Requisitos: *a) início de prova material*: certidão de casamento, realizado em 14/01/1974 e INFBEN que aponta a autora como beneficiária de pensão por morte rural, benefício instituído em face da morte de seu esposo em 1º/05/1975; *b) a prova oral*: confirma a qualidade de trabalhadora rural da autora (fls. 42-43, autos originários). Os testemunhos foram unânimes em afirmar que há trinta anos a autora exerce atividade rurícola, situação que permanecia até a data da audiência.

VI. O curto enlace matrimonial da autora, em face do falecimento do esposo, não prejudica o conjunto probatório, que deve ser avaliado em sua completude. A comprovação de perceber pensão de trabalhador rural reforça tal fundamento.

VII. Ação rescisória procedente para rescindir o julgado e condenar a ré em honorários fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais). No juízo rescindendo acolher em parte o pedido para concessão da aposentadoria rural por idade à autora.

VIII. O benefício de aposentadoria por idade rural será devido a contar do ajuizamento da ação originária, conforme consolidada jurisprudência do STJ.

IX. Parcelas vencidas corrigidas nos termos do MCCJF até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, a partir de quando incidirá o IPCAE (precedentes — STF).

X. Juros moratórios são devidos no percentual de 1% a.m. até a edição da Lei 11.960/2009, quando então serão devidos no percentual fixado por essa norma.

XI. Honorários de advogado, 10% sobre o valor da condenação, correspondente às parcelas vencidas até o momento da prolação do acórdão, de acordo com a Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça e art. 20, § 3º, do CPC. Sem custas.

XII. Benefício implantado em 30 dias (obrigação de fazer), art. 461 do CPC.

XIII. Ação rescisória julgada procedente para rescindir a sentença proferida nos autos 013409116590-9 e, no rejuízo da causa, acolher em parte o pedido inicial, nos termos dos itens 4 a 12.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória para rescindir o julgado e no juízo rescindendo acolher em parte o pedido inicial.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 29/10/2013.

Juiz Federal *Cleberon José Rocha*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberon José Rocha: —

1. Trata-se de ação rescisória interposta por Edna Gonçalves Mendes, com pedido de antecipação de tutela, por meio da qual pretende rescindir sentença (cópia às fls. 58-61) na qual foi julgado “improcedente o pedido” e declarado “o processo extinto com resolução de mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil”.

2. A autora impulsiona a presente rescisória sob a alegação de ocorrência de erro de fato, sustenta que o magistrado não considerou a autora segurada especial, sob o fundamento de ausência de início de prova material, em que pese existir nos autos certidão de casamento qualificando o esposo da autora como lavrador e ela receber benefício de pensão por morte rural.

3. Acrescentou que a sentença então proferida, estaria a contrariar disposição literal de lei (art. 485, inciso V, do CPC), se considerado o disposto no art. 215, do Código Civil brasileiro, que dispõe que a “*escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena*”.

4. Preliminarmente, o INSS alega a ausência de depósito prévio, requisito do art. 488, II, do CPC, bem como a ausência dos requisitos relativos à configuração do erro de fato, art. 485, inciso. IX, do CPC. § 2º que exigiria a inexistência de *controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato*.

5. No mérito o INSS sustenta a inexistência de início de prova material e ausência de qualidade de segurada especial da autora.

6. O MPF pugnou pela existência de erro de fato e pela procedência do pedido.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberon José Rocha: —

7. O trânsito em julgado da sentença rescindenda ocorreu em 06/12/2010 e a presente ação foi protocolada em 25/04/2012 dentro, portanto, do prazo decadencial previsto no art. 495 do Código de Processo Civil.

8. Em atenção à alegação de inviabilidade da rescisória com base no art. 485, IX, do CPC, aventada pelo INSS, julgo que de fato a condição de rurícola da autora foi o ponto controvertido nos autos, o que, a teor do § 2º do art. 485, em tese, inviabilizaria a rescisória, contudo, o caso em exame se amolda à hipótese do inciso V do citado dispositivo.

9. Assim, em que pese o não atendimento ao inciso IX do art. 485 do CPC, a rescisória merece conhecimento, posto que atende ao requisito do art. 485, V, do CPC. O exame dos autos conduz à provável constatação de violação de disposição literal de lei, tendo em vista a lei não excluir a qualidade de segurada especial da pessoa que faz prova dessa condição mediante início de prova material complementado por prova testemunhal, devendo a rescisória ser processada e a qualidade de rurícola da autora analisada por ocasião mérito.

10. Pontuo que o e. STJ, por ocasião do julgamento do *REsp 11.63267*, entendeu que a contrariedade à lei abrange não só a violação ao texto da lei, mas, também, a violação ao direito por ela tutelado (acórdão pendente de publicação). Para o relator, “*violação literal de lei que autoriza a rescisória não é sinônimo apenas de ofensa aberrante à letra da lei. Ela alcança o direito em tese, a não aplicação de norma patente, mesmo que não conste literalmente em texto algum. Para ele a “solução oposta, a pretexto de não eternizar litígios, perpetuará injustiças*”.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Neuza Alves, Ângela Catão, Néviton Guedes e Ney Bello e o Exmo. Sr. Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado).

Presentes os requisitos, admito a ação rescisória e passo ao exame do mérito. Nesse sentido já decidiu a 1ª Seção deste TRF1 no seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. ARTIGO 485, INCISO V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRELIMINARES. AUSÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO. JUSTIÇA GRATUITA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE RURÍCOLA. REQUERENTE SOLTEIRA. CERTIDÃO DE NASCIMENTO. PROFISSÃO DO GENITOR. 1. Na ação rescisória, a autora que litiga sob os auspícios da assistência judiciária gratuita é isenta do depósito prévio da multa do art. 485, II, do CPC. Precedentes da Corte. 2. Nos termos do art. 485, V, do CPC, a Ação Rescisória pode ser manejada em face de violação a literal disposição de lei, assim entendido quando a decisão de mérito (sentença ou acórdão) deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, declarada, ainda que posteriormente, constitucional pelo STF, ou aplica uma lei que o STF, ainda que posteriormente ao julgado, declara inconstitucional. 3. Comprovada a condição de trabalhadora rural por prova testemunhal baseada em início de prova documental (certidão de nascimento), na forma do § 3º do art. 55 da Lei 8.213/91, e a idade superior a 55 anos, a autora tem direito à aposentadoria por idade, conforme art. 39, I, da mesma Lei. Precedente. 4. Correção monetária com base nos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, mesmo após a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009 (período em que será aplicado o IPCA, índice utilizado para o mês de junho de 2009), uma vez que a TR é imprestável para fins de correção monetária de débitos resultantes de condenação judicial, conforme os fundamentos utilizados pelo colendo STF no julgamento da ADI nº 493/DF. 5. Juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, em relação às parcelas a ela anteriores, e de cada vencimento, quanto às subseqüentes, até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, a partir de quando os juros de mora incidirão à razão de 0,5% ao mês, ou com outro índice de juros remuneratórios das cadernetas de poupança que eventualmente venha a ser estabelecido. 6. Verba honorária, mantida em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, incidindo somente sobre as parcelas vencidas até o momento da prolação da sentença (Súmula 111/STJ). 7. Ação Rescisória procedente.

(AR 0037114-95.2006.4.01.0000/GO, rel. Des. Federal Neuza Alves, Primeira Seção, e-DJF1, p. 40, de 30/04/2012.)

11. De outro lado, demonstra-se com INFBN (extrato do Sistema *Plenus* do INSS) que a autora percebe pensão de segurado especial, pondendo tal documento ser considerado prova nova para efeito de viabilizar a ação rescisória. Precedente desta Corte e do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ARTIGO 485, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DOCUMENTOS NOVOS. SOLUÇÃO PRO MISERO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. SEGURADA ESPECIAL. PROVA DOCUMENTAL CORROBORADA POR TESTEMUNHAS. REQUISITOS LEGAIS. CONCESSÃO DEVIDA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. A jurisprudência do colendo STJ firmou-se no sentido do cabimento de ação rescisória proposta por trabalhador rural, fundada em documento novo, ainda que preexistente, nos termos do art. 485, VII, do CPC, adotando solução pro misero. 2. Comprovada a condição de trabalhadora rural por prova testemunhal baseada em início de prova documental (certidão de nascimento de filhos), na forma do § 3º do art. 55 da Lei 8.213/91, e a idade superior a 55 anos, a autora tem direito à aposentadoria por idade, conforme art. 39, I, da mesma Lei. Precedente. 3. Se os depoimentos testemunhais colhidos no Juízo de origem corroboram a prova documental no sentido de que efetivamente houve o exercício de atividade rural, na condição de segurada especial, por período igual ao número de meses correspondentes à respectiva carência, a concessão da pleiteada aposentadoria é medida que se impõe. 4. Os juros moratórios e a correção monetária incidentes sobre as parcelas atrasadas devem observar as orientações do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21.12.2010. 5. Inobstante a jurisprudência desta Corte no sentido de que a verba honorária, em ações de natureza previdenciária, deve ser fixada no percentual de 10% (dez por cento) incidentes apenas sobre as parcelas vencidas até a prolação da sentença, em observância ao princípio do non reformatio in pejus, mantenho os honorários advocatícios como fixado na sentença (R\$ 1.000,00), ante a ausência de recurso específico da parte autora. 6. Pedido rescisório que se julga procedente para desconstituir a decisão proferida na Ap n. 2007.01.99.004583/1/MG e, proferindo novo julgamento, dar parcial provimento à apelação do INSS para determinar que a atualização das parcelas atrasadas observe as orientações do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21.12.2010, mantida a sentença que concedeu à Autora a aposentadoria rural por idade, nos termos dos arts. 39, I, e 143, caput, da Lei 8.213/91, no valor equivalente a 01 (um) salário mínimo, a partir da citação.

(AR 0067827-14.2010.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Kassio Marques, Primeira Seção, e-DJF1, p. 860, de 11/05/2012.)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO.

ADMISSIBILIDADE. APOSENTADORIA POR IDADE. REQUISITOS. PREENCHIMENTO.

ATIVIDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. QUALIFICAÇÃO DO MARIDO.

EXTENSÃO À ESPOSA.

1. Ainda que o documento apresentado seja anterior à ação originária, esta Corte, nos casos de trabalhadores rurais, tem adotado solução *pro misero* para admitir sua análise, como novo, na rescisória.

2. O conjunto probatório da ação originária demonstrou o preenchimento dos requisitos necessários ao recebimento do benefício.

3. Os documentos apresentados constituem início de prova material apto para, juntamente com os testemunhos colhidos no processo originário, comprovar o exercício da atividade rural.

4. A qualificação do marido, na certidão de casamento, como lavrador estende-se à esposa, conforme precedentes desta Corte a respeito da matéria.

5. Ação rescisória procedente.

(AR 2.338/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 24/04/2013, DJe 08/05/2013.)

12. A concessão do benefício pleiteado pela parte-autora exige a demonstração do trabalho rural, cumprindo-se o prazo de carência previsto no art. 142 da Lei 8.213/1991, mediante início razoável de prova material, corroborada com prova testemunhal, ou prova documental plena. Como requisito etário, exige-se a idade superior a 60 anos para homem e 55 anos para mulher (art. 48, § 1º, da Lei de Benefícios).

13. Conforme documento apresentado pela parte-autora constata-se que o requisito de idade mínima foi atendido, pois contava com idade superior à exigida, quando do ajuizamento da ação originária (autora nascida em 25/08/1942).

14. A certidão de casamento, realizado em 14/01/1974 e no documento emitido pelo INSS – INFBEN, o qual noticia que a autora é beneficiária de pensão por morte rural, benefício instituído em face da morte de seu esposo em 1º/05/1975, configuram início razoável de prova material da atividade de rurícola em atenção à solução *pro misero*, adotada no âmbito do colendo STJ e pelos Tribunais Regionais Federais. Precedentes.

15. A prova oral produzida nos autos confirma a qualidade de trabalhador rural da parte-autora (fls. 42-43 autos originários). Os testemunhos foram unânimes em afirmar que há trinta anos a autora exerce atividade rurícola, situação que permanecia até a data da audiência.

16. O conjunto probatório revela o exercício do labor rural, bem como o cumprimento da carência prevista no art. 142 da Lei 8.213/1991, no caso, sete anos e meio. Portanto, atendidos os requisitos indispensáveis à concessão do benefício previdenciário — início de prova material apta a demonstrar a condição de rurícola da parte-autora, corroborada por prova testemunhal e

idade mínima, é devido o benefício de aposentadoria por idade.

17. Importante ressaltar que o fato de a autora ter permanecido casada pelo período de quatro meses não prejudica o conjunto probatório, que deve ser avaliado em sua completude.

18. Comprovada a qualidade de rurícola da autora, tem-se por constatada a contrariedade da sentença à disposição literal de lei, especificamente os art. 143 e 55, § 2º, da Lei 8.213/1991, que prevê o benefício de aposentadoria por idade rural ao beneficiário que atender às condições estabelecidas na Lei 8.213/1991, como o caso da autora. Assim, a ação rescisória deve ser julgada procedente e o benefício vindicado deferido.

19. O benefício de aposentadoria por idade rural será devido a contar do ajuizamento da ação originária, conforme consolidada jurisprudência do STJ.

20. As parcelas vencidas deverão ser corrigidas nos termos do MCCJF até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, a partir de quando incidirá o IPCAE (precedentes — STF).

21. Os juros moratórios são devidos no percentual de 1% a.m. até a edição da Lei 11.960/2009, quando então serão devidos no percentual fixado por essa norma.

22. No tocante aos honorários de advogado, esta Corte estabilizou o entendimento de que são devidos na ordem de 10% sobre o valor da condenação, correspondente às parcelas vencidas até o momento da prolação do acórdão, de acordo com a Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça e art. 20, § 3º, do CPC.

23. Sem custas.

24. A implantação do benefício deve se dar em 30 dias (obrigação de fazer), por aplicação do art. 461 do CPC.

25. Honorários da ação rescisória devidos pela parte-ré, no montante de R\$1.000,00 (mil reais). Sem custas.

26. Em face do exposto, julgo procedente a ação rescisória para rescindir a sentença proferida nos autos 0134 09 11 6590-9 e, rejugando a causa, julgo parcialmente procedente o pedido inicial, nos termos dos itens 11 a 15. Consectários nos termos do item 25. De ofício, determino a imediata implantação do benefício, nos termos dos itens 20 a 24.

É o voto.

Segunda Seção

Mandado de Segurança 0022900-60.2010.4.01.0000/MA

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)
 Impetrante: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Impetrado: Juízo de Direito da Comarca de Itinga do Maranhão/MA
 Interessada: Madeireira Marysma Ltda.
 Publicação: e-DJF1 de 05/11/2013, p. 30

Ementa

Processo Penal. Mandado de segurança impetrado pelo Ibama. Restituição de bens apreendidos. Ato de juiz de direito. Competência da Justiça Federal. Arts. 108, I, e 109, I, da CF e art. 2º da Lei 12.016/2009. Precedentes do STJ. Veículo apreendido administrativamente. Não aplicação do procedimento previsto do art. 120 do CPP. Segurança concedida.

I. A competência para o julgamento de mandado de segurança impetrado por autarquia federal é da Justiça Federal (art. 109, I, da CF), mesmo que a autoridade indigitada coatora seja juiz de direito. Nesse sentido, decidiu o e. STJ que “[...] o art. 109, I, da Constituição Federal, aplica-se inclusive aos casos de mandado de segurança impetrado por entidade federal contra ato de juiz estadual.” (CC 45709/SP, rel. Min. Eliana Calmon, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 23/08/2006, DJ 18/09/2006, p. 247). Outrossim, aplica-se ainda ao caso o princípio da simetria, devendo incidir o art. 108, I, da CF e consequentemente, estabelecer a competência do Tribunal Regional Federal respectivo.

II. No mérito, verifica-se que a apreensão do veículo ocorreu no âmbito do exercício do poder de polícia administrativa do Ibama. Assim, não seria aplicável ao caso, que não trata de apreensão de natureza processual penal, o procedimento do art. 120 do CPP, mesmo que tivesse sido ajuizada a ação de restituição perante o juiz federal competente.

III. Preliminar rejeitada. Segurança concedida.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conceder a segurança.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 16/10/2013.

Juiz Federal *Alexandre Buck Medrado Sampaio*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio: — Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Itinga do Maranhão/MA que, nos autos do Procedimento de Restituição de Coisa Apreendida 0181-14.2010.8.10.0093 (180-2010), ordenou a devolução do caminhão Volks, modelo 26.260, cor roxa, ano 2004, chassi 9BST82174R425153, apreendido ao transportar madeira supostamente descoberta de

licença ambiental à Maria Rodrigues Santos, sócia da empresa Madeireira Marysma Ltda.

Sustenta o impetrante, em apertada síntese, a competência deste Tribunal para o processamento e julgamento desta ação mandamental, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal; no mérito, alega que a decisão impugnada repercutiu ilegalmente na esfera administrativa, uma vez que violou as regras de competência estabelecidas na Constituição Federal e feriu o princípio da autonomia das instâncias (fls. 1-19).

Deferida a liminar para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Itinga do Maranhão/MA, nos autos do

Procedimento de Restituição de Coisa Apreendida 0181-14.2010.8.10.0093, oportunidade em que foram solicitadas informações (fl. 58), estas não foram prestadas pela autoridade apontada coatora. Determinou-se, também, naquela decisão, a citação da interessada, Madeireira Marysma, na qualidade de litisconsorte passiva necessária.

Apresentada contestação pela litisconsorte passiva necessária, Madeireira Marysma, a fls. 121-141, na qual alegou, preliminarmente, a incompetência da Justiça Federal para o julgamento do *writ* e, no mérito, a improcedência da ação mandamental.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do eminente Procurador Regional da República Carlos Alberto C. de Vilhena Coelho, opina pela concessão da segurança, mantendo-se a liminar em todos os seus termos (fls. 147-152).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio: — Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Itinga do Maranhão/MA que, nos autos do Procedimento de Restituição de Coisa Apreendida 0181-14.2010.8.10.0093 (180-2010), ordenou a devolução do caminhão Volks, modelo 26.260, cor roxa, ano 2004, chassi 9BST82174R425153, apreendido ao transportar madeira supostamente descoberta de licença ambiental, à Maria Rodrigues Santos, sócia da empresa Madeireira Marysma Ltda. (fls. 1-19).

Quanto à preliminar de incompetência deste Tribunal para o processamento e julgamento do presente *writ*, a jurisprudência é no sentido de se aplicar, *in casu*, o princípio federativo da prevalência do órgão judiciário da União sobre o do Estado-membro, a teor da Súmula 511 do STF, assim como o princípio da simetria. Vejamos os seguintes precedentes que bem elucidam a questão, *verbis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZO ESTADUAL E FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELA CEF CONTRA ATO DE

JUIZ DE DIREITO. INCIDÊNCIA DO ART. 109, I, DA CARTA MAGNA DE 1988.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. O art. 109, I, da Carta Magna de 1988, não faz qualquer distinção entre os diversos tipos de procedimento, de tal sorte a contemplar o mandado de segurança, bastando para a definição da competência da Justiça Federal a presença dos entes lá enumerados (*ratione personae*).

2. O inciso VIII do art. 109, da Lei Maior, por sua vez, dispõe que aos juízes federais compete processar e julgar os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuando os casos de competência dos tribunais federais, no sentido da fixação de competência hierárquica. Sob este enfoque, tem-se que o inciso VIII tutela o grau de hierarquia dentre as diversas autoridades federais.

3. *In casu*, tratando-se de mandado de segurança impetrado pela CEF, empresa pública federal, há que se aplicar a regra insculpida no art. 109, I, da Constituição Federal, a fim que seja determinada a competência da Justiça Federal. Ato contínuo, incide a regra do inciso VIII para indicar, conforme for a autoridade impetrada, o órgão competente na Justiça Federal (1ª ou 2ª instância). Precedente da Suprema Corte: REExt 176.881 - RS, Relator para acórdão Ministro ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, DJ de 06 de março de 1998 e CC 46.512 - RN. Ainda quanto a este particular, a egrégia Primeira Seção deste STJ decidiu que: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR AUTARQUIA FEDERAL CONTRA ATO DE JUIZ ESTADUAL - ARTS. 108, I, "c", E 109, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E SIMETRIA - ORIENTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO.

1. O art. 109, I, da Constituição Federal, que estabelece regra de competência *ratione personae*, atrai a competência para a Justiça Federal inclusive nas hipóteses de mandado de segurança impetrado pela União, entidade autárquica ou empresa pública federal contra entidade pública local, consoante a previsão do enunciado da Súmula 511/STF: "Compete à Justiça Federal, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas entre autarquias federais e entidades públicas locais, inclusive mandado de segurança, ressalvada a ação fiscal, nos termos da Constituição Federal de 1967, art. 119, § 3º".

2. Apesar da existência de respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial em sentido contrário, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 176.881/RS, Relator para acórdão o Ministro Ilmar Galvão, publicado no DJ de 6.3.1998, sufragou o entendimento de que o art. 109, I, da Constituição Federal, aplica-se inclusive aos casos de mandado de segurança impetrado por entidade federal contra ato de Juiz Estadual.

3. Além disso, firmou-se a orientação de que é imperiosa a análise do *mandamus*, nesses casos, pelo Tribunal Regional Federal, e não por um juiz federal.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Olindo Menezes, Ítalo Mendes e Mônica Sifuentes e os Exmos. Srs. Juízes Federais Antônio Oswaldo Scarpa e Klaus Kuschel (convocados).

Isso porque, em razão do princípio da hierarquia, os mandados de segurança impetrados contra atos praticados por juízes federais, nos termos do art. 108, I, 'c', da Carta Magna, são processados e julgados originariamente pelos Tribunais Regionais Federais. Desse modo, em respeito ao princípio da simetria, as ações mandamentais impetradas contra ato de Juiz Estadual também devem ser processadas e julgadas originariamente pela Corte Regional.

4. Evidencia-se, portanto, a competência da Justiça Federal para processar e julgar o mandado de segurança em questão, nos termos do art. 109, I, da Carta Magna. Registre-se, entretanto, que a demanda deverá ser julgada pelo Tribunal Regional Federal, e não pelo Juízo Federal Suscitante, com fundamento no art. 108, I, "c".

5. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. (CC 46.512 - RN, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, Primeira Seção, DJ de 05 de setembro de 2005) 4. Ademais, in casu, aplica-se integralmente o disposto no art. 2º da Lei 1.533/51, verbis: Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as conseqüências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser supostamente pela União Federal ou pelas entidades autárquicas federais, porquanto à CEF foi determinado restituísse verba retirada da conta de cliente de cuja responsabilidade diz estar inume.

5. A jurisprudência da Corte, quanto à qualificação da autoridade coatora, visa fixar a competência funcional de juízes ou tribunais, sem olvidar as regras de competência absoluta previstas na CF.

6. Competência da Justiça Federal.

(CC 45709/SP, rel. Min. Eliana Calmon, rel. p/acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 23/08/2006, DJ 18/09/2006, p. 247) (grifos nossos)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO POR AUTARQUIA FEDERAL CONTRA ATO PRATICADO POR AUTORIDADE ESTADUAL.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. A competência para julgamento de mandado de segurança impetrado por autarquia federal é da Justiça Federal (art. 109, I, da CF), mesmo que a autoridade coatora seja autoridade estadual. Aplicação do princípio federativo da prevalência do órgão judiciário da União sobre o do Estado-membro (Súmula 511/STF).

2. Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Taubaté - SP, o suscitado. (CC 68.584/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 28/03/2007, DJ 16/04/2007, p. 155.)

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR FUNDAÇÃO PÚBLICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL (CF, ART. 109, I). ATO IMPUGNADO

PRATICADO POR SECRETÁRIO DE ESTADO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. NÃO OCORRÊNCIA. I - A orientação jurisprudencial de nossos tribunais firmou-se no sentido de que compete à Justiça Federal processar e julgar as demandas em que figurarem como parte ou interessado a União Federal, suas autarquias, empresas públicas federais ou fundações públicas federais, como no caso, independentemente do tipo de ação, por força do que dispõe o art. 109, I, da Constituição Federal (Súmula nº. 511/STF). II - Nos termos do art. 108, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, originariamente, "os mandados de segurança e os habeas-data contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal", hipótese não ocorrida, na espécie, em que o Secretário de Estado de Minas Gerais foi apontado como autor do ato impugnado. III - Declarou-se a incompetência absoluta do TRF da 1ª Região para processar e julgar o presente mandado de segurança, com a determinação de remessa dos autos ao juízo competente, no caso, o da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais. IV - Agravo regimental parcialmente provido. (AGMS 0003938-62.2005.4.01.0000/MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUARTA SEÇÃO, e-DJF1 p.11 de 25/10/2010)

3. Conheço do presente Conflito e declaro competente o Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, o suscitado.

(CC 105.538/AM, rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 26/08/2009, DJe 28/08/2009.)

Rejeito a preliminar.

No mérito, merece ser integralmente confirmada a decisão liminar, lançada nos seguintes termos:

[...]

Assiste razão ao impetrante quando pede o deferimento do pedido de liminar formulado neste autos, para suspender os efeitos da decisão atacada, proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Itinga do Maranhão/MA.

Com efeito, a apreensão do veículo objeto da decisão proferida no Procedimento de Restituição de Coisa Apreendida 0181-14.2010.8.100093 (180/2010) ocorreu em sede administrativa, conforme previsto no inciso IV do art. 72 da Lei 9.605/98 e encontrava-se vinculado ao respectivo processo administrativo instaurado em razão dos fatos envolvendo a referida apreensão, submetido à autoridade administrativa competente.

Assim sendo, o referido bem não pode ser objeto de restituição de coisa apreendida no âmbito criminal, uma vez que sua apreensão não decorreu de decisão Judicial que deferiu pedido de busca e apreensão, contra a qual a parte atingida pela referida medida cautelar dispõe do aludido procedimento criminal para tentar reaver a posse do bem apreendido.

Ademais, a autoridade administrativa responsável pela apreensão não figura como parte em eventual processo criminal pela prática de crime ambiental, o que afasta o efeito pretendido com a decisão impugnada pelo IBAMA, sob pena inclusive de violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Pelo exposto, defiro o pedido de liminar, para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Itinga do Maranhão/MA, nos autos do Procedimento de Restituição de Coisa Apreendida 0181-14.2010.810.0093 (180/2010).

Outrossim, verifica-se que a apreensão do veículo ocorreu no âmbito do exercício do poder de polícia administrativa do Ibama. Assim, não seria aplicável ao caso, que não trata de apreensão de natureza processual penal, o procedimento do art. 120 do CPP,

mesmo que tivesse sido ajuizada a ação de restituição perante o juiz federal competente.

Nesse contexto, rejeito a preliminar arguida e, reportando-me aos termos da decisão deferitória da liminar proferida pelo Des. Federal Cândido Ribeiro, concedo a segurança para tornar sem efeito a decisão proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Itinga do Maranhão/MA, que nos autos do Procedimento de Restituição de Coisa Apreendida 0181-14.2010.8.10.0093 (180/2010) ordenou a devolução do caminhão Volks, modelo 26.260, cor roxa, ano 2004, chassi 9BS-T82174R425153.

Comunique-se à autoridade impetrada.
É como voto.

Segunda Seção

Ação Penal 0029007-52.2012.4.01.0000/PA

Relator: Juiz Federal Antônio Oswaldo Scarpa (convocado)
Autora: Justiça Pública
Procurador: Dr. Ronaldo Meira de Vasconcellos Albo
Réu: Luiz Furtado Rebêlo
Advogados: Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e outros
Publicação: e-DJF1 de 22/11/2013, p. 318

Ementa

Penal. Processual Penal. Ação penal. Art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967. Infração penal. Não caracterização. Absolvição. CPP, art. 386, III.

I. A denúncia imputou ao acusado, que, atualmente, ocupa o cargo de deputado estadual do Estado do Pará, o crime previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967, por ter, na condição de prefeito do Município de Breves/PA, desviado, em proveito da empresa do próprio filho, a quantia de R\$ 260.000,000 (duzentos e sessenta mil reais), que constituía parte de recursos do Fundo de Manutenção e de Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef.

II. As provas carreadas aos autos comprovam que o Posto Progresso Ltda., de fato, emprestou a quantia de R\$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil reais) para a Prefeitura de Breves, nos dias 19 e 23 de dezembro de 2003, quantia que foi devolvida pela Administração daquele município à citada empresa em 30 de dezembro do mesmo ano. No mesmo sentido foi a Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa 2006.39.00.009899-7/PA proposta pelo Ministério Público Federal em face do acusado, pelos mesmos fatos em comento, e a respectiva Apelação Cível 0009882-48.2006.4.01.3900/PA, rel. Des. Federal Olindo Menezes, Quarta Turma, e-DJF1, p. 533, de 26/07/2013.

III. Os elementos probatórios colhidos nos autos comprovam não ter havido apropriação de bens ou rendas públicas, ou desvio em proveito próprio ou alheio. Atipicidade da conduta.

IV. Acusado absolvido com fulcro no art. 386, inciso III, do CPP.

Acórdão

Decide a Seção absolver o réu da prática do crime capitulado no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967, com fulcro no art. 386, inciso III, do CPP, à unanimidade.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 30/10/2013.

Juiz Federal *Antônio Oswaldo Scarpa*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Antônio Oswaldo Scarpa:
— O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Luiz Furtado Rebêlo, Prefeito do Município de Breves/PA, e Luiz Furtado Rebêlo Filho, imputando-lhes a prática do crime previsto no art. 1º, inciso I, do DL 201/1967, c/c o art. 29 do Código Penal, nos seguintes termos:

O *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*, pela Procuradora Regional da República adiante nominada, no uso de suas atribuições institucionais, vem, na forma do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, e artigo 239 e seguintes do Regimento Interno dessa Corte, oferecer *DENÚNCIA* contra:

LUIZ FURTADO REBÊLO, Prefeito do Município de Breves/PA, CPF n. 103.568.192-72, nascido em 14/04/1959, filho de Francisca Furtado Rebêlo, residente e domiciliado na Trav. Castelo Branco, 1746, ap. 701, Guamá, Belém/PA, podendo também ser encontrado no Paço Municipal, situado na Praça 03 de Outubro, s/n, centro, Cep: 68.800-000, Breves/PA e

LUIZ FURTADO REBÊLO FILHO, CPF n. 832.688.632-72, nascido em 16/12/1985, filho de Maria Cleide Alves Vieira e Luiz Furtado Rebêlo, residente e domiciliado na Av. Barão do Rio Branco, n° 21, centro, município de Breves/PA, CEP 68.8000-000.

pelo cometimento do seguinte fato delituoso:

Exsurge do procedimento administrativo n. 1.01.004.000202/2006-22, que *LUIZ FURTADO REBÊLO*, na condição de gestor municipal de Breves/PA, juntamente com seu filho, *LUIZ FURTADO REBÊLO* (sic), com vontade livre e consciente, desviaram em proveito da empresa desse último a quantia de R\$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil reais), que constituía parte de recursos do Fundo de Manutenção e de Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF.

É importante destacar que, no ano de 2003, o Município de Breves/PA recebeu da União Federal, a título de complementação dos recursos do FUNDEF, o montante de R\$ 1.194.875,01 (um milhão, cento e noventa e quatro mil, oitocentos e setenta e cinco reais e um centavo), os quais se sujeitam à fiscalização do TCU, atraindo a competência da Justiça Federal.

Em 30/12/2003, o primeiro denunciado emitiu os cheques nºs 851733 e 851735 do FUNDEF, conta-corrente n. 58022-8, do Banco do Brasil, ag. n. 558, respectivamente, nos valores de R\$ 110.000,00 (cento e dez mil reais) e de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), os quais foram depositados na conta-corrente da empresa Posto Progresso Ltda., onde o segundo denunciado detém 90% de suas cotas.

Para tanto, os dois denunciados tentaram burlar a prática do ilícito entabulando um contrato de operação de crédito entre o Município de Breves/PA e a empresa Posto Progresso Ltda.

A simulação do negócio resta evidenciada pelas datas do contrato (15/12/2004) e do reconhecimento de firma em cartório (11/08/2004) serem conflitantes e posteriores ao depósito dos cheques em comento (30/12/2003), bem como pela divergência entre os valores creditados na empresa do segundo denunciado e o montante anunciado no contrato. A soma das importâncias supostamente repassadas pela empresa ao Município alcançam a cifra de R\$ 259.652,00 (7.365,85 + 10.367,95 + 92.619,15 + 148.311,05), ao passo que o valor pago pelo Município à empresa foi na ordem de R\$ 260.000,00, o que caracterizaria juros exorbitantes em desfavor do ente público.

Também é importante assinalar que o propósito de engodo está demonstrado pela circunstância de o nome do segundo denunciado, sócio majoritário e administrador do Posto Progresso Ltda., não constar no aludido contrato, o qual foi assinado pelo sócio minoritário da empresa, Alexandre Pinto Melo.

As condutas delituosas narradas encontram-se bem delineadas, dentre outros elementos, pelas cópias do contrato particular de empréstimo de empresa particular sem ônus, às fls. 122-123; dos cheques em epígrafe, títulos nominais à ordem do emitente, ou seja, à Municipalidade de Breves/PA, assinados pelo Prefeito, *LUIZ FURTADO REBÊLO* e endossados por Maria do Socorro Cavalcante Cunha e Elizabeth Maria da Silva Lima, às fls. 56-57; dos recibos firmados pela empresa Posto Progresso Ltda. às fls. 124-125; bem como dos depósitos na conta dessa última às fls. 56-57.

A autoria, a materialidade e a culpabilidade do delito previsto no art. 1º, I, do Decreto-lei n. 201/67, c/c o art. 29, ambos do Código Penal estão demonstradas pelas provas carreadas aos autos.

Posto isto, requer o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL:

a) seja a presente autuada com o Procedimento Administrativo n. 1.01.004.000202/2006-22 que a instrui;

b) sejam os denunciados notificados para que, no prazo de quinze dias, apresentem resposta (RI/TRF/1ª Região, art. 245, e Lei n. 8.038/90, art. 4º);

c) decorrido o prazo supra, seja designado dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento da presente denúncia;

d) após o recebimento da denúncia, sejam os denunciados citados, interrogados e, após os trâmites legais, condenados às penas cominadas no artigo 1º, I, do Decreto-lei n. 201/67, c/c o artigo 29 do Código Penal;

e) sejam ouvidas as testemunhas arroladas para deporem sobre o fato narrado, sob as penas da lei. (fls. 08-11).

Luiz Furtado Rebêlo ofereceu resposta às fls. 282-292, v. 2, e, Luiz Furtado Rebêlo Filho, às fls. 320-329, v. 2.

Em 06/08/2008, decidiu a Segunda Seção receber a denúncia em relação a ambos os acusados (fls. 337-339, 369 e 370, v. 2).

A causa seguiu seus trâmites (certidões de fls. 621-621v. e 630, v. 3):

– os réus apresentaram, separadamente, respostas preliminares, às fls. 282-309, v. 2 (Luiz Furtado Rebêlo) e 320-330, e defesa escrita, em conjunto, às fls. 476-516;

– não mais sendo Luiz Furtado Rebêlo prefeito, assim, não mais prevalecendo a competência originária desta Corte, por meio da decisão de fl. 390, v. 2, foi determinada a remessa dos autos à Seção Judiciária do Estado do Pará, com base no art. 30, XX, do RITRF-1ª Região;

– as testemunhas foram ouvidas e os réus interrogados: a) em 09/11/2010, oitiva das testemunhas Elizabeth Maria da Silva Lima e Maria do Socorro Cavalcante Cunha (arroladas por ambas as partes), oportunidade em que o Ministério Público Federal requereu a desistência da oitiva das testemunhas Benedito Pacheco da Paz e Alexandre Pinto Melo (fls. 527-528, v. 3); b) em 24/11/2010, interrogatório dos réus e oitiva das testemunhas Abílio Joaquim da Costa Filho e Idejalma Rodrigo Câmara Paes - DVD acostado à fl. 648, v. 3 (fls. 531-532, v. 3).

Em alegações finais, o Ministério Público Federal sustentou que:

O conjunto probatório acostado aos autos é suficiente para embasar a condenação do denunciado.

Com efeito, o contrato de operação de crédito firmado entre a Prefeitura de Breves e a empresa PROGRESSO, às fls. 124-125, os cheques nºs 851733 e 851735, respectivamente nos valores de R\$ 110.000,00 e R\$ 150.000,00 depositados na conta-corrente daquela empresa, bem como o depoimento das testemunhas (v. mídia de fls. 517), comprovam que o denunciado, na condição de gestor municipal, juntamente com seu filho desviaram, em proveito da empresa do segundo denunciado a quantia de R\$ 260.000,00, que constituía parte de recursos do Fundo de Manutenção e de Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF.

A simulação do negócio restou evidenciada pelas datas indicadas no contrato (15/12/2004) e do reconhecimento de firma em (11/08/2004), ambas posteriores ao depósito dos cheques (30/12/2003).

Ademais, não há nos autos nenhuma comprovação de que os recursos oriundos do contrato de mútuo, ponha-se em relevo, celebrado irregularmente pela prefeitura Municipal de Breves, tenham sido efetivamente destinados ao pagamento dos salários dos professores.

Por fim, todas as testemunhas e os denunciados confirmaram o repasse pela prefeitura municipal de recursos do FUNDEF, no montante de R\$ 260.000,00, à empresa Progresso.

Assim, diante do conjunto probatório trazido aos autos, infere-se que os acusados LUIZ FURTADO REBÊLO e LUIZ FURTADO REBÊLO FILHO incorreram no tipo penal insculpido no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, na forma do art. 29 do CP. (fls. 539-540, v. 3).

Ao final, requereu o MPF fosse “*julgada procedente a pretensão punitiva do Estado, para condenar os réus nos exatos termos da denúncia*” (fl. 540, v. 3).

Por seu turno, a defesa dos réus afirmou que:

[...] o Ministério Público cerrou os olhos para as demais declarações das testemunhas, tanto de acusação como de defesa, as quais categóricas e unisonantemente afirmaram que a empresa Posto Progresso Ltda. emprestou dinheiro à prefeitura, na monta de R\$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil reais) com o fim de complemento da folha de pagamento de 13º salário da Secretaria de Educação e que, em virtude disso, e somente em virtude disso, foi devolvido à empresa A MESMA QUANTIA EMPRESTADA.

14. Os extratos bancários atestam isso [...]. (fl. 544, v. 3);

[...] O fato de haver um erro na data constante do contrato de mútuo firmado entre as partes não invalida o negócio. Até porque o próprio reconhecimento de firma dos subscritores do contrato demonstra que realmente houve esse erro quando da feitura do mesmo. (fl. 544, v. 3);

[...] no ano de 2003, ano em que o Presidente Lula assumiu o seu primeiro mandato de Presidente

da República, muitos arrochos foram feitos, dentre eles foram feitos cortes no FMP e no FUNDEF, bem como houve correntes atrasos nos repasses verbas.

17. No presente caso não houve qualquer crime [...] O que houve foi uma tentativa de um gestor preocupado e que sempre priorizou o funcionalismo público em TODA A SUA GESTÃO, em fazer com que seus servidores municipais pudessem gozar do salário natalino ANTES DO NATAL. (fl. 544);

[...] os fatos [...] tratam-se [...] de uma transação comercial lícita feita entre a empresa Posto Progresso Ltda. e a Prefeitura municipal de Breves, com a anuência e concordância da Câmara Municipal de Breves [...]. (fl. 545);

[...] comprovado restou que em nenhum momento houve beneficiamento dos Denunciados, já que NÃO houve cobrança de juros ou quaisquer encargos pelo empréstimo do dinheiro. (fl. 545);

Demonstrou-se [...] que a utilização dos recursos do FUNDEF para o pagamento do referido empréstimo foi feito na mais estrita legalidade, já que se utilizaram de recursos destinados ao pagamento de professores para sanar dívida contraída justamente para complementar a folha de pagamento dos professores. (fl. 546);

[...] não se enquadram os Defendentes nos casos elencados no inciso I do artigo 1º do Decreto-Lei n. 201/67, já que não houve qualquer incorporação de patrimônio público ao seu patrimônio pessoal, bem como não houve desvio ou apropriação de qualquer verba pública em proveito próprio ou de terceiros, já que todos os atos praticados seguiram o determinado na legislação pertinente. (fl. 546).

Ao final, a defesa requereu a absolvição dos acusados, com base no inciso III do art. 386 do CPP (não constituir o fato infração penal) (fl. 546, v. 3).

O Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Pará proferiu sentença, em 16/02/2011, condenando o réu Luiz Furtado Rebêlo, em concurso material (art. 69 do CP), pelas condutas descritas no art. 1º, I e V, do Decreto-Lei 201/1967, e, Luiz Furtado Rebêlo Filho, pelo comportamento inserido no art. 1º, I, do mesmo dispositivo legal, c/c o art. 29 do CP (cópia às fls. 548-555, v. 3).

Os réus interpuseram embargos de declaração. Sustentaram omissão na análise das provas carreadas aos autos: a) existência de autorização legislativa para a feitura do contrato de mútuo (fls. 564-565, v. 3); b) desprezo do depoimento da testemunha Abílio Joaquim da Costa Filho, que complementa informações do documento do Banco do Brasil — v. fls. 488-489, v. 2 (fls. 566-569). Outrossim, alegaram privilégio de foro do réu Luiz Furtado Rebêlo, que fora diplomado deputado estadual — em 17/12/2010, cf. fl. 590, v. 3 (fls. 570-571).

Contrarrazões pelo Ministério Público Federal às fls. 593-594, v. 3.

Às fls. 602-604, v. 3, o juízo de 1º grau acolheu parcialmente os embargos para determinar a nulidade da sentença somente em relação a *Luiz Furtado Rebêlo*, determinando a remessa dos autos a este TRF.

Na manifestação de fl. 651, v. 3, o Ministério Público Federal, ciente de todo o teor dos autos, e entendendo válidos todos os atos praticados até a apresentação das alegações finais da defesa (fls. 542-546, v. 3), requereu o regular prosseguimento do feito, nos termos do parecer de fls. 614-616, v. 3.

Por oportuno, registro que os autos da ação penal em desfavor do corréu Luiz Furtado Rebêlo Filho, condenado em 1ª instância, sujeitos a apelação, foram distribuídos, já tendo sido relatados.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Antônio Oswaldo Scarpa:
— Luiz Furtado Rebêlo foi denunciado como incurso nas penas do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967.

Atualmente, o réu ocupa o cargo de deputado estadual pelo Estado do Pará, cuja Constituição prevê que os ocupantes de tal cargo, desde a data da diplomação, serão submetidos a julgamento, por crime comum, perante o respectivo Tribunal de Justiça (arts. 95, § 1º, e 161, inciso I, alínea b). Assim, por simetria, a competência para julgar o feito voltou a ser deste Regional, desde o dia 17/12/2010 (cf. fl. 590, v. 3).

Estando válidos todos os atos realizados até a apresentação das alegações finais da defesa, em 15/12/2010 (fls. 542-546, v. 3), eis que praticados pelas respectivas autoridades competentes, passo à análise do feito.

O Ministério Público Federal sustenta, em síntese, que o conjunto probatório acostado aos autos é suficiente para embasar a condenação do denunciado (fl. 539, v. 3).

Não procede a pretensão acusatória deduzida na denúncia.

O dispositivo legal em tela assim dispõe:

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Olindo Menezes, Ítalo Mendes e Mônica Sifuentes e os Exmos. Srs. Juízes Federais Klaus Kuschel e Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocados).

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I – apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

Ocorre que os elementos probatórios colhidos nos autos comprovam não ter havido apropriação de bens ou rendas públicas, ou desvio em proveito próprio ou alheio. Senão vejamos.

Em sua resposta escrita fls. 282-292, v. 2, a defesa do réu ofereceu a seguinte versão dos fatos:

– “Ao contrário do que está sendo enfaticamente afirmado pelo Ministério Público Federal, os valores oriundos do empréstimo realizado *INGRESSARAM, SIM, NAS CONTAS DA PREFEITURA MUNICIPAL DE BREVES*” (fl. 285);

– pode-se verificar, “dos documentos apresentados na Denúncia”, que “foram entregues à Secretária Municipal de Educação de Breves as quantias de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais), nas datas de 19/12/2003 e 23/12/2003, respectivamente.” (fl. 285);

– todas as transações bancárias efetuadas encontram lastro na documentação juntada pelo manifestante, qual seja, os extratos das contas FOPAG’s do Banco do Brasil e BANPARÁ, da época das transações;

– Em resposta ao ofício n. 154/2007 - Gabinete do Prefeito, datado de 20 de dezembro de 2007, o Gerente Geral da Agência de Breves do Banco do Brasil, Dr. Cláudio Jardim Birro, forneceu cópia *do extrato das fitas contendo detalhes do caixa executivo que prestou o atendimento à Prefeitura Municipal de Breves nas datas citadas (19/12/2003 e 23/12/2003) com a Integra das Sessões de Atendimento Envolvidas* (fl. 287);

– “[...] conforme também demonstrado, os professores da rede pública municipal de ensino perceberam seus pagamentos (salário de dezembro e 13º salário) em data, *frise-se, ANTERIOR ÀQUELA EM QUE AS VERBAS DO FUNDEF FORAM DISPONIBILIZADAS NAS CONTAS DA PREFEITURA*” (resposta apresentada por LUIZ FURTADO REBÊLO, fl. 287).

Por sua pertinência, da resposta escrita apresentada pelo corréu destaque as seguintes alegações:

– “Tendo em vista as [...] infrutíferas tentativas de empréstimo junto às instituições financeiras locais, a Prefeitura Municipal de Breves procurou a empresa Posto Progresso Ltda., justamente pela proximidade que há entre os sócios e a atual gestão municipal, com o escopo de obter recursos, sem ônus para as partes.” (fl. 323, v. 2);

– “Não vendo maiores problemas na transação, já que não haveria danos ou ônus para nenhuma das partes, o gerente da empresa Posto Progresso Ltda. e também sócio minoritário, Sr. Alexandre Pinto Melo, decidiu, na ausência do sócio majoritário, ora Defendente, por sua conta e risco, firmar o contrato de mútuo com a Prefeitura de Breves, liberando, por conseguinte, o valor solicitado de R\$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil reais)” (fl. 323);

– “Conforme demonstram os extratos da conta n. 9699, Agência 0558-4, pertencente ao Posto Progresso Ltda., já anexados ao Inquérito, nas datas de 19/12/2003 e 23/12/2003 foram retiradas do Fundo de Investimento as quantias de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), respectivamente, sendo que nas mesmas datas foram descontados cheques nos respectivos valores.

19. Em razão de ter em caixa, disponível, o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), optou-se por não retirar também este valor do fundo de investimento.

20. Assim, após terem sido os cheques descontados, o gerente do Posto Progresso Ltda., Sr. Alexandre Pinto Melo, entregou, mediante recibos, a quantia de R\$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil reais) à Secretária de Educação do Município, Sra. Maria do Socorro Cavalcante Cunha, conforme demonstram cópias já acostadas aos autos do Inquérito administrativo (fls. 138 e 139) dos recibos por ela assinado” (fl. 324);

[...]

“30. [...] o mesmo caixa que efetuou a transação de retirada do dinheiro dos fundos de investimento da Empresa Posto Progresso Ltda. efetuou a transferência/dépósito da mesma quantia nas contas da FOPAG da Secretaria Municipal de Educação de Breves, o que comprovaria a origem e destino do dinheiro.” (fl. 326).

Em Juízo, o réu, Luiz Furtado Rebelo, apresentou a mesma versão dos fatos, sustentando que não houve o alegado desvio de recursos do Fundef (DVD, fl. 648, v. 3).

Com efeito, as provas carreadas aos autos comprovam que o Posto Progresso Ltda., de fato, emprestou a quantia de R\$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil reais) para a Prefeitura de Breves, nos dias 19 e 23 de dezembro de 2003, quantia destinada ao pagamento de 13º salário dos professores e servidores da rede municipal, e que foi devolvida pela Administração daquele município à citada empresa em 30 de dezembro do mesmo ano, tão logo recebido o repasse do Fundef.

Nesse mesmo sentido, ao julgar a Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa 2006.39.00.009899-7/PA, proposta pelo Ministério

Público Federal em face do acusado e do corréu, pelos mesmos fatos em comento, entendeu o magistrado:

[...] a despeito das irregularidades mencionadas, inclusive quanto aos elementos de validade do negócio jurídico firmado, o argumento de que o Posto Progresso Ltda. teria transferido previamente para a Prefeitura de Breves a importância correspondente aos valores apostos nos cheques n. 851733 (R\$ 110.000,00) e 851735 (R\$ 150.000,00), objeto do presente processo, encontra firme sustentação às fls. 557-558. Isso porque, ali se observam as fitas de atendimento da agência bancária do Banco do Brasil no Município de Breves (ag. 0558) relativas aos dias 19 e 23/12/2003, nas quais se constata o ingresso na conta-corrente da prefeitura e especificamente na conta vinculada à Secretaria de Educação, o adiantamento do numerário em questão.

Entretanto, tal assertiva afasta unicamente as hipóteses de enriquecimento ilícito do administrador e terceiro e de dano ao erário municipal. Não se presta, pois, a isentar seus participantes da grave violação aos princípios administrativos da legalidade e finalidade pública, já que os recursos do FUNDEF jamais poderiam ter sido utilizados no pagamento de mútuo firmado pelo município, em franco desvirtuamento de sua destinação constitucional.

Observe-se que a alegação de erro material na data em que o contrato de mútuo gratuito fora ajustado (fls. 120-121) - previamente ao depósito em debate e não um ano depois, conforme consta no instrumento - tão somente se presta para eventualmente afastar a possibilidade de simulação no ajuste, mas em nada contribui para infirmar os robustos elementos que descrevem a promiscuidade entre as atividades empresariais da família do prefeito e a administração municipal. [...]

A verdade é que, para o suposto mútuo, dispunha a municipalidade de inúmeros bancos oficiais, além das outras esferas governamentais que poderiam eventualmente lhe prestar auxílio. Obviamente isso implicaria em custos financeiros, mas que, dependendo da situação financeira do município, poderia ser justificada. O presente empréstimo familiar, ao revés, negligencia os princípios administrativos constitucionalmente consagrados aplicáveis à administração pública, cuja violação não é admitida no ordenamento jurídico pátrio, por serem indicadores e condicionantes da boa gestão e da probidade administrativa.

[...]

Isto posto, tenho que os réus LUIZ FURTADO REBÊLO e LUIZ FURTADO REBÊLO FILHO, em concurso subjetivo, incluindo-se o POSTO PROGRESSO LTDA., praticaram a conduta descrita no art. 11, I da Lei n. 8.429/1992. (fls. 512-514, v. 3 - grifei).

Verifica-se que também aquele magistrado entendeu que a alegada prévia transferência de recursos do Posto Progresso Ltda. para a Prefeitura de

Breves encontrava firme sustentação naqueles autos. A condenação em primeira instância deu-se por violação aos princípios da Administração.

A Quarta Turma deste Regional, ao julgar a Apelação Cível 0009882-48.2006.4.01.3900 (2006.39.00.009899-7)/PA, interposta pelo réu contra a sentença exarada na supracitada ação civil pública, foi além, entendendo não configurado ato de improbidade, mas simples ilegalidade administrativa. O acórdão da mencionada apelação cível ficou assim ementado:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DESTINAÇÃO ATÍPICA DE RECURSOS DO FUNDEF. APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92 A AGENTES POLÍTICOS. AUSÊNCIA DE DOLO E DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU PREJUÍZO AO ERÁRIO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MERAS IRREGULARIDADES E NÃO ATOS DE IMPROBIDADE. ABSOLUÇÃO.

[...]

2. Fatos incontroversos nos autos: na inexistência de verba suficiente do FUNDEF para o pagamento do 13º (décimo terceiro) salário dos professores da rede municipal, em dezembro/2003, dado o atraso no repasse das verbas desse Fundo, o Município, em vez de recorrer à rede bancária, perante a qual pagaria juros e necessitaria de autorização legislativa, contraiu empréstimo privado para saldar folha e, recebendo os recursos do Fundo, incontinenti repassou ao mutuante os respectivos valores, na exata medida do reembolso. O contrato veio a ser avalizado pelo legislativo local.

3. O fato importou a condenação do gestor e da empresa mutuante (e de cotista majoritário) por improbidade administrativa, nas sanções do art. 12, III da Lei 8.429/92, por violação do art. 11, I ('praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;'), condenação que não se credencia à confirmação, considerando que a operação, a despeito de tipificar uma irregularidade administrativa, não esteve informada pela má-fé, pelo dolo, pela desonestidade, não tendo, conseqüentemente, aproximação com ato de improbidade.

4. Não houve, também, nenhum prejuízo ao erário, nem a mutuante obteve proveito na operação. O fato de o contrato ter sido firmado com uma empresa cujo principal cotista (90% das cotas) era filho do gestor, apesar de moralmente reprovável, não tem aptidão material para, por si só, justificar a condenação por improbidade, mesmo porque não se cogita que a empresa haja obtido algum proveito na operação.

5. Os atos de improbidade descritos no art. 11 da Lei 8.429/92 não se confundem com simples ilegalidades administrativas ou inaptidões funcionais, devendo apresentar aproximação objetiva com a

essencialidade da improbidade, consubstanciada na inobservância dos princípios regentes da atividade estatal. O elemento subjetivo do agente deve estar sempre presente para a configuração da conduta impropria. A modalidade culposa somente é admitida nas hipóteses de atos que acarretem lesão ao erário (art. 10).

6. Apelação provida.

(AC 0009882-48.2006.4.01.3900/PA, rel. Des. Federal Olindo Menezes, Quarta Turma, e-DJF1, p. 533, de 26/07/2013).

Por sua pertinência, do inteiro teor deste julgado destaca:

As provas indicam, e a sentença o confirma, que não ocorreu dano ao erário e/ou enriquecimento ilícito por parte dos apelantes, e a própria descrição dos fatos atesta que também não houve o dolo da má-intenção, a má-fé, desonestidade na conduta dos acionados no intuito de atentar contra os princípios regentes da Administração Pública. Houve, sim, apenas uma atipicidade administrativa formal, explicada pelas circunstâncias, sem nenhuma aproximação com a desonestidade, palavra-chave da alma da improbidade administrativa.

Em 10/12/2003, a Secretária Municipal de Educação informa ao Prefeito de Breves Luiz Furtado Rebelo que 'em análise da disponibilidade dos recursos financeiros da Secretaria Municipal de Educação, oriundos do FUNDEF, para o pagamento dos professores e funcionários da rede municipal neste final de ano, verificamos a possibilidade de não ser possível saldar todos os pagamentos, em especial do 13º salário até o dia 20 do mês de dezembro.' (fl. 116), ao que se seguiu despacho do Prefeito encaminhando o ofício para análise da Secretaria de Finanças da Prefeitura, para verificar a possibilidade de remanejamento de recursos.

Em 12/12/2003, a Secretaria de Finanças informa à Prefeitura que 'verificando os recursos desta Secretaria, não existe possibilidade de remanejamento, pois neste período vencem os compromissos de pagamento de pessoal da administração, com acréscimo de 13º salário'. (fl. 117). No mesmo documento, acrescenta que 'na esfera privada os juros de empréstimo para 30 (trinta) dias está fixado em média 7%, e havendo ônus ao município necessitará de autorização legislativa, conforme determina o artigo 21, III, da Lei Orgânica Municipal [...] Desse modo o empréstimo com ônus, fora das instituições bancárias estatais, estaria prejudicado, pois demandaria tempo para a tramitação legislativa, e restam somente poucos dias para o vencimento dos salários dos servidores da educação.'

Ainda naquele dia, o então prefeito Luiz Furtado Rebelo comunica ao Presidente da Câmara Municipal e demais Vereadores, através do Ofício 193/2003 (fl. 118), que a Prefeitura firmaria um contrato particular de empréstimo, sem ônus, com

o Posto Progresso Ltda., a fim de 'salvaguardar uma digna comemoração natalina e de final de ano dos nossos servidores', recebendo como resposta, em 15 de dezembro de 2003, de que a Câmara estaria de pleno acordo com o propósito (fl. 119).

E assim veio a ser firmado o Contrato Particular de Empréstimo de Empresa Particular sem ônus (fls. 120-121), no qual o credor, Posto Progresso Ltda., representado por Alexandre Pinto Melo, concede empréstimo ao devedor – Prefeitura Municipal de Breves, representada pelo Prefeito Luiz Furtado Rebelo, no valor de R\$ 260.000,00, mediante algumas condições: (i) a quantia emprestada deveria ser restituída ao credor até o último dia útil do mês de dezembro de 2004, sem acréscimo de juros e correção monetária, ou qualquer incidência de outros acréscimos; (ii) na falta de pagamento na data aprazada, o devedor pagaria uma multa percentual de 1% ao mês, acrescido de correção monetária sobre o montante apurado; (iii) o empréstimo destina-se integralmente à complementação emergencial do pagamento do 13º salário do funcionários públicos municipais (docentes) lotados na Secretaria de Educação; e (iv) a fonte do recurso a ser restituído deverá obrigatoriamente ser do FUNDEF.

O contrato está datado de 15/12/2004, e não 15/12/2003, o que é atribuído a erro material, que foi superado pela sentença, afastando uma eventual simulação, em face da comprovação de que os recursos ingressaram no erário municipal em 2003 (fls. 687 – 688), fato dado como incontroverso na prova dos autos, analisada pelo julgador.

A partir dos extratos de fls. 312-313, verifica-se que em 19/12/2003 e 23/12/2003 realmente houve uma retirada da conta corrente do Posto Progresso Ltda., no valor de R\$ 250.000,00. Segundo a justificativa apresentada (fl. 308), o valor de R\$ 10.000,00 não foi retirado, pois estava disponível em caixa. Os recibos anexados às fls. 122 - 123, com a assinatura da Secretária Municipal de Educação, demonstram que a Prefeitura recebeu a quantia de R\$ 260.000,00 do Posto Progresso Ltda., nos dias 19 e 23 de dezembro de 2003.

Pelos documentos de fls. 326-336, pode-se constatar que foram creditados nas contas destinadas a pagamento de pessoal da Prefeitura de Breves (FOPAG) os seguintes valores, assim especificados: a) em 19.12.2003, depósito na conta 10.577-5, agência 558-4 do Banco do Brasil no valor de R\$ 92.619,15 (fl. 327); b) em 19.12.2003, creditado na conta 17029-1, agência 019 do Banco do Estado do Pará (CRED TED), no valor de R\$ 138.376,34 (fl. 330); c) em 22.12.2003, creditado na conta 17029-1, agência 019 do Banco do Estado do Pará (CRED TED), o valor de R\$ 7.365,85 (fl. 330); d) em 23.12.2003, depósito na conta 10.577-5, agência 558-4 do Banco do Brasil no valor de R\$ 148.311,05 (fl. 328); e e) em 23.12.2003, creditado na conta 17029-1, agência 019 do Banco do Estado do Pará (CRED TED), o valor de R\$ 10.367,95 (fl. 330).

O somatório sugere que os valores creditados nas contas da Prefeitura de Breves, no período de 19/12/2003 a 23/12/2003, podem ter superado os R\$ 260.000,00 que constituem o objeto da ação e da sentença, mas, de toda forma, para o que é relevante ao caso, os documentos de fls. 557-558 atestam que a transação foi devidamente concluída, pois comprovam o ingresso do numerário na conta corrente vinculada à Secretaria de Educação municipal.

Por outro lado, o documento de fl. 333 dá conta de que apenas foi depositado, pela União, o valor de R\$ 281.147,08 na conta destinada a recebimento do FUNDEF, no dia 30/12/2003, data na qual foram compensados os cheques n. 851733 e 851735, nos valores de R\$ 110.000,00 e R\$ 150.000,00 respectivamente.

Isso mostra que não há nenhum elemento nos autos que demonstre dano ao erário ou enriquecimento ilícito por parte dos apelantes. Não houve, também, em termos reais, nenhuma ofensa à destinação legal dos valores do FUNDEF, considerando-se que o pagamento dos professores em dezembro de 2003, no item 13º salário, fora efetuado anteriormente, na data certa, com os recursos do empréstimo, em face do que o repasse dos recursos do Fundo ao mutuante apenas reembolsa o empréstimo.

Há comprovação documental de que os valores emprestados à Prefeitura pelo Posto Progresso Ltda. foram devidamente creditados nas contas destinadas ao pagamento dos servidores municipais, e, posteriormente, foram restituídos à pessoa jurídica assim que os valores foram depositados pela União, na conta do FUNDEF.

Se o Município, seguindo à risca os ditames da Lei Complementar n. 101/2000 ('prévia e expressa autorização para a contratação, no texto da lei orçamentária, em créditos adicionais ou lei específica' – art. 32, § 1º, I), como sustenta o MPF, tivesse recorrido a empréstimo na rede bancária, teria que obter o aval da Câmara Municipal, pagar juros e outros acréscimos e possivelmente ainda atrasaria o pagamento dos professores, dada a exiguidade dos prazos, sem falar que, em se tratando de uma despesa por conta do FUNDEF, o reembolso, de uma forma ou de outra, teria que sair necessariamente desse Fundo.

O que a inicial e a sentença leram como ato de improbidade não passa, bem vistos os fatos, de mera irregularidade, sem aptidão para malferir o erário e sem dolo ou má-fé ou má-intenção do gestor. Não houve violação material (substancial) aos princípios da administração, nem à regra do art. 11, inciso I, da Lei 8.429/1992 - 'praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência.'

O fato de o contrato ter sido firmado com uma empresa em que o principal cotista (subscritor de 90% das cotas) era filho do Prefeito, também

rêu na ação, apesar de moralmente condenável, não tem aptidão material para, por si só, justificar a condenação por improbidade, mesmo porque não se cogita que a empresa haja obtido algum proveito na operação.

[...]

3. Tal o contexto, dou provimento à apelação, reformo a sentença de fls. 681 - 691 e julgo improcedente a ação de improbidade administrativa, absolvendo os apelantes das imputações improbas veiculadas na petição inicial.

É o voto.

A celebração do dito empréstimo e sua utilização para pagamento do 13º salário dos servidores da rede municipal está comprovada documentalmente nestes autos, de modo a afastar a materialidade do crime previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967. Nesse sentido, destaco as cópias dos seguintes documentos: — ofícios das Secretarias Municipais de Educação e de Planejamento e Finanças do município, enviados ao prefeito, em 10/12/2003 (fl. 143) e 12/12/2003 (fl. 153), relatando a falta de recursos financeiros da Secretaria Municipal de Educação para saldar, especialmente, o 13º salário até o dia 20/12/2003; — ofício do prefeito para a Câmara Municipal de Breves, de 12/12/2003, sobre o Contrato Particular de Empréstimo sem Ônus a ser firmado entre a Prefeitura e o Posto Progresso Ltda. (fl. 129); - ofício do presidente da Câmara Municipal para o prefeito, de 15/12/2003, concordando com a celebração do referido contrato (fl. 130); — Contrato Particular de Empréstimo de Empresa Particular Sem Ônus celebrado entre a Prefeitura e o Posto Progresso Ltda. (fls. 131-132); — recibos emitidos pela Secretária Municipal de Educação, em 19 e 23/12/2003, nos valores de R\$ 100.000,00 e R\$ 160.000,00 (fls. 134 e 133); — extratos do Banco do Brasil (fls. 307-310, 488-493 e 496-499, v. 2, e fls. 503-505, v. 3) e do Banco do Estado do Pará (fls. 494-495, v. 2).

Além disso, as alegações da defesa foram ratificadas, em Juízo, pelas testemunhas de acusação e de defesa Elizabeth Maria da Silva Lima (Secretária de Finanças) e Maria do Socorro Cavalcante da Cunha (Secretária de Educação), assim como pelas testemunhas de defesa Abílio Joaquim da Costa Filho (gerente da agência do Banco do Brasil) e Idjalma Rodrigo Câmara Paes (presidente da Câmara de Vereadores).

Ressalto que Abílio Joaquim da Costa Filho, gerente da agência do Banco do Brasil de Breves/PA, declarou que, quando o prefeito o procurou, a fim de obter um empréstimo para complementar o 13º salário de funcionários, respondeu que a prefeitura não tinha cadastro suficiente para obter um empréstimo daquele banco. Então, como, na condição de gerente, tinha

acesso aos saldos das contas-correntes dos clientes da agência, sugeriu ao prefeito que pedisse empréstimo à empresa Posto Progresso Ltda., cujo sócio majoritário era um filho do próprio prefeito e que tinha saldo suficiente para a mencionada transação. Acrescentou que o próprio depoente providenciou a transferência dos valores e deu o comando para a liberação da folha de pagamento. Outrossim, afirmou que não estava na cidade quando da operação de devolução do empréstimo, mas que toda a operação pode ser verificada através dos extratos bancários. Declarou, ainda, que não viu prejuízo para nenhuma das partes, que a folha de pagamento para a qual foi liberado o dinheiro não era geral, mas específica da Educação, como aparece na fita-detache: Secretaria de Educação – Fopag.

Por sua vez, Idjalma Rodrigo Câmara Paes, então presidente da Câmara de Vereadores, declarou que o pedido do prefeito, sobre o empréstimo em tela, foi aprovado pelas devidas comissões daquele órgão. Acrescentou que, de fato, os funcionários da Prefeitura receberam o 13º salário antes do Natal de 2003.

Ora, para a decretação de um édito condenatório, necessário se faz que se comprove que o acusado praticou dolosamente os elementos constitutivos do tipo penal, no caso, o previsto no inciso I do art. 1º do

Decreto-Lei 201/1967, o que não ocorreu no caso em comento.

Com efeito, a conduta carece de tipicidade formal, porquanto não houve desvio em proveito próprio ou alheio, bem como de tipicidade material, uma vez que não causou qualquer prejuízo ao ente público, antes, viabilizou o pagamento tempestivo do 13º salário dos professores e servidores da Educação. Se este Tribunal, em acórdão transitado em julgado, examinando os mesmos fatos, afirmou a inexistência de improbidade administrativa, com mais força há de se reconhecer a inexistência de crime.

Dessarte, não constituindo o fato infração penal, impõe-se a absolvição do acusado da imputação que lhe foi feita na denúncia.

Diante do exposto, julgo improcedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia, absolvendo o réu Luiz Furtado Rebêlo da imputação que lhe foi feita (art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967), com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

É como voto.

Terceira Seção

Numeração única: 0038667-63.2005.4.01.3800

Embargos Infringentes 2005.38.00.039134-8/MG

Relator : Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Embargante: João Rabelo Neto
Advogado: Dr. Sebastião Rabelo de Oliveira
Embargada: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Dr. João Cardoso da Silva e outros
Publicação: e-DJF1 de 29/10/2013, p. 918

Ementa

Processual Civil. Embargos infringentes. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. Taxa progressiva de juros. Opção retroativa. Comprovação. Declaração de opção. Homologação da Justiça do Trabalho. Desnecessidade.

I. Firmou-se nesta Seção o entendimento de que, se há vínculo empregatício na vigência da Lei 5.107/1966, e o trabalhador faz sua opção ao FGTS com base nesta lei, ou faz opção retroativa nos termos das Leis 5.958/1973, 7.839/1989 ou 8.036/1990, desde que a retroação alcance data anterior à publicação da Lei 5.705/1971, que unificou a taxa de juros em 3% ao ano, persiste o direito à aplicação da progressividade da taxa de juros na respectiva conta vinculada. (EIAC 0020057-69.2008.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Souza Prudente, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Terceira Seção, e-DJF1, p. 208, de 20/06/2013.)

II. “O direito à taxa progressiva de juros para os que optaram de forma retroativa ficou condicionado à concordância do empregador e à comprovação de que o trabalhador era empregado em 1º/1/1967 ou, então, teria sido admitido até 22/09/1971. Esta comprovação poderá ser feita através de cópia da carteira de trabalho ou de qualquer outro documento hábil no qual se extraia a anuência do empregador e a data da opção” (AgRg no REsp 1191921/RJ, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe 06/10/2010).

III. “A homologação do termo de opção retroativa pela Justiça do Trabalho não é requisito imprescindível para a validade da mesma, conforme assevera a CEF. Na espécie, verifica-se que, das declarações de opção e das cópias das carteiras de trabalho trazidas aos autos pelos promoventes constam a inequívoca aquiescência dos respectivos empregadores e a comprovação de que aqueles foram admitidos antes de 1º/01/1967. Além disso, o Decreto 73.423/1974, em que se funda a alegada necessidade de homologação pela Justiça do Trabalho, foi revogado pelo Decreto 99.684/1990, hodiernamente em vigor, o qual não reproduziu a aludida exigência homologatória.” (AC 0007448-72.2008.4.01.3300/BA, rel. Des. Federal Souza Prudente, rel. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado), Quinta Turma, e-DJF1, p. 60, de 23/07/2013.)

IV. Na hipótese dos autos, observo que o autor, além das cópias da carteira de trabalho, em que comprova vínculo empregatício com o Banco Real no período entre 16 de julho de 1956 e 7 de outubro de 1994, apresentou cópia de *Declaração de Opção* em que exerceu, “retroativamente, a partir de 1º de janeiro de 1967 a opção pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)” [fl. 16], documento firmado pelo autor em 15 de setembro de 1994, com a concordância do Banco Real.

V. Plausível a pretensão do autor, no sentido de ver prevalecer o voto, vencido, que concluiu pela efetividade da comprovação do seu direito, nos termos: “Dos elementos carreados para os presentes autos, verifica-se que o autor da demanda formulou opção pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 1967, conforme se vê do documento de fls. 16, tendo ajuizado a presente demanda em 7 de novembro de 2005, encontrando-se, pois, atingidas pela prescrição, apenas, aquelas parcelas relativas ao período compreendido entre 1º de janeiro de 1967 e 7 de novembro de 1975, conforme assim consignado na sentença recorrida.”

VI. Embargos infringentes do autor aos quais se dá provimento.

Acórdão

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

3ª Seção do TRF 1ª Região – 22/10/2013.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:
— Trata-se de embargos infringentes interpostos por João Rabelo Neto contra o v. acórdão da Sexta Turma que, por maioria, em demanda sob rito ordinário, com vistas à aplicação da taxa progressiva de juros a saldos de conta vinculada ao FGTS, mediante opção retroativa, julgou nos termos a seguir ementados:

PROCESSUAL CIVIL. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. TAXA PROGRESSIVA DE JUROS. OPÇÃO RETROATIVA.

1. Não há nos autos documento apto a comprovar a opção retroativa permitida pela Lei 5.958/73, que assegure a pretensão do autor em ter

sua conta vinculada remunerada com a aplicação da taxa progressiva de juros.

2. Apelação da CEF a que se dá provimento.

2. Pretende o autor que prevaleça o voto, vencido, do e. Des. Federal relator, Souza Prudente, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela Caixa, no entendimento de que

[...] o autor optou pelo regime do FGTS, com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 1967, nos termos da Lei 5.958, de 10 de dezembro de 1973, fazendo jus, portanto, à incidência dos chamados juros progressivos, nos termos da Lei n. 5.705/1971, na linha do entendimento jurisprudencial já sumulado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, na dicção

de que 'os optantes pelo FGTS, nos termos da Lei 5.958, de 1973, têm direito à taxa progressiva dos juros, na forma do art. 4. da lei 5.107, de 1966' (Súmula 154/STJ).

3. Em suas razões de recurso, fls. 208-215, alega o apelante, em síntese, que os documentos apresentados às fls. 15-17, tal como entendido pelo relator e pelo magistrado em primeira instância, são válidos como prova da opção retroativa a 1º/01/1967, assegurado, pois, o seu direito à aplicação da taxa progressiva de juros sobre o saldo de sua conta vinculada ao FGTS.

4. Com a impugnação aos embargos, fls. 218-221, em que a CEF pediu a prevalência do voto vencedor, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Cinge-se a controvérsia posta nos embargos infringentes ao cabimento da aplicação da progressividade da taxa de juros prevista na Lei 5.107/66 a saldos de FGTS, no caso em que a opção, posterior à Lei 5.705/1971, tenha sido comprovada por meio de cópia de *Declaração de Opção*.

2. Inicialmente, cabível destacar alguns pontos na linha histórica da legislação que trata da progressividade dos juros nas contas vinculadas ao FGTS.

3. A Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966, criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, tendo instituído, em seu § 4º, o sistema de progressão da taxa de juros a ser aplicada aos depósitos do Fundo.

4. De sua vez, a Lei 5.705, de 21 de setembro de 1971, unificou a taxa de capitalização dos juros do sistema em 3% (três por cento) ao ano, porém resguardou a progressividade do sistema anterior, instituído pela Lei 5.197/1966, para até 6% (seis por cento) ao ano, quanto às contas vinculadas dos empregados optantes existentes à data de sua publicação, conforme:

Art. 1º O artigo 4º da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, com as modificações introduzidas pelo Decreto-lei nº 20, de 14 de setembro de 1966, passa a vigorar com a seguinte redação, revogados os parágrafos 1º e 2º.

"Art. 4º A capitalização dos juros dos depósitos mencionados no art. 2º far-se-á à taxa de 3% (três por cento) ao ano."

Art. 2º Para as contas vinculadas aos empregados optantes existentes a data da publicação desta lei, a capitalização dos juros dos depósitos de que trata o art. 2º da Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966, com as modificações introduzidas pelo Decreto-lei 20, de 14 de setembro de 1966, continuará a ser feita na seguinte progressão:

I - 3% (três por cento) durante os dois primeiros anos de permanência na mesma empresa;

II - 4% (quatro por cento) do terceiro ao quinto ano de permanência na mesma empresa;

III - 5% (cinco por cento) do sexto ao décimo ano de permanência na mesma empresa;

IV - 6% (seis por cento) do décimo primeiro ano de permanência na mesma empresa, em diante.

5. Por sua vez, a Lei 5.958, de 10 de dezembro de 1973, veio conferir faculdade àqueles que então eram empregados e não tinham optado pelo regime instituído pela Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966, o direito de fazê-lo, com eficácia retroativa a 1º de janeiro de 1967, ou à data de suas admissões ao emprego, se posteriores, desde que contassem com a aquiescência do empregador, o que significa dizer que lhes conferiu igual direito ao outorgado aos que optaram anteriormente à unificação da taxa dos juros em 3% (três por cento) ao ano, consoante o texto:

Art. 1º Aos atuais empregados, que não tenham optado pelo regime instituído pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, é assegurado o direito de fazê-lo com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 1967 ou à data da admissão ao emprego se posterior àquela, desde que haja concordância por parte do empregador.

§ 1º O disposto neste artigo se aplica também aos empregados que tenham optado em data posterior à do início da vigência da Lei número 5.107, retroagindo os efeitos da nova opção a essa data ou à da admissão.

6. A controvérsia acerca do direito à taxa progressiva de juros, na forma do disposto pelo art. 4º da Lei 5.107/1966, dos optantes pelo FGTS nos termos da Lei 5.958/1973, foi aclarada pelo Enunciado 154 da Súmula de jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça, na orientação de que:

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Selene Almeida e Kassio Marques e o Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado).

OS OPTANTES PELO FGTS, NOS TERMOS DA LEI N. 5.958, DE 1973, TEM DIREITO A TAXA PROGRESSIVA DOS JUROS, NA FORMA DO ART. 4. DA LEI N. 5.107, DE 1966.

(Súmula 154, Primeira Seção, julgado em 22/03/1996, DJ 15/04/1996, p. 11.631.)

7. Esta Terceira Seção, por ocasião dos Embargos Infringentes na AC 0020057-69.2008.4.01.3500/GO (2008.35.00.020244-0/GO), de relatoria do e. Des. Federal Souza Prudente, e do qual fui relator para o acórdão, e-DJF1, p. 208, de 20/06/2013, firmou a orientação de que, se há vínculo empregatício na vigência da Lei 5.107/1966, e o trabalhador faz sua opção ao FGTS com base nesta lei, ou faz opção retroativa nos termos das Leis 5.958/1973, 7.839/1989 ou 8.036/1990, desde que a retroação alcance data anterior à publicação da Lei 5.705/1971, que unificou a taxa de juros em 3% ao ano, persiste o direito à aplicação da progressividade da taxa de juros na respectiva conta vinculada.

8. Em voto vista por mim proferido naquela sessão, citei julgado da colenda 7ª Turma do TRF 2ª Região (AC 0008431-68.2011.4.02.5101, unânime, rel. Juiz Federal Eugênio Rosa de Araújo (convocado) data de julgamento 15/01/2013, cujos termos bem explicitam a situação apresentada, consoante:

ADMINISTRATIVO. FGTS. TAXA PROGRESSIVA DE JUROS. OPÇÃO FEITA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 5.958/73. EFEITOS RETROATIVOS PARA DATA EM QUE JÁ VIGORAVA A LEI Nº 5.705/71.

1. Quando existente vínculo empregatício na vigência da Lei nº 5.107/66, tendo o trabalhador feito a opção ao FGTS com base nesta lei ou feito a opção retroativa nos termos das Leis nºs 5.958/73, 7.839/89 ou 8.036/90 (para data anterior à publicação da Lei nº 5.705/71), aplica-se sobre o saldo da respectiva conta vinculada a progressividade da taxa de juros conforme disposto no caput e nos incisos do artigo 4º daquele primeiro diploma legal: de 3% (três por cento) durante os dois primeiros anos de permanência na mesma empresa; de 4% (quatro por cento) do terceiro ao quinto ano de permanência na mesma empresa; de 5% (cinco por cento) do sexto ao décimo ano e permanência na mesma empresa; e de 6% (seis por cento) do décimo-primeiro ano de permanência na mesma empresa, em diante. Tal direito, contudo, perdura até a data em que o empregado mude de empresa após a publicação da Lei nº 5.705/71, visto que, a partir de quando iniciado novo contrato de trabalho dentro da sistemática adotada por esta lei, passa a vigorar a regra do parágrafo único do seu artigo 2º, que prevê a taxa única de 3% ao ano.

2. Conforme documentação juntada aos autos, o autor foi admitido pela RFFSA como servidor público em 25/10/1956, tendo optado pelo Regime da CLT em 20/08/1987, ocasião em que requereu,

com o aval da empregadora, perante a Justiça do Trabalho, que seu contrato de trabalho fosse regido pelas disposições da Lei nº 5.107/1966, e que os efeitos da sua opção pelo FGTS retroagissem a 1º de janeiro de 1977.

3. Porém, para que o autor tivesse direito à taxa de juros progressivos prevista no art. 4º da Lei nº 5.705/71, ao fazer sua opção pelo regime do FGTS deveria ter retroagido seus efeitos para data anterior à entrada em vigor da Lei nº 5.705/71, que estabeleceu a taxa única de 3% (três por cento).

4. Consigne-se que tendo a ré agido de acordo com a legislação de regência da matéria ao aplicar a taxa de 3% (três por cento) sobre o saldo da conta vinculada ao FGTS de titularidade do autor, resta prejudicado o pedido relativo ao recebimento de danos morais em razão da não incidência da taxa progressiva de juros.

5. Tendo o autor decaído da integralidade do seu pedido, cabe-lhe arcar com os honorários advocatícios em favor da CEF. Cumpre salientar que, consoante restou definido na sentença recorrida, o art. 12 da Lei nº 1.060/50 não é incompatível com a assistência judiciária gratuita e integral, eis que o eventual pagamento de honorários, no prazo de cinco anos, depende da mudança do estado econômico do autor, que não se encontraria mais como hipossuficiente.

6. Apelo conhecido e desprovido.

9. Do mesmo julgado, o voto condutor, que bem discorreu sobre o tema:

Sobreveio, então, a Lei nº 7.839/89, que continuou preservando a mesma sistemática estabelecida pelo caput e pelo parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 5.705/71 (resguardo do direito adquirido à progressividade da taxa de juros aos trabalhadores optantes com vínculo empregatício em data anterior à sua publicação e taxa de 3%), assim como a possibilidade de opção com efeitos retroativos, anteriormente prevista na Lei nº 5.958/73, dispensando quanto a esta, porém, a necessidade de concordância por parte do empregador. A seguir, os dispositivos que dispõem sobre essas questões:

“Art. 11. Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente, com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança, e capitalizarão juros de 3% a.a.

[...]

§ 3º Para as contas vinculadas dos trabalhadores optantes, existentes à data de 21 de setembro de 1971, a capitalização dos juros dos depósitos continuará a ser feita na seguinte progressão, salvo no caso de mudança de empresa, quando a capitalização dos juros passará a ser feita à taxa de 3% ao ano:

I - 3%, durante os dois primeiros anos de permanência na mesma empresa;

II - 4%, do terceiro ao quinto ano de permanência na mesma empresa;

III - 5%, do sexto ao décimo ano de permanência na mesma empresa;

IV - 6%, a partir do décimo primeiro ano de permanência na mesma empresa.

[...]

Art. 12. [...].

[...]

§ 4º Os trabalhadores poderão, a qualquer momento optar pelo FGTS com efeito retroativo a 1º de janeiro de 1967 ou à data de sua admissão, quando posterior àquela."

Por fim, foi publicada a Lei nº 8.036/90, que atualmente disciplina o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e que, em relação à progressividade da taxa de juros, em nada modificou as regras previstas na Lei nº 7.839/89.

Após toda esta sucessão legislativa, conclui-se que, quando existente vínculo empregatício na vigência da Lei nº 5.107/66, tendo o trabalhador feito a opção ao FGTS com base nesta lei ou feito a opção retroativa nos termos das Leis nºs 5.958/73, 7.839/89 ou 8.036/90 (para data anterior à publicação da Lei nº 5.705/71), aplica-se sobre o saldo da respectiva conta vinculada a progressividade da taxa de juros conforme disposto no caput e nos incisos do artigo 4º daquele primeiro diploma legal:

- de 3% (três por cento) durante os dois primeiros anos de permanência na mesma empresa;

- de 4% (quatro por cento) do terceiro ao quinto ano de permanência na mesma empresa;

- de 5% (cinco por cento) do sexto ao décimo ano e permanência na mesa empresa; e

- de 6% (seis por cento) do décimo-primeiro ano de permanência na mesma empresa, em diante.

Tal direito, contudo, perdura até a data em que o empregado mude de empresa após a publicação da Lei nº 5.705/71, visto que, a partir de quando iniciado novo contrato de trabalho dentro da sistemática adotada por esta lei, passa a vigorar a regra do parágrafo único do seu artigo 2º, que prevê a taxa única de 3% ao ano.

10. Cabível transcrever, do julgamento dos referidos embargos infringentes, na AC 0020057-69.2008.4.01.3500/GO, as razões que saíram vencedoras, relativamente à conservação do direito à progressividade dos juros para aqueles que optassem posteriormente à Lei 7.839/1989, consoante o voto-vista vencedor assim ementado:

FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. OPÇÃO RETROATIVA, NOS TERMOS DA LEI 8.036/90. TAXA PROGRESSIVA DE JUROS. I. Na linha do enunciado na súmula 154 da jurisprudência

dominante no eg. Superior Tribunal de Justiça, os optantes pelo sistema do FGTS, nos termos da Lei 5.958, de 10 de dezembro de 1973, tem direito à taxa progressiva de juros, na forma do artigo 4º da Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966, desde que a retroação preconizada no primeiro dos mencionados diplomas legais alcance período anterior ao da vigência da Lei 5.705, de 21 de setembro de 1971, e de que comprovado o atendimento aos requisitos estabelecidos na disciplina legal de regência. II. Quando existente vínculo empregatício na vigência da Lei n. 5.107/66, tendo o trabalhador feito a opção ao FGTS com base nesta lei ou feito a opção retroativa nos termos das Leis ns 5.958/73, 7.839/89 ou 8.036/90 (para data anterior à publicação da Lei nº 5.705/71), aplica-se sobre o saldo da respectiva conta vinculada a progressividade da taxa de juros conforme disposto no caput e nos incisos do artigo 4º daquele primeiro diploma legal: de 3% (três por cento) durante os dois primeiros anos de permanência na mesma empresa; de 4% (quatro por cento) do terceiro ao quinto ano de permanência na mesma empresa; de 5% (cinco por cento) do sexto ao décimo ano e permanência na mesma empresa; e de 6% (seis por cento) do décimo-primeiro ano de permanência na mesma empresa, em diante. Tal direito, contudo, perdura até a data em que o empregado mude de empresa após a publicação da Lei nº 5.705/71, visto que, a partir de quando iniciado novo contrato de trabalho dentro da sistemática adotada por esta lei, passa a vigorar a regra do parágrafo único do seu artigo 2º, que prevê a taxa única de 3% ao ano. (AC n. 0008431-68.2011.4.02.5101, unânime, relator Juiz Federal convocado Eugênio Rosa de Araújo, data julgamento 15.01.2013) III. Diferenças devidas, no caso, a contar de 23 de dezembro de 1991, data opção do autor pelo regime do FGTS, com efeitos retroativos a 1º de setembro de 1967, até o encerramento da conta vinculada, concernente ao vínculo de emprego com o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Goiás, que cessou em 2 de janeiro de 1992, com sua passagem à condição de funcionário público estatutário. IV. Embargos infringentes do julgado não providos, acórdão por maioria da 6ª Turma mantido. (EIAC 0020057-69.2008.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Souza Prudente, rel. para o acórdão Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Terceira Seção, e-DJF1, p. 208, de 20/06/2013.)

11. Perpassado o histórico acerca da autorização legal para a aplicação da taxa progressiva de juros, impende analisar o óbice pelo qual se entendeu incabível a incidência da referida progressão na conta vinculada do autor, qual seja, a ausência de prova, consoante posto no voto-vogal vencedor:

Penso que há uma ausência de documentos indispensáveis para a comprovação dessa opção com retroação a data anterior a 30/09/71; haveria de retroagir, pelo menos, a 21 de setembro de 1971, que é a data que antecede a publicação da Lei 5.705. Não

tenho esse documento como um documento com validade de prova, esse papel de prova documental, mas uma redução a termo de uma prova oral, assinada essa declaração reduzida a termo em 1994, e, na ausência, portanto, de comprovação do alegado, dou provimento ao apelo.

12. Da análise da legislação citada, observo que os documentos hábeis a comprovar a opção retroativa devem revelar o período ao qual a opção retroage, bem como a anuência do empregador, dado que são essas as exigências legais para que a opção possa surtir efeitos autorizadores da incidência da taxa progressiva, nos termos das Leis 5.958/1973, 7.839/1989 ou 8.036/1990.

13. Do entendimento esposado pelo e. Superior Tribunal de Justiça, colhe-se, a respeito,

O direito à taxa progressiva de juros para os que optaram de forma retroativa ficou condicionado à concordância do empregador e à comprovação de que o trabalhador era empregado em 1º.1.1967 ou, então, teria sido admitido até 22/9/1971. Esta comprovação poderá ser feita através de cópia da Carteira de Trabalho ou de qualquer outro documento hábil no qual se extraia a anuência do empregador e a data da opção (AgRg no REsp 1191921/RJ, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe 06/10/2010).

14. A propósito dessa orientação, os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO. FGTS. JUROS PROGRESSIVOS. OPÇÃO RETROATIVA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A Lei n. 5.958/73 garantiu o direito de juros progressivos aos empregados que tivessem optado pelo regime do FGTS até o início da vigência da Lei n. 5.705/71 e aos não optantes o direito de fazer a opção retroativa.

2. O direito à taxa progressiva de juros para os que optaram de forma retroativa ficou condicionado à concordância do empregador e a comprovação de que o trabalhador era empregado em 1º.1.1967 ou, então, teria sido admitido até 22/9/1971. Esta comprovação poderá ser feita através de cópia da Carteira de Trabalho ou de qualquer outro documento hábil no qual se extraia a anuência do empregador e a data da opção.

3. No caso dos autos, o Tribunal de origem indeferiu o pedido dos agravantes pela impossibilidade de verificação, nos documentos acostados, das suas titularidades, assim como da data da sua opção.

Dessa forma, rever tal posicionamento requer o indispensável reexame do conjunto fático-probatório dos autos, vedado a esta Corte por óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1191921/RJ, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe 06/10/2010, sem grifo no original.)

ADMINISTRATIVO. FGTS. JUROS PROGRESSIVOS. OPÇÃO RETROATIVA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 5.705/71. INAPLICABILIDADE DA TAXA PROGRESSIVA.

1. A Lei nº 5.107/66 previa, em seu art. 4º, a capitalização dos juros sobre as contas vinculadas ao FGTS, no percentual de 3% (três por cento) a 6% (seis por cento), de acordo com o tempo de permanência do empregado na mesma empresa.

2. Em 21.9.1971, foi então editada a Lei nº 5.705, que, modificando a Lei 5.107/66, extinguiu a progressividade elencada na legislação anterior, e passou a fixar a taxa de juros única no percentual de 3% (três por cento) ao ano, mantendo-se a progressividade dos juros creditados nas contas vinculadas do FGTS apenas para os empregados que já tivessem optado pelo FGTS até a data de sua publicação.

3. Seguiu-se a promulgação da Lei 5.958/73, que garantiu o direito de juros progressivos aos empregados que tivessem optado pelo regime do FGTS até antes do início da vigência da Lei 5.705/71 e aos não optantes o direito de fazer a opção retroativa.

4. Interpretando as citadas alterações legislativas, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que teria direito à taxa progressiva de juros nos saldos das contas vinculadas ao FGTS o empregado que optou pelo FGTS na vigência da Lei 5.107/66, ou seja, antes da edição da Lei n. 5.705/71, que unificou a taxa em 3% ao ano, bem como ao empregado que ainda não havia manifestado a opção até a edição da Lei 5.705/71, pois a Lei n. 5.793/73 garantiu-lhe o direito de optar de forma retroativa, desde que houvesse a concordância do empregador, tanto para os empregados ainda não vinculados ao FGTS, como para os empregados que a ele já haviam aderido. Essa orientação foi consolidada pela edição da Súmula 154, cujo enunciado reconhece o direito à taxa progressiva, nestes termos: "Os optantes pelo FGTS, nos termos da Lei nº 5.958, de 1973, têm direito à taxa progressiva dos juros, na forma do art. 4º da Lei 5.107, de 1966".

5. Ressalta-se que o reconhecimento do direito à taxa progressiva de juros para aqueles que optaram de forma retroativa ficou condicionado ao cumprimento de duas exigências, quais sejam, a aquiescência do empregador e a comprovação de que o trabalhador era empregado em 1º de janeiro de 1967 ou, então, teria sido admitido até 22 de setembro de 1971.

6. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem decidiu que "a retroação dos efeitos se fez a datas posteriores ao início da vigência da Lei n. 5.705/71, que instituiu a taxa remuneratória única de 3% ao ano". Assim, rever esse posicionamento para aferir se os autores foram contratados em data

anterior ao início da vigência da Lei 5.705/71 implica o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. Precedente da Segunda Turma: AGA n. 1204842/MG, da relatoria do e. Min. Herman Benjamin, julgado em 2/2/2010.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1221239/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/05/2010, DJe 21/05/2010, sem grifo no original.)

15. Na hipótese dos autos, observo que o autor, além das cópias da carteira de trabalho, em que comprova vínculo empregatício com o Banco Real no período entre 16 de julho de 1956 e 7 de outubro de 1994, apresentou cópia de Declaração de Opção em que exerceu, “retroativamente, a partir de 1º de janeiro de 1967 a opção pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)” [fl. 16], documento firmado pelo autor em 15 de setembro de 1994, com a concordância do Banco Real.

16. Dessa forma, entendo comprovada a opção retroativa do autor, mormente porque a alegada necessidade de homologação da opção pela Justiça do Trabalho foi revogada pelo Decreto 99.684/1990, este que não exigiu a aludida homologação.

17. A propósito desse entendimento, o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS PROGRESSIVOS. TERMO DE OPÇÃO RETROATIVA. HOMOLOGAÇÃO PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. DESNECESSIDADE. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. ART. 406 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. I - Na linha de entendimento da Terceira Seção deste egrégio Tribunal, “quando existente vínculo empregatício na vigência da Lei n. 5.107/66, tendo o trabalhador feito a opção ao FGTS com base nesta lei ou feito a opção retroativa nos termos das Leis ns 5.958/73, 7.839/89 ou 8.036/90 (para data anterior à publicação da Lei nº 5.705/71), aplica-se sobre o saldo da respectiva conta vinculada a progressividade da taxa de juros conforme disposto no caput e nos incisos do artigo 4º daquele primeiro diploma legal” (EAC 0020057-69.2008.4.01.3500 / GO, rel. Des. Federal Souza Prudente, rel. Acor. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Terceira Seção, e-DJF1 p. 208 de 20/06/2013). Assim, tendo os promoventes indicados na via recursal optado pelo regime do FGTS em 04/10/1991, 04/02/1992 e 13/07/1992, de forma retroativa a 01/01/1967, fazem jus à capitalização progressiva de juros para remunerar suas contas vinculadas do FGTS, ainda que a opção tenha se dado posteriormente ao advento da Lei 7.839/89. II - A homologação do termo de opção retroativa pela Justiça do Trabalho não é requisito imprescindível para a validade da mesma, conforme assevera a CEF. Na espécie, verifica-se que, das declarações de

opção e das cópias das Carteiras de Trabalho trazidas aos autos pelos promoventes constam a inequívoca aquiescência dos respectivos empregadores e a comprovação de que aqueles foram admitidos antes de 01/01/1967. Além disso, o Decreto 73.423/1974, em que se funda a alegada necessidade de homologação pela Justiça do Trabalho, foi revogado pelo Decreto 99.684/1990, hodiernamente em vigor, o qual não reproduziu a aludida exigência homologatória. III - Uma vez efetuada a citação após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, como no caso, aplica-se o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.102.552/CE, sob o rito inaugurado pelo art. 543-C do CPC, segundo o qual incide a taxa SELIC no cálculo dos juros moratórios devidos na correção das contas vinculadas do FGTS, consoante o disposto no art. 406 daquele diploma legal. IV - Apelo da CEF desprovido. Recurso adesivo dos autores parcialmente provido. (AC 0007448-72.2008.4.01.3300 / BA, rel. Des. Federal Souza Prudente, rel. Conv. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (Conv.), Quinta Turma, e-DJF1 p. 60 de 23/07/2013, sem grifo no original.)

18. Dessa forma, diante do já mencionado panorama legal e jurisprudencial, entendo plausível a pretensão do autor, no sentido de ver prevalecer o voto, vencido, que concluiu pela efetividade da comprovação do direito do autor, nos termos:

Dos elementos carreados para os presentes autos, verifica-se que o autor da demanda formulou opção pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 1967, conforme se vê do documento de fls. 16, tendo ajuizado a presente demanda em 07 de novembro de 2005, encontrando-se, pois, atingidas pela prescrição, apenas, aquelas parcelas relativas ao período compreendido entre 1º de janeiro de 1967 e 07 de novembro de 1975, conforme assim consignado na sentença recorrida.

Pelo exposto, dou provimento aos embargos infringentes do autor para, fazendo prevalecer o voto vencido, negar provimento ao recurso de apelação interposto pela Caixa Econômica Federal, para manter a sentença recorrida.

É como voto.

Terceira Seção

Ação Rescisória 0057947-61.2011.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
 Autora: Caixa Econômica Federal – CEF
 Advogados: Dr. Marcos Vinícius de Andrade Ayres e outros
 Réu: Amaury Baccharini Pires
 Advogado: Dr. Aylton Baccharini Júnior
 Publicação: e-DJF1 de 22/11/2013, p. 325

Ementa

Administrativo e Processual Civil. Ação rescisória. Concurso público. Caixa Econômica Federal. Engenheiro de telecomunicações. Vaga para deficiente. Direito a ser contratado reconhecido judicialmente. Eficácia do julgado. Pagamento retroativo de verbas salariais. Descabimento. Rescisão parcial do julgado.

I. A despeito da ausência de pedido expresso nesse sentido, a determinação judicial, constante do título judicial rescindendo, ordenando o pagamento retroativo dos salários devidos ao autor da demanda, em virtude do reconhecimento do seu direito à contratação em virtude de aprovação em cargo público, não caracteriza, por si só, julgamento *extra petita*, nem violação às disposições dos arts. 128, 293 e 460, *caput*, do CPC, na medida em que a plena eficácia do julgado alcança retroativamente o ato inválido, de modo a legitimar os seus efeitos pretéritos, independentemente de qualquer pedido específico, no particular.

II. A todo modo, à luz do que dispõe o art. 457, *caput*, da CLT, na determinação de que “compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber”, a percepção de salário encontra-se atrelada, efetivamente, à efetiva prestação do serviço, salvo as hipóteses legais de afastamento, tais como: férias, repouso semanal remunerado, licenças, etc., a configurar, na espécie, violação à norma do referido dispositivo legal, autorizando-se, por conseguinte, a desconstituição do julgado rescindendo, sob esse fundamento, nos termos do art. 485, V, do CPC.

III. Ação rescisória procedente. Julgado rescindendo desconstituído, em parte, tão somente, para afastar do título judicial o pagamento retroativo de verbas salariais.

IV. Honorários advocatícios fixados no montante de R\$1.000,00 (hum mil reais) em favor da autora.

V. Levantamento do depósito realizado, em favor da suplicante (CPC, art. 494, primeira parte).

Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, julgar procedente a ação rescisória, para desconstituir, em parte, o julgado rescindendo.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 05/11/2013.

Desembargador Federal Souza Prudente, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de ação rescisória proposta pela Caixa Econômica Federal contra Amaury Baccharini Pires, visando rescindir o acórdão proferido pela Quinta Turma deste egrégio Tribunal, nos autos da Apelação Cível 2003.38.00.002626-0/MG, negando provimento ao recurso de apelação interposto pela CEF contra sentença proferida pelo Juízo da 19ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas, julgando procedente o pedido ali formulado, para assegurar ao suplicante, ora promovido, o direito de assinar contrato de trabalho em caráter definitivo com a Caixa Econômica Federal, com efeitos financeiros e previdenciários a partir da data do ajuizamento da demanda, quando se tornou litigiosa a coisa (fls. 43-47 e 49-49).

Em suas razões iniciais (fls. 2-38), seguidas dos documentos de fls. 39-733, sustenta a autora, em resumo, que o julgado rescindendo, no ponto em que conferiu efeitos financeiros e previdenciários a partir da data do ajuizamento da demanda (15/01/2003), teria violado literal disposição de lei, a autorizar a sua rescisão, nos termos do art. 485, inciso V, do CPC, e, também, em face de documento novo a que teve acesso somente após o início da execução do julgado (CPC, art. 485, inciso VII).

No particular, sustenta que, a despeito do autor da demanda instaurada nos autos de origem não ter formulado qualquer pedido nesse sentido, o julgado ali proferido, objeto do presente pleito rescisório, determinou que a sua admissão e respectivos efeitos financeiros e previdenciários retroagissem à data da propositura da ação, em manifesta violação às normas dos arts. 128, 293 e 460, *caput*, do CPC, destacando, inclusive, que, no bojo da ação cautelar incidental ao aludido feito, deferiu-se, tão somente, em sede liminar, a reserva de vaga para o autor da demanda, restando expressamente indeferido o pedido de contratação imediata. Acrescenta, que, apesar da iliquidez e incerteza da referida sentença, ainda assim, procedeu ao cumprimento da obrigação de fazer (contratação do autor da demanda), assegurando-lhe todos os direitos relativos ao enquadramento funcional (promoções e vantagens pessoais), a partir do ajuizamento da demanda.

Assevera, contudo, que, relativamente ao pagamento retroativo de verbas salariais, além da ausência de qualquer pedido nesse sentido, a sua imposição, além de caracterizar manifesto cerceamento de defesa, eis que não teve a oportunidade de produzir qualquer prova quanto a essa matéria, afrontando, assim, a nor-

ma do art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, também caracteriza enriquecimento ilícito, em manifesta ofensa à condição de contraprestatividade vinculada ao salário e, por conseguinte, à regra do art. 457, *caput*, da CLT, bem assim, aos arts. 884 e 885 do Código Civil.

Destaca, também, a suplicante que, após o ajuizamento da demanda instaurada nos autos de origem, o suplicante, ora promovido, também passou a exercer cargo público, junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, razão por que a determinação do pagamento de verbas salariais, desde o ajuizamento daquele feito, além das violações a dispositivos legais apontadas, também infringiria os princípios da legalidade, da moralidade administrativa e da inacumulabilidade de vencimentos (CF, art. 37, *caput*, e incisos XVI e XVII).

Por fim, esclarecendo a suplicante que o julgado rescindendo, no tocante à obrigação de fazer (contratação do promovido), já foi devidamente cumprida, desde 07/01/2011, requer a procedência da presente ação, para desconstituir o referido julgado e, reexaminando o pleito, seja nova decisão proferida, a fim de que a retroação dos efeitos financeiros da sentença deve restringir-se à data da efetiva contratação do promovido, com observância dos critérios de promoção por antiguidade desde a data do ajuizamento do feito de origem, afastando-se, por conseguinte, o pagamento retroativo de verbas salariais. Sucessivamente, postula que, se mantida a determinação em referência, que seja determinado o abatimento dos valores a serem pagos a título de salários retroativos aqueles percebidos pelo promovido, durante o período em que exerceu cargo público perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 4.706.201,40 (quatro milhões, setecentos e seis mil, duzentos e um reais e quarenta centavos).

Deferido o pedido de antecipação da tutela postulada na inicial, pelo eminente Relator, na época (fls. 736-737), sobreveio a interposição de agravo regimental (fls. 740-756), que restou desprovido (fls. 877-883 e 902-913).

Regularmente citado, o promovido apresentou a contestação de fls. 851-873, suscitando a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, ao argumento de que, na espécie, inexisteria qualquer violação aos incisos III, V e VII do art. 485 do CPC, pugnano, inclusive, pela condenação da autora por litigância de má-fé, ao argumento de que teria fundamentado a sua pretensão em fatos inexistentes ou contrários à lei, no simples afã

de livrar-se do cumprimento do julgado. No mérito, postula a improcedência da demanda, ao argumento de que, no caso, inexistiu qualquer violação a literal dispositivo de lei, destacando que a determinação constante do julgado rescindendo, no sentido de que se efetue o pagamento das parcelas salariais pretéritas, é decorrência da interpretação lógico-sistemática do próprio julgado, mormente em face da natureza trabalhista da demanda, a descaracterizar qualquer julgamento *extra petita*, no particular (fls. 851-853).

A Caixa Econômica Federal manifestou-se, em réplica, às fls. 928-929, ocasião em que pugnou pela produção de prova oral.

Instado a especificar provas, o promovido postulou o julgamento antecipado da lide (fl. 934).

Indeferido o pedido de produção de prova oral formulado pela Caixa Econômica, somente esta se manifestou em razões finais (fls. 962-964).

A douta Procuradoria Regional da República eximiu-se de emitir pronunciamento, sob o fundamento de que a matéria ventilada nos autos não se enquadraria naquelas hipóteses em que seria devida a sua intervenção (fls. 951 e 969 v.).

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — A preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, ao argumento de que, na espécie, inexistiria qualquer violação aos incisos III, V e VII do art. 485 do CPC, veiculada pelo promovido confunde-se com o próprio mérito da discussão travada nestes autos, razão porque as razões recursais em referência serão examinadas, nessa qualidade.

Antes de adentrar ao exame do mérito da pretensão deduzida nestes autos, registro, inicialmente, que, a despeito das alegações veiculadas pelo promovido, em sua peça de resposta, a presente demanda tem por suporte, unicamente, os incisos V e VII do art. 485 do CPC, nada dispondo, quanto ao inciso III do referido dispositivo legal.

Conforme já narrado, na hipótese em comento, pretende a Caixa Econômica Federal a rescisão de acór-

dão proferido pela Quinta Turma deste egrégio Tribunal, nos autos da Apelação Cível 2003.38.00.002626-0/MG, negando provimento ao recurso de apelação por ela interposto, impugnando sentença proferida pelo Juízo da 19ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas, que julgou procedente o pedido ali formulado, para assegurar ao suplicante, ora promovido, o direito de assinar contrato de trabalho em caráter definitivo com a Caixa Econômica Federal, com efeitos financeiros e previdenciários a partir da data do ajuizamento da demanda. Destaca a suplicante que o referido julgado, no ponto em que conferiu efeitos financeiros e previdenciários a partir da data do ajuizamento da demanda (15/01/2003), sem qualquer pedido formulado nesse sentido, teria violado literal dispositivo de lei, notadamente os arts. 128, 293 e 460, *caput*, do CPC, o art. 457 da CLT, os arts. 884 e 885 do Código Civil, bem assim, os arts. 5º, incisos LIV e LV, e 37, *caput* e incisos XVI e XVII, da Constituição Federal.

A discussão inaugurada no feito de origem teve por suporte a exclusão do autor da demanda ali instaurada, ora promovido, de concurso público realizado pela Caixa Econômica Federal, sob o fundamento de que o candidato não disporia de aptidão física para o exercício do cargo de engenheiro de telecomunicações e administrador de rede de comunicações.

Inicialmente, foi ajuizada a Ação Cautelar 2003.38.00.000513-3, em cujos autos foi deferido, em parte, o pedido de antecipação da tutela ali formulado, para assegurar ao autor a reserva de uma vaga para o cargo em referência, conforme se vê da decisão de fls. 134-136 e da sentença de fls. 119-126, em fotocópia, datadas de 06/02/2003 e 30/06/2003, respectivamente, integralmente confirmada por este egrégio Tribunal, em sede de recurso de apelação (fls. 129-131).

Na ação principal, o autor formulou o seguinte pedido:

[...] c) – seja julgada procedente a presente ação ordinária, reconhecendo-se o direito do autor de não ser impedido de assumir as funções de engenheiro perante a CEF, e, ainda, reconhecendo-se o direito de assinar o contrato de trabalho em caráter definitivo com a ré, em face de sua aprovação no concurso público; condene a ré nos ônus de sua sucumbência, assim entendidos os honorários advocatícios em valores que o juízo reputar justos (fls. 115).

Ao julgar o feito, o juízo monocrático assim se pronunciou:

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Selene Almeida, Kassio Marques e Jirair Aran Meguerian e o Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado).

[...]

Por estas razões, *julgo procedentes os pedidos iniciais*, reconhecendo o direito do autor de assinar contrato de trabalho em caráter definitivo com a CAIXA, com efeitos financeiros e previdenciários a partir da data do ajuizamento desta ação, quando se tornou litigiosa a coisa.

Condeno a CAIXA, finalmente, ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes que, §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC, fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais) (fls. 47).

A referida sentença restou integralmente mantida por este egrégio Tribunal, por intermédio da sua colenda Quinta Turma, sob a relatoria da Juíza Federal Maria Maura Martins Moraes Tayer (convocada) com estas letras:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ENGENHEIRO. VAGA PARA DEFICIENTE. PERÍCIA. CAPACIDADE PARA O DESEMPENHO DAS FUNÇÕES RECONHECIDA. DIREITO A SER CONTRATADO.

1. Compete à Justiça Federal processar e julgar ações relativas aos critérios utilizados pelas empresas públicas federais para a seleção e admissão de pessoal nos seus quadros, uma vez que envolve fase anterior à investidura no emprego público.

2. Ao dispor sobre a reserva de cargos e empregos para pessoas portadoras de deficiência, a Constituição teve em vista objetivos outros que não dizem respeito somente ao princípio da eficiência. Como dispõe a Lei nº 7.853/89, as normas de proteção visam a assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social (art. 1º).

3. Aquiesce o legislador em extrair menos resultados, em obter menos eficiência, para atingir outra finalidade que é a de permitir a integração social das pessoas portadoras de necessidades especiais.

4. O fato de a pessoa portadora de deficiência ter restrições físicas não pode impedir a contratação, após a aprovação em concurso público, se está apta a desempenhar as funções, conforme demonstrado por perícia.

5. O candidato a concurso público tem direito ao pagamento do montante correspondente à remuneração que teria auferido pela aprovação no certame se houvesse sido nomeado no momento próprio. Precedentes do STJ.

6. Aprovação a que se nega provimento (fl. 58).

Conforme se vê, determinou o juízo monocrático que, além da contratação pretendida pelo suplicante, ora promovido, os efeitos financeiros e previdenciários

daí decorrentes, inclusive, no tocante ao pagamento de salários (conforme se extrai da decisão que examinou a impugnação veiculada pela Caixa Econômica Federal em sede de execução do julgado), deveria retroagir à data do ajuizamento da demanda.

Por sua vez, o voto condutor do julgado, em que restou mantida a sentença em referência, consignou que

[...] quanto aos efeitos financeiros, a sentença também não merece ser reformada. Com efeito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que faz jus o candidato a concurso público ao pagamento do montante correspondente à remuneração que teria auferido pela aprovação no certame se houvesse sido nomeado no momento próprio

[...] No caso, a sentença determinou que os efeitos financeiros devem ser considerados a partir do ajuizamento da ação, não tendo sido interposto recurso pelo autor e, por isso, não merece ser reformada.

Assim posta a questão e em que pesem os fundamentos deduzidos pela Caixa Econômica Federal, no sentido de que, na espécie em comento, teria ocorrido julgamento *extra petita*, não prospera a pretensão por ela deduzida, no particular, tendo em vista que, em se tratando de ação onde se postulou a invalidação do ato de exclusão do candidato, ora promovido, de concurso público em que foi regularmente aprovado, com a sua consequente contratação para o exercício do cargo para o qual concorreu, afigura-se evidente que a plena eficácia do julgado alcança retroativamente o ato inválido, de modo a legitimar os seus efeitos pretéritos, independentemente de qualquer pedido específico, no particular.

Ademais, ainda que assim não fosse, o colendo Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento, no sentido de que

[...] *não ocorre ofensa aos artigos 128 e 460 do CPC quando o julgamento ocorre nos limites do que foi pedido na inicial. Além disso, não há que se falar em julgamento extra petita, conforme jurisprudência desta Corte, nos casos em que o hermeneuta interpreta de maneira mais ampla o pedido formulado na inicial* (REsp 1123347/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/06/2013, DJe 24/06/2013.)

Nessa mesma inteligência, confirmam-se, dentre outros, os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PIS. VARIAÇÕES

MONETÁRIAS. OMISSÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF.

1. Inexiste violação do art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal a quo adota fundamentação clara e suficiente para o deslinde da controvérsia, sendo desnecessário ao magistrado rebater cada um dos argumentos declinados pela parte.

2. Não ocorre ofensa aos artigos 128 e 460 do CPC quando o julgamento ocorre nos limites do que foi pedido na inicial. Outrossim, não há que se falar em julgamento extra petita, conforme jurisprudência desta Corte, nos casos em que o magistrado interpreta de maneira mais ampla o pedido formulado na inicial.

3. A existência de fundamento inatocado, suficiente por si só para manter as conclusões do acórdão recorrido, atrai, por analogia, as disposições da Súmula 283/STF.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1322447/RJ, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19/03/2013, DJe 25/03/2013.)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 12.065/04. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PEDIDO. LIMITES. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DA PETIÇÃO INICIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não viola os arts. 128, 293 e 460 do CPC o acórdão que interpreta de forma ampla o pedido formulado na petição inicial, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da demanda e extrai-se da interpretação lógico-sistemática da petição inicial (AgRg no REsp 1195680/RN, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 24/11/11).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1297489/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, DJe 15/02/2013.)

Não se vislumbra, pois, na hipótese em comento, a alegada violação aos arts. 128, 293 e 460, *caput*, do CPC.

Relativamente à alegação de violação ao art. 457, *caput*, da CLT, sustenta a Caixa Econômica Federal que o pagamento retroativo de salários implicaria enriquecimento ilícito, eis que representaria a percepção de verbas salariais sem a necessária contraprestação de serviços.

Segundo se extrai dos elementos carreados para os presentes autos, verifica-se que, a despeito do

autor da demanda instaurada no feito de origem ter formulado pleito, em sede de ação cautelar, no sentido de que fosse imediatamente contratado, tal pedido restou indeferido, sendo-lhe assegurada, tão somente, a reserva de uma vaga para o cargo para o qual concorreu, sobrevivendo a sua contratação, tão somente, em 7 de janeiro de 2011, em fase de cumprimento do julgado.

Nos termos do referido dispositivo legal,

[...] *compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber,*

a demonstrar que a percepção de salário encontra-se atrelada, efetivamente, à efetiva prestação do serviço, salvo as hipóteses legais de afastamento, tais como: férias, repouso semanal remunerado, licenças, etc.

Na hipótese em comento, como visto, ordenou-se o pagamento de verbas salariais relativas a período anterior à efetiva contratação do suplicado, a caracterizar, na espécie, violação à norma legal em referência.

Em casos similares, em que se busca o pagamento de indenização decorrente da nomeação tardia de servidor público decorrente da indevida exclusão de concurso público, como na hipótese em comento, o colendo Superior Tribunal de Justiça vinha reconhecendo como legítimo tal pleito, por não configurar remuneração sem a devida contraprestação de serviço, mas sim, indenização em face da responsabilidade civil do Estado pela prática abusiva do ato invalidado, entendimento esse com o qual sempre compartilhei, conforme inúmeros julgados proferidos no âmbito deste egrégio Tribunal.

Recentemente, essa orientação jurisprudencial evoluiu em sentido contrário, restando sedimentado o entendimento, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal, no sentido de que o candidato, cuja nomeação tardia decorreu de decisão judicial, não tem direito à indenização pelo tempo que aguardou a solução definitiva do Judiciário, pois, nesses casos, o retardamento não configura ato ilegítimo da Administração Pública a justificar uma reparação.

Neste sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SERVIDOR APROVADO NOMEADO POR DECISÃO JUDICIAL.

INDENIZAÇÃO DOS VENCIMENTOS E VANTAGENS NO PERÍODO EM QUE TEVE CURSO O PROCESSO JUDICIAL. PEDIDO IMPROCEDENTE. JURISPRUDÊNCIA DO STF.

1. À luz do disposto no art. 37, § 6º da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que, “nos termos da orientação firmada nesta Corte, é indevida indenização pelo tempo em que se aguardou solução judicial definitiva sobre aprovação em concurso público” (AgRg no RE 593.373, 2ª Turma, Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 18/04/2011.) Considera-se que, se a nomeação foi decorrente de sentença judicial, o retardamento não configura preterição ou ato ilegítimo da Administração Pública a justificar uma contrapartida indenizatória. Nesse sentido, há precedentes formados em colegiado e por decisões monocráticas de ambas as Turmas do STF (v.g., além do já referido: RE-AgRg 392.888, 1ª Turma, Min. Marco Aurélio, *DJ* de 24/03/06; RMS 23.153, 2ª T., Min. Marco Aurélio, *DJ* de 30/04/99; RMS 23.227, 2ª Turma, Min. Maurício Correia, *DJ* de 29/08/97; RE-AgRg 437.403, 2ª Turma, Min. Gilmar Mendes, *DJe* de 05.05.06; AI-AgRg 620.992, 1ª Turma, Min. Cármen Lúcia, *DJ* de 29/06/07; RE-AgRg 594.917, 1ª Turma, Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 25/11/10; RE 514.416, Min. Dias Toffoli, *DJe* de 04/03/11; RE 630.440, Min. Ellen Gracie, *DJe* de 10/08/11.)

2. No STJ, a Corte Especial, ao julgar o REsp 825.037, Min. Eliana Calmon (*DJe* de 22/02/2011), também assentou entendimento de que, em casos tais, não assiste ao concursado o direito de receber, pura e simplesmente, o valor dos vencimentos que poderia ter auferido até o advento da nomeação determinada judicialmente; reconheceu-se, todavia, o direito a indenização por perda de chance, que, naquele caso concreto, seria a diferença entre os vencimentos do cargo e o valor que, no período da demora, o concursado havia recebido no desempenho de atividade contratual.

3. Inobstante esse precedente, é de se considerar que a responsabilidade civil do Estado é matéria que tem sede constitucional (CF, art. 37, § 6º), razão pela qual ganha relevância e supremacia a jurisprudência do STF a respeito, cuja adoção se impõe no caso concreto.

4. Embargos de Divergência providos.

(REsp 1117974/RS, rel. Min. Eliana Calmon, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 21/09/2011, *DJe* 19/12/2011.)

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. SERVIDOR APROVADO NOMEADO POR DECISÃO JUDICIAL. INDENIZAÇÃO DOS VENCIMENTOS E VANTAGENS. JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ. PEDIDO INICIAL IMPROCEDENTE. EXTINÇÃO DO FEITO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. RECURSO ADESIVO DO AUTOR PREJUDICADO.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade

recursal, recebe-se os presentes embargos de declaração como agravo regimental.

2. A decisão recorrida foi proferida em consonância com a atual orientação jurisprudencial desta Corte (REsp n.º 1.117.974/RS, rel. p/ o acórdão o Ministro Teori Zavascki, Corte Especial, *DJe* 19/12/2011) e do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a nomeação tardia do candidato por força de decisão judicial não gera direito à indenização, pois não configurada preterição ou ato ilegítimo da Administração Pública.

3. Com base nesse entendimento, o decisório agravado deu provimento ao recurso especial para julgar improcedente os pedidos deduzidos na inicial, ficando prejudicado o exame das alegações apresentadas no apelo adesivo manejado pelo autor relativas ao deferimento de outras vantagens funcionais no período em que não exerceu o cargo público (tempo de serviço, promoções e seus reflexos legais), tendo em vista que a decisão recorrida afastou expressamente a existência de ato ilícito praticado pela Administração.

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento.

(EDcl no AREsp 196.093/RS, rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 07/03/2013, *DJe* 13/03/2013.)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR ASSISTENTE. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. INCABÍVEL.

1. Cuida-se de concurso público para o provimento de 1 (uma) vaga de professor assistente do Departamento de Farmácia da UFMA, na área de conhecimento: fitofármacos, produção e controle de qualidade de medicamentos e produtos fitoterápicos, sucedendo que, a despeito de não ter nomeado as apeladas (2º e 3º lugar no certame) para os cargos a que concorreram, a referida instituição realizou processo de seleção pública simplificada para professor substituto para a área de Farmacotécnica e Tecnologia Farmacêutica e para a área de Parasitologia Clínica, dentro do prazo de validade daquele certame.

2. O candidato aprovado em concurso público possui direito líquido e certo à nomeação se, no prazo de validade do certame, surgem novas vagas para o cargo para o qual foi habilitado, e a Administração, em lugar de nomear os aprovados, prefere efetuar contratação temporária, para desempenhar as mesmas funções. Precedentes desta Corte, do STJ e do STF.

3. É equivocada a fixação de indenização por supostos danos materiais, uma vez que tal determinação conflita com entendimento vigente no Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual é indevida qualquer indenização no caso de nomeação tardia, ainda que reconhecida a preterição do candidato, tendo em vista que a percepção dos

vencimentos pressupõe a efetiva prestação dos serviços inerentes ao cargo, de maneira que as apeladas não fazem jus à pretendida reparação.

4. Apelação e remessa oficial parcialmente providas. (negritei)

(AC 0002611-06.2006.4.01.3700/MA, rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, e-DJF1, p.590 de 22/06/2012.)

CONTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. ILEGALIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. INDENIZAÇÃO PELA TARDIA NOMEAÇÃO CALCULADA COM BASE NOS VENCIMENTOS DO CARGO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS INFRINGENTES. PROVIMENTO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento no sentido de ser indevida qualquer indenização no caso de nomeação tardia, ainda que reconhecida a preterição do candidato, tendo em vista que a percepção dos vencimentos pressupõe a efetiva prestação dos serviços inerentes ao cargo.

2. Embargos infringentes providos.

(EAC 0034333-20.2004.4.01.3800 / MG, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, Terceira Seção, e-DJF1, p. 7, de 08/02/2012.)

Prospera, pois, no particular, a pretensão deduzida pela Caixa Econômica Federal.

Com estas considerações, *julgo procedente* a presente ação rescisória, para desconstituir, em parte, o julgado rescindendo, a fim de que a retroação dos

seus efeitos financeiros, relativamente ao pagamento de verbas salariais, deve restringir-se à data da efetiva contratação do promovido, mantendo-se, no mais, o aludido julgado.

Condeno o promovido no pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, no percentual de R\$ 1.000,00 (mil reais).

O depósito judicial realizado nestes autos deverá ser levantado, em favor da Caixa Econômica Federal, nos termos do art. 494, primeira parte, do CPC.

Este é meu voto.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Vou concordar, mas até vou estudar isso.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques: — Vou votar da mesma forma que o Des. Jirair, porque não tenho dúvida de que em outro tipo de ação não há a menor necessidade de indicação do dispositivo — “dá-me os fatos que eu te darei o direito” —, então, o fundamento pode vir de qualquer forma. Na rescisória, tenho dúvida se não haveria necessidade de cirurgicamente se indicar qual é a violação. Mas como anunciado pelo Des. Jirair, e eu aderindo, é dúvida. Não sou contra, mas, realmente, tenho dúvida.

Quarta Seção

Embargos Infringentes 0023309-21.2010.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral
 Embargante: Fazenda Nacional
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
 Embargados: Lélia Rita de Cássia de Lima Athayde Soares e outros
 Advogados: Dr. Ciro Ceccatto e outro
 Publicação: e-DJF1 de 29/11/2013, p. 50

Ementa

Processual Civil. Questão de ordem acolhida pela S4/TRF1 para, de ofício, anular o acórdão (TRF1/T8), determinando novo julgamento pela T8/TRF1, com esgotamento da prestação jurisdicional. Embargos infringentes prejudicados.

I. Os limites naturais do art. 530 do CPC, que se destinam a dar prevalência integral a um dos votos proferidos (vencedor ou vencido), sem limitá-los nem expandi-los, juntamente com a verdade de que a S4/TRF1 não é — estritamente (RI/TRF1) — órgão revisor/reformador das posições das Turmas que a compõem, impedem que, neste

juízo, se resolva a miríade de matérias residuais a serem ainda esgotadas pela T8/TRF1 (não apreciadas pelos votos), nitidamente porque os campos vazios de apreciação ostentam, cada qual e *per se*, autonomia/aptidão mais do que suficientes para, em tese, mudar os contornos do debate e o destino da lide, o que implica afirmar que, ainda que porventura se pudesse, de ofício, examinar um ou outro dos vieses remanescentes (e.g.: prescrição/decadência), tal procedimento não dotaria o julgado de pureza lógico-processual, exigindo-se, então, novo julgamento pelo órgão fracionário competente, de modo a exaurir sua prestação jurisdicional, também não havendo falar em celeridade que apenas posterga a solução de entraves, ou os elucida aquém da sua complexidade, o que, a tempo e modo, obstaculizará ou adiará a satisfação prática do objeto da ação: tomando-se como meta o destino, rápido é o caminhar simples, reto e certo, não a pressa do giro circular.

II. Há fatos/aspectos processuais (prejudiciais) que não foram (e deveriam ter sido) considerados e examinados explicitamente pela turma julgadora, como [a] a exequibilidade ou não da sentença mandamental declaratória pura; e [b] as disritmias/descompassos entre o pedido mandamental (afastar o IRRF sobre a complementação), a sentença (que afastou IRRF sobre *resgate*), o pedido *exequendo* (restituição do IRRF sobre a complementação) e o acórdão embargado (deferindo compensação do tributo).

III. Tais terrenos de cognição ainda virgens são essenciais à solução da querela, e, portanto, deveria e deverão ser compulsoriamente examinados pela T8/TRF1 para que exaurida a prestação jurisdicional, oportunizando-se, se e quando, a eventual interposição dos recursos cabíveis, inclusive por se tratar de matéria de ordem pública: assemelham-se, na essência, a sentença que não examina o pedido em sua integridade do acórdão que, com o fito de reformar a sentença, não derrui expressamente todos os pontos que a edificam.

IV. Questão de ordem acolhida: julgamento anulado, de ofício, determinado novo julgamento pela T8/TRF1, prejudicados os embargos infringentes.

V. Peças liberadas pelo relator, em Brasília, 20 de novembro de 2013, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Seção, de ofício, em questão de ordem, *anular* o julgamento, *determinar* à T8/TRF1 novo julgamento com esgotamento da prestação jurisdicional, *retornando-lhe* os autos, *prejudicados* os embargos infringentes por unanimidade.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 20/11/2013.

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Tolentino Amaral*: — MS coletivo impetrado pela Fenacef (Federação Nacional das Associações de Aposentados e Pensionistas da CEF), em 1996, contra ato atribuído ao DRF em Brasília/DF, para afastar, em prol dos seus filiados, o IRRF sobre as complementações mensais aos proventos do INSS, quanto à fração correspondente às contribuições pessoais vertidas à Funcef entre 1989/1995.

Indeferida a liminar, o feito foi extinto por ilegitimidade passiva *ad causam* (jul./2008); o TRF1/T4 (abr./2000), dando provimento ao apelo da impetrante, afastou a preliminar a retornou os autos à origem para exame do mérito.

Por nova sentença (dez./2002), concedeu-se (2002), em parte, a segurança (fl. 25) para afastar o tributo sobre a parte do *resgate* atinente às contribuições pessoais vertidas entre 1989/1995; a T8/TRF1 (nov./2004) confirmou a sentença, com trânsito em julgado em (f. 32) fev./2005.

Posteriormente, associado(as) da Fenacef, com domicílio fora do DF, protocolizaram *execução* da sentença mandamental, rogando pela devolução do IRRF que então incidiu sobre as complementações mensais auferidas.

Citada, a FN opôs embargos do devedor, sustentando, em suma, que: [a] a coisa julgada subjetiva se limita ao rol de associados contemporâneos ao acórdão; [b] executa-se objeto diverso (IRRF na complementação) do decidido (IRRF no *resgate*); [c] a sentença é mandamental declaratória, sem cunho

condenatório, inexecúvel, pois; e [d] executa-se objeto diverso (IRRF no resgate) da pretensão (IRRF na complementação). Na eventual legitimidade da execução, necessário averiguar eventuais coisas julgada ou conexão frente a demandas individuais, para evitar excessos.

Por sentença (maio/2011) nestes embargos, extinguiu-se a execução por [a] ilegitimidade ativa ad causam, sem honorários.

Os embargados apelaram, sustentando sua legitimidade ativa; a FN pediu, na apelação, condenação dos exequentes em honorários.

Por acórdão majoritário, a T8/TRF1 (nov./2012), rel. p/acórdão Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, vencido o Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis, deu provimento à apelação para, anulando a sentença determinar o prosseguimento do feito, evocando a eficácia *ultra partes* da sentença mandamental coletiva (prejudicado o apelo da FN), nestes termos:

[...] EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. [MS] COLETIVO. UNIÃO. REPRESENTANTE DA AUTORIDADE IMPETRADA. EFICÁCIA EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL. INTERESSE COLETIVO. ALCANCE A TODOS OS AFILIADOS DA ASSOCIAÇÃO IMPETRANTE. EFICÁCIA ULTRA PARTES.

1. Possível conferir ao título judicial executado a eficácia em todo o território nacional se a União, real credora dos valores executados e sujeito ativo da relação jurídica tributária, é a pessoa jurídica representante da autoridade impetrada.

2. A associação legalmente constituída tem legitimidade, na condição de substituta processual, para ajuizar ação na defesa dos interesses de seus associados e não depende de autorização expressa ou da apresentação de listas de filiados.

3. Se o entendimento prevalecente é pela dispensa da autorização expressa ou da apresentação de listas de filiados na fase de conhecimento, incoerente utilizar-se de tais documentos como agentes limitadores da legitimidade para executar o título judicial emanado do writ coletivo.

4. A coisa julgada do mandado de segurança coletivo tem eficácia *ultra-partes*, o que impõe, em razão do próprio interesse coletivo, que a concessão da segurança aproveite a todos os afiliados da associação impetrante, ainda que se tenham filiado após o ajuizamento da ação.

[...]

Em seu voto, a relatora consignou, ainda, possível compensar os créditos gerados no curso do MS, devendo prosseguir a execução mandamental.

A embargante (FN) pugna pela prevalência do voto vencido, assim vazado, negando provimento à apelação:

[...]

Mandado de Segurança – Execução - Exceção

O mandado de segurança é ação de conhecimento que visa assegurar ao impetrante uma decisão judicial de natureza mandamental, mais precisamente que comine à autoridade coatora uma ordem para que faça, deixe de fazer ou permita que se faça algo.

Sua execução, de regra, é realizada mediante uma ordem do Juízo para que se cumpra o comando cominatório-mandamental [...].

A previsão legal se encontrava no art. 15 da Lei 1.533/51 (A decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais).

Nesse sentido as Súmulas 269 (O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança) e 271 (Concessão de MS não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria) do c. STF.

[...]

A questão pode ser resumida no enunciado da citada Súmula 271 do STF: Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

Pode, entretanto, o mandado de segurança ser usado como meio para declarar direito à compensação [...].

[...]

Mandado de Segurança – Ato de Autoridade – Atribuição – Limitação

Se o mandado de segurança visa corrigir ato de autoridade pública [...], a decisão que nele se profere está limitada à atribuição da autoridade coatora.

É a sede da autoridade indigitada coatora que determina a competência do Juízo e que limita o comando mandamental [...].

As leis [...] são expressas nesse sentido e a doutrina e a jurisprudência [...].

[...]

Assim, o ato objeto de cominação judicial somente pode afetar as atribuições da autoridade coatora e no que toca com essas atribuições.

Autoridade Coatora – Delegado da Receita Federal no Distrito Federal

[...]

Com razão nesse particular o Juízo recorrido: somente tem legitimidade para executar a sentença o associado-aposentado/pensionista até a prolação da sentença cuja incidência tributária estivesse sob a atribuição do Delegado da Receita Federal no Distrito

Federal, sendo ilegítimo qualquer associado com domicílio fora dos limites dessa atribuição [...].

[...]

Não fosse o suficiente, deve se considerar os limites do título executivo que, consigne-se, não autorizou repetição de indébito, na forma de precatório, não condenou a FUNCEF em obrigação de pagar, mas apenas determinou que quando do resgate, via pagamento de complementação de aposentadoria, as autoridades coatoras limitassem a incidência do IR às parcelas que não correspondessem às contribuições vertidas, exclusivamente pelo associado (1/3), no período de jan 89 a dez/95.

Ressai evidente que parte de premissa equivocada o argumento esposado pelos exequentes/apelantes no sentido de que a FUNCEF, sendo parte no mandado de segurança, apenas porque tem domicílio fiscal em Brasília, deslocaria a competência da execução para a 14ª VF/DF, com relação a todos os associados da FENACEF, em todas as unidades da federação.

Destaco que na execução os contribuintes, não residentes em Brasília, cobram exclusivamente da União a repetição de valores que foram retidos entre 1989 e 1995. Ora, a FUNCEF não está arrolada nos arts. 109/110 da CF/88, sendo mera substituta tributária, não foi condenada a pagar nada (obrigação de dar) e, ainda que tivesse sido, não teria o condão de deslocar o foro de execução do Brasil inteiro para a 14ª Vara Federal do DF justamente porque não tem foro privilegiado na Justiça Federal, menos ainda prerrogativa para deslocar o foro de execução de uma sentença proferida em mandado de segurança que não a condenou no pagamento dos valores reclamados.

[...]

No caso dos autos todos os embargados têm domicílio tributário fora do local de atribuição da autoridade coatora, e, portanto, são ilegítimos para execução do julgado já que não destinatários da segurança concedida.

Contrarrazões oportunizadas.

É o relatório.

Questão de Ordem *

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Os limites naturais do art. 530 do CPC, que se destinam a dar prevalência integral a um dos votos proferidos (vencedor ou vencido), sem limitá-los nem expandi-los, juntamente com a verdade de que a S4/TRF1 não é — estritamente (RI/TRF1) — órgão revisor/

reformador das posições das Turmas que a compõem, impedem que, neste julgamento, se resolva a miríade de matérias residuais a serem ainda esgotadas pela T8/TRF1 (não apreciadas pelos votos), nitidamente porque os campos vazios de apreciação ostentam, cada qual e *per se*, autonomia/aptidão mais do que suficientes para, em tese, mudar os contornos do debate e o destino da lide, o que implica afirmar que, ainda que porventura se pudesse, de ofício, examinar um ou outro dos vieses remanescentes (e.g.: prescrição/decadência), tal procedimento não dotaria o julgado de pureza lógico-processual, exigindo-se, então, novo julgamento pelo órgão fracionário competente, de modo a exaurir sua prestação jurisdicional, também não havendo falar em celeridade que apenas posterga a solução de entraves, ou os elucida aquém da sua complexidade, o que, a tempo e modo, obstaculizará ou adiará a satisfação prática do objeto da ação: *tomando-se como meta o destino, rápido é o caminhar simples, reto e certo, não a pressa do giro circular.*

Nesse passo, há, em meu sentir, fatos/aspectos processuais (prejudiciais) que não foram (e deveriam ter sido) considerados e examinados explicitamente pela Turma julgadora, como [a] a exequibilidade ou não da sentença mandamental declaratória pura; e [b] as disritmias/descompassos entre o *pedido mandamental* (afastar o IRRF sobre a complementação), a *sentença* (que afastou IRRF sobre resgate), o *pedido exequendo* (restituição do IRRF sobre a complementação) e o *acórdão embargado* (deferindo compensação do tributo). Tais terrenos de cognição ainda virgens são essenciais à solução da querela, e, portanto, deveria e deverão ser compulsoriamente examinados pela T8/TRF1 para que exaurida a prestação jurisdicional, oportunizando-se, se e quando, a eventual interposição dos recursos cabíveis, inclusive por se tratar de matéria de ordem pública: *assemelham-se, na essência, a sentença que não examina o pedido em sua integridade do acórdão que, com o fito de reformar a sentença, não derrui expressamente todos os pontos que a edificam.*

Dados os limites naturais do art. 530 do CPC, aludidos equívocos não se podem resolver nesta sede, sendo caso de anulação do julgamento para que outro adequado se profira.

Pelo exposto, de ofício, em questão de ordem, *anulo* o julgamento para que outro se *profira* pela T8/TRF1, *exaurindo-se* a prestação jurisdicional como de direito se entender, *prejudicados* os embargos infringentes.

É como voto.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria do Carmo Cardoso, Reynaldo Fonseca e Novély Vilanova e os Exmos. Srs. Juízes Federais Clodomir Sebastião Reis e Rodrigo de Godoy Mendes (convocados).

Quarta Seção

Agravo Regimental na Ação Rescisória 0036867-70.2013.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca
 Autora: Fazenda Nacional
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
 Réu: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Agravante: Fazenda Nacional
 Agravada: Decisão de fls.
 Publicação: e-DJF1 de 05/11/2013, p. 44

Ementa

Processo Civil. Agravo regimental em ação rescisória. Inicial indeferida. Ausência de legitimidade e interesse da Fazenda Nacional em rescindir julgado que extinguiu feito sem resolução do mérito.

I. A Fazenda Nacional não tem interesse nem legitimidade para pleitear a rescisão de decisão monocrática de relator que extinguiu, sem resolução do mérito, embargos à execução fiscal manejados pelo INSS. Isso porque, ainda que o julgado rescindendo tenha se fundado em premissa equivocada (confusão entre autor e réu que não ocorreu), o eventual prejuízo por ele causado somente atinge o INSS, não tendo o condão de desconstituir o crédito executado.

II. Reforça a conclusão de que o fundamento do julgado rescindendo não gerou efeitos sobre o crédito da autora. A execução fiscal — que, em tese, poderia vir a ser prejudicada — continua tramitando. Sem contar que, na eventualidade de vir a ser extinta com base na mesma premissa equivocada utilizada no julgado rescindendo, a sentença que puser fim à execução poderá ser impugnada por meio do recurso cabível.

III. Não autoriza conhecimento a rescisória que se volta contra o fundamento que levou o julgador a extinguir o feito sem resolução do mérito. A uma, porque os fundamentos da sentença não são acobertados pela coisa julgada (art. 469, I, do CPC). A duas, porque não são passíveis de rescisão as decisões — sentenças ou acórdãos — que não chegaram a apreciar o mérito da causa. Precedentes desta Corte e do STJ.

IV. Malgrado existam alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça admitindo, excepcionalmente, o cabimento de ação rescisória contra julgado que extingue o processo sem resolução de mérito quando, na realidade, tal julgado tenha examinado o mérito da questão e sua conclusão inviabilize a rediscussão da matéria em juízo, não é esse o caso dos autos.

V. Agravo regimental não provido.

Acórdão

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

4ª Seção do TRF 1ª Região – 23/10/2013.

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Cuida-se de agravo regimental interposto pela União (Fazenda Nacional) (fls. 234-247 deste recurso virtual) em face de decisão monocrática de minha lavra (fls. 226-230) que indeferiu a inicial da ação rescisória por ela ajuizada, com o objetivo de desconstituir decisão monocrática de relator (proferida nos autos da AC 10775-06.2000.4.01.3300/BA – cópia à fl. 118 deste feito virtual) que extinguiu o feito (embargos à execução manejados pelo INSS) sem resolução de mérito.

A decisão rescindenda partira do princípio de que, após a edição da Lei 11.457/2007, que promoveu a unificação da Secretaria da Receita Previdenciária e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, teria ocorrido a confusão entre autor e réu no processo.

Inconformada, a agravante insiste em que sua legitimidade para o ajuizamento da rescisória decorre do fato de que

[...] o fundamento utilizado para extinguir os embargos à execução opostos pelo INSS, ao se arrimar no instituto da confusão prevista no art. 381 do Código Civil, implicou a extinção do próprio crédito tributário inscrito na Dívida Ativa da União 50 2 92 000178-32, que lastreia a execução fiscal 0014629-81.1995.4.01.3300/BA, o qual pertence à Fazenda Nacional (fl. 238).

Reafirma, também, que muito embora o dispositivo do julgado rescindendo seja formalmente terminativo, ele

[...] possui verdadeiro conteúdo decisório, passando o decisum a projetar efeitos externamente ao processo, inviabilizando-se a rediscussão da matéria e implicando-se (sic) na extinção do crédito tributário inscrito sob o n. 50.2.92.000178-32, o qual lastreia a Execução Fiscal, processo 0014629-81.1995.4.01.3300 (95.00.14642-8)/BA (fl. 239),

o que justificaria a admissibilidade da rescisória, na medida em que

[...] a natureza da sentença, se processual ou de mérito, é definida por seu conteúdo e não pela mera qualificação ou *nomen juris* atribuído ao julgado, seja na fundamentação ou na parte dispositiva (fl. 239).

Junta, em socorro de sua tese, os seguintes precedentes do STJ: REsp 666.637/RN, rel. Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma., julg. em 09/05/2006, public. no DJ de 26/06/2006, p. 151; REsp 1.217.321/SC, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. em 18/10/2012, publicado no DJe de 18/03/2013; REsp 1678/GO, rel. Min. Fontes de Alencar, rel. p/ acórdão

Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 13/02/1990, DJ 09/04/1990, p. 2744; REsp 216478/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 19/04/2005, DJ 1º/08/2005, p. 370; e REsp 1125128/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012.

No mais, repisa os mesmos argumentos já postos na inicial no sentido de que o julgado rescindendo, além de violar os arts. 381 do CC e 156 do CTN, teria incorrido em erro de fato, por presumir que o crédito executado (Imposto de Renda sobre rendimentos de trabalho assalariado e sobre rendimentos de aluguéis e *royalties*) teria sido afetado pelas modificações trazidas pela Lei 11.457/2007, quando não foi.

Pede, assim, o provimento do recurso, para que seja processada a rescisória.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca: — Em que pese a r. linha de argumentação desenvolvida no agravo regimental, ora em exame, tenho que ela não se presta a elidir os fundamentos por mim utilizados para indeferir a inicial e que passo a transcrever:

Existem pelo menos dois motivos a desautorizar o conhecimento da presente rescisória.

O primeiro deles é a evidente ilegitimidade ativa da União (Fazenda Nacional) para propô-la. Senão vejamos.

A situação posta a exame é a seguinte: A União (Fazenda Nacional) ajuizou a execução fiscal n. 95.00.14642-8/BA (numeração nova: 14629-81.1995.4.01.3300), em 19 out 1995, para cobrar do extinto INPS imposto de renda incidente sobre rendimentos de trabalho assalariado, assim como sobre aluguéis e *royalties* no ano-base 1987 (cf. cópia da inicial e das CDA's às fls. 20-25), execução essa que continua tramitando até a data de hoje.

Com a extinção do INPS, foi ele sucedido pelo INSS que, em 12 mai 2000, opôs embargos à execução fiscal acima mencionada (cópia da inicial às fls. 16/18), impugnando o crédito cobrado ao argumento de a) nulidade do procedimento administrativo que precedeu a inscrição do imposto em dívida ativa; b) imunidade recíproca; e c) irregularidade formal da CDA por ausência de descrição dos critérios para

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Novély Vilanova e Tolentino Amaral e os Exmos. Srs. Juízes Federais Rafael Paulo Soares Pinto, Clodomir Sebastião Reis e Rodrigo de Godoy Mendes (convocados)

cálculo de juros moratórios e encargos previstos em lei.

Rejeitados os embargos por sentença (cópia às fls. 79-87), o INSS interpôs apelação (cópia às fls. 98-103) que nem chegou a ser conhecida pelo Relator que, por meio de decisão monocrática (cópia à fl. 118), extinguiu o feito sem resolução do mérito, ao fundamento de que, após a edição da Lei 11.457/2007, a União passou a representar judicialmente o INSS e, portanto, teria ocorrido confusão entre autor e réu.

Ora, se alguém teria legitimidade e interesse para pleitear a rescisão do julgado deste Tribunal, essa pessoa é o INSS a quem aproveitaria a reabertura da discussão posta nos embargos à execução, e jamais a União que é a titular do crédito tributário impugnado pelo INSS, representado hoje pela Procuradoria Geral Federal.

Se a União (Fazenda Nacional) entende que a cobrança é indevida ou excessiva, mais fácil lhe seria, sponte propria, rever o lançamento tributário de forma a reduzir o valor cobrado ou até a desistir de uma execução tributária que se arrasta desde 1995, sem a necessidade de vir em juízo pleitear a reforma de julgado que lhe foi favorável.

O segundo motivo a justificar o indeferimento da inicial desta rescisória é a ausência de coisa julgada material.

Em comentário ao art. 485 do CPC, os festejados autores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery explicam a lógica da restrição feita pelo CPC, no caput de seu art. 485, quando afirma que somente a sentença de mérito pode ser rescindida:

3. *Sentença de extinção do processo sem resolução do mérito (CPC 267)*. Como a sentença proferida com base no CPC 267 é processual, isto é, não é de mérito, transitada em julgado não faz coisa julgada material, razão pela qual não é passível de rescisão. Isto significa que a parte pode repropor a ação e nela deduzir o mesmo pedido, fundado na mesma causa de pedir (próxima e remota), em suma ajuizar ação idêntica àquela que fora objeto da sentença de extinção com fundamento no CPC 267. Há entendimentos no sentido de que, por exemplo, a sentença que acolhe a alegação de litispendência ou de coisa julgada e, em vista disso, extingue o processo sem examinar o mérito (CPC 267 V), 'trancaria' o acesso à via judicial futura, razão pela qual seria rescindível. O equívoco desse entendimento está na premissa do silogismo, sendo problema, pois, de lógica formal: a sentença dada com base no CPC 267 V não faz coisa julgada material e por isso não tranca a via judicial futura, porquanto a parte pode repropor a mesma e idêntica ação deduzida em processo que fora extinto. No mesmo equívoco incidem os que pensam que os 'fundamentos' da ilegitimidade de parte ou de impossibilidade jurídica do pedido, condições da ação, motivo da extinção do processo na forma do CPC 267 VI, também trancariam a via

judicial futura, transformando a sentença que não faz coisa julgada em 'rescindível'."

(in NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 13. ed., revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 931-932)

Nesse sentido também se orienta a jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO RESCISÓRIA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA - INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL - AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE MÉRITO - AÇÃO RESCISÓRIA INADMISSÍVEL - AGRAVO DESPROVIDO.

1. As questões federais ventiladas na via especial, concernentes ao mérito da lide, não foram examinadas por esta Corte, visto que a r. decisão monocrática rescindenda limitou-se à denegação, por intempestividade, do Recurso Especial em autos de Agravo de Instrumento. *Em casos tais, em que a decisão a ser desconstituída não aprecia o mérito da causa, não aludindo sequer à controvérsia objeto da lide, atendo-se tão-somente aos aspectos técnicos do recurso, perfilho-me à orientação doutrinária e jurisprudencial majoritárias de que inviável conhecer do pedido rescisório, ante a ausência de pressuposto genérico de admissibilidade da ação, categoricamente exigido em lei (art. 485, caput, c/c o art. 269 do CPC)*.

2. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg na AR 3.454/BA, rel. Min. Jorge Scartezzini, Segunda Seção, julgado em 08/03/2006, DJ 02/05/2006, p. 245) – negritei.

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE CONSIDEROU INTEMPESTIVO RECURSO DE APELAÇÃO. DECISÃO TERMINATIVA. AUSÊNCIA DE EXAME DO MÉRITO DO RECURSO. NÃO CABIMENTO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL.

I - Consoante o art. 485, inciso IX, do CPC, somente são passíveis de rescisão as decisões - sentenças ou acórdãos - que tenham examinado o mérito da causa, ou seja, só pode ser rescindida a coisa julgada material.

II - Mesmo que o acórdão rescindendo tenha, em tese, incorrido em erro quando do exame da tempestividade do recurso, não é mais possível, após o trânsito em julgado e em sede de ação rescisória, a anulação da decisão e a retomada da marcha processual.

III - Agravo regimental a que se nega provimento.

(AR 0029529-16.2011.4.01.0000/AM, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Terceira Seção, e-DJF1 p. 1157 de 22/08/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO. AUSÊNCIA DE RESOLUÇÃO DO MÉRITO. IRRRESCINDIBILIDADE. ART. 485, CAPUT, DO CPC. AÇÃO RESCISÓRIA

INADMISSÍVEL. ART. 267, IV, DO CPC. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

1. O art. 485, incisos I a IX, do Código de Processo Civil, é taxativo ao enunciar expressamente as hipóteses de cabimento da ação rescisória, admitindo-se o seu ajuizamento apenas quando houver sentença de mérito transitada em julgado e somente nos casos legalmente previstos.

2. “Não é qualquer decisão transitada em julgado que enseja a ação rescisória, mas somente aquela de mérito, capaz de ser acobertada pela autoridade da coisa julgada.” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery; Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, 10ª ed., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 2007, pág. 777, conforme decisão monocrática proferida pelo Ministro Sidnei Beneti quando do julgamento do Recurso Especial nº 977.771, publicada em 26.11.2010).

3. Ação rescisória que se julga extinta, nos termos do art. 267, IV, do CPC, em face da ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo e conseqüente inadmissibilidade da ação. Condenação em honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, e na multa de 5% (cinco por cento), também sobre o valor da causa, nos termos do art. 488, II, do CPC, já depositada, conforme fl. 615.

(AR 0062573-31.2008.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Ângela Catão, Primeira Seção, e-DJF1, p. 03 de 10/10/2011)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. NÃO CABIMENTO. COISA JULGADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

1. A sentença que acolhe a alegação de coisa julgada implica extinção do processo sem exame de mérito (CPC, art. 267, V), donde a carência do direito de impugná-la mediante ação rescisória (CPC, art. 485, caput).

2. Ação rescisória extinta sem julgamento do mérito.

(AR 0078229-09.2000.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal João Batista Moreira, rel. Acor. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Terceira Seção, e-DJF1, p.159, de 27/04/2009)

Malgrado a existência de alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça, como os mencionados pela autora, admitindo, excepcionalmente, o cabimento de ação rescisória contra julgado que extinguiu o processo *sem* julgamento do mérito quando, na realidade, tal julgado tenha examinado o mérito da questão e sua conclusão inviabilize a rediscussão da matéria em juízo, não é esse o caso dos autos.

A uma, porque, diferentemente do alegado pela Fazenda Nacional, a extinção dos embargos à execução propostos pelo INSS não implicou “extinção do crédito tributário inscrito sob o

n. 50.2.92.000178-32, o qual lastreia a Execução Fiscal, processo n. 0014629-81.1995.4.01.3300 (95.00.14642-8)/BA” (fl. 07). Muito antes pelo contrário, a extinção dos embargos legitimou a cobrança levada a efeito pela União na execução fiscal!

A duas, porque, mesmo que se pudesse argumentar que a decisão monocrática extintiva do feito *sem* exame do mérito pode vir a gerar efeitos externos ao processo na medida em que, transcorrido o prazo para oposição dos embargos à execução, várias das questões nele postas não poderão ser renovadas¹, o mesmo poderia ser dito da sentença que não admite os embargos por intempestivos ou por falta de segurança do juízo, pois, em nenhuma dessas hipóteses o julgador se pronuncia sobre o mérito da causa e em todas elas gera-se o mesmo efeito, qual seja, o fechamento de uma via judicial para discussão da questão. No entanto, não se cogita do cabimento da rescisória nos dois últimos exemplos que mencionei.

Ao final e ao cabo, é exatamente essa a situação em relevo no caso dos autos, pois, ao declarar que ocorrera uma confusão entre autor e réu, o julgador monocrático deste Tribunal somente reconheceu que não existia mais uma pretensão resistida a justificar a atuação do Poder Judiciário. Não houve nenhum pronunciamento sobre o acerto ou equívoco das teses propostas pelo INSS na petição inicial dos embargos à execução. Não se disse se os valores cobrados pela União estavam corretos, deveriam ser reduzidos ou anulados.

Assim sendo, tenho que, a despeito do erro ou do acerto da decisão proferida no julgado rescindendo, a rescisória é inadmissível.

Ante o exposto, INDEFIRO a petição inicial, com amparo nos arts. 490, I, c/c 295, V, e 267, IV e VI, todos do CPC, bem como no art. 232, § 1º, do RI-TRF 1ª Região.

Pode-se agregar, ainda, aos fundamentos já mencionados para demonstrar a inexistência de coisa julgada material no julgado rescindendo, o óbice de que, nos termos do art. 469, I, do CPC², os fundamentos da sentença não fazem coisa julgada.

Ora, o que a Fazenda Nacional ataca, no caso concreto, é exatamente o fundamento que levou o relator da AC 10775-06.2000.4.01.3300/BA a extinguir o feito sem resolução de mérito (a suposta confusão entre autor e réu).

¹Leva-se em conta aqui o fato de que as indagações relativas à matéria de ordem pública podem ser veiculadas também por meio de exceção de pré-executividade.

²Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; [...]

Nesse sentido, confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

AÇÃO RESCISÓRIA. INTERESSE DE AGIR. LIMITES DE COISA JULGADA.

1. CARECE DE INTERESSE DE AGIR, NA AÇÃO RESCISÓRIA, QUEM A PROPÕE OBJETIVANDO DESCONSTITUIR “OS MOTIVOS” QUE SUSCITARAM A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO RESCIDENTA.

2. NÃO FAZENDO COISA JULGADA MATERIAL, OS MOTIVOS QUE EMBASARAM DECISÃO RESCIDENTA NÃO SÃO ALCANÇADOS PELA AÇÃO RESCISÓRIA.

3. AGRAVO IMPROVIDO.

(AGRAR 0005372-38.1995.4.01.0000/DF, Rel. Juiz NELSON GOMES DA SILVA, SEGUNDA SEÇÃO, DJ, p. 27.041, de 08/05/1995) – negritei.

AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA NO ART. 485, INCISOS IV E V, DO CPC.

1. OS MOTIVOS NÃO FAZEM COISA JULGADA. TAMBÉM NÃO O FAZ, IGUALMENTE QUANTO AOS LIMITES OBJETIVOS, A CAUSA DE PEDIR, ISOLADAMENTE. PRECEDENTE DO STJ: RESP-11.315. AUSÊNCIA DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL, A PROPOSITO DA QUESTÃO SUSCITADA.

2. HIPÓTESE EM QUE NÃO HOUVE VIOLAÇÃO LITERAL DO DISPOSTO NOS ARTS. 3. E 15 DA LEI NUM. 5.709/1971.

3. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

(REsp 20.754/MS, rel. Min. Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 25/06/1996, DJ 30/09/1996, p. 36.636) – negritei.

Observo, por fim, que, pelo que se verifica do andamento da Execução Fiscal 95.00.14642-8/BA, os alegados efeitos gerados pelo fundamento do julgado rescindendo sobre o crédito da Fazenda Nacional ainda não se fizeram sentir, pois a execução não foi extinta. E, se porventura vier a ser, poderá a Fazenda Nacional se insurgir contra tal sentença por meio do recurso cabível. Isso, no mínimo, reforça a conclusão de que o único prejudicado pelo julgado rescindendo foi o INSS. Portanto, a Fazenda Nacional não possui nem legitimidade nem interesse em buscar a rescisão do julgado.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

Primeira Turma

Numeração única: 0005114-05.2003.4.01.3700

Apelação/Reexame Necessário 2003.37.00.005644-6/MA

Relator: Desembargador Federal Ney Bello
 Apelante: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Apelada: Marlene de Assis Silva
 Advogados: Dr. José Guilherme Carvalho Zagallo e outros
 Remetente: Juízo Federal da 5ª Vara/MA
 Publicação: e-DJF1 de 22/11/2013, p. 328

Ementa

Administrativo e Processual Civil. Servidor público militar. Tutela antecipada. Possibilidade. Art. 558, caput do CPC. Inaplicabilidade ao caso vertente. Licenciamento. Ilegalidade. Reintegração e reforma do servidor. Consectários. Sentença mantida. Precedentes da Corte.

I. Não existe vedação legal à antecipação de tutela voltada à suspensão de ato administrativo que licencia o servidor militar da Força Armada a que estava vinculado. Não se há de falar, em tal hipótese, em perigo de lesão grave ou de difícil reparação, mas sim de preservação da situação jurídica anterior rompida pela Administração.

II. Compulsando os autos, verifica-se que a parte-autora ingressou sadia na Aeronáutica no ano de 1998 e, após diversas inspeções médicas que atestaram sua higidez, foi acometida da patologia incapacitante — LER/Dort — no ano de 2001, segundo os laudos médicos, em razão da atividade por ela exercida – dentista.

III. No caso concreto, a situação da parte-autora amolda-se às normas insculpidas nos dispositivos da Lei 6.880/1980, e que o ato de que resultou seu licenciamento e desincorporação foi equivocadamente prolatado.

IV. Confrontando-se os textos legais arrolados, as provas coligidas nos autos e o ato administrativo de desincorporação da parte-autora dos quadros da FAB, vê-se que esta faz jus ao quanto determinado na sentença impugnada, em face do evidente dano à saúde por ela sofrido.

V. A correção monetária incidente sobre as parcelas atrasadas deve observar as orientações do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21/12/2010, aplicando-se o IPCA-E após a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, tendo em vista a imprestabilidade da TR — atualmente usada na remuneração das cadernetas de poupança — como índice de correção monetária *de débitos judiciais*, conforme fundamentos utilizados pelo STF na ADI 493/DF.

VI. Os juros de mora são devidos no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação (Súmula 204/STJ), até o advento da Lei 11.960/2009, a partir de quando incidirão à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês — ou outro índice de juros remuneratórios das cadernetas de poupança que eventualmente venha a ser estabelecido —, até a apuração definitiva dos cálculos de liquidação.

VII. Honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento), incidentes sobre o valor da condenação, em atendimento ao disposto no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, tudo conforme reiterados precedentes desta Corte.

VIII. A isenção de que goza a União e suas autarquias quanto ao pagamento de custas processuais não a isenta, quando sucumbente, da obrigação de reembolso, conforme previsto no § 4º do art. 14 da Lei 9.289/1996.

IX. Apelação da União a que se nega provimento.

X. Remessa oficial parcialmente provida para, mantendo a sentença *in totum*, fixar o pagamento dos juros [devidos em 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação até 30/06/2009, a partir daí será aplicado o contido no art. 1ºF da Lei 9.494/1997, na redação dada pela Lei 11.960/2009, observados os respectivos vencimentos, reduzindo-se a taxa para 0,5% (meio por cento) ao mês a partir da Lei 11.960/2009] e da correção monetária [com base nos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, a partir de quando se aplica o IPCA-E.]

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação da União e dar parcial provimento à remessa oficial.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 16/10/2013.

Desembargador Federal *Ney Bello*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello: —

1. Cuida-se de remessa oficial e de apelação interposta pela União (fls. 319-328) contra a sentença (fls. 194-202), à qual, em sede de embargos de declaração, foi atribuído efeito infringente, para integrá-la o *decisum* de fls. 281-315, que julgou procedente o pedido da parte-autora.

2. Em primeiro grau, antecipando-se a tutela, julgou-se procedente o pedido para determinar à parte-ré a imediata reintegração da autora ao serviço ativo da FAB:

[...] sendo-lhe permitido aproveitá-la em atividades burocráticas vinculadas ao seu cargo,

enquanto persistir o diagnóstico de LER/DORT [...], condenando a Ré ao pagamento da remuneração da Autora, em parcelas vencidas e vincendas enquanto persistir o diagnóstico de LER/DORT; na hipótese de o quadro clínico da Autora evoluir para do diagnóstico atual para alta médica, a Administração deverá preservar seu vínculo funcional por período mínimo de 12 (doze) meses após a alta (aplicação analógica da Lei 8.213/91 – 118), assim como o pagamento da remuneração do período em que esteve afastada pela licença ‘*ex officio*’, contando-se este tempo de serviço para todos os efeitos legais.

Na hipótese de o quadro clínico da Autora não evoluir do diagnóstico atual de LER/DORT para alta médica, e assim a situação se prolongar no tempo, ou na hipótese de não ser possível o aproveitamento da Autora em atividades burocráticas vinculadas ao seu cargo, fica, desde logo, declarada a nulidade

do ato administrativo impugnado (licenciamento 'es officio') e determinada sua reforma 'ex officio', devendo a Ré seguir os parâmetros da Lei 6.880/80 – 110, vale dizer, concedendo-lhe remuneração correspondente ao grau hierárquico imediato Capitão, em parcelas vencidas e vincendas, inclusive a referente ao período em que ficara licenciada.

Em face do princípio da sucumbência, condeno a Ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição (sic, fl. 314).

3. Requer a parte-ré, inicialmente, a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso. No mérito, assevera ser legal o ato que licenciou a autora das fileiras da Força Aérea Brasileira – FAB, alegando que ela não era militar de carreira, como vitaliciedade assegurada e que o engajamento ou reengajamento não é direito do incorporado, sendo, ao contrário, um poder discricionário das Forças Armadas.

Alega, ainda, que há impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário nos atos administrativos perfeitos, por expressa proibição legal, razão pela qual a Justiça não pode revogar atos inconvenientes ou inoportunos, mas formal e substancialmente legítimos, tendo em vista que isso é atribuição exclusiva da Pública Administração.

Assim, requer a reforma da sentença, para que seja julgado improcedente o pedido inicial, com a condenação da parte-autora ao ônus da sucumbência.

5. Apresentadas as contrarrazões às fls. 334-357, subiram os autos a esta Corte.

6. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello: —

Preliminar

Tutela antecipada

Inicialmente, rejeito a prejudicial arguida pela parte-ré.

Em primeiro lugar, não se há de falar em aplicação do *caput* do art. 558 do CPC nas hipóteses de suspensão dos efeitos de atos administrativos considerados como irregulares. De fato, em tais hipóteses não se há de falar em perigo de lesão grave ou de difícil reparação,

mas simplesmente de preservação do *status quo ante*, rompido pelo ato administrativo tido por indevido pelo julgador que antecipou os efeitos da tutela.

Mérito

Quanto ao mérito, não há o que se corrigir na sentença censurada, que bem tendo analisado a controvérsia, merece ser literalmente transcrita como fundamento deste voto:

À espécie, alideposta à composição reclamava, para seu perfeito esquadramento, resposta à seguinte indagação: a Administração (Força Aérea Brasileira) poderia efetuar o licenciamento da Autora, ora Embargante, 'ex officio', ou, ao contrário, deveria mantê-la nos seus quadros por tempo indeterminado, vale dizer, enquanto persistirem seus problemas de saúde.

[...] através do requerimento apresentado no dia 9 de setembro de 2002 ao Diretor de Administração do Pessoal da Força Aérea Brasileira pleiteara a prorrogação do seu tempo de serviço, não tendo o Médico Avaliador recomendado seu reengajamento, fazendo-o, conforme destacado anteriormente, sob o fundamento de que a mesma, 'por motivo de saúde', não ter podido desempenhar 'a contento suas atividades como profissional da Odontologia – desde o final de 2001'; na parte inferior desse documento, o Comandante do CLA – Centro de Lançamento de Alcântara lançou, supostamente com o seu próprio punho, a seguinte observação: 'Desfavorável, por não convir à Administração'.

Confrontando-se os pronunciamentos do Médico Avaliador e do Comandante do CLA colhe-se uma flagrante contradição, e assim um elevado desrespeito aos princípios da razoabilidade e da motivação, pois se a Embargante não desempenhava suas atividades a contento desde o final de 2001 não seria razoável licenciá-la 'ex officio' por conveniência da Administração, e se esta fosse a hipótese impor-se-ia, como forma de destacar que suas condições de saúde não permitiriam sua permanência nos quadros da Aeronáutica, fundamentar o ato administrativo.

De efeito, a Embargante, que ingressara no corpo da Força Aérea Brasileira para o fim de realização de Estágio de Adaptação e Serviço – EAS no dia 1º de fevereiro de 1998, obtendo sucessivas promoções até alcançar o posto de Primeiro-Tenente no dia 14 de setembro de 2001, passou a enfrentar problemas de saúde desde o ano de 2001, sendo submetida a consulta perante médico reumatologista, que comprovava a existência de hérnia de disco lombar (LS-S1), com a constatação de suspeita de DORT, dando-se, por diversas ocasiões, seu afastamento do trabalho (Boletins do CLA de fls. 28, 29, 30 e Declaração da CIMO – Clínica Integrada Médica Odontológica de fl. 33, respectivamente).

Assim, tendo em consideração o estado de saúde da Embargante, que passara 308 (trezentos

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Ângela Catão e Néviton Guedes.

e oito) dias do ano de 2002 licenciada ou com restrições para algumas atividades, e sobremodo a manifestação do Médico Avaliador que, ao submetê-la aos exames de rotina para aferição das suas condições de saúde para fins de reengajamento, expressara o entendimento de que essas condições de saúde teriam comprometido o desempenho de suas funções, afetando administrativamente 'a rotina do setor' (fl. 168v), mostra-se evidente a desproporcionalidade e a ilegalidade do ato administrativo praticado pela Embargada, qual seja, licenciamento 'ex officio' da Embargante.

De efeito, e sob esse aspecto as provas trazidas para os autos mostram-se suficientes para o conhecimento da questão de mérito, máxime pelo fato de a Ré, ora Embargada, não haver impugnado a versão contida na petição inicial, contribuindo ao revés com documentos para que essa versão obtivesse acolhida, a Embargante, à época do seu desligamento, encontrava-se com problemas de saúde, que a impossibilitavam de exercer suas funções. Essa situação, impõe-se destacar, presumidamente não existiria ao tempo do seu ingresso nos quadros da Aeronáutica, pois que os exames de saúde a que se submetera — e as avaliações médicas realizadas pelas Forças Armadas são naturalmente mais rigorosas do que aquelas realizadas no serviço público civil — não detectaram qualquer patologia que comprometesse sua incorporação, de sorte que os males que lhe afligiram ocorreram após o seu ingresso, e mais precisamente a partir do ano de 2001 (sic, fls. 285, 295, 296, 301, 303, 304).

Em situações análogas à presente, transcrevo excertos de julgados desta Corte Regional Federal, *litteris*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. TUTELA ANTECIPADA. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.494/97. INAPLICABILIDADE AO CASO DOS AUTOS. JULGAMENTO ULTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. LICENCIAMENTO. ILEGALIDADE. REINTEGRAÇÃO E REFORMA DO SERVIDOR.

Omissis

3. O autor ingressou sadio na Marinha no ano de 1994 e, após diversas inspeções médicas que atestaram sua higidez, foi acometido da patologia incapacitante no ano de 1999, segundo a perícia judicial, em razão da atividade por ele exercida.

4. Como confessado pela própria União, por mais de quatro anos foi tentada, sem sucesso, a resolução do problema de saúde do autor, sobrevivendo então o seu indevido desligamento da vida castrense.

5. Correta a sentença que determinou a reforma do autor, com base nos arts. 106, I, 108, IV e 109, todos da Lei nº 6.880/80.

6. Apelação e remessa oficial providas.

(TRF1, Numeração única: 0005665-55.2003.4.01.4000; AC 2003.40.00. 005660-3/PI; Segunda Turma, rel. Des. Federal Neuza Alves, *e-DJF1* de 22/04/2010, p. 102.)

ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. ACIDENTE EM SERVIÇO. INCAPACIDADE TEMPORÁRIA PARA ATIVIDADES MILITARES. LICENCIAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REINTEGRAÇÃO. COMPROVAÇÃO DA CONTINUIDADE DA INCAPACIDADE LABORATIVA. REFORMA EX OFFICIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Comprovado, através de laudo pericial, que o autor, passados mais de dois anos do seu desligamento do Exército, continua incapacitado para desempenhar suas atividades profissionais, ainda que temporariamente, por força de cirurgia no joelho esquerdo, realizada em função de acidente em serviço, assiste-lhe direito a ser reintegrado às fileiras do Exército, com subsequente reforma ex officio, nos termos do art. 106, III, da Lei 6.880/80, com todos os direitos legais, e remuneração calculada com base no soldo correspondente à patente que o militar possuía na ativa, a partir do desligamento indevido, com o pagamento de todos os soldos devidos desde então.

Omissis.

(TRF1: Numeração única: 0004671-23.2000.4.01.4100; AC 2000.41.00. 004705-6/RO; Primeira Turma Suplementar, rel. Juiz Federal Mark Yshida Brandão, *e-DJF1* de 11/05/2011, p. 556.)

Compulsando os autos, verifica-se que a situação da parte-autora amolda-se às normas insculpidas nos dispositivos da Lei 6.880/1980, e que o ato de que resultou seu licenciamento e desincorporação foi equivocadamente prolatado.

Destarte, confrontando-se os textos legais arrolados, as provas coligidas nos autos e o ato administrativo de desincorporação da parte-autora dos quadros da FAB, vê-se que esta faz jus ao quanto determinado na sentença impugnada, em face do evidente dano à saúde por ela sofrido.

Perfilhando o entendimento acima transcrito, mantenho a sentença na sua totalidade.

Consectários

Atualização monetária

A correção monetária incidente sobre as parcelas atrasadas deve observar as orientações do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21/12/2010, aplicando-se o IPCA-E após a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, tendo em vista a imprestabilidade da TR — atualmente usada na remuneração das cadernetas de poupança — como índice de correção monetária *de débitos judiciais*, conforme fundamentos utilizados pelo STF na ADI 493/DF.

Com relação aos juros de mora, estes são devidos no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação (Súmula 204/STJ), até o advento da Lei 11.960/2009, a partir de quando incidirão à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês — ou outro índice de juros remuneratórios das cadernetas de poupança que eventualmente venha a ser estabelecido —, até a apuração definitiva dos cálculos de liquidação.

Nesse sentido, precedentes deste Tribunal, assim ementados:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO DE AMPARO SOCIAL À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA E AO IDOSO. ART. 203, V, CF/88. LEI 8.742/93. TERMO A QUO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS PROCESSUAIS. RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO.

Omissis.

4. Correção monetária com base nos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, a partir de quando se aplica o IPCA-E. [Destaque nosso.]

5. Juros de mora de 1% ao mês, observados os respectivos vencimentos, reduzindo-se a taxa para 0,5% ao mês a partir da Lei nº 11.960/09.

Omissis.

8. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

(AC 0000524-10.2006.4.01.3302 / BA, rel. Des. Federal Neuza Alves, Segunda Turma, e-DJF1, p. 1.443, de 03/07/2013.)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. JUROS DE MORA. SENTENÇA PARCIALMENTE MANTIDA.

1. Os juros de mora são devidos em 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação até 30.06.2009, a partir daí será aplicado o contido no art. 1ºF da Lei 9.494/97, na redação dada pela Lei 11.960/2009. [Destaque nosso.]

2. Apelação provida e remessa oficial parcialmente provida.

(TRF1, 0038459-42.2009.4.01.9199/MG; rel. Des. Federal Ângela Catão, Primeira Turma, e-DJF1, de 12/04/2013, p. 1.085.)

Honorários advocatícios

O Código de Processo Civil dispõe que, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários de advogado serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, levando-se em consideração o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, bem como a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (art. 20, §§ 3º e 4º).

Daí porque, corretamente fixados os honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento), entretanto, sem a incidência de juros de mora, e, aplicáveis apenas sobre as parcelas vencidas até a prolação da sentença, nos termos da Súmula 111 do eg. STJ, e em atendimento ao disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, tudo conforme reiterados precedentes desta Corte.

Isenção de custas

A isenção de que goza a União e suas autarquias quanto ao pagamento de custas processuais não a isenta, quando sucumbente, da obrigação de reembolso, conforme previsto no § 4º do art. 14 da Lei 9.289/1996.

Dispositivo

Ante o exposto, *nego provimento à apelação da União e dou parcial provimento à remessa oficial para, mantendo a sentença in totum, fixar o pagamento dos juros [devidos em 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação até 30/06/2009, a partir daí será aplicado o contido no art. 1ºF da Lei 9.494/1997, na redação dada pela Lei 11.960/2009, observados os respectivos vencimentos, reduzindo-se a taxa para 0,5% (meio por cento) ao mês a partir da Lei 11.960/2009] e da correção monetária [com base nos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, a partir de quando se aplica o IPCA-E].*

É como voto.

Segunda Turma

Apelação Cível 0039496-65.2013.4.01.9199/GO

Relatora : Desembargadora Federal Neuza Alves
Apelante: Valdemar Alves da Silva
Advogados: Dra. Flaviane Maria Aleixo Oliveira Teles e outro
Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação: e-DJF1 de 11/11/2013, p. 51

Ementa

Previdenciário e Constitucional. Pensão por morte. Óbito da segurada anterior à Lei 8.213/1991 e posterior à CF/1988. Aplicação do princípio constitucional. Art. 201, inciso V. Possibilidade. Precedentes do STF.

I. O óbito da esposa do autor ocorreu em 22/08/1989, ocasião em que estava vigente o Decreto 89.312/1984, que aprovou o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, e determinou em seu art. 10 que: “*Consideram-se dependentes do segurado: I - a esposa, o marido inválido, [...]*”.

II. Todavia, o STF assentou o entendimento de que os óbitos de segurados ocorridos entre o advento da Constituição de 1988 e a Lei 8.213/1991 regem-se, direta e imediatamente, pelo disposto no art. 201, inciso V, da Constituição Federal, que, sem recepcionar a parte discriminatória da legislação anterior, equiparou homens e mulheres para efeito de pensão por morte.

III. Atendidos os requisitos indispensáveis à concessão do benefício de pensão por morte — início de prova material da atividade rural alegada, devidamente corroborado por prova testemunhal sólida — tem direito o apelante ao acolhimento de sua pretensão.

IV. Termo inicial conforme estipulação sentencial, cuja manutenção se faz necessária, à luz do quanto estipulado no item *a* da parte final do voto.

V. Correção monetária com base nos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aplicando-se o IPCA-E após a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, tendo em vista a imprestabilidade da TR — atualmente usada na remuneração das cadernetas de poupança — como índice de correção monetária de débitos judiciais, conforme fundamentos utilizados pelo STF no julgamento das ADI 493 e 4.357/DF, e ainda pelo STJ no julgamento do REsp 1.270.439/PR, pelo rito do art. 543-C do CPC.

VI. Juros de mora de 1% ao mês, observados os respectivos vencimentos, reduzindo-se a taxa para 0,5% ao mês a partir da Lei 11.960/2009.

VII. Nos feitos processados perante a Justiça Estadual o INSS é isento do pagamento de custas nos Estados de Minas Gerais, Goiás, Rondônia e Mato Grosso.

VIII. Prevalência da regra cunhada na Súmula 111 do STJ para fins de fixação dos honorários advocatícios.

IX. A antecipação da tutela somente é possível na hipótese de ter havido requerimento da parte-autora, sem a qual o provimento antecipatório é formalmente cassado, mantendo-se o pagamento das prestações. Precedentes da Turma.

X. Não tendo ocorrido deferimento de tutela antecipada, justifica-se a determinação de implantação imediata do benefício perseguido (art. 461 do CPC), já que eventuais recursos interpostos contra o presente julgado são desprovidos de efeito suspensivo. Precedentes do STJ.

XI. Apelação provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 23/10/2013.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Trata-se de apelação interposta pela parte-autora contra sentença que julgou improcedente pedido de pensão por morte, formulado na inicial, em razão do óbito da esposa do autor ter ocorrido anteriormente à vigência da Lei 8.213/1991.

Em seu recurso de apelação, o autor arguiu, em síntese, que, tratando-se de pensão, “*não há necessidade de comprovação de dependente do segurado, conforme aduz a Lei 8.213/1991*”, concluído que foram preenchidos os requisitos para fazer jus ao benefício de pensão por morte.

Acrescenta jurisprudência que entende favorável à tese que advoga.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Trata-se de pedido de concessão de pensão por morte, em virtude do falecimento de esposa que, segundo afirma o autor, sempre exerceu atividade rural.

De início, convém lembrar que a Lei 8.213/1991 estabelece, de maneira exaustiva, quem são os beneficiários de pensão por morte de segurado do INSS.

Transcrevo, a propósito, o dispositivo que elenca quais os dependentes da segurada aptos a receber o benefício na forma pretendida pelo autor, *verbis*:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (*Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995*)

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (*Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995*)

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na

forma estabelecida no Regulamento. (*Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997*)

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Acontece que o óbito da esposa do autor ocorreu em 17/09/1990, ocasião em que estava vigente o Decreto 89.312/1984, que aprovou o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, determinando, em seu art. 10 que:

[...] Consideram-se dependentes do segurado: I - a esposa, o marido inválido, a companheira mantida há mais de 5 (cinco) anos, o filho de qualquer condição menor de 18 (dezoito) anos ou inválido e a filha solteira de qualquer condição menor de 21 (vinte e um) anos ou inválida; II - a pessoa designada, que, se do sexo masculino, só pode ser menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 60 (sessenta) anos, ou inválida; III - o pai inválido e a mãe; IV - o irmão de qualquer condição menor de 18 (dezoito) anos ou inválido e a irmã solteira de qualquer condição menor de 21 (vinte e um) anos ou inválida e educação. [...].

Nesses termos, conforme preceito normativo vigente à época do falecimento da esposa do autor, a possibilidade de obtenção de pensão por morte restringia-se somente ao marido, *se inválido*.

No entanto, ao julgar a questão mais recentemente, o STF assentou o entendimento de que os óbitos de segurados ocorridos entre o advento da Constituição de 1988 e a Lei 8.213/1991 regem-se, direta e imediatamente, pelo disposto no art. 201, inciso V, da Constituição Federal, que, sem recepcionar a parte discriminatória da legislação anterior, equiparou homens e mulheres para efeito de pensão por morte.

A esse respeito, confirmam-se as seguintes ementas:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO AO CÔNJUGE VARÃO. ÓBITO DA SEGURADA ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI N. 8.213/91. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE INVALIDEZ. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ARTIGO 201, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUTOAPLICABILIDADE.

1. O Princípio da Isonomia resta violado por lei que exige do marido, para fins de recebimento de pensão por morte da segurada, a comprovação de estado de invalidez (Plenário desta Corte no julgamento do RE n. 385.397-AgR, relator o Min.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Renato Martins Prates e Antônio Oswaldo Scarpa (convocados).

SepúlvedaPertence, *DJe* 6/9/2007). A regra isonômica aplicada ao Regime Próprio de Previdência Social tem aplicabilidade ao Regime Geral (RE n. 352.744-AgR, rel. o Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, *DJe* de 18/4/2011; RE n. 585.620-AgR, rel. o Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, *DJe* de 11/5/2011; RE n. 573.813-AgR, rel. a Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, *DJe* de 17/3/2011; AI n. 561.788-AgR, Relatora a Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, *DJe* de 22/3/2011; RE 207.282, rel. o Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, *DJ* 19/03/2010; entre outros).

2. Os óbitos de segurados ocorridos entre o advento da Constituição de 1988 e a Lei 8.213/91 regem-se, direta e imediatamente, pelo disposto no artigo 201, inciso V, da Constituição Federal, que, sem recepcionar a parte discriminatória da legislação anterior, equiparou homens e mulheres para efeito de pensão por morte. 3. Agravo regimental não provido.

(RE 607907 AgR, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/06/2011, *DJe*-146, divulg. 29/07/2011, public. 1º/08/2011, Ement. V. 02556-06 p. 1.041)

DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CÔNJUGE VARÃO. COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. INOVAÇÃO DA MATÉRIA: IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. 1. Os embargos de declaração não constituem meio processual cabível para reforma do julgado, não sendo possível atribuir-lhes efeitos infringentes, salvo em situações excepcionais.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que afronta o princípio constitucional da isonomia lei que exige do marido, para fins de recebimento de pensão por morte da mulher, a comprovação de estado de invalidez. 3. A questão referente à comprovação da dependência econômica do cônjuge varão como condição para adquirir a qualidade de pensionista não foi argüida no agravo regimental, no qual a parte embargante se limitou a levantar argumentos em relação à categoria de dependente – obrigatório ou facultativo –, à fonte de custeio e à necessidade de comprovação da condição de invalidez.

4. Os embargos de declaração devem apontar omissão, contradição ou obscuridade no acórdão impugnado e não inovar matéria até então estranha à discussão dos autos.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(RE 563953 AgR-ED, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 29/03/2011, *DJe*-076 Divulg. 25/04/2011 Public. 26/04/2011 Ement. V. 02508-01, p. 84)

Assim, em conformidade com o novel entendimento da Suprema Corte, tem direito o autor, nesse caso, ao recebimento de pensão por morte de sua esposa desde que comprovada sua condição de rurícola.

Os documentos trazidos com a inicial servem como início de prova material da atividade rural alegada, já que apontam para o desempenho do labor campesino da parte-autora, a teor do entendimento sufragado pelo STJ, por esta Turma, e pela 1ª Seção deste TRF.

Mais, os testemunhos colhidos pelo juízo *a quo* corroboraram a documentação em comento, demonstrando o labor rural por período superior ao da carência exigida.

Deve ser consignado, por importante, que eventuais registros no CNIS de vínculos urbanos esparsos e exíguos não infirmam a condição de trabalhador rural do segurado nessa condição, na hipótese em que o acervo probante presente nos autos aponte para essa direção.

Portanto, demonstrado o exercício de atividade rural da falecida, tem direito o apelante ao recebimento de pensão por morte de sua esposa.

No que é acessório:

a) Ocorrido o óbito do segurado antes da alteração procedida no art. 74 da Lei 8.213/1991 (pela Lei 9.528/1997), o termo inicial do benefício corresponde à data do óbito do instituidor.

Sendo o óbito posterior ao marco legal supra, e havendo prévia postulação administrativa, à data correlata corresponde o termo inicial do benefício. Nesse mesmo sentido e na falta do prévio requerimento administrativo, o início da prestação remonta ao ajuizamento da ação¹. Apartando-se o comando da origem dessas estipulações, sua reforma desafia recurso voluntário da parte prejudicada podendo, caso possível, ser corrigido pelo crivo da remessa oficial.

b) Em qualquer das hipóteses supra será observada a prescrição quinquenal na forma da Súmula 85 do STJ.

c) A correção monetária deve ser feita com base nos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aplicando-se o IPCA-E após a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, tendo em vista a imprestabilidade da TR — atualmente usada na remuneração das cadernetas de poupança — como índice de correção monetária de débitos judiciais, conforme fundamentos utilizados pelo STF no julgamento das ADI 493 e 4.357/DF, e ainda

¹ Cf., dentre outros, TRF1, AC 0000342-11.2011.4.01.9199/MG, e-DJF1, p. 492, de 20/10/2011 e AC 0000454-14.2010.4.01.9199/RO, e-DJF1, p. 450, de 20/10/2011.

pelo STJ no julgamento do REsp 1.270.439/PR, pelo rito do art. 543-C do CPC.

d) Em questões de índole previdenciária os juros de mora são fixados em 1% ao mês, a contar da citação, em relação às parcelas a ela anteriores, e de cada vencimento, quanto às subsequentes, incidindo com essa taxa até a entrada em vigor da Lei 1.960/2009, a partir de quando serão reduzidos para 0,5% ao mês, tendo em vista que estes são os juros aplicados nas cadernetas de poupança.

e) Os honorários advocatícios, em casos que tais, são fixados em 10% das prestações vencidas até a prolação da sentença de procedência, ou do acórdão que reforma o comando de improcedência da pretensão vestibular.

Tal parcela é devida igualmente nos feitos em que não houve prévia postulação administrativa, tendo em vista que o INSS não requereu a suspensão do feito para, administrativamente, analisar a prevalência do pedido formulado, optando a autarquia por dar continuidade ao processo judicial em seus ulteriores termos.

f) Nos feitos processados perante a Justiça Estadual o INSS é isento do pagamento de custas nos Estados de Minas Gerais, Goiás, Rondônia e Mato Grosso.

Também em relação a esses últimos tópicos (correção, juros, honorários e custas) se aplica a observação (letra a, parte final) quanto à questão do termo inicial do benefício.

g) A jurisprudência desta Corte autoriza o deferimento da tutela antecipada em processos que versem sobre a concessão ou revisão de benefícios previdenciários, desde que atendidos todos os requisitos do art. 273 do CPC, inclusive o do requerimento da parte-autora.

h) Assim, a concessão da tutela antecipada de ofício, na primeira instância, induz à cassação *formal* desse provimento, mantendo-se, contudo, o pagamento das prestações, na hipótese de ratificação da Corte quanto ao mérito do julgado *a quo*².

i) Ainda, é vedado ao órgão julgador a ameaça ou fixação antecipada de multa, à premissa de que a Fazenda Pública descumprirá o comando antecipatório (vide o mesmo precedente referido na nota do tópico anterior).

j) Não tendo havido a concessão de tutela antecipada, delibero quanto à possibilidade de implantação imediata do benefício perseguido (art. 461, do CPC), já que eventuais recursos interpostos contra o presente julgado são desprovidos de efeito suspensivo³.

Assim, verificada a subsunção do caso concreto a esta estipulação, deve o INSS proceder à implantação do benefício no prazo de 30 dias contados de sua intimação do presente comando.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para que no cumprimento do julgado sejam observadas as estipulações dos itens a, b, c, d e supra, determinando ainda a observância da estipulação veiculada no item i.

É o voto.

²TRF1, AC 2008.01.99.002731-6/MT, e-DJF1, p. 340, de 20/10/2011

³STJ, AgRg no REsp 1056742/RS, DJe 11/10/2010 e REsp 1063296/RS, DJe 19/12/2008.

Segunda Turma

Numeração única: 0014360-52.2003.4.01.3400

Apelação Cível 2003.34.00.014362-0/DF

Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves
Apelante: Yone Melo
Advogados: Dr. Sebastião Moraes da Cunha e outro
Apelada: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Dr. Márcio de Assis Borges e outros
Apelada: Fundação dos Economiários Federais – Funcef
Advogados: Dr. Luiz Antônio Muniz Machado e outros
Publicação: eDJF1, de 22/11/2013, p. 535

Ementa

Processual Civil. Ação ordinária proposta contra a Caixa. Manutenção de auxílio-alimentação. Empregado aposentado. Repetição de pedido formulado em reclamação trabalhista anterior. Competência declinada em favor da Justiça do Trabalho. Decisão monocrática. Agravo interno. Remissão a decisão proferida pelo STF. Impertinência. Agravo a que se nega provimento.

I. Os embargos de declaração interpostos contra a decisão pela qual o relator, monocraticamente, declina da competência em favor de outro tribunal, devem ser conhecidos como agravo regimental.

II. A parte-autora ajuizou ação ordinária contra a Caixa e o Funcef, repetindo pedido anteriormente formulado perante a Justiça do Trabalho em sede de reclamação trabalhista, na qual foi proferida decisão transitada em julgado em desfavor da pretensão ali manifestada.

III. Vê-se, claramente, que a presente ação ordinária, proposta em foro distinto, consubstanciou tentativa de burla à coisa julgada operada, evidenciando a má-fé processual da parte-autora.

IV. Correta, assim, a decisão declinatória da competência, sendo impertinente a remissão feita à decisão proferida pelo STF no julgamento do RE 586.453/RS, porque ali se decidiu que a ação proposta contra o fundo de previdência pelo empregado aposentado seria analisada pela Justiça Comum (ainda que o ex-empregador fosse o garantidor do fundo), não sendo este o caso dos autos porque a autora, repita-se, demandou diretamente contra seu ex-empregador, buscando a manutenção de direitos trabalhistas mesmo após a sua aposentação.

V. Agravo interno desprovido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, conhecer dos embargos de declaração como agravo interno, a este negando provimento.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 30/10/2013.

Desembargadora Federal Neuza Alves, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Cuida-se de embargos de declaração interpostos pela parte-autora em desfavor da decisão pela qual monocraticamente declinei da competência em favor da Justiça do Trabalho, por se tratar de processo movido *contra a Caixa Econômica Federal* com vistas à sua condenação

ao restabelecimento de direitos trabalhistas, mesmo em momento posterior à sua aposentadoria.

A agravante alega, em suma, que a despeito do precedente do STJ invocado na decisão sob censura, o STF decidiu em sede de repercussão geral que a competência para julgar ação proposta contra instituição de previdência privada seria da Justiça Comum, ainda que o ex-empregador fosse um dos

garantidores do fundo, razão pela qual, figurando a Caixa no polo passivo da demanda em litisconsórcio com o Funcef, o processo deve permanecer na Justiça Comum Federal.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — De início, conheço dos embargos de declaração como agravo regimental, em atenção ao princípio da fungibilidade recursal, tendo em vista o descabimento do recurso aclaratório contra a decisão monocrática com o cunho interlocutório presente no ato judicial atacado.

Feito o registro, mantenho integralmente a decisão agravada, porque diversamente do quanto consignado no recurso sob exame, não se cuida, aqui, de ação fundada na responsabilidade civil da instituição de previdência privada que tem como garantidor o ex-empregador do autor da ação, sendo esta a hipótese abarcada pela decisão proferida pelo STF no julgamento do RE 586.453/RS.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Renato Martins Prates e Cleberson José Rocha (convocados).

Na verdade, e como facilmente se depreende da decisão de fl. 167, a presente ação *consubstancia uma reclamação trabalhista, ainda que sob a roupagem de ação ordinária*, que proposta *contra a própria Caixa Econômica Federal* a fim de que ela seja condenada a manter direitos que eram pagos à autora quando ela ainda estava em atividade.

Reforça, aliás, essa constatação o fato de que a parte-autora usou do reprovável expediente de repetir na Justiça Federal o teor da *reclamação trabalhista* que já havia ajuizado na Justiça do Trabalho e que, com decisão transitada em julgado, veio a ser decidida em seu desfavor.

Ou seja, temos aqui a curiosa situação em que a parte primeiro ingressou com a ação na Justiça do Trabalho e, agora, vem discordar do reconhecimento da competência desse mesmo foro laboral em relação à segunda ação que, reitera-se, *é idêntica à primeira quanto ao seu objeto*, possuindo uma singela distinção formal relativa ao rito processual escolhido, distinção esta servil apenas à tentativa de burla à coisa julgada material já operada em derredor da *vexata quaestio*.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Terceira Turma

Recurso em Sentido Estrito 0000008-44.2012.4.01.3604/MT

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)
 Recorrente: Justiça Pública
 Procurador: Dr. Douglas Santos Araújo
 Recorrido: Erno Dresch
 Advogados: Dr. Celito L. Bernardi e outros
 Publicação: e-DJF1 de 14/11/2013, p. 1.075

Ementa

Processual Penal. Penal. Redução à condição análoga à de escravo. Art. 149 do CP. Denúncia. Rejeição. Falta de justa causa recurso não provido.

I. Falta à denúncia suporte probatório mínimo que demonstre ofensa, por parte do réu, aos bens penalmente protegidos pelo art. 149 do CP, a liberdade individual e a dignidade do trabalhador.

II. Verifica-se que no Relatório de Fiscalização em Zona Rural (fl. 6-18) elaborado por auditores fiscais do MTE, não há qualquer referência à trabalho escravo do único empregado do acusado encontrado na fazenda vistoriada. Há, segundo o relatório, violações de normas, é certo, trabalhistas e administrativas, mas não se vislumbra fato penalmente relevante (sujeição), mormente considerando que não há nos autos qualquer depoimento da vítima

sobre as alegadas condições degradantes de trabalho, há indícios que o ofendido ia ao trabalho em veículo próprio, que utilizava as mesmas instalações do acusado já que a fazenda encontrava-se em fase de “abertura e formação” (fl. 8) e que os direitos trabalhistas do ofendido foram honrados pelo acusado durante o período da fiscalização (fl. 9).

III. Nesse sentido, tem decidido esta Turma que: *“Tenha-se em mente, por exemplo, os fatos muito comuns em que as autoridades relatam como sendo caso de trabalho escravo a existência de trabalhadores em local sem instalações adequadas, como banheiro, refeitório etc., sem levar em conta que o próprio empregador utiliza-se das mesmas instalações e que estas são, na maioria das vezes, o retrato da própria realidade interiorana do Brasil. Há que se estar atento, portanto, para a possibilidade de abusos na tipificação de fatos tidos como de trabalho escravo.* (Min. Gilmar Mendes - RE 398.041/PA) 3. *Apelação não provida.* (ACR 0001748-25.2008.4.01.4300/TO, rel. Des. Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1, p. 41, de 05/11/2010.)

IV. Recurso em sentido estrito a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso em sentido estrito.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 05/11/2013.

Juiz Federal *Alexandre Buck Medrado Sampaio*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Alexandre Buck Medrado Sampaio*: — Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal em face da decisão proferida pela MM. Juíza Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Diamantino/MT, Vanessa Curti Perenha Gasques, que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor de Erno Dresch pela suposta prática do crime previsto no art. 149 do Código Penal, ao fundamento de ausência de justa causa para a ação penal (fls. 32-34).

Consta da inicial acusatória que

Até o dia 6 de dezembro de 2007, na Fazenda Maranata, localizada no Município de Diamantino/MT, o denunciado *Erno Drescher*, agindo de modo livre e consciente, reduziu um trabalhador à condição análoga à de escravo, sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, na forma do art. 149 do Código Penal. (fl. 2B).

A MM. juíza *a quo* rejeitou a denúncia com os seguintes fundamentos:

[...]

A denúncia está embasada no relatório de Fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego (fls. 07/13), que descreve as condições das instalações usadas para abrigar os trabalhadores na fazenda denominada Maranata, porém também afirma que a propriedade encontrava-se em fase de abertura e formação.

[...]

No caso dos autos, penso que a narrativa presente nos relatórios de fiscalização não é suficiente, por si só, para formar a convicção acerca

da configuração do delito, pois não há nenhum relato de trabalhador narrando a condição de submissão ao denunciado ou de restrição à liberdade de ir e vir, razão pela qual entendo que a denúncia carece de elementos vinculados à conduta, sobretudo referente à identificação do dolo.

[...]

Assim, penso que a situação concreta ora apresentada não representa um panorama fático conducente à configuração do delito de redução à condição análoga a de escravo, pois não há nos autos elementos indicando o necessário estado de sujeição do trabalhador à vontade do denunciado, mas, tão somente, a descrição do local reservado para o seu alojamento, que eram precárias. (Fls. 32/34).

Em razões recursais, o *Parquet* Federal pugna pelo recebimento da denúncia. Alega, em síntese, que a sujeição da vítima a condições degradantes de trabalho configura o crime do art. 149 do CP (fls. 36-47).

Assevera que

[...] *basta a verificação da ocorrência de apenas uma das hipóteses previstas no artigo 149 do CP para o crime restar configurado, não havendo necessidade de estarem presentes no caso concreto de forma conjunta, apesar de na prática ser comum a ocorrência simultânea, de várias hipóteses no mesmo flagrante.* (fl. 42).

Por despacho de fl. 54, o juízo *a quo* manteve a decisão recorrida.

Contrarrazões a fls. 80-86 (originais a fls. 89-95).

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Procurador Regional Luiz Francisco

Fernandes de Souza, opina pelo provimento do recurso (fls. 58-63 e 99).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio: — Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal em face da decisão proferida pela MM. Juíza Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Diamantino/MT que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor de Erno Dresch pela suposta prática do crime previsto no art. 149 do Código Penal (fls. 32-34).

Dispõe o art. 395 do CPP que a denúncia deverá ser rejeitada quando: a) for manifestamente inepta; b) faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou c) faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Na decisão objeto do recurso, o juízo *a quo* entendeu não haver justa causa para a ação penal, uma vez que

[...] mostra-se imprescindível ao menos vislumbrar a existência de um estado de sujeição do trabalhador, bem como se ficou evidenciada a vontade de exercer domínio sobre outra pessoa, suprimindo-lhe a liberdade de fato, não bastando a mera demonstração de que as instalações utilizadas pelos trabalhadores eram precárias, como ocorre no presente caso. (fl. 33).

Efetivamente, da análise dos autos, não vislumbro suporte probatório mínimo que demonstre que houve ofensa por parte do réu ao bem penalmente protegido pelo art. 149 do CP, a liberdade ou dignidade do trabalhador.

Verifico que no Relatório de Fiscalização em Zona Rural (fls. 6-18) elaborado por auditores fiscais do MTE, não há qualquer referência a trabalho escravo do único empregado do acusado encontrado na fazenda vistoriada. Há, segundo o relatório, violações de normas, é certo, trabalhistas e administrativas, mas não se vislumbra fato penalmente relevante, mormente quando os próprios fiscais informam que a fazenda encontrava-se em fase de “abertura e formação” (fl. 8), o que significa que necessariamente suas instalações seriam precárias já que a fazenda estava localizada no meio da floresta.

É relevante ainda notar que segundo os auditores o empregador, ora acusado, no dia 14 de dezembro 2007, na cidade de Diamantino/MT, teria honrado suas obrigações trabalhistas com o empregado, ora ofendido (fl. 9).

Inclusive, chama atenção quanto ao ofendido, que em momento algum a denúncia qualifique quem teria sido a vítima do suposto trabalho escravo. É possível identificá-lo pela documentação juntada aos autos, mas entre esta não há qualquer *depoimento* do empregado nos autos, já que optou o órgão acusador por dispensar a instauração de inquérito policial (art.12 do CPP).

É sabido, que demonstrada a tipicidade do delito em questão, o eventual consentimento da vítima não é causa excludente do delito, mas no caso em tela, onde não há um mínimo de suporte probatório a uma acusação de índole criminal, esse depoimento seria fundamental, pois atestaria as condições de fato apontadas pelo MPF. Por exemplo, a inexistência de sujeição é alegada pela defesa (fl.183) entre outros motivos, pelo fato da suposta vítima dispor de uma motocicleta para ir e vir ao trabalho. A moto na foto de fl.10 era do empregado? Ele realmente tinha total liberdade? Alega ainda a defesa que as condições não seriam degradantes, mas as comuns a uma fazenda em fase de abertura, tanto que o próprio acusado também fazia uso delas. Essa alegação é verdadeira? Assim entendo que na falta de outras provas, o depoimento da vítima seria necessária para um recebimento seguro da denúncia.

Em tempo, não se diga que estes fatos poderiam ser esclarecidos na instrução processual penal. Pelo nosso atual sistema, investiga-se para, eventualmente, descobrindo-se indícios de autoria e materialidade, denunciar e não o contrário. Isto é, não se pode tornar alguém réu para depois verificar se há indícios ou prova de culpa.

Frise-se que a máxima *in dubio pro societatis*, deve ser interpretada em consonância com o princípio da presunção de inocência, sob pena de constrangimento ilegal, haja vista as notórias consequências negativas da conversão de um indivíduo de investigado ao *status* de réu em uma ação penal.

No caso, falta justa causa para recebimento da presente ação penal. Nesse sentido, com a habitual percuciência decidiu esta Turma em acórdão da lavra do Des. Tourinho Neto:

PENAL. ART. 149 DO CP. REDUÇÃO DE TRABALHADORES À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. CONDIÇÃO DEGRADANTE DE TRABALHO.

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado).

AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. MANUTENÇÃO. 1. A ausência de provas de quaisquer das formas de submissão de trabalhadores à condição análoga à de escravo - trabalhos forçados, jornadas extenuantes de trabalho, condições degradantes de trabalho ou restrição à liberdade de locomoção -, na redação dada pela Lei 10.803/03, que conferiu nova definição ao crime tipificado no art. 149 do Código Penal, enseja a absolvição do réu. 2. O preceito penal primário do art. 149 do CP contém cláusulas indeterminadas - como, por exemplo, "condições degradantes de trabalho" - que podem ser utilizadas indevidamente para permitir um alargamento exacerbado do suporte fático normativo, abrangendo todo e qualquer caso em que trabalhadores são submetidos a condições aparentemente indignas de trabalho. Tenha-se em mente, por exemplo, os fatos muito comuns em que as autoridades relatam como

sendo caso de "trabalho escravo" a existência de trabalhadores em local sem instalações adequadas, como banheiro, refeitório etc., sem levar em conta que o próprio empregador utiliza-se das mesmas instalações e que estas são, na maioria das vezes, o retrato da própria realidade interiorana do Brasil. Há que se estar atento, portanto, para a possibilidade de abusos na tipificação de fatos tidos como de "trabalho escravo. (Ministro Gilmar Mendes - RE 398.041/PA) 3. Apelação não provida. (ACR 0001748-25.2008.4.01.4300/TO, rel. Des. Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1, p. 41, de 05/11/2010.)

Diante do exposto, nego provimento ao recurso em sentido estrito para manter a decisão que rejeitou a denúncia, nos termos do art. 395, III, do CPP.

É como voto.

Terceira Turma

Habeas Corpus 0056755-25.2013.4.01.0000/PA

Relator: Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado)
 Impetrante: Moacir Nepomuceno Martins Júnior
 Impetrado: Juiz Federal da Subseção Judiciária de Altamira/PA
 Paciente: Adriano Cansan (réu preso)
 Publicação: e-DJF1 de 19/12/2013, p. 1.080

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. Inaplicabilidade das medidas cautelares previstas no art. 319, do Código de Processo Penal. Habeas corpus denegado.

I. "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.)

II. 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.

III. 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.

IV. 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, ao menos a presença de dois: ordem pública e conveniência da instrução criminal, pelos termos da decisão ora impugnada

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 a 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 – 10/11/2013.

Juiz Federal *Klaus Kuschel*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Klaus Kuschel*: — Vistos, etc.

Moacir Nepomuceno Martins Júnior, qualificado nos autos, impetra *Habeas Corpus* (fls. 2-39), com pedido de liminar, a favor de *Adriano Cansan* (réu preso), argumentando 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 “preso há quase sete meses” (fl. 38). (Grifei.)

Pede liminar para reconhecimento da ilegalidade da sua prisão preventiva ao argumento de que a decisão destoa das provas existentes nos autos.

Liminar indeferida ao entendimento de que

[...] a prisão preventiva fora decretada com espeque em norma legal válida (Código de Processo Penal, art. 312), estando presentes no caso, pelo menos, dois de seus fundamentos, as *garantias da Ordem Pública e da aplicação da lei penal, não tendo sido demonstrado, conseqüentemente, constrangimento ilegal*”. (fl. 108) (Original grifado e destacado.)

Notificada, a autoridade apontada como coatora prestou as informações de fls. 112-113, acompanhadas dos documentos de fls. 114-155, esclarecendo que:

O acusado *ADRIANO CANSAN* em 12/7/2013 apresentou sua defesa prévia, ocasião em que requereu a revogação da prisão preventiva (fls. 393/416 da ação penal 598-60.2013.4.01.3903), tendo este Juízo indeferido o pedido de revogação, em razão do réu não ter apresentado nenhum fato novo capaz de modificar os motivos firmados no decreto de prisão preventiva (fl. 388/390).

No caso a ação penal tramita regularmente, na qual os réus *ADÃO RODRIGUES*, *CARLOS FABRÍCIO PINHEIRO*, *ADRIANO CANSAN* e *SOLIDÉ FÁTIMA TRIQUES* apresentaram suas respectivas defesas prévias, com exceção dos réus *CLACI DE FÁTIMA MORAIS DA SILVA* e *MOACIR CHAVES*, cujo processo foi desmembrado em razão destes estarem foragidos no momento da decisão que apreciou as defesas

prévias dos demais, conforme decisão de fls. 442/444, originado o processo nº 1652-61.2013.4.01.3903.

No momento o feito encontra-se aguardando cumprimento das cartas precatórias expedidas para oitiva das testemunhas arroladas pela acusação.” (Fls. 112/113.)

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. 159-166)

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Klaus Kuschel*: — Verifica-se, pela leitura da decisão de fls. 106-109, proferida pelo Des. Federal *Catão Alves*, que o pedido de liminar foi indeferido nos seguintes termos:

1 - *MOACIR NEPOMUCENO MARTINS JÚNIOR*, qualificado nos autos, impetra *HABEAS CORPUS*, com pedido de liminar, a favor de *ADRIANO CANSAN (RÉU PRESO)* à asserção de que a decisão proferida pela autoridade apontada como coatora, *JUIZ FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE ALTAMIRA – PA*, decretando sua prisão preventiva na ocasião do recebimento da Denúncia (fls. 72/87), infligira constrangimento ilegal ao Paciente por falta dos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal e, conseqüentemente, de motivação idônea.

2 - Alega “*INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS APTOS PARA TIPIFICAR OS CRIMES*” descritos na Denúncia. (Fls. 14.) (Original destacado.)

3 - Pede liminar para revogação imediata da prisão preventiva ao argumento de que o Paciente ‘já está *PRESO HÁ QUASE SETE MESES*’ e por ser réu primário, possuir ocupação lícita e bons antecedentes faz jus à concessão da ordem postulada. (Fls. 38.) (Grifei e destaquei.)

4 - Verifica-se, pelo exame dos autos, que a Ação Penal nº 0000297-16.2013.4.01.3903/PA, em que o Paciente e outros figuram como acusados, fora iniciada em decorrência de Denúncia, em 18/3/2013,

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais *Cândido Ribeiro* e *Mônica Sifuentes*.

pela prática dos crimes tipificados nos arts. 149, § 2º, II, 218-B, 229, 230, 231-A, §§ 2º, I, e 3º, do Código Penal. (Fls. 93/104.)

5 – Sobre o envolvimento do Paciente, a autoridade apontada como coatora assevera em sua decisão:

'Indícios de Autoria e participação ADRIANO CANSAN (vulgo 'Alemão')

No caso a prisão foi decretada pelo juízo estadual a fls. 32 dos autos do flagrante em apenso com fulcro na garantia da ordem pública e garantia da instrução processual.

Com efeito, trata-se do gerente do 'negócio' do grupo criminoso conforme atestam os depoimentos das vítimas (fls. 08, 10, 12, 13, 15, 102, 108/109, 111, 116, 118 e 123), e as provas carreadas no inquérito, porquanto exercia atividade guardar, fiscalizar, e controlar as vítimas e intimidá-las para a garantia dos lucros da organização criminosa, assegurando com sua atividade o tráfico humano e a exploração sexual, bem como a redução das vítimas à condição análoga a de escravas, cujo depoimento se destaca:

Depoimento fls. 08: '... Que a declarante e as demais mulheres viviam sob constante vigilância de ALEMÃO... Que ALEMÃO e CARLOS FABRICIO sempre ameaçavam a declarante demais mulheres dizendo que somente sairiam dali após pagar o que deviam;'...

Depoimento fls. 10: 'Que ALEMÃO e CARLOS FABRICIO sempre ameaçavam a declarante demais mulheres dizendo que somente sairiam dali após pagar o que deviam;

[...]

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 afirmaram 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.

É que, após chegarem e serem alojadas, declararam as vítimas que 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(sic) que as vítimas eram submetidas.

Outrossim, pelos depoimentos e provas demonstra-se a existência clara de organização

criminoso, 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 FABRICIO 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.

[...]

Desse modo, o decreto prisional deve ser acatado, uma vez que o pedido se encontra devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que indicam como a quadrilha estava bem estruturada, com distribuição de tarefas entre os membros da organização criminosa – conveniência da instrução criminal –, prática delitiva reiterada pelos acusados ADÃO, SOLIDE, CLASSI, MOACIR, ADRIANO E CARLOS FABRICIO – garantia da ordem pública.

Vale lembrar que os demais requisitos da prisão cautelar encontram(sic) presentes, pois as penas cominadas aos crimes em comento admitem a segregação cautelar, bem como pressupostos de fumus boni iuris (fumus comissi delicti) e periculum in mora (periculum libertatis) foram ao norte demonstrados à sociedade.

Forte em tais razões, DECRETO a prisão preventiva dos acusados ADÃO RODRIGUES, CLACI DE FÁTIMA MORAIS DA SILVA, MOACIR CHAVES, ADRIANO CANSAN E CARLOS FABRICIO PINHEIRO face à(sic) PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA MEDIDA CAUTELAR DO ART. 312, do CPP, a saber, garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal'. (Fls. 76/86.) (Original grifado e destacado.)

6 – Ora, a prisão preventiva fora decretada com espeque em norma legal válida (Código de Processo Penal, art. 312), estando presentes no caso, pelo menos, dois de SEUS REQUISITOS, AS GARANTIAS DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL, NÃO TENDO SIDO DEMONSTRADO, CONSEQUENTEMENTE, CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

7 – Este Tribunal tem decidido, reiteradamente, que 'A custódia do paciente tem apoio no juízo de necessidade ditado pela garantia da ordem pública. [...]. OS REQUISITOS DE PRIMARIEDADE, POSSUIR TRABALHO LÍCITO E RESIDÊNCIA FIXA, NÃO SÃO POR SI SÓS, IMPEDITIVOS DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA, SE PRESENTES AS CONDIÇÕES E REQUISITOS PARA TANTO NECESSÁRIOS, NA FORMA ESTABELECIDADA NO ART. 312 do CPP'. (HC nº 0023317-08.2013.4.01.0000/AM – Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz – TRF/1ª Região – Quarta Turma – UNÂNIME – e-DJF1 14/6/2013 – pág. 449.) (Grifei e destaquei.)

8 – Consoante pacífica jurisprudência, 'SENDO INDIVIDUOSA A OCORRÊNCIA DO CRIME E PRESENTES SUFICIENTES INDÍCIOS DE AUTORIA, NÃO HÁ ILEGALIDADE NA DECISÃO QUE DETERMINA A CUSTÓDIA CAUTELAR DO PACIENTE, SE PRESENTES OS TEMORES RECEADOS PELO ART. 312 do CPP. Precedentes: HC 84.541/SP, de minha relatoria, DJU

05/11/2007 e HC 86.574/PR, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 17/12/2007'. (HC nº 116.484/RJ – Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho – STJ – Quinta Turma – UNÂNIME – DJe 15/12/2009.) (Grifei e destaquei.)

9 – E mais, 'O PRAZO FIXADO PARA O TÉRMINO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL, QUANDO HÁ RÉU PRESO, NÃO TEM SUA CONTAGEM ADSTRITA PURAMENTE À ARITMÉTICA, DEVENDO A QUESTÃO SER ANALISADA COM FULCRO NOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E A NECESSIDADE DE SE AFERIR A COMPLEXIDADE DA CAUSA, PELO NÚMERO DE ACUSADOS, DE CRIMES PRATICADOS E DA PRODUÇÃO DAS PROVAS REQUERIDAS, SOBRETUDO A PROVA TESTEMUNHAL, ATRAVÉS(SIC) DE CARTAS PRECATÓRIAS'. (HC nº 0012577-59.2011.4.01.0000/PA – Relator: Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (Convocado) – TRF/1ª Região – Terceira Turma – UNÂNIME – e-DJF1 29/4/2011 – pág. 150.) (Grifei e destaquei.)

10 – Não fora isso, 'NÃO HÁ QUE SE FALAR EM EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA QUANDO HÁ COMPLEXIDADE NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL EM RAZÃO DO ENVOLVIMENTO DE VÁRIOS RÉUS NA PRÁTICA DELITUOSA. ALÉM DISSO, OFERECIDA E RECEBIDA A DENÚNCIA, RESTA SUPERADO O ALEGADO EXCESSO DE PRAZO'. (HC nº 0056554-72.2009.4.01.0000/BA - Desembargador Federal Hilton Queiroz – TRF/1ª Região – Quarta Turma – UNÂNIME – e-DJF1 27/11/2009 – pág. 108.) (Grifei e destaquei.)

11 – Nessa ordem de ideias, estando, suficientemente, fundamentado o ato impugnado, não identifi cado, em exame provisório, constrangimento ilegal manifesto.

Pelo exposto, indefiro o pedido de liminar". (Fls. 106/109.)

Ora, a prisão preventiva foi decretada com espeque em norma legal válida (Código de Processo Penal, art. 312), estando presente no caso, pelo menos, dois de seus fundamentos: a garantia da ordem pública, e conveniência da instrução criminal, não tendo sido demonstrado, conseqüentemente, *constrangimento ilegal* em relação ao paciente.

E mais, a prisão cautelar justificada no resguardo da ordem pública visa prevenir a reprodução de fatos criminosos e acautelar o meio social, retirando do convívio da comunidade o indivíduo que diante do modus operandi ou da habitualidade de sua conduta demonstra ser dotado de periculosidade (HC 75.830/MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma do STJ, unânime, DJU de 27/8/2007, p. 283. Em igual sentido: HC 59.635/PA, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma do STJ, unânime, DJU de 11/12/2006, p. 398). Condições pessoais favoráveis, tais como bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, não bastam para elidir a prisão preventiva, se há, nos autos, evidências da necessidade da manutenção da custódia cautelar,

para a garantia da ordem pública. Ordem denegada". (HC 0059939-91.2010.4.01.0000/MA – Relator: Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida (convocado) – TRF 1ª Região – Terceira Turma – unânime – e-DJF1 04/02/2011 – p. 83.) (Grifei e destaquei.)

No caso, tanto o decreto prisional quanto a decisão que indeferiu a sua revogação estão devidamente fundamentados, razão pela qual não há 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.

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, relator Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 05/06/1987.)

Em relação à alegada ilegalidade pelo fato de o paciente estar *preso há quase sete meses* (fl. 38), não vislumbro no caso *excesso de prazo*, como pode ser verificado nas informações prestadas pela autoridade apontada como coatora:

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, que foi homologado à fl. 44-R.

Sendo que após coleta de depoimento das vítimas, foi representado pela prisão preventiva dos denunciados CLACIDEFÁTIMA MORAIS, SOLIDEFÁTIMA 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).

O acusado ADRIANO CANSAN em 12/7/2013 apresentou sua defesa prévia, ocasião em que requereu a revogação da prisão preventiva (fls. 393/416 da ação penal 598-60.2013.4.01.3903), tendo este Juízo indeferido o pedido de revogação, em razão do réu não ter apresentado nenhum fato novo capaz de modificar os motivos firmados no decreto de prisão preventiva (fl. 388/390).

No caso a ação penal tramita regularmente, na qual os réus ADÃO RODRIGUES, CARLOS FABRÍCIO PINHEIRO, ADRIANO CANSAN e SOLIDE FÁTIMA TRIQUES apresentaram suas respectivas defesas prévias, com exceção dos réus CLACI DE FÁTIMA MORAIS DA SILVA e MOACIR CHAVES, cujo processo foi desmembrado em razão destes estarem foragidos no momento da decisão que apreciou as defesas

prévias dos demais, conforme decisão de fls. 442/444, originado o processo nº 1652-61.2013.4.01.3903.

No momento o feito encontra-se aguardando cumprimento das cartas precatórias expedidas para oitiva das testemunhas arroladas pela acusação." (Fls. 112/113.)

Assim, verifico que a tramitação do feito está regular e não vislumbro constrangimento ilegal por eventual excesso de prazo.

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 e destaquei.)

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 a ordem pública e a instrução criminal como foi devidamente explicitado na decisão que negou a revogação da sua prisão preventiva.

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

Quarta Turma

Numeração única: 0006014-74.2001.4.01.3500

Apelação Cível 2001.35.00.006019-3/GO

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz
 Apelantes: Kennedy de Souza Trindade e outros
 Advogados: Dr. Ricardo Mesquita de Abeci e outros
 Apelante: Néelson Antônio da Silva
 Advogados: Dr. Devanir Ferreira Sobrinho e outros
 Apelante: Edson Guimarães de Faria
 Advogados: Dr. Edberto Quirino Pereira e outros
 Apelante: Fuad Rassi – Engenharia, Indústria e Comércio Ltda.
 Advogados: Dr. Luiz Mauro Pires e outros
 Apelante: João Mautariti Sampaio Gomide
 Advogado: Dr. Marco Aurélio Alves Faleiro
 Apelante: Estado de Goiás
 Procuradora: Dra. Maria Elisa Quacken Manoel da Costa
 Apelante: União Federal
 Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
 Apelante: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Hélio Telho Corrêa Filho
 Apelados: os mesmos
 Apelado: Lázaro Roberto da Silva
 Advogado: Dr. Lázaro Roberto da Silva
 Apelado: Aduino Assis Cabral
 Advogado: Dr. Rubens Fernando Mendes de Campos
 Publicação: e-DJF1 de 07/11/2013, p. 125

Ementa

Constitucional. Processual Civil e Administrativo. Improbidade administrativa. Obras públicas realizadas com base em aditivos contratuais. Dispensa indevida de licitações. Acréscimo contratual superior a 25% previsto no § 2º da Lei 8.666/1993. Agravo retido. Desprovimento. Prescrição. Não ocorrência da hipótese do inciso I do art. 23 da Lei 8.429/1992. Prescrição não ocorrente. Afastamento. Competência da Justiça Federal. Inexistência de afronta ao princípio da congruência. Ilegitimidade passiva do representante da empresa contratada. Prova emprestada. Não ocorrência de cerceamento de defesa. Alegação de inconstitucionalidade formal da Lei 8.429/1992. Preliminar rejeitada. Correta capitulação dos atos praticados no art. 11, caput. Ausência de provas de dano ao Erário. Impossibilidade de condenação por presunção. Afirmções de prejuízos por parte da União que não se sustentam nas provas dos autos. Fato novo. Pedido do MPF de declaração incidente de nulidade dos aditivos contratuais. Impossibilidade. Dois dos requeridos que foram absolvidos porque negada a autoria dos atos em ação penal. Manutenção. Afastamento da condenação da empresa. Alegação de inexistência de dolo. Atuação consciente na assinatura dos aditivos. Necessidade de aplicação do parágrafo único do art. 12 da LIA. Manutenção das sanções exceto quanto à suspensão dos direitos políticos para alguns e redução da multa para cinco vezes o valor da última remuneração. Redução da multa aplicada pela oposição de embargos de declaração protelatórios para 0,2%. Sanções bem aplicadas. Condenação dos requeridos ao pagamento de honorários advocatícios.

I. No agravo retido, Edson Pereira Bueno alega que seria necessário provar que as alterações contratuais foram qualitativas. Não tem razão o agravante. O objetivo do contrato era somente a construção da Casa de

Prisão Provisória. Ocorre que, aditivos foram feitos para permitir, também, a construção do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Goiânia e do Presídio Regional de Goiânia. A questão que o agravante visa provar, portanto, não tem relevância.

II. Não houve a interposição de agravo retido por parte do apelante João Mautariti Sampaio Gomide.

III. A prescrição não ocorreu no caso. A regra aplicável é a prevista no inciso I do art. 23 da Lei 8.429/1992 e a ação foi ajuizada antes de completados os cinco anos, contados das datas das exonerações dos cargos em comissão dos agentes públicos envolvidos.

IV. Não há previsão legal de aplicação de prescrição intercorrente no processamento de ações de improbidade.

V. As verbas do convênio celebrado para a realização das obras objeto do contrato e dos aditivos questionados são majoritariamente federais, logo a competência para o processamento e julgamento das ações de improbidade é da Justiça Federal.

VI. Não há qualquer incongruência entre o pedido inicial e a sentença.

VII. O representante da empresa responsável pela realização das obras é parte ilegítima para responder à ação de improbidade. Ele não agiu em nome próprio e, como não houve qualquer dano ao Erário, não há possibilidade de beneficiamento pessoal.

VIII. Respeitado o contraditório e a ampla defesa, como foi feito nos autos, é possível a utilização de *prova emprestada* produzida na esfera criminal.

IX. O STF já afastou todas as pechas de inconstitucionalidade levantadas contra a Lei 8.429/1992.

X. Na hipótese, a conduta imputada é a de inobservância do limite de 25% para acréscimo em contrato. Houve dispensa indevida de licitação. Ocorre que, sem prova de ocorrência de dano ao Erário, agiu bem o juiz ao enquadrar os atos no *caput* do art. 11 da Lei 8.429/1992.

XI. A União arguiu a existência de prejuízos. Esses não foram sequer alegados ou provados antes. Logo, são improsperáveis esses argumentos.

XII. A ação de improbidade não pode ser utilizada para fins de anulação de contratos. Ademais, se não houve danos, em princípio a declaração de nulidade não terá qualquer efeito prático. Correto o juiz.

XIII. Negada que foi a autoria dos atos quanto a dois dos requeridos, correta a sentença ao aplicar o art. 935 do Código Civil para absolvê-los.

XIV. A empreiteira contratada não praticou o ato de improbidade que atentou contra os princípios da Administração. A empresa não participou da elaboração dos aditivos. Ela somente cumpriu o objeto da avença. Importante verificar que não houve dano ao Erário. Não houve superfaturamento e as obras foram realizadas. Portanto, a Fuad Rassi Engenharia Indústria e Comércio Ltda. não pode ser condenada por afronta ao princípio da legalidade, porque não é agente público.

XV. O dolo na prática dos atos imputados aos requeridos é evidente. A autuação deles foi consciente. Eles assinaram aditivos contratuais que previam acréscimos exorbitantes, e ninguém pode deixar de cumprir a lei, alegando desconhecimento.

XVI. Três dos requeridos foram também condenados criminalmente. A absolvição por falta de provas ou não denúncia não impede a condenação por ato de improbidade. Ficaram lacunas bem preenchidas quando encontradas provas das condutas ímprobadas praticadas pelos requeridos apelantes.

XVII. As assinaturas dos então diretores do Crisa não eram mera praxe administrativa, à luz do que prevê o estatuto do Crisa.

XVIII. Para aplicação das sanções mostra-se essencial observar o disposto no parágrafo único do art. 12 da LIA. Assim, ante à falta de prejuízo ao Erário, as sanções aplicadas mostram-se desproporcionais. Mantidas as demais sanções, a suspensão dos direitos políticos deverá ser, para todos, de três anos e a multa deverá ser de cinco vezes o valor corrigido da última remuneração de cada um dos requeridos condenados.

XIX. A multa imposta pela oposição de embargos de declaração protelatórios deve ser reduzida em face do alto valor dado à causa. Reduzo-a para 0,2%. (Provimento parcial da apelação de João Mautariti Sampaio Gomide)

XX. Cabível a condenação dos requeridos ao pagamento de honorários advocatícios.

- XXI. Agravo retido desprovido.
- XXII. Apelação do Estado de Goiás e da União desprovidas.
- XXIII. Provimento parcial da apelação dos requeridos agentes públicos e do Ministério Público Federal.
- XXIV. Provimento das apelações da empresa Fuad Rassi – Engenharia, Indústria e Comércio Ltda. e de seu representante legal.

Acórdão

Decide a Turma: 1) negar provimento ao agravo retido de fls. 3.004-3.006; negar provimento às apelações do Estado de Goiás e da União, bem assim dar provimento à apelação de João Artur Rassi, por unanimidade; 2) dar parcial provimento à apelação de Kennedy de Souza Trindade, de Edson Pereira Bueno, de Néelson Antônio da Silva e de Edson Guimarães de Faria, bem assim, de João Mautariti Sampaio Gomide, e do Ministério Público Federal, por maioria e, 3) dar provimento à apelação de Fuad Rassi – Engenharia Indústria e Comércio Ltda., também por maioria.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 1º/10/2013.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Hilton Queiroz*: — A sentença da lavra do Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás (fls. 3.096-3.132 – v. 14), Dr. Warney Paulo Nery Araújo julgou improcedente o pedido de condenação por ato de improbidade administrativa com relação aos réus Aduino Assis Cabral e Lázaro Roberto da Silva “por ter ficado provado no juízo criminal que os aludidos réus não foram autores do fato (art. 935 CC)” (fl. 3.129 – v. 14).

Outrossim, a sentença julgou procedente o pedido em relação aos demais réus e aplicou as sanções da Lei 8.429/1992 aos réus Néelson Antônio da Silva, Edson Pereira Bueno, Kennedy de Souza Trindade, João Artur Rassi, Fuad Rassi – Engenharia, Indústria e Comércio Ltda., João Mautariti Sampaio Gomide e Edson Guimarães de Faria.

Entendeu o magistrado que a conduta dos réus, ao inobservarem o limite de acréscimo legal de 25% para aditivos em contrato já existente, quando o §2º da Lei 8.666/1993 exige nova licitação, subsume-se ao tipo previsto no art. 11, *caput*, e inciso I, da Lei 8.429/1992.

Inconformados, os réus condenados Kennedy de Souza Trindade e Edson Pereira Bueno (fls. 3.153-3.178 – V. 15), Néelson Antônio da Silva (fls. 3.182-3.200 – V. 15), Edson Guimarães de Farias (fls. 3.273-3.284 – V. 15), Fuad Rassi – Engenharia, Indústria e Comércio Ltda., João Artur Rassi (fls. 3.305-3.369 – V. 15), e João Mautariti Sampaio Gomide (fls. 3.373-3.404 – v. 15) apelaram.

Também apelaram o Estado de Goiás (fls. 3.472-3.477), a União (fls. 3.530-3.536) e o Ministério Público Federal (fls. 3.579-3.590).

Kennedy de Souza Trindade e Edson Pereira Bueno (fls. 3.153-3.178 – v. 15), pedem, preliminarmente, o conhecimento e provimento do agravo retido interposto contra a decisão de fls. 2.990-2.991 que indeferiu a prova técnica requerida “acolhendo a tese e que a lide versava somente sobre questões de direito” (fl. 3.156). Defendem que pretendiam provar tecnicamente que as alterações efetuadas e que justificaram os aditivos eram qualitativas e que esse tipo de aditivo não estaria limitado ao disposto no art. 65 da Lei 8.666/1993.

Quanto ao mérito, sustentam que

[...] para a condenação por ato de improbidade exige-se mais do que atos ilegais: exige-se que a ilegalidade advenha de condutas dolosas e desonestas.
(fls. 3.160-15).

Alegam ser necessária a aplicação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade já que as penas que lhes foram aplicadas são gravíssimas e defendem a inconstitucionalidade formal da Lei 8.429/1992 por ofensa ao bicameralismo.

Néelson Antônio da Silva (fls. 3.182-3.200 – v. 15) assevera que, embora o juiz tenha julgado improcedentes os pedidos em relação aos requeridos Aduino Assis Cabral e Lázaro Roberto da Silva porque eles foram absolvidos no juízo criminal por negativa de autoria, julgou procedente o pedido em relação ao recorrente sem observar que, dentre todos os

requeridos, somente ele sequer foi denunciado. Sua presença nos autos, entende, é ilegítima

[...] porquanto não praticou quaisquer dos atos denunciados e, muito menos, agiu em conduta de improbidade administrativa, porquanto, mesmo se tivesse praticado quaisquer dos atos denunciados e, quanto ao menos, tivesse qualquer irregularidade, ora recorrente, Dr. Néelson Antônio da Silva, agiu no máximo com culpa e nunca com dolo e, sendo assim, inviável a sua condenação pela prática de ato de improbidade administrativa (fl. 3.185 – v. 15).

Insiste esse apelante que, muito embora tenha sido diretor do Crisa de 28/08/1997 a 02/04/1998, não teve nenhuma participação nos fatos alegados na inicial. Ademais, como o procedimento licitatório foi regido pelo Decreto-Lei 2.300/1986, as regras da Lei 8.666/1993 não lhe são aplicáveis. O § 4º do art. 55 do Decreto Lei 2.300/1986

[...] permite a ultrapassagem do limite de 25% (vinte e cinco por cento), para acréscimos legais do valor inicial do contrato, desde que não haja alteração do objeto do contrato (fl. 3.195 – v. 15).

Edson Guimarães de Faria (fls. 3.273-3.284 – v. 15) alega, preliminarmente, a prescrição. Quanto ao mérito defende que

[...] a simples assinatura do Recorrente nos termos aditivos, por si só, não bastam para configuração da improbidade administrativa, pois, o conjunto probatório demonstra que a Diretoria Administrativa-Financeira não tinha atribuições atinentes às obras executadas pelo CRISA (fl. 3.278 – v. 15).

Fuad Rassi – Engenharia, Indústria e Comércio Ltda. e João Artur Rassi (fls. 3.305-3.369 – V. 15) Alegam, preliminarmente, a incompetência absoluta da Justiça Federal, a nulidade da sentença por afronta ao princípio da congruência sentença *ultra petita* (negativa de vigência aos arts. 128 e 460 do CPC) e a ilegitimidade passiva de João Artur Rassi. Defendem que

[...] se a pessoa jurídica - Fuad Rassi - Engenharia Indústria e Comércio Ltda. - figura no polo passivo da demanda por ter, de qualquer modo, concorrido ou se beneficiado, não é possível que a pessoa que a representou seja também responsabilizada, eis que, neste caso, houve uma única conduta, qual seja, a praticada pela pessoa jurídica, na pessoa de seu representante legal (fl. 3.326).

Também em preliminar, alegam esses apelantes, a prescrição,

[...] na medida que já decorreram mais de 05 (cinco) anos desde a data do afastamento de todos Réus agentes públicos em 4 de janeiro de 1999, até a

data da decisão que recebeu a inicial e determinou a citação, em 05 de outubro de 2005 (fl. 3.329).

Em seguida, alegam a prescrição intercorrente.

Quanto ao mérito, sustentam, em síntese que não houve descumprimento ao art. 65, § 2º, da Lei 8.666/1993 e não houve culpa ou dolo. Afirmam que

[...] o 'projeto básico' apresentado por ocasião do certame era meramente estrutural e não possuía os elementos necessários ao detalhamento exato dos serviços a serem executados e, por isso, foram necessários os acréscimos de serviços para concretizar a realização do objeto licitado e, assim, todas edificações realizadas, estavam contidas dentro dele, embora as várias nomenclaturas utilizadas, nas fiscalizações e convênios, não fossem o nome dado inicialmente à obra. (fl. 3.361).

Por fim, defendem que ocorreu erro na aplicação da penalidade e pedem seja afastada a condenação de proibição de contratação com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, bem assim, sejam estabelecidos “critérios de gradação das demais penalidades e reduzi-las para, pelo menos, 50% em relação aos demais réus agentes públicos [...]” (fl. 3.369).

João Mautariti Sampaio Gomide (fls. 3.373-3.404) requer, preliminarmente, seja conhecido e julgado seu agravo retido

[...] que versa sobre o cerceamento de defesa perpetrado pelo juízo a quo que indeferiu a produção de prova oral requerida pela defesa por entender ser prescindível [dispensável], vez que a questão tratada nos autos seria 'eminente técnica' (fl. 3.377).

Também em preliminar, alega a nulidade da sentença por cerceamento de defesa porque foram utilizados como prova emprestada os depoimentos tomados pelo Juízo Criminal.

Com relação ao mérito, aduz que o presidente do Crisa era o único “que tinha o poder para mandar ou desmandar realizar um processo de contratação e para ordenar despesas” (fl. 3.386). Não era, portanto, de sua atribuição analisar a legalidade dos contratos e dos aditivos.

Ademais, assevera que

[...] Não se verifica dolo na conduta do Apelante em assinar o aludido Aditivo, nem em executá-lo (raciocínio aplicado à assinatura dos demais Aditivos). Era um dos únicos novatos na Diretoria do Crisa quando da assinatura dos Aditivos. Os demais membros, inclusive o Presidente, já pertenciam aos quadros diretivos há mais de 3 anos, e já haviam assinado o 1º Aditivo com 'dispensa de licitação' datado de 1997 (juntamente com o Presidente da época). Para o no-

vato, aqui Apelante, não foi feito nenhum alerta sobre possível irregularidade na dispensa de licitação, tanto que voltaram a assinar o segundo termo em 1998. (fl. 3.392).

Alega que, na hipótese de não acolhimento de suas razões, a sentença deve ser reformada quanto à multa civil. Afirma não ser

[...] *admissível que um dos outros ex-Diretores, que teve exatamente a mesma participação que o Apelante nos atos tidos por ímprobos, qual seja, a mera oposição de assinatura nos Aditivos, recebe pena de multa civil inferior à aplicada a João Mautaritei.* (fl. 3.401).

Por fim, requer seja afastada a multa imposta em face do suposto caráter protelatório dos segundos embargos de declaração.

O Estado de Goiás (fls. 3.472-3.477 – v. 16) sustenta que a condenação deveria ter sido também pelo art. 10, *caput* e inciso VIII, porque restou caracterizada a ocorrência da dispensa indevida de licitação.

A União (fls. 3.530-3.536 - fl. 16) aduz que o prejuízo ao Erário é patente. Afirma que

[...] *em virtude do açodamento dos agentes públicos para a efetivação da obra o Hospital de Custódia restou inadequado para o seu fim, obrigando que a construção fosse adaptada para um presídio, fato este que causou prejuízo na órbita de R\$ 3.928.027,68 (três milhões, novecentos e vinte e oito mil, vinte e sete reais e sessenta e oito centavos). Como dizer que não houve prejuízo patrimonial ao Erário?* (fl. 3.534).

Já o Ministério Público Federal (fls. 3.579-3.590 – v. 16) defende ter demonstrado

[...] *de forma clara o seu interesse na declaração incidental, consubstanciado na necessidade de reconhecer a nulidade dos referidos termos aditivos, porquanto trata-se de questão inerente à condenação a devolução do lucro (reparação do dano), prevista no art. 12, II e III, da Lei 8.429/1992 e requerida na exordial* (fl. 3.581).

Alega, ademais, que, no caso,

[...] *o prejuízo ao erário é presumido, já que é patente a pactuação de aditivos contratuais sem a observância dos limites previstos no estatuto licitatório, de modo que não houve preocupação com a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração. Ao contrário, à mingua de licitação houve favorecimento à apelada Fuad Rassi - Engenharia, Indústria e Comércio Ltda.* (fl. 3.584).

Pede, então, sejam aplicadas as sanções de ressarcimento do dano e da perda da função pública.

No que se refere à absolvição dos requeridos Aduino de Assis Cabral e Lázaro Roberto da Silva, o

Ministério Público Federal assevera não ser aplicável o art. 935 do Código Civil de 2002. Afirma ser

[...] *incontroverso o fato de os apelantes terem assinado os aditivos irregulares, o que afasta a possibilidade de que tenham sido absolvidos em virtude de provas que demonstraram cabalmente que não praticaram o ato (assinaram termos aditivos sem observar o limite imposto pela Lei de Licitações). Com efeito, ao contrário do que consignou o juízo a quo, a sentença criminal confirma a ocorrência dos fatos, porém acrescenta que pelas provas constantes dos autos não foi possível aferir a conduta dolosa dos apelantes, razão pela qual foram absolvidos* (fl. 3.587).

Por fim, requer o Ministério Público Federal a condenação dos apelados nos ônus da sucumbência.

As contrarrazões do Estado de Goiás foram juntadas às fls. 3.479-3.482, da União às fls. 3.509-3.528, do Ministério Público Federal às fls. 3.558-3.577, de Lázaro Roberto Silva às fls. 3.597-3.603, de Aduino Assis Cabral às fls. 3.694-3.709, e de Fuad Rassi – Engenharia, Indústria e Comércio Ltda. e João Artur Rassi às fls. 3.711-3.721 – v. 17.

Os apelantes João Artur Rassi e Fuad Rassi – Engenharia, Indústria e Comércio Ltda. vêm, reiteradamente, postulando a juntada aos autos dos extratos de contas encerradas e ativas.

Nesta instância, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Procurador Regional da República Antônio Carlos Alpino Bigonha (fls. 4.055-4.079 – v. 18), opinou pelo desprovisionamento dos apelos dos réus, do Estado de Goiás e da União, e pelo parcial provimento da apelação do Ministério Público Federal, apenas para declarar a nulidade dos termos aditivos (fl. 4.079).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Nada a deferir acerca dos documentos juntados.

Consta da fundamentação da sentença:

[...]

II – FUNDAMENTAÇÃO

Da decisão de fls. 2990-2991 que indeferiu a realização de perícia, o réu Edson Pereira Bueno

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes e a Exma. Sra. Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (convocada).

embargou de declaração (fls. 3001-3003) e, logo em seguida, apresentou agravo retido (fls.3004-3006).

Quanto aos embargos de declaração acima, constato que o embargante não apontou qualquer dúvida, omissão ou contradição na citada decisão, pretendendo na realidade a mera reforma do decidido, o que, à evidência, não pode ser buscado pela via eleita.

Já no que diz respeito ao agravo retido, mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

- Fixação do Objeto da Ação

O Ministério Público Federal postula a condenação dos réus nesta ação por ato de improbidade administrativa sob o fundamento de dispensa indevida de licitação para a execução dos serviços acrescidos ao orçamento original previsto no Contrato nº 402/92, com favorecimento indevido à Fuad Rassi Engenharia Indústria e Comércio Ltda.

Assevera, a parte autora, que os sete primeiros réus 'utilizaram das funções de seus cargos para, praticando atos ilegais, favorecer ilícitamente os dois últimos réus, conferindo-lhes o direito de construir três obras públicas de valor altamente expressivo (R\$ 51.047.742,79), sem que tivessem que concorrer seus preços com os de outras empreiteiras.'

Ao final, afirma que os réus violaram os arts. 3º; 65, § 2º e 121 da Lei nº 8.666/93 e também os princípios da impessoalidade, legalidade e moralidade administrativas, e estão incurso nas penas dos arts. 10, caput, e inciso VIII, e 11, caput, e inciso I, c/c 12, II e III e 21, I, todas da Lei nº 8.429/92.

Não vejo relevância na alegação de violação ao art. 10, inciso VIII (frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente). Isso porque não há comprovação de que houve ilegalidade no processo licitatório em questão.

Com efeito, a licitação foi feita sob a égide do Decreto-Lei nº 2.300/86, que pouco ou nada exigia a fim de resguardar o erário.

Além do mais, os fatos narrados dizem diretamente com o art. 65, §2º da Lei nº 8.666/93, ou seja: a conduta imputada é a de inobservância do limite legal de 25% para acréscimos em contrato já existente e não de ilicitude em licitação (malgrado a conclusão óbvia seja de que, se realmente exorbitou-se deste limite, nova licitação era de mister).

Seja como for, a subsunção da conduta deve se dar sobre o tipo mais específico possível, o que, a meu ver, impõe a fixação do art.11, *caput*, e inciso I, da Lei nº 8.429/92 como condutor da análise da conduta acoimada como ímproba.

Tal dispositivo prevê os atos de improbidade que atentam contra os princípios administrativos, não sendo de regra exigida a comprovação de dano ao erário para a sua imputação.

In casu, não há que se falar em dano ao erário a ser apurado nesta ação, visto que:

1) comprovado que realmente os acréscimos superaram os limites legais, o fato de terem sido efetivamente realizados (em valores compatíveis com o de mercado), não enseja prejuízo material, tendo, nesta hipótese, o Ente Público recebido o que lhe era devido, apesar da irregularidade.

2) Se, caso contrário, os acréscimos ilegais tiverem sido realizados com valores superfaturados, tal dilapidação já é objeto da ação conexa, não se podendo admitir o *bis in idem*, até porque estaria configurada a litispendência.

Não por outro motivo é que o MPF desistiu da perícia outrora pedida (fls. 2955) com fulcro na afirmação de que o deslinde da causa não demanda prova técnica.

Assim, tenho por irrelevante qualquer alegação acerca da ocorrência ou não de prejuízo ao erário.

1) Das preliminares

1.1) Da competência da Justiça Federal e Legitimidade do MPF

Os Réus Fuad Rassi Engenharia, Indústria e Comércio Ltda e João Artur Rassi questionam a competência da Justiça Federal para apreciar o presente feito, tendo em vista que o STF, ao julgar o HC nº 90.174-3, impetrado por Edson Pereira Bueno – réu neste feito - envolvendo as obras em questão, manifestou entendimento no sentido de que não é 'suficiente para atrair a competência da Justiça Federal a existência de repasse de verbas em decorrência de convênio da União com Estado-membro' (fls. 2958).

Assevera a parte ré que, eventual prejuízo em decorrência da dispensa de licitação será exclusivo do Estado de Goiás e, por isso, falece à União interesse que justifique a permanência do feito na Justiça Federal.

Sem razão, todavia.

Isto porque, a Cláusula Décima dos Convênios nº 47/98 e 48/98, prevê que a União será ressarcida pelo Estado de Goiás do valor transferido, em casos de irregularidades que resulte prejuízo ao erário (fls. 373 e 354).

Havendo, pois, prejuízo ao erário federal, há nítido interesse da União na lide (tanto que vem se manifestando nos autos como assistente), o que, per si, impõe a competência da Justiça Federal para a causa.

Posta assim a questão, também surge nítida a legitimidade do MPF para figurar no pólo ativo, já que, segundo o art. 37, I, da LC nº 75/93, as suas funções serão exercidas, entre outras, nas causas de competência dos Juizes Federais. À propósito o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. MEIO AMBIENTE. COMPETÊNCIA. REPARTIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO

FEDERAL E ESTADUAL. DISTINÇÃO ENTRE COMPETÊNCIA E LEGITIMAÇÃO ATIVA. CRITÉRIOS.

1. A ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição, segundo a qual cabe 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, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho'. Assim, figurando como autor da ação o Ministério Público Federal, que é órgão da União, a competência para a causa é da Justiça Federal.

3. Não se confunde competência com legitimidade das partes. A questão competencial é logicamente antecedente e, eventualmente, prejudicial à da legitimidade. Fixada a competência, cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para promover a demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos.

4. À luz do sistema e dos princípios onstitucionais, nomeadamente o princípio federativo, é atribuição do Ministério Público da União promover as ações civis públicas de interesse federal e ao Ministério Público Estadual as demais. Considera-se que há interesse federal nas ações civis públicas que (a) envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral); (b) devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos Judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais); (c) sejam da competência federal em razão da matéria — as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI); (d) sejam da competência federal em razão da pessoa — as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou em que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no pólo ativo (CF, art. 109, I); e (e) as demais causas que envolvam interesses federais em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos que se visa tutelar.

6. No caso dos autos, a causa é da competência da Justiça Federal, porque nela figura como autor o Ministério Público Federal, órgão da União, que está legitimado a promovê-la, porque visa a tutelar bens e interesses nitidamente federais, e não estaduais, a saber: o meio ambiente em área de manguezal, situada em terrenos de marinha e seus acrescidos, que são bens da União (CF, art. 20, VII), sujeitos ao poder de polícia de autarquia federal, o IBAMA (Leis 6.938/81, art. 18, e 7.735/89, art. 4º).

7. *Recurso especial provido. (STJ - RESP 440002. Rel. Teori Albino Zavascki. DJ 06/12/2004).*

1.2) *Da legitimidade passiva dos réus*

Afasto as alegações de ilegitimidade passiva argüidas pelos réus Adauto Assis Cabral, Lázaro Roberto da Silva, Néelson Antonio da Silva e Edson Guimarães de Faria.

Isto porque, legitimidade há, já que na Ação de Improbidade, há a imputação do fato – objeto da demanda – aos réus.

Deste modo, a eventual não participação dos réus nos fatos descritos na inicial conduzirá à improcedência do pedido, e não à ilegitimidade de parte.

A Fuad Rassi Engenharia, Indústria e Comércio Ltda arguiu ilegitimidade passiva sob o fundamento de que o ato de improbidade somente pode ser praticado por pessoa física.

Sem razão todavia.

Segundo o art. 3º da Lei nº 8.429/92 “As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Nesse sentido, já se pronunciou o TRF da 1ª Região ao julgar que “O terceiro, ainda que pessoa jurídica, pode figurar no polo passivo da ação de improbidade administrativa. As sanções, obviamente, não incluem aquelas que só podem ser aplicadas a pessoas naturais, o que corresponde ao que o próprio dispositivo diz, “no que couber” (art. 3º da Lei 8.429/1992).” (TRF1 -AG -200801000471536 - Rel. Juiz Federal Reynaldo Soares da Fonseca (convocado) – T 3 - e-DJF1 06/03/2009).

Portanto, mantenho a Fuad Rassi Engenharia, Industria e Comércio Ltda na lide.

1.3) *Da capacidade postulatória do MPF*

Pertinente à alegação de ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, por falta de capacidade postulatória, argüida às fls. 1621, afasto-a, tendo em vista o disposto nos Artigos 129 da CF/88, e 17 da Lei de Improbidade Administrativa.

1.4) *Da alegação de inépcia da inicial*

A alegação de inépcia da inicial, sob o fundamento de que o contrato nº 402/92 foi firmado sob a égide do Decreto nº 2.300/86, o qual não previa limite de 25% para alteração contratual, será analisada por ocasião do mérito.

A Fuad Rassi Engenharia, Indústria e Comércio Ltda e João Artur Rassi alegam que a inicial é inepta porque aponta os contestantes como tendo praticado o ato ímprobo, todavia, eles não são agentes públicos.

Ocorre que, na ação de improbidade administrativa, todos os possíveis responsáveis ou beneficiários do suposto ato ímprobo tem legitimidade passiva para a demanda, segundo o já mencionado art. 3º da Lei de Improbidade. Nesse sentido, transcrevo a ementa a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO AGRAVADO. I - O recebimento da inicial da ação de improbidade administrativa deve-se dar por decisão em que se reconheça, de início, a existência de indícios razoáveis da prática de atos ímprobos, *bem como dos seus possíveis responsáveis e/ou beneficiários*. II - Havendo indícios de que o agravante teria praticado e/ou se beneficiado com os alegados atos ímprobos, *há de se reconhecer sua legitimidade passiva* na demanda, sendo que a conclusão final somente se dará após a instrução do feito. III - Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TRF1 - AG 200701000534310 - Relator(a) Juiz Federal Cesar Cintra Fonseca (CONV.) – T 3 -e-DJF1:13/02/2009).

O mesmo pode ser dito quanto à alegação de João Artur Rassi de que teria agido somente na qualidade de representante da pessoa jurídica Fuad Rassi Ltda, já que é apontado como responsável ou possível beneficiário, ao lado da empresa de que é sócio.

Por isso, os réus devem ser mantidos na lide.

Por questão de método, analiso aqui a alegação de nulidade do inquérito civil por falta de oportunidade de defesa feito pelos réus João Artur e Fuad Rassi.

Calha notar que o inquérito civil é mera peça investigativa, a par do que ocorre com o inquérito penal. Suas eventuais nulidades se esgotam em seu próprio âmbito, não se estendendo ao processo que porventura tenha dado causa.

Por isso, não há que se falar em nulidade de ato que não gera efeitos no processo judicial.

1.5) Da arguição de prescrição

Os Réus Fuad Rassi Engenharia, Indústria e Comércio Ltda e João Artur Rassi aventaram a questão da incidência da prescrição.

A matéria foi devidamente apreciada pela decisão de fls. 2224-2226, tornando-se preclusa por ausência de recurso. Assim, mantenho-a por seus próprios fundamentos.

2) Do mérito

2.1) Da constitucionalidade dos arts. 65 e 121 da Lei nº 8.666/93 – Normas Gerais

O Réu Edson Pereira Bueno argumenta que o art. 1º da citada lei refere-se a normas gerais de licitação, no entanto, há diversos dispositivos específicos e procedimentais por meio dos quais a União invade as atribuições conferidas aos Estados e Municípios pelos arts. 25, § 1º e 39, I e II da CF/88.

Assevera que os arts. 65 e 121 da Lei de Licitações são inconstitucionais, por tratar de forma minudente o tema da limitação a 25% para acréscimos e supressões na licitação.

O art. 22, XXVII da Constituição Federal/88 estabelece a competência da União para legislar privativamente sobre normas gerais de licitação, aplicáveis às administrações públicas diretas,

autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Note-se que a Constituição não concedeu competência concorrente para o Estado legislar sobre licitações e contratação. A competência dos Estados para legislar supletivamente somente se dá em sede de competência concorrente prevista no art. 24 da CF/88, onde não há menção à licitação.

Assim, se no 'No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais' (§1º art. 24 CF/88), no âmbito da legislação privativa a União não terá tal limitação.

Mesmo que se entendesse o contrário, concedendo-se aos Estados competência residual para legislar sobre normas específicas acerca do tema, a inexistência de normas próprias legitimaria a aplicação da legislação federal, conforme se defluiu, a contrario sensu, do § 3º do art. 24 (§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades).

Além disso, vale ressaltar que o STF, no julgamento da Adin nº 927-3/RS, firmou entendimento de que a Lei nº 8.666/93 tem aplicação a todos os Entes da Federação, nos termos do Voto do Relator, Ministro Carlos Velloso:

'[...]

A Constituição de 1988, ao inscrever, no inc. XXVII do art. 22, a disposição acima indicada, pôs fim à discussão a respeito de ser possível, ou não, à União legislar a respeito do tema, dado que corrente da doutrina sustentava que 'nenhum dispositivo constitucional autorizava a União a impor normas de licitação a sujeitos alheios a sua órbita'. (Celso Antônio Bandeira de Mello, 'elementos de Dir. Administ.', Malheiros, 4ª ed., 1992, pág. 177, nota 1). A CF/88, repito, pôs fim à discussão, ao estabelecer a competência da União para expedir normas gerais de licitação e contratação (art. 22, XXVII).'

Por tais fundamentos, não merece guarida o questionamento em análise.

2.2) Da constitucionalidade da Lei nº 8.429/92 – Aprovação pelo Congresso Nacional

O requerido Edson Pereira Bueno defendeu a tese de que a Lei de Improbidade Administrativa é formalmente inconstitucional, alegando que, na sua formação, não houve aprovação pelas duas casas do Congresso Nacional (fl. 1256).

Entretanto, ao julgar a Adin nº 2.182-6/DF, o STF pronunciou a constitucionalidade da Lei nº 8.429/92, nos termos da ementa a seguir, que adoto como razões de decidir:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 8.429, DE 02.06.1992, QUE DISPÕE SOBRE AS SANÇÕES APLICÁVEIS AOS AGENTES PÚBLICOS NOS CASOS DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NO EXERCÍCIO DE MANDATO, CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO NA

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA OU FUNDACIONAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL OCORRIDO NA FASE DE ELABORAÇÃO LEGISLATIVA NO CONGRESSO NACIONAL (CF, ARTIGO 65).

1. Preliminar de não-conhecimento suscitada pela Advocacia Geral da União: é desnecessária a articulação, na inicial, do vício de cada uma das disposições da lei impugnada quando a inconstitucionalidade suscitada tem por escopo o reconhecimento de vício formal de toda a lei.

2. Projeto de lei aprovado na Casa Iniciadora (CD) e remetido à Casa Revisora (SF), na qual foi aprovado substitutivo, seguindo-se sua volta à Câmara (CF, artigo 65, par. único). A aprovação de substitutivo pelo Senado não equivale à rejeição do projeto, visto que 'emenda substitutiva é a apresentada a parte de outra proposição, denominando-se substitutivo quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto' (§ 4º do artigo 118 do RI-CD); substitutivo, pois, nada mais é do que uma ampla emenda ao projeto inicial.

3. A rejeição do substitutivo pela Câmara, aprovando apenas alguns dispositivos dele destacados (artigo 190 do RI-CD), implica a remessa do projeto à sanção presidencial, e não na sua devolução ao Senado, porque já concluído o processo legislativo; caso contrário, dar-se-ia interminável repetição de idas e vindas de uma Casa Legislativa para outra, o que tornaria sem fim o processo legislativo. Medida cautelar indeferida.

(ADI 2182 MC / DF - Rel. Min. Maurício Corrêa - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - DJ 19/03/2004)

2.3) *Da aplicação da Lei nº 8.666/93 – Aplicação Imediata Expressa*

Os réus alegam que o contrato nº 402/92 foi firmado sob a égide do Decreto-Lei nº 2.300/86 e, portanto, a Lei nº 8.666/93 não teria aplicação ao caso.

Analisando os documentos juntados aos autos, constato que o Contrato nº 402/92 foi firmado em 16/04/1993 (fls. 132) e a Lei de Licitações entrou em vigor somente depois dessa data, em 22/06/1993.

Todavia, todos os Termos Aditivos questionados nesta ação foram celebrados a partir de 30/12/1997, quando já estava em vigor a Lei n.8.666/93, que previu expressamente sua aplicação imediata (art. 121 c/c art. 65, § 2º) no que se refere à observância dos limites legais de acréscimos contratuais.

Sendo assim, indene de dúvidas a aplicação da Lei nº 8.666/93 ao caso particular.

2.4) *Da Declaração Incidental de Nulidade dos Aditivos ao Contrato nº 402/92*

Pede o MPF, às fls. 1733, a "DECLARAÇÃO INCIDENTAL DA NULIDADE" dos termos aditivos questionados na inicial, na forma dos artigos 325 e 4º, I, do CPC, c/c 59 da Lei nº 8.666/93.

A ação declaratória incidental prevista no art. 5º do CPC somente tem cabimento para a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica e não para se declarar a sua nulidade.

Já quanto a declaração de nulidade prevista no art. 59 da Lei de Licitações, não vejo qual a utilidade/necessidade do pedido, tendo em conta que, uma vez surtido todos os efeitos dos aditivos em questão, a solução jurídica para a violação ao direito é dada pela punição da improbidade e eventualmente o integral ressarcimento ao erário.

De qualquer forma, o eventual reconhecimento do ato de improbidade pressupõe a ilicitude do próprio ato e dos seus efeitos, sendo a condenação final decorrência lógica e corolário da aventada nulidade.

2.5) *Da Materialidade do Ato de Improbidade*

O Parquet aduz que à obra objeto do contrato nº 402/92, que previa originariamente apenas a construção da Casa de Prisão Provisória, foram acrescidas duas outras obras (Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Goiânia e o Presídio Regional de Goiânia), resultando um acréscimo de 229,15% no objeto contratado, sem a devida licitação, violando os arts. 65, § 2º, c/c 121 da Lei nº 8.666/93.

Questiona, pois, a nulidade dos seguintes aditivos contratuais:

1) 01/97, de 30/12/97, no valor de R\$8.917.124,88, reajustado posteriormente para R\$10.431.499,22, sendo que o contrato subiu de R\$11.655.337,86 para R\$ 22.086.837,08 (89,5%); fls. 151 e 154.

2) 01/98, de 02/07/98, no valor de R\$ 22.824.836,39, reajustado para R\$ 26.707.708,49, sendo que o valor do contrato teria aumentado de R\$ 22.086.837,08 para R\$ 48.794.545,57 (229,15%); fls. 164 e 168.

3) 04/98, de 01/09/98, no valor de R\$245.380,62, representando acréscimo de 0,2% ao valor original do contrato; fls. 158.

4) 05/98, de 15/12/98, no valor de R\$ 647.023,85, com acréscimo de 0,55% ao valor inicial; fls. 266.

5) 06/98, de 15/12/98, no valor de R\$ 614.497,58, reajustado para R\$ 714.544,33, representando um acréscimo equivalente a 0,60% ao valor contratado. fls. 160 e 162.

Conforme relatado pelo Ministério Público Federal, os valores em destaque ultrapassam em muito o limite de 25% do valor inicial atualizado do contrato (Cr\$47.051.408.021,88, 16/04/1993, fls. 123), imposto pela Lei nº 8.666/93.

Eis o teor dos dispositivos que regem a matéria:

"Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.

§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

[...]

Art. 121. O disposto nesta Lei não se aplica às licitações instauradas e aos contratos assinados anteriormente à sua vigência, ressalvado o disposto no art. 57, nos parágrafos 1º, 2º e 8º do art. 65, no inciso XV do art. 78, bem assim o disposto no “caput” do art. 5º, com relação ao pagamento das obrigações na ordem cronológica, podendo esta ser observada, no prazo de noventa dias contados da vigência desta Lei, separadamente para as obrigações relativas aos contratos regidos por legislação anterior à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”

O contrato nº 402/92 inicialmente previa apenas a construção da *Casa de Prisão Provisória*.

A construção do *Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Goiânia* e do *Presídio Regional de Goiânia*, resultou em um acréscimo de 229,15% ao objeto contratado, sem a devida licitação. Simplesmente foi acrescida ao contrato original (nº 402/92), por meio de aditivos contratuais. Os valores são incontroversos, estando descritos nos respectivos aditivos contratuais anexados aos autos.

É certo, portanto, que os valores contratados sofreram acréscimos muito superiores ao limite legal, estando aí o ato de improbidade que se imputa

aos autores, qual seja o atentado aos princípios da Administração pública.

Com efeito, o ato em questão traduz-se em nítida violação ao art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92 que se refere ao ato de improbidade administrativa como sendo qualquer ação ou omissão que “viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições [...]”.

A conduta dos agentes, in casu, resultou, ao menos, na ofensa direta aos deveres da *legalidade* - já que descumpriu-se dispositivo expresso de lei (art. 65, § 2º, Lei nº 8.666/93); da *honestidade/moralidade* - já que deixou-se de dar à Administração a oportunidade de melhor oferta; e da *impessoalidade* - porque retirou dos concorrentes o direito de competir em igualdade de condições.

Por isso, tenho por firme a convicção da materialidade do ato de improbidade administrativa - aqui configurada na violação aos princípios da Administração pública.

Irrelevante, também, a tese de que os aditivos foram firmados para atender ao interesse público, visto que este somente se apresenta em atos/condutas em conformidade com a lei e não contra legem.

O interesse público eleito pelo legislador, e portanto, incontestável pelo administrador, é aquele que dita a impossibilidade de acréscimos superiores aos estabelecidos e não aquele ditado pela subjetividade do gestor de plantão.

Melhor sorte não tem a parte ré ao asseverar que os aumentos foram aprovados pelo Tribunal de Contas do Estado de Goiás.

A assertiva em tratamento é refutada pela própria Lei de Improbidade que estabelece, em seu art. 21, II, que ‘a aplicação das sanções previstas nesta lei independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas’.

Sendo assim, o parecer lançado pelo TCE/GO não tem o condão de legitimar a conduta dos réus.

2.6) Critérios de Análise das Condutas dos Réus

A relevância das condutas dos réus será devidamente equacionada adiante, na proporção das suas participações nos atos ilícitos, isto é, nos aditivos contratuais nº 01/97, 01/98, 04/98, 05/98, 06/98.

Insta assinalar que a atuação dos réus na condução do CRISA está prevista nos seus estatutos (fls. 1031), devendo, pois, a alegação da existência do poder decisório de cada um, na verdade, o dolo, ser perquirido em suas cláusulas.

Assim, sob esse foco - acrescido das conclusões da ação penal que teve trâmite perante a 12ª Vara Criminal da Comarca de Goiânia, da Justiça Estadual, Processo nº 2008.03584517, já transitada em julgado e que teve por objeto os mesmos aditivos ora em comento, acusados do delito previsto no art.

89 da Lei de Licitações (cópia fls. 3014-3071) – é que as condutas dos réus serão analisadas.

- *Gerência do CRISA*

A conduta lesiva, como já afirmado, consiste em atender contra os princípios da Administração, máxime o princípio da legalidade, ou contribuir ou se beneficiar deste resultado. O dolo, portanto, está na ação (ou omissão) livre, consciente e eficaz de praticar ato contrário à lei, contribuir para este ato, ou beneficiar-se dele.

Em outras palavras, está na livre, consciente e eficaz assinatura dos aditivos *sub judice*; na contribuição para que ele fosse assinado; ou na obtenção de benefícios com a sua assinatura.

Todos os réus - é incontestado - assinaram um ou outro aditivo (há, é claro, a pessoa jurídica ré, acusada de se beneficiar com o ato), ficando a controvérsia apenas sobre se ela seria eficaz, ie, se a assinatura teria relevância contratual ou se ela se caracterizaria apenas como uma praxe da diretoria sem maiores conseqüências ou importância.

No que importa, são os seguintes os termos do Estatuto do CRISA (fls. 1031):

Artigo 8º - A sociedade será administrada por uma Diretoria composta de seis (06) membros: sendo um (01) PRESIDENTE, um (01) DIRETOR ADMINISTRATIVO, um (01) DIRETOR FINANCEIRO, um (01) DIRETOR DE ENGENHARIA RODOVIÁRIA, um (01) DIRETOR DE OBRAS PÚBLICAS e um (01) DIRETOR DE MANUTENÇÃO E APOIO, eleitos e destituíveis pela Assembléia Geral.

§ Primeiro – O prazo da gestão da Diretoria é de (02) dois anos, permitida a reeleição.

§ Segundo – Na direção do Consórcio deverá haver representante dos municípios e um do Departamento de Estradas de Rodagem de Goiás, devendo este ser um engenheiro especializado em assunto rodoviário, conforme artigo 8º da Lei nº 3.399 de 08 de junho de 1961.

§ Terceiro – As áreas de supervisão de cada Diretor serão definidas em Resoluções de Diretoria.

§ Quarto – Antes de tomar posse no seu respectivo cargo, salvo em se tratando de reeleição, deverá cada membro da Diretoria apresentar documentos que demonstrem elegibilidade.

§ Quinto – Ainda que não reeleitos, permanecerão os membros da Diretoria aos respectivos cargos, até que sejam empossados regularmente os recém-eleitos, obedecidas as formalidades para o ato de investidura em seus cargos, ou seja, assinatura do Termo de Posse transcrito no Livro de Atas de Reuniões de Diretoria.

§ Sexto – Os honorários e demais vantagens de cada membro da Diretoria, serão fixados em Assembléia Geral.

[...]

Artigo 12º - São atribuições e deveres da Diretoria:

A) – Cumprir as Leis que regem as Sociedades Anônimas, o Estatuto da Sociedade, e as deliberações da Assembleia Geral;

B) – Aprovar normas gerais de organização e administração da Sociedade, isoladamente ou articuladas em manuais;

C) – Cumprir a orientação Geral dos trabalhos e dos negócios da Sociedade;

D) – Decidir sobre a criação e extinção de cargos ou funções, fixar salários, remunerações, ajudas de custo e reajustá-los;

E) – Conceder gratificações aos servidores da Sociedade e às pessoas a ela estranhas que, a seu critério, lhe tenham prestado serviços relevantes à Sociedade, não remunerados;

F) – Distribuir e aplicar o lucro apurado na forma estabelecida neste Estatuto;

G) – Autorizar a alienação ou aquisição de bens móveis ou imóveis, onerá-los, contrair obrigações, transigir e renunciar direitos;

H) – Propor as necessidades de expansão dos negócios sociais;

I) – Aprovar até 31 (trinta e um) de dezembro de cada ano, o orçamento geral da Sociedade para o exercício seguinte;

J) – Prestar contas de seus gastos à Assembleia Geral;

L) – Convocar as Assembleias Gerais, ressalvando os casos previstos em Lei;

M) – Aprovar os planos de aplicação do Capital e fixar as despesas da Sociedade;

N) – Exercer finalmente, dentro dos limites legais e estatutários, na sua maior plenitude, todos os atos da administração, por mais especiais que sejam, embora não expressamente incluído no presente artigo e que, por lei, não sejam de competência de outros órgãos da Sociedade.

Artigo 13º - Ao Presidente compete:

A) – Superintender e dirigir os negócios da Sociedade;

B) – Representar a Sociedade, ativa e passivamente, em Juízo ou fora dele, nas suas relações com terceiros, podendo para tais fins, constituir procuradores, designar e autorizar prepostos.

C) – Assinar, conjuntamente com qualquer um dos Diretores ou um Procurador, os documentos de responsabilidade da Sociedade;

D) – Convocar e presidir as reuniões da Diretoria;

E) – Exercer as reuniões da Diretoria, o voto comum e o de desempate, bem como vetar as suas deliberações, submetendo, neste caso, a matéria à apreciação da Assembleia Geral;

F) – Presidir as Assembleias Gerais dos Acionistas;

G) – Preencher os cargos regularmente criados pela Diretoria;

H) – Admitir, alterar contratos e dispensar empregados;

I) – Transferir, conceder férias, licenças, abonar faltas, punir empregados, podendo porém, delegar essas atribuições;

J) – Avocar para si a responsabilidade da solução de problemas relativos a qualquer Diretoria;

L) – Exercer todas as demais funções que lhe forem atribuídas pelo manual de organização;

M) – Praticar todos os atos executivos de administração que não estejam incluídos na competência da Diretoria;

N) – Elaborar e submeter à aprovação da Diretoria, até o dia 15 (quinze) de dezembro de cada ano, o orçamento geral da Sociedade para o exercício seguinte;

O) – Exercer o controle da execução orçamentária;

P) – Apresentar o relatório anual dos negócios da Sociedade à Assembleia Geral Ordinária, juntamente com as contas da Diretoria;

Artigo 14º - As competências dos demais Diretores serão determinadas em normas gerais de organização, através de Resoluções de Diretoria, podendo cada um deles, conjuntamente com um dos Procuradores, assinar documentos de responsabilidade da Sociedade.

§ Único – O Procurador ou Procuradores serão constituídos por no mínimo, 02 (dois) Membros da Diretoria, entre estes o Presidente, através de documento público.

Percebe-se claramente que a Diretoria é o órgão que administra a Sociedade Anônima, sendo seus diretores nomeados e destituídos pela Assembleia Geral. Assim, não há que se falar em subordinação ao Presidente da Sociedade.

À Diretoria cabe autorizar alienação ou aquisição de móveis ou imóveis, onerá-los, contrair obrigações, transigir e renunciar direitos. Para tanto, o Estatuto prevê o sistema de votações, no qual o Presidente tem, além do voto comum, o de desempate e o direito de veto condicionado à apreciação da Assembleia Geral.

Por outro lado, cabe ao Presidente a representação ativa e passiva da Sociedade em juízo ou fora dele, somente podendo assinar documentos de responsabilidade do CRISA conjuntamente com um Diretor ou um Procurador.

Vê-se, pois, claramente, que a assinatura de pelo menos um dos diretores é fundamental para a validade do ato.

No entanto, a assinatura dos demais, não é, a meu ver, mera praxe, mas reforço relevante desta validade e da anuência com os termos do documento assinado. Diga-se, aliás, que tal unanimidade

inviabilizaria qualquer eventual recurso para a Assembleia Geral.

Se é certo que apenas um diretor poderia assinar com o Presidente para a validade do documento, com mais razão que a negativa de assinatura dos demais representaria a sua discordância nas obrigações contraídas, o que denota que as assinaturas eram/são decisivas para o perfazimento de todo e qualquer contrato.

A oposição da assinatura do diretor, portanto, denota, senão a sua anuência de propósito, pelo menos a grave e relevante omissão na condução dos destinos da Sociedade, que, a meu ver, é suficiente para a caracterização do ato de improbidade administrativa.

Ressalvo, entretanto, a prova em contrário, indicativa de que o agente, malgrado tenha se omitido, o fez de forma meramente culposa, figura não contemplada no art. 11 da Lei de Improbidade.

Assim, sendo pois relevantes e eficazes as assinaturas apostas nos aditivos em questão, análise em que condições foram elas apostas.

- *Análise das Condutas*

1) ADAUTO ASSIS CABRAL e 2) LÁZARO ROBERTO DA SILVA

O réu *Adauto Assis Cabral* assinou os aditivos nº 01/98 (fls.167), nº 04/98 (fls.159).

O réu *Lázaro Roberto da Silva* assinou os aditivos nº 01/97 (fls. 153), nº 01/98 (fls.167), nº 04/98 (fls.159), nº 05/98 (fls. 267) e nº 06/98 (fls.161).

Argumentaram que não tinham poder decisório e suas assinaturas nos aditivos representavam mera formalidade.

O julgado criminal prolatado no Juízo Estadual, analisando as condutas dos aludidos réus, firmou que:

‘Apurou-se nos autos que os acusados *Lázaro Roberto* e *Adauto Assis* eram, na época dos fatos, diretores do CRISA. O primeiro comandava a diretoria de Manutenção e Apoio enquanto que o segundo dirigia a Diretoria de Obras Rodoviárias.

A prova testemunhal revelou que as diretorias conduzidas pelos acusados não eram afetas à obra pública executada pela empresa *Fuad Rassi*, e que eles não detinham qualquer controle ou ingerência nas decisões tomadas pela diretoria responsável pela execução do contrato de nº 402/92, bem como sobre os termos aditivos referentes a este instrumento, ou seja, não cabia aos acusados decidir sobre a formalização de termos aditivos ou sobre a realização de procedimento licitatório relacionado à obra executada.

Os depoimentos colhidos são firmes em apontar a ausência de conduta dos acusados concernente ao acréscimo indevido de obras ao contrato. Aliás, ficou provado que eles só vieram a saber das irregularidades em momento bem posterior à prática do fato.

A assinatura destes acusados nos termos aditivos decorreu de uma praxe administrativa que exigia que, além do presidente todos os diretores assinassem em conjunto os aditivos contratuais.

Embora fosse um hábito no âmbito da sociedade, tal exigência era prescindível, tendo em vista que o estatuto social do CRISA exigia a assinatura conjunta do presidente com um diretor ou um procurador (fls. 3385/3386, verso).

Assim, concluo que a instrução processual não evidenciou a existência de elemento subjetivo ou conduta irregular dos referidos acusados no sentido de determinar a prática de atos ilegais.

Diante desses fatos, a simples assinatura dos acusados nos aditivos irregulares, em razão de uma praxe administrativa, por si só, isolada dos demais elementos de prova, não é suficiente para a caracterização do crime.

Entendimento diverso implicaria em responsabilidade penal objetiva, vedada pelo ordenamento vigente.

Assim, a absolvição dos acusados Lázaro e Adatao é medida que se impõe.’ (fls. 3038-3039).

Por força do disposto no art. 935 do Código Civil/2002, não se pode mais questionar sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

A sentença supra referida reconheceu a negativa de autoria do fato em relação aos réus Lázaro Roberto da Silva, Adatao Assis Cabral, absolvendo-os com base no art. 386 IV, do CPP. Com o trânsito em julgado do decisum (certidão de fls. 3087), a matéria não pode mais ser apreciada em qualquer outra esfera.

Sendo assim, impõe-se reconhecer a *improcedência do pedido em relação aos réus Lázaro Roberto da Silva, Adatao Assis Cabral, ficando prejudicados os demais questionamentos por eles aventados.*

3) NÉLSON ANTONIO DA SILVA

O Réu *Nelson Antonio da Silva*, na condição de Diretor Administrativo e Financeiro, firmou o Aditivo nº 01/97 (fls. 153).

Argumenta que não tinham poder decisório e sua assinatura no aditivo representava mera formalidade.

Cabe, inicialmente, verificar o valor originário do contrato nº 402/92. Seu valor era de Cr\$ 47.051.408.021,88, isso em 1992 (fls. 123).

Posteriormente, o contrato foi atualizado para a moeda em vigor, passando a ter o seguinte valor R\$ 11.455.920,59, isso em 1995 (fls. 144).

O Termo Aditivo nº 01/97 acresceu o seu valor em R\$ 8.917.124,88 (fls. 151).

Fazendo os cálculos da forma mais benéfica ao réu, desconsiderando qualquer outro reajuste ou correção, o contrato nº 402/92 passou a ter um

valor total de R\$ 20.373.045,47, o que, grosso modo, representa um aumento de 77%.

Malgrado não seja réu na ação penal que tramitou pela 12ª Vara Criminal da Comarca de Goiânia o réu *Nelson Antonio da Silva assinou livre e conscientemente o contrato (aditivo) em destaque*, sendo-lhe aplicável todo o exposto acima, tendo, se não praticado, ao menos contribuído para o ato atentatório aos princípios, não havendo nenhuma causa ou alegação que exclua sua responsabilidade ou mesmo algum vício de vontade que pudesse atenuá-la.

4) EDSON PEREIRA BUENO

O réu *Edson Pereira Bueno*, firmou os seguintes Aditivos: 1) nº 01/97 na condição de Diretor de Obras Públicas (fls. 153); 2) nº 01/98 (fls. 167), nº 04/98 (fls. 159), nº 05/98 (fls. 267) e nº 06/98 (fls. 161), na condição de Presidente do CRISA.

O réu foi condenado na ação penal que tramitou na Justiça Estadual (fls. 3062).

O Termo Aditivo nº 01/97 acresceu o valor do Contrato nº 402/92 em R\$ 8.917.124,88 (fls. 151), representando um acréscimo de no mínimo 77% ao contrato original.

O Aditivo nº 01/98 efetivou um acréscimo aos serviços de R\$ 22.824.836,39 (fls. 166).

O Aditivo nº 04/98, por sua vez, fez um acréscimo de serviço de R\$ 245.380,62 (fls. 158).

O Aditivo nº 05/98 acresceu R\$ 647.023,85 (fls. 267) aos serviços.

Já o Aditivo nº 06/98 acresceu R\$ 614.497,58 (fls. 160) aos serviços contratados.

Como a análise dos acréscimos legais deve ser feita levando-se em conta o conjunto dos aditivos - uma vez que a consideração individual seria uma burla à lei ao dar ares de legitimidade a sucessivos pequenos acréscimos que, ao final, ultrapassariam o limite legal - devem ser somados todos os aditivos firmados pelo réu para fins de fixação da legalidade do ato.

A prova testemunhal produzida no Juízo Estadual apurou que (fls. 3043 e seguintes):

‘[...] Pelo que sei, se o presidente, ou um dos diretores, dentre eles os acusados Edson Pereira e João Mautariti, vetassem, o termo aditivo não seria assinado [...] Os fiscais do CRISA, que compareciam diariamente à obra, eram ligados à diretoria de obras civil do CRISA [...] (testemunha *Waniido Lemos Maldi*, fls. 3029/3033).’

‘[...] Pelo que eu ouvi dizer, as reuniões que deliberavam sobre a realização dos termos aditivos, não eram efetivamente realizadas, sendo que as atas eram feitas, também, somente para cumprir as formalidades [...] A única assinatura imprescindível, nos contratos, era a do presidente, a assinatura dos demais diretores possuía o mesmo peso [...] (testemunha *OG CASTANHEIRA MELO*, fls. 3001/3003)’

[...] Trabalho, desde 1997, na COMISSÃO DE LICITAÇÃO, tanto do extinto CRISA como da atual AGETOP [...] A ordem, para a realização dos contratos e termos aditivos, vinha da presidência. Nós confeccionávamos os respectivos documentos e o repassávamos para a SECRETARIA GERAL, a qual era incumbida de colher as assinaturas[...] [...] [...] Houve alguns casos em que, por questão de urgência, foi determinado que eu mesmo colhesse as assinaturas dos diretores. Nesses casos, recordo-me que a assinatura era rapidamente colhida sem que o documento permanecesse na posse do diretor. Cheguei, até mesmo, a colher assinatura nos corredores da empresa[...] [...] [...] Isso ocorreu na época em que o acusado EDSON PEREIRA BUENO era presidente do CRISA[...] [...] [...] Atualmente, os contratos e termos aditivos são elaborados no DEPARTAMENTO JURÍDICO[...] (testemunha *Silvia Aparecida Alvim Blemith*, fls. 3008/3009).

[...] Quando exerci a função de ASSISTENTE DA PRESIDENCIA, a determinação da realização dos termos aditivos partia do presidente. Essa decisão era tomada à vista de pedido feito pela diretoria, sobre cuja área estivesse afeta as suas atribuições, pedido esse que era acompanhado das justificações técnicas ou da solicitação do ente externo (ESTADO DE GOIÁS). Após a decisão do presidente, a solicitação do termo aditivo era encaminhada ao GRUPO EXECUTIVO DE LICITAÇÕES, o qual confeccionava o respectivo documento. O documento voltava à presidência, apenas para ser assinado e, após, terem sido colhidas as assinaturas ficava a cargo, salvo engano, da Secretaria Geral...” [...] “[...] Reafirmo que, a decisão, sobre a realização do termo aditivo, era tomada pelo presidente, à vista de um procedimento devidamente instruído pela diretoria da área interessada. No caso de obras como a da CASA DE PRISÃO PROVISÓRIA, a diretoria responsável pela solicitação do termo aditivo seria a de OBRAS PÚBLICAS (ou CIVIS) [...] (testemunha *Eduardo Horácio da Costa e Silva*, fls. 3011/3012).

[...] que referidas obras, dirigidas pela DIRETORIA DE OBRAS CIVIS, eram licitadas pela COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO do próprio CRISA; que referida Comissão subordinava-se, diretamente, à presidência do CRISA [...] [...] [...] Que a decisão final, para celebração de contratos e realização, ou não, de licitações, no âmbito do CRISA, era de seu presidente[...] (testemunha *Francisco José Ramos*, fls. 3026/3027).

O réu, pois, assinou livre e conscientemente os aditivos em destaque, tendo praticado o ato atentatório aos princípios, não havendo nenhuma causa, vício de vontade ou outra qualquer alegação que exclua sua responsabilidade

Tenho como irrefutável sua participação no ato.

5) KENNEDY DE SOUZA TRINDADE.

No tocante ao réu *Kennedy de Souza Trindade* que, na condição de Presidente do CRISA, firmou o

Aditivo nº 01/97 (fls. 153), aplicam-se os fundamentos exarados para o réu Edson Pereira Bueno, que ocupou o mesmo cargo (presidente do CRISA).

O réu Kennedy não figurou como réu na ação penal que tramitou no juízo estadual.

O Termo Aditivo nº 01/97 acresceu o valor do Contrato nº 402/92 em R\$ 8.917.124,88 (fls. 151), representando um acréscimo de no mínimo 77% ao contrato original.

Também aqui houve *livre manifestação de vontade dolosa*, não tendo o réu conseguido se desvencilhar da acusação lançada.

6) *FUAD RASSI ENGENHARIA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA e JOÃO ARTUR RASSI apresentaram defesa preliminar às fls. 2035-2073.*

A Fuad Rassi Ltda é a *beneficiária de todos os aditivos ora em comento*, tendo praticado o ato, através de seu representante, sem nenhuma razão relevante que exclua sua responsabilidade.

Já o réu João Artur Rassi contribuiu para a violação dos princípios da Administração ao dar, como representante da pessoa jurídica, expressão à sua vontade.

Veja-se à propósito a seguinte prova testemunhal colhida no juízo que condenou criminalmente o réu João Artur Rassi (fls. 3056 e seguintes e 3062):

[...] Conheço os acusados mencionados na denúncia, sendo que, o acusado JOÃO ARTUR RASSI é sócio proprietário da FUAD RASSI ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, empresa para a qual eu trabalho, desde o ano de 1997 [...] [...] [...] O acompanhamento burocrático dos termos aditivos, em especial, a assinatura desses, era realizada pela diretoria da FUAD RASSI [...] [...] [...] A diretoria do CRISA tinha conhecimento da subempreitada mesmo porque a FUAD RASSI não ocultava sua condição de executora da obra [...]’

Percebe-se com nitidez que o acompanhamento dos aditivos era função dos réus, que portanto não podem alegar desconhecimento do conteúdo ou irrelevância da assinatura.

7) JOÃO MAUTARITI SAMPAIO GOMIDE

O réu *João Mautariti Sampaio Gomide*, na condição de Diretor de Obras Públicas, firmou os Aditivos nº 01/98 (fls. 167), 04/98 (fls. 159), 05/98 (fls. 267), 06/98 (fls. 161).

O Aditivo nº 01/98 efetivou um acréscimo aos serviços de R\$ 22.824.836,39 (fls. 166).

O Aditivo nº 04/98 representou um acréscimo de serviço de R\$ 245.380,62 (fls. 158).

O Aditivo nº 05/98 acresceu R\$ 647.023,85 (fls. 267) ao contrato inicial.

Já o Aditivo nº 06/98 acresceu R\$ 614.497,58 (fls. 160) aos serviços contratados.

Considerando, como já se fez anteriormente, o valor do contrato original em R\$ 11.455.920,59, (fls. 144, valores de 1995), e que a soma dos acréscimos

dos aditivos citados montam R\$ 24.331.738,44, temos um acréscimo total de quase 113%, o que supera em muito o limite legal da Lei de Licitações.

Releva notar, também, que o réu foi condenado pelo juízo criminal estadual (fls. 3062).

A prova testemunhal citada na sentença prolatada no Juízo Estadual permitiu concluir que réu João Mautarite Sampaio Gomide tinha plena ciência do conteúdo dos aditivos assinados, concluindo pela sua condenação criminal (fls. 3051 e seguintes):

[...] Pelo que sei, se o presidente, ou um dos diretores, dentre eles os acusados Edson Pereira e João Mautariti, vetassem, o termo aditivo não seria assinado [...]. Os fiscais do CRISA, que compareciam diariamente à obra, eram ligados à diretoria de obras civil do CRISA [...] (*testemunha Wanildo Lemos Maldi, fls. 3029/3033*)

[...] Reafirmo que, a decisão sobre a realização do termo aditivo, era tomada pelo presidente, à vista de um procedimento devidamente instruído pela diretoria da área interessada, no caso de obras como a da CASA DE PRISÃO PROVISÓRIA, a diretoria responsável pela solicitação do termo aditivo seria a de OBRAS PÚBLICAS (ou CIVIS) [...] (*testemunha Eduardo Horácio da Costa e Silva, fls. 3011/3012*)

[...] que, na rotina de trabalho da DIRETORIA DE OBRAS CIVIS, não se procedia à leitura dos termos contratuais, antes de serem eles assinados pelo direito; que a rotina, já indicada em linha atrás (de não leitura prévia dos contratos e termos aditivos a serem assinados), também foi aplicada aos termos aditivos relativos à construção da “CASA DE PRISÃO PROVISÓRIA-CPP [...] [...] [...] que referidas obras, dirigidas pela DIRETORIA DE OBRAS CIVIS, eram licitadas pela COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO do próprio CRISA [...] [...] [...] Que a obra relativa à construção da “CASA DE PRISÃO PROVISÓRIA” era afeta à DIRETORIA DE OBRAS CIVIS, onde o depoente prestou serviços; que o nome “DIRETORIA DE OBRAS CIVIS” se refere à mesma diretoria de OBRAS PÚBLICAS, sendo os termos equivalentes, referindo-se ao mesmo Órgão de direção [...] [...] [...] Que a decisão final, para celebração de contratos e realização, ou não, de licitações, no âmbito do CRISA, era de seu presidente, isto após o processo ter passado por diversos outros ÓRGÃOS, que se manifestavam acerca de sua área de competência; que após a manifestação da DIRETORIA DE OBRAS PÚBLICAS, os autos administrativos eram encaminhados, diretamente, à presidência [...] [...] (*testemunha Francisco José Ramos, fls. 3026/3027*).

Assim, resta concluir que o réu livre e conscientemente acresceu valores ao contrato inicial acima do permitido por lei, nada havendo que exclua sua responsabilidade.

8) EDSON GUIMARÃES DE FARIA

O réu Edson Guimarães de Faria, na condição de Diretor Administrativo Financeiro, firmou os

Aditivos nº 01/98 (fls.167), 04/98 (fls. 159), 05/98 (fls. 267), 06/98 (fls. 161).

O Aditivo nº 01/98 efetivou um acréscimo aos serviços de R\$ 22.824.836,39 (fls. 166).

O Aditivo nº 04/98 representou um acréscimo de serviço de R\$ 245.380,62 (fls. 158).

O Aditivo nº 05/98 acresceu R\$ 647.023,85 (fls. 267) ao contrato inicial.

Já o Aditivo nº 06/98 acresceu R\$ 614.497,58 (fls. 160) aos serviços contratados.

Como os aditivos são os mesmos assinados pelo réu João Mautariti, temos um acréscimo total de quase 113%, superior, pois, ao limite legal.

No Juízo Criminal ficou assentado que não existia prova suficiente para a condenação do réu Edson Guimarães de Faria. Foi, pois, absolvido com base no art. 386, VII do CPP, o que não impede o juízo de valor sobre a sua conduta nestes autos.

A assinatura de tais aditivos, como já explanado, é relevante para a consecução dos objetivos ilegais que a lei visou evitar, não se podendo tê-las como mera praxe administrativa.

Não foi indicado nenhum fato que excluísse a responsabilidade do réu, nem foi demonstrado algum vício na manifestação de vontade. A simples alegação de que assinou sem ler não se coaduna com a relevância do cargo e suas atribuições.

Daíhaveroréu praticado o ato de improbidade de extrapolar o limite legal de acréscimos de serviços.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto JULGO IMPROCEDENTE o pedido em relação aos réus *Adauto Assis Cabral* e *Lázaro Roberto da Silva*, por ter ficado provado no juízo criminal que os aludidos réus não foram autores do fato (art. 935 CC).

Por outro lado, JULGO PROCEDENTE o pedido, em relação aos demais réus, por terem atentado contra os princípios da Administração, nos termos do art. 11, caput (legalidade) e inciso I (praticar ato visando fim proibido em lei) da Lei nº 8.429/92, condenando-os nas penas do art. 12, III, da mesma lei.

Efetuo a dosimetria da pena levando em consideração a individualização das condutas e a extensão da participação dos réus, condenando-os da seguinte forma:

1) *Nélson Antonio da Silva*, por ter, na condição de Diretor Administrativo e Financeiro, assinado o Aditivo nº 01/97 no valor de R\$8.917.124,88.

Pena:

a) suspensão dos direitos políticos por três anos;

b) pagamento de multa civil de 20 vezes o valor da última remuneração que percebeu no órgão, devidamente atualizada;

c) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

2) *Edson Pereira Bueno*, por ter, na condição de Diretor de Obras Públicas, assinado o Aditivo nº 01/97 no valor de R\$ 8.917.124,88; e, na condição de Presidente do CRISA, assinado os aditivos nº 01/98 no valor de R\$ 22.824.836,39, nº 04/98 no valor de R\$ 245.380,62, nº 05/98 no valor de R\$ 647.023,85 e nº 06/98 no valor de R\$ 614.497,58.

Pena:

a) suspensão dos direitos políticos por 05 (cinco) anos;

b) pagamento de multa civil de 50 vezes o valor da última remuneração que percebeu no órgão, devidamente atualizada;

c) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

3) *Kennedy de Souza Trindade*, por ter assinado, na condição de Presidente do CRISA, o Aditivo nº 01/97 no valor de R\$ 8.917.124,88.

Pena:

a) suspensão dos direitos políticos por 04 (quatro) anos;

b) pagamento de multa civil de 40 vezes o valor da última remuneração que percebeu no órgão, devidamente atualizada;

c) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

4) *João Artur Rassi*, por ter assinado, na condição de representante da pessoa jurídica beneficiária, os Aditivos nº 01/97 no valor de R\$ 8.917.124,88, nº 01/98 no valor de R\$ 22.824.836,39, nº 04/98 no valor de R\$ 245.380,62, nº 05/98 no valor de R\$ 647.023,85 e nº 06/98 no valor de R\$ 614.497,58.

Pena:

a) suspensão dos direitos políticos de por 05 (cinco) anos;

b) pagamento de multa civil de 50 vezes o valor da última remuneração percebida pelo Presidente do Crisa (réu Kennedy);

c) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

5) *Fuad Rassi Engenharia, Indústria e Comércio Ltda*, por ser a pessoa jurídica beneficiária dos

Aditivos nº 01/97 no valor de R\$ 8.917.124,88, nº 01/98 no valor de R\$ 22.824.836,39, nº 04/98 no valor de R\$ 245.380,62, nº 05/98 no valor de R\$ 647.023,85 e nº 06/98 no valor de R\$ 614.497,58.

Pena:

a) pagamento de multa civil de 100 vezes o valor da última remuneração percebida pelo Presidente do Crisa (réu Kennedy);

b) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

6) *João Mautariti Sampaio Gomide*, por ter, na condição de Diretor de Obras Públicas, assinado os Aditivos nº 01/98 no valor de R\$ 22.824.836,39, nº 04/98 no valor de R\$ 245.380,62, nº 05/98 no valor de R\$ 647.023,85 e nº 06/98 no valor de R\$ 614.497,58.

Pena:

a) suspensão dos direitos políticos por 03 (três) anos;

b) pagamento de multa civil de 40 vezes o valor da última remuneração que percebeu no órgão, devidamente atualizada;

c) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos

7) *Edson Guimarães de Faria*, por ter, na condição de Diretor Administrativo Financeiro, assinado os Aditivos nº 01/98 no valor de R\$ 22.824.836,39, nº 04/98 no valor de R\$ 245.380,62, nº 05/98 no valor de R\$ 647.023,85 e nº 06/98 no valor de R\$ 614.497,58

Pena:

a) suspensão dos direitos políticos por 03 (três) anos;

b) pagamento de multa civil de 40 vezes o valor da última remuneração que percebeu no órgão, devidamente atualizada;

c) e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Sem condenação em custas e honorários advocatícios, tendo em vista o teor do julgado abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. PRECEDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que, nos casos em que a ação civil pública proposta pelo Ministério Público for julgada improcedente, somente haverá condenação ao pagamento de honorários advocatícios quando comprovada a má-fé do órgão ministerial, nos termos do art. 18 da Lei 7.347/85. Tal hipótese não ficou configurada no caso examinado, o que impõe o afastamento da condenação aos ônus sucumbenciais.

2. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior: REsp 764.278/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 28.5.2008; REsp 896.679/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 12.5.2008; REsp 419.110/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 27.11.2007; AgRg no Ag 542.821/MT, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 6.12.2006.

3. Desprovemento do agravo regimental. (AgRg no REsp 868279/MG - rel. Min. Denise Arruda - T1 - DJe 06/11/2008)

Com o trânsito em julgado, arquivem-se. (fls. 3.104-3.132).

1 Dos agravos retidos

Os apelantes Kennedy de Souza Trindade e Edson Pereira Bueno pedem o conhecimento e provimento do agravo retido interposto contra a decisão de fls. 2.990-2.991 que teve o seguinte teor:

Pretende o MPF, no presente feito, a condenação dos réus nas penas do art. 12, II e III da Lei n. 8.429/92, sob o fundamento de *dispensa indevida de licitação* para a contratação e execução dos serviços acrescidos ao orçamento original da construção da Casa de Prisão Provisória.

O perito nomeado nos autos formulou proposta de honorários no valor de R\$ 31.000,00, com a descrição dos serviços a serem desempenhados durante os trabalhos periciais (fls. 2910-2943).

Intimadas as partes a se manifestarem acerca da proposta em tratamento:

1) o réu Lázaro Roberto da Silva aduziu que não requereu prova pericial e reafirma a desnecessidade da referida prova, postulando pelo julgamento do feito no estado em que se encontra (fls. 2945-2946).

2) Fuad Rassi-Indústria e Comércio Ltda. e João Artur Rassi, consideraram o valor extremamente elevado, considerando que os trabalhos serão realizados em Goiânia e Aparecida de Goiânia (fls. 2948-2949).

3) a União requereu o prazo de dez dias para estudar o detalhamento da proposta (2951).

4) O MPF disse que as provas pericial e contábil foram requeridas pelos réus João Artur Rassi, Kennedy Trindade e Edson Pereira Bueno

para comprovar que: a) o projeto básico era deficiente; b) os acréscimos eram necessários; c) os projetos foram executados; e d) para demonstrar a legalidade dos reajustes. Todavia, tais questões não são controvertidas, já que a pretensão do MPF é o reconhecimento da *ilegalidade na inclusão de acréscimos mediante aditivos, sem a devida licitação*. Alfm, requer a dispensa da prova pericial (fls. 2953-2955).

5) o Estado de Goiás requereu a dispensa da prova pericial (fls. 2988).

Em fls. 2958-2964, a Fuad Rassi-Eng. Ind. e Comércio Ltda. e João Artur Rassi argüiram a incompetência absoluta do Juízo para o processamento do feito.

Com vistas dos autos, a União apenas requereu que fosse rejeitada a argüição de incompetência do juízo.

Decido.

No que se refere à argüição de incompetência, reservo-me para apreciá-la por ocasião da sentença.

No tocante à prova pericial, verifico que o objeto dos autos *dispensa indevida de licitação* - é questão que independe de perícia técnica.

Por isso, defiro o pedido de dispensa da perícia, requerido pelo Ministério Público Federal e, por conseqüência, revogo a decisão de fls. 2860, tão somente, no que tange à prova pericial.

Intimem-se.

Após, venham-me os autos conclusos para sentença.

Goiânia, 20 de julho de 2009. (fls. 2.990-2.991).

Assevera o requerido, ora agravante, Edson Pereira Bueno, que os acréscimos realizados mediante aditivos, sem a devida licitação, foram qualitativos. Logo, não incidiria o limite de 25% previsto na Lei 8.666/1993.

Não tem razão o agravante. É evidente, no caso, a natureza das alterações realizadas no contrato 402-1992. O objeto do contrato era a construção de Casa de Prisão Provisória, entretanto, os aditivos foram realizados para permitir, também, a construção do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Goiânia e do Presídio Regional de Goiânia. O acréscimo foi de 229,15%. Logo, foi quantitativo.

As alegações do agravante Edson Bueno de que seria necessário provar que as alterações não foram quantitativas e sim qualitativas são irrelevantes, portanto.

Rejeito o agravo retido de fls. 3.004-3.006.

O apelante João Mautariti Sampaio Gomide também requer a apreciação de seu agravo retido. De fato, esse apelante requereu a produção de prova oral à

fl. 1.741 (v. 9). Essa prova foi indeferida na decisão de fl. 2.860. Contudo, não foi interposto agravo retido contra essa decisão. Assim, nada há a ser apreciado quanto a essa postulação.

2 Das preliminares

2.1 Da prescrição

Edson Guimarães de Faria, Fuad Rassi – Engenharia, Indústria e Comércio Ltda. e João Artur Rassi alegam a prescrição.

O primeiro apelante acima alega ter exercido seu cargo em comissão até 1º/01/1999 e que, de acordo com o Código Penal, a prescrição teria ocorrido em 31/12/2006 e a sentença foi publicada em 11/02/2010.

Não tem razão esse apelante. A prescrição não ocorreu, porque o ajuizamento da presente ação deu-se em 10/04/2001 e a prescrição aplicável às ações de improbidade é a prevista no inciso I do art. 23 da Lei 8.429/1992, isto é, somente ocorre depois de completados cinco anos do término do exercício do cargo em comissão.

Por outro lado, Fuad Rassi – Engenharia, Indústria e Comércio Ltda. e João Artur Rassi defendem que o termo final da prescrição seria a data da decisão de recebimento da inicial e que determinou a citação — 5 de outubro de 2005. Igualmente sem razão os apelantes. A data do ajuizamento da ação é a que deve ser considerada e, no caso, ocorreu muito antes do término do prazo de cinco anos, consideradas as datas de exoneração dos réus agentes públicos.

Sem razão os apelantes também quanto à alegação de ocorrência de prescrição intercorrente. Não há previsão legal desse tipo de prescrição em ações civis como, no caso, é a ação de improbidade. Nesse sentido, transcrevo a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FUNDEF. EX-PREFEITO. VERBA FEDERAL. AÇÃO INICIADA NO JUÍZO ESTADUAL: NULIDADE: INEXISTÊNCIA. MPF: LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. JUSTIÇA FEDERAL: COMPETÊNCIA. PRESCRIÇÃO. DANO AO ERÁRIO: ART. 10, IX, E 12, II, DA LEI 8429/1992. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ: MULTA: REDUÇÃO.

1. Não há nulidade na Ação de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual e que, posteriormente, verificado o interesse federal, é assumida pelo Ministério Público Federal e passa à competência da Justiça Federal.

2. Havendo participação de verbas federais na composição do FUNDEF, é indiscutível o interesse

da União e a legitimidade ativa do MPF para a ação de improbidade, em razão de suposta malversação de recursos sujeitos à fiscalização federal.

3. Demais, 'O mero requerimento do Ministério Público Federal para ingressar como litisconsorte ativo na ação, por entender estar configurado ato de improbidade administrativa, desloca a competência para a Justiça Federal, já que só a esse Juízo compete admitir ou não a formação do litisconsórcio, consoante o enunciado da Súmula 150/STJ.' (STJ, CC nº 100300/PI, Relator Ministro Castro Meira, 1ª Seção, DJ de 25/05/2009).

4. A prescrição na ação de improbidade conta-se da data da cessação do vínculo do gestor com a Administração Pública, nos termos do art. 23, I, da Lei 8.429/1.992. Precedentes.

5. 'Não há que se falar em prescrição intercorrente, na forma do art. 23, da Lei nº 8.429/1992, quando a demora no julgamento da lide decorre das naturais dificuldades processuais, bem como 'nenhum outro dispositivo da Lei 8.429/92 prevê a prescrição intercorrente nas Ações de Improbidade, cujas sanções possuem natureza cível' (REsp 1142292/PB, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 16.03.2010).

6. Consubstanciam atos de improbidade administrativa, na forma do art. 10, IX, da Lei 8429/1992: a contratação de servidores sem concurso público, com violação ao art. 37, II, da Carta Magna, notadamente se ausentes as condições excepcionais do inciso IX do mesmo artigo;

6.2 O não pagamento, injustificada e reiteradamente, de remuneração de servidores públicos no tempo e momento devido;

6.3 O desvio de verbas do FUNDEF para despesas não vinculadas ao Fundo.

7. Condenação do réu ao ressarcimento integral do dano, multa civil de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica, da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos e suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 08 (oito) anos.

8. A juntada pelo réu, de mais de 7400 cópias de documentos, em sua grande maioria estranhos à lide, dando azo à formação de mais de 35 volumes, com nítido propósito de tumultuar a tramitação processual, constitui litigância de má-fé. Multa fixada em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) art. 18 do CPC.

9. Apelação parcialmente provida.

(AC 2006.33.07.008370-7, rel. Des. Federal Carlos Olavo, in e-DJF1 de 11/11/2011).

2.2 Da preliminar de incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito suscitada por Fuad Rassi – Engenharia e Comércio Ltda. e João Artur Rassi

Não têm razão os apelantes quando defendem a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito.

Nesse ponto, não há dúvidas de que as receitas do Convênio MJ 15/1996 envolveram verbas federais.

Consoante entendimento jurisprudencial, já consolidado nos tribunais, é competência da Justiça Federal processar e julgar ação de improbidade administrativa que trata de suposta irregularidade na aplicação de verba federal repassada pela União a entes da Federação.

Nesse sentido, trago à colação ementas de julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional, conforme passo a transcrevê-las:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DESVIO DE VERBA PÚBLICA. FNDE. SUJEIÇÃO À FISCALIZAÇÃO POR ÓRGÃOS FEDERAIS E À PRESTAÇÃO DE CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 208/STJ. CONFLITO CONHECIDO PARA DETERMINAR COMPETENTE A JUSTIÇA FEDERAL.

1. Compete à Justiça Federal o julgamento de demanda instaurada contra ex-prefeito, para apurar possível desvio de verbas públicas federais, sujeitas à fiscalização de órgãos federais e à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União, sobressaindo efetivo interesse da União Federal. Incidência do teor da Súmula 208/STJ.

2. Ação em que a parte autora pede a citação do FNDE (autarquia federal) como litisconsorte ativa.

3. Conflito conhecido para determinar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara de Rio Grande – SJ/RS.

(STJ - CC 41.635/RS, Relator Ministro José Delgado, 1ª Seção, julgado por unanimidade em 27/04/2005, publicado no DJ de 17/10/2005, p. 162).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO, AÇÃO DE IMPROBIDADE. VERBAS FEDERAIS ORIUNDAS DO FNDE DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. SUJEIÇÃO À FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Não há necessidade da intimação do agravado, já que este não foi citado na ação originária.

2. Merece reparo a decisão agravada que afastou a competência da Justiça Federal para apreciar e julgar ação de improbidade. Nos termos da Súmula nº 208 do STJ, a existência de obrigação de prestação de contas ao órgão federal ou ao TCU

fixa a competência da Justiça Federal (art. 71, VI, da CF).

3. Agravo provido.

(TRF/1ª Região, AG 2006.01.00.019553-0/TO, do qual fui Relator, 4ª Turma, julgado por unanimidade em 01/08/2006, publicado no DJ de 23/08/2006, p. 36).

2.3 Da preliminar de nulidade da sentença por afronta ao princípio da congruência — alegação de que a sentença é *ultra petita* (negativa de vigência aos arts. 128 e 460 do CPC). Preliminar suscitada por Fuad Rassi – Engenharia, Indústria e Comércio Ltda. e João Artur Rassi

Defendem os apelantes que a sentença encontra-se incongruente com o pedido inicial ou com as defesas apresentadas. Diz que a causa de pedir foi a

[...] dispensa indevida de licitação, para a execução dos serviços acrescidos ao orçamento original, com favorecimento indevido à FUAD RASSI – Engenharia, Indústria e Comércio Ltda. (fl. 3.317 – v. 15).

Assim, entendem que a sentença somente poderia apreciar essa pretensão. Entretanto, continua, a sentença reconheceu que os fundamentos fáticos e jurídicos constantes da inicial são improcedentes, julgou a ação procedente com base em outra causa de pedir,

[...] qual seja, por violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições prevista no caput do art. 11, da Lei 8.429/93, que não consta do pedido [...] (fl. 3.321 – v. 15).

Não têm razão os apelantes. Na inicial, o Ministério Público Federal salientou:

Os réus violaram flagrantemente os artigos 65, § 2º, c/c 121, ambos Lei 8.666/93, verbis:

Art. 121. O disposto nesta Lei não se aplica às licitações instauradas e aos contratos assinados anteriormente à sua vigência, *ressalvado o disposto no art. 57, nos §§ 1º, 2º e 8º do art. 65, no inc. XV do art. 78, bem assim o disposto no [...]*

Art. 65. - Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) [...]

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de *acréscimo* ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos *limites permitidos por esta Lei*.

§ 1º - O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifícios ou de equipamentos, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º - Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

I - (vetado);

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

Os dispositivos legais acima transcritos são absolutamente claros, dispensando maiores esforços interpretativos. Em obediência à lei, deveriam os acréscimos em apreço ter sido objeto de nova licitação. Houve, portanto, dispensa indevida de licitação, para a execução dos serviços acrescidos ao orçamento original, com favorecimento indevido à Fuad Rassi-Engenharia Indústria e Comércio Ltda.

Observa-se que, com suas condutas, os sete primeiros réus utilizaram das funções de seus cargos para, praticando atos ilegais, favorecer ilicitamente os dois últimos réus, conferindo-lhes o direito de construir três obras públicas de valor altamente expressivo (R\$ 51.047.742,79), sem que tivessem que concorrer seus preços com os de outras empreiteiras (o que é o sonho de todo empreiteiro e o pesadelo da Administração Pública).

Frustraram os objetivos legais da licitação, quais sejam, 'garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração', violando assim o art. 3º, da Lei 8.666/93.

Violaram, ainda, os princípios constitucionais da Impessoalidade, da Legalidade e da Moralidade, que regem a Administração Pública (art. 37, caput, da Constituição).

Agiram com improbidade administrativa, razão pela qual tornaram-se incurso nas penas dos artigos 10, caput e inciso VIII e 11, caput e inciso I, c/c 12, II e III, e 21, I, todos da Lei 8.429/92, que assim dispõem, verbis:

'Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

VIII. frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta Lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público;

Os dois últimos réus (a empreiteira FUAD RASSI e seu representante legal e sócio-gerente, João Artur Rassi) foram os beneficiários diretos dos atos de improbidade administrativa praticados pelos três primeiros, além de terem concorrido para a prática do ato, ao assinarem (o oitavo réu representando a nona ré) os termos aditivos ilegais, sendo-lhe aplicáveis as penalidades acima descritas, por força do que dispõe o art. 3º, da Lei 8.429/92, verbis:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. (fls. 11-13).

Assim, a sentença examinou corretamente o pedido ainda que tenha entendido que os atos praticados violam somente o art. 11, caput, da Lei 8.429/1992.

2.4 Da alegação de ilegitimidade passiva de João Artur Rassi

Tem razão esse apelante ao defender sua ilegitimidade passiva *ad causam*. O Ministério Público Federal postula a condenação dos réus sob o fundamento de dispensa indevida de licitação. Assim, deverá responder pela prática do ato de improbidade somente a pessoa jurídica contratada para a construção da Casa de Prisão Provisória e que, por aditivos, construiu o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Goiânia e o Presídio Regional de Goiânia. O representante da pessoa jurídica não pode ser responsabilizado na hipótese dos autos. Ele não agiu em nome próprio. Ademais, inexistem provas de que tenha pessoalmente recebido algum benefício em razão da contratação da empreiteira Fuad Rassi – Engenharia Indústria e Comércio Ltda.

Acolho a preliminar para excluir o apelante João Artur Rassi da lide.

2.5 Da preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa (utilização como prova emprestada de depoimentos tomados pelo Juízo Criminal), arguida por João Mautariti Sampaio Gomide

A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que, respeitado o contraditório e a ampla

defesa, como foi feito nos autos, é possível a utilização de *prova emprestada* produzida na esfera criminal, desde que não tenha sido reconhecida sua ilicitude. Nesse sentido, transcrevo a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PRERROGATIVA DE FORO. ARESTO COM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIA. APLICABILIDADE. RECEBIMENTO DA INICIAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE.

1. A ausência de prequestionamento impede o exame da suposta ofensa aos arts. 57, I e XX; 259, IV, da LC 75/93. Aplicação da Súmula 282/STF.

2. No que concerne aos arts. 18, II, b, e 240, V, a, b e c, da LC 75/93, o recurso também não ultrapassa as barreiras da admissibilidade, pois a questão acerca da prerrogativa de foro foi apreciada com fundamento na Constituição Federal (art. 105, I, a, da CF). Por outro lado, a ausência de interposição de recurso extraordinário, quanto a esse ponto, torna sem utilidade o apelo especial, uma vez que a fundamentação com base na Constituição da República seria suficiente para manter a higidez do acórdão recorrido. Incidência da Súmula 126/STJ.

3. As questões apontadas pelo recorrente como omissas foram efetivamente enfrentadas pelo Tribunal a quo, não havendo violação do art. 535 do CPC.

4. A decisão que recebe a inicial da ação de improbidade deve conter fundamentação, ainda que de maneira concisa. Nessa fase processual, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, não se exigindo do magistrado uma cognição exauriente. Precedentes.

5. No caso, embora a decisão de Primeiro Grau não esteja minudentemente fundamentada, houve menção aos termos expostos na inicial, tendo ainda a matéria suscitada na manifestação preliminar sido submetida ao Tribunal por meio de agravo de instrumento. Com efeito, os obstáculos aduzidos pelo recorrente para o processamento do feito - a exemplo do foro por prerrogativa de função, da aplicabilidade da LIA, das provas obtidas por interceptação telefônica - foram rebatidos pelo Tribunal a quo, operando-se o efeito substitutivo sobre a decisão de piso. Nesse contexto, não houve prejuízo para a defesa, devendo prevalecer a instrumentalidade do processo.

6. A Lei 1.079/50 (arts. 40 e 40-A), que não admite interpretação extensiva, faz referência aos crimes de responsabilidade do Procurador-Geral da República e dos membros do Ministério Público da União no exercício de função de chefia nas respectivas unidades regionais e locais, o que significa que os demais membros do Parquet não enquadrados nos citados dispositivos estão exclusivamente submetidos à LIA.

7. Ademais, consoante a jurisprudência do STJ, ressalvada a hipótese dos atos de improbidade cometidos pelo Presidente da República, aos quais se aplica o regime especial previsto no art. 86 da Carta Magna, os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade não são imunes às sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º, da CF.

8. Em relação às provas obtidas por interceptação telefônica, não há ilegalidade na utilização desses elementos na ação de improbidade, quando resultarem de provas emprestadas de processos criminais. Matéria pacificada no STJ.

9. Recurso especial não provido.

(Resp 1190244/RJ, rel. Min. Castro Meira, in DJ de 12/05/2011).

2.6 Da alegação de inconstitucionalidade formal da Lei 8.429/1992 por ofensa ao bicameralismo (questão levantada por Kennedy de Souza Trindade e Edson Pereira Bueno)

Quanto à inconstitucionalidade formal da Lei de Improbidade Administrativa, o egrégio Supremo Tribunal Federal já manifestou entendimento no sentido de não haver pecha de inconstitucionalidade na respectiva lei, conforme se verifica da ementa do julgamento da ADI 2.182 MC/DF, *verbis*:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 8.429, DE 02.06.1992, QUE DISPÕE SOBRE AS SANÇÕES APLICÁVEIS AOS AGENTES PÚBLICOS NOS CASOS DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NO EXERCÍCIO DE MANDATO, CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA OU FUNDACIONAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL OCORRIDO NA FASE DE ELABORAÇÃO LEGISLATIVA NO CONGRESSO NACIONAL (CF, ARTIGO 65).

1. Preliminar de não-conhecimento suscitada pela Advocacia Geral da União: é desnecessária a articulação, na inicial, do vício de cada uma das disposições da lei impugnada quando a inconstitucionalidade suscitada tem por escopo o reconhecimento de vício formal de toda a lei.

2. Projeto de lei aprovado na Casa Iniciadora (CD) e remetido à Casa Revisora (SF), na qual foi aprovado substitutivo, seguindo-se sua volta à Câmara (CF, artigo 65, par. único). A aprovação de substitutivo pelo Senado não equivale à rejeição do projeto, visto que “emenda substitutiva é a apresentada a parte de outra proposição, denominando-se substitutivo quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto” (§ 4º do artigo 118 do RI-CD); substitutivo, pois, nada mais é do que uma ampla emenda ao projeto inicial

3. A rejeição do substitutivo pela Câmara, aprovando apenas alguns dispositivos dele destacados (artigo 190 do RI-CD), implica a

remessa do projeto à sanção presidencial, e não na sua devolução ao Senado, porque já concluído o processo legislativo; caso contrário, dar-se-ia interminável repetição de idas e vindas de uma Casa Legislativa para outra, o que tornaria sem fim o processo legislativo. Medida cautelar indeferida.

(STF, ADI 2182 MC/DF, rel. Min. Maurício Corrêa Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004, p. 16)

3 Do mérito

3.1 Das apelações da União, do Estado de Goiás e do Ministério Público Federal.

Defendem esses apelantes, em síntese, que a condenação deveria ser, também, pelo art. 10, *caput* e inciso VII porque houve a dispensa indevida de licitação.

Com efeito, a Lei 8.666/1993 trata sobre os casos em que há a dispensa ou a inexigibilidade de licitação. A lei igualmente cuida do percentual máximo, isto é, 25%, de acréscimo do valor dos contratos.

Inexistindo perfeito enquadramento da situação encontrada, restará provada a simulação com a indevida dispensa de licitação. É fundamental coibir fraudes que, alargando as hipóteses legalmente previstas, acabem por beneficiar indevidamente empresas apadrinhadas.

Na hipótese, a conduta imputada é a de inobservância do limite de 25% para acréscimo em contrato.

O juiz entendeu que, por essa razão, não há que se falar em fraude à licitação porque “*não há comprovação de que houve ilegalidade no processo licitatório em questão*” (fl. 3.105 – v. 14). Ademais, entendeu que o tipo específico possível seria a do art. II, *caput* — atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública — porque não há dano ao Erário.

Verifico de início, ser aplicável a Lei 8.666/1993 ao Contrato 402/1992 porque os aditivos foram feitos quando já em vigor essa norma. Logo, o limite de 25% máximo de acréscimo ao valor do contrato é válido.

O objetivo do legislador ao impor limites aos acréscimos contratuais foi exatamente impedir dispensas indevidas de licitação.

O descumprimento da lei, no caso, é evidente. A empresa Fuad Rassi – Engenharia, Indústria e Comércio Ltda. foi contratada para a construção da *Casa de Prisão Provisória*, no valor inicial de R\$ 1.867.335,80 (um milhão, oitocentos e sessenta e sete mil, trezentos e trinta e cinco reais e oitenta centavos). Vários

reajustamentos de valores foram feitos, implicando na majoração de 229,15% em relação ao valor original. O Contrato 402/1992 que previa a construção tão somente da “*Casa de Prisão Provisória*” — única obra licitada — acabou por permitir a construção, também, do *Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Goiânia* e do *Presídio Regional de Goiânia*.

De fato, houve dispensa indevida de licitação com relação às duas outras obras, como prevê expressamente a segunda parte do inciso VIII do art. 10 da Lei 8.429/1992. Assim, pode parecer que os atos praticados devam ser enquadrados não no art. 11 como fez o juiz, mas no art. 10 e as sanções aplicadas seriam as previstas no inciso II do art. 12 e não no inciso III do mesmo artigo da Lei 8.429/1992.

Entretanto, identificada a prática ilegal, mostra-se essencial verificarmos se há prova de dano efetivo ao Erário. Assim, essa prova e conduta ímproba substituir-se-á ao disposto no art. 11 da Lei 8.429/1992.

Na hipótese, vejo que o juiz decidiu com acerto.

Não se pode acolher a tese de que o prejuízo ao Erário é presumido. Impossível condenar alguém por mera presunção. A lei não alcança essa possibilidade já que permanece a evidente lesividade aos princípios da Administração e, por força do art. 21, I, da Lei 8.429/1992, ter-se-á presente a figura prevista no art. 11 da mesma lei garantindo a punição à prática dos atos corretamente considerados ímprobos.

A União afirma em sua apelação que

[...] em virtude do açodamento dos agentes públicos para a efetivação da obra do Hospital de Custódia restou inadequado para o seu fim, obrigando que a construção fosse adaptada para um presídio, fato este que causou prejuízo na órbita de R\$ 3.928.027,68 (três milhões, novecentos e vinte e oito mil, vinte e sete reais e sessenta e oito centavos).

Todavia, a União não provou a existência desse prejuízo de forma efetiva. Cuida-se de fato novo que sequer foi mencionado antes pela recorrente.

O Ministério Público Federal pede seja declarada incidentalmente a nulidade dos aditivos ao Contrato 402/1992.

Neste ponto, a sentença é igualmente incensurável. Não há qualquer utilidade prática para a concessão desse pedido. Os aditivos geraram efeitos, isto é, as obras foram concluídas. De fato, como bem salientou o juiz, “*a solução jurídica para a violação ao direito é dada pela punição da improbidade e eventualmente o integral ressarcimento ao Erário*” (fls. 3.112-3.113 – v. 14).

Defende o MP que, com a declaração de nulidade dos aditivos contratuais, acarretará a condenação à devolução do lucro (reparação do dano), pedido feito com fundamento no art. 121, c/c o art. 65, §§ 1º, 2º e 8º, ambos da Lei 8.666/1993.

Acrescento que a ação de improbidade não é a via apropriada para requerer-se a anulação de contrato.

Ademais, não há provas de dano ao Erário. Sem essa prova, a condenação à devolução de valores do contrato configurará em enriquecimento ilícito do Erário porque esse se beneficiou com a conclusão de três obras no Estado de Goiás e, foi julgado improcedente o pedido de condenação dos requeridos na ação que alegava o superfaturamento (fls. 3.672-3.692 – v. 17)

3.1.1 Do pedido de condenação dos apelados Aduino de Assis Cabral e Lázaro Roberto da Silva

O Ministério Público Federal pede a condenação dos réus Aduino de Assis Cabral e Lázaro Roberto da Silva. Entretanto a sentença proferida pelo juiz da 12ª Vara Criminal de Goiânia os absolveu, por negativa da autoria. Dessa sentença, destaco:

Apurou-se nos autos que os acusados Lázaro Roberto e Aduino de Assis eram, na época dos fatos, diretores do CRISA. O primeiro comandava a diretoria de Manutenção e Apoio enquanto que o segundo dirigia a Diretoria de Obras Rodoviária.

A prova testemunhal revelou que as diretorias conduzidas pelos acusados não eram afetas à obra pública executada pela empresa Fuad Rassi, e que eles não detinham qualquer controle ou ingerência nas decisões tomadas pela diretoria responsável pela execução do Contrato de n. 402/92, bem como sobre os termos aditivos referentes a este instrumento, ou seja, não cabia aos acusados decidir sobre a formalização de termos aditivos ou sobre a realização de procedimento licitatório relacionado à obra executada.

Os depoimentos colhidos são firmes em apontar a ausência de conduta dos acusados concernente ao acréscimo indevido de obras ao contrato. Aliás, ficou provado que eles só vieram a saber das irregularidades em momento bem posterior à prática do fato.

A assinatura destes acusados nos termos aditivos decorreu de uma praxe administrativa que exigia que, além do presidente, todos os diretores assinassem em conjunto os aditivos contratuais.

Embora fosse um hábito no âmbito da sociedade, tal exigência era prescindível, tendo em vista que o estatuto social do CRISA exigia a assinatura conjunta do presidente com um diretor ou um procurador (fls. 3385/3386, verso).

Assim, concluo que a instrução processual não evidenciou a existência de elemento subjetivo

ou conduta irregular dos referidos acusados no sentido de determinar a prática de atos ilegais.

Diante desses fatos, a simples assinatura dos acusados nos aditivos irregulares, em razão de uma praxe administrativa, por si só, isolada dos demais elementos de prova, não é suficiente para a caracterização do crime. (fls. 3.038-3.039 - vol. 14)

Assim, mostra-se correta a aplicação do art. 935 do Código Civil porque, apesar de existir independência entre as instâncias, a negativa de autoria impede o reexame na esfera civil.

3.2 Das apelações dos requeridos

A conduta que levou o magistrado a condenar alguns dos requeridos foi a inobservância do limite imposto no art. 65, § 2º, da Lei 8.666/1993, de 25% para acréscimos em contrato já existente.

O alegado desrespeito ao limite máximo legal permite que, por meios não autorizados, haja prorrogação do objeto do contrato sem que sejam realizadas as licitações necessárias. No caso dos autos, como já foi explicitado, não houve dano ao Erário. O juiz considerou, com muita propriedade, que houve afronta aos princípios da Administração. Houve violação ao art. 11, *caput*, da Lei 8.429/1992 porque houve ofensa direta aos deveres da legalidade. Descumpriu-se dispositivo expresso de lei.

É certo, porém, que a empreiteira contratada não praticou o ato de improbidade descrito. A empresa não participou da elaboração dos aditivos, limitando-se a assiná-los. Ela somente cumpriu o objeto da avença. Além disso, a empresa sequer tinha poder jurídico para determinar a celebração dos aditivos. Importante registrar que não houve dano ao Erário, não houve superfaturamento, e as obras foram realizadas. Portanto, a Fuad – Rassi Engenharia, Indústria e Comércio Ltda. não pode ser condenada por afronta ao princípio da Administração, porque não é agente público. Nem por beneficiária do ato considerado ímprobo, pode ser condenada, porque desse ato não resultou dano ao Erário.

Os demais requeridos apelantes não têm razão. Todos buscam o afastamento da condenação, alegando inexistência de dolo.

Vejo, contudo, que o dolo é evidente no caso. A atuação dos ex-dirigentes do Crisa foi consciente. Eles assinaram termos aditivos quando é notória a sua proibição acima do limite de 25%, para a realização de obras públicas. Ninguém pode deixar de cumprir a lei, alegando seu desconhecimento.

A propósito, compulsando os autos, observei a existência de um parecer jurídico (fls. 71- 92 – v. 1) que entendeu pela inexistência de irregularidades especificamente sobre o aditivo de 1/98 que reajustou o contrato de R\$ 22.824.836,62 para R\$ 26.707.708,49. Estabeleceu o parecer que o edital não vedava as alterações contratuais para acréscimos no valor do contrato, condicionando esse fato à preservação do objeto avençado. O referido parecer acabou por tratar de todos os termos aditivos anteriores e, mesmo verificando a ultrapassagem do limite máximo de 25%, manifestou-se pela absoluta legalidade dos aditivos contratuais.

Esse parecer, todavia, não foi lavrado antes dos aditivos contratuais e sim, depois. Por conseguinte, não se sustenta a alegação de boa-fé porque sequer existem pareceres anteriores. Os agentes públicos ampliaram o objeto do contrato e tinham plena consciência de que a lei não permitia os meios por eles utilizados.

Importante ressaltar que os requeridos Edson Pereira Bueno, João Mautariti Sampaio Gomide e João Artur Rassi foram condenados criminalmente pela indevida dispensa de licitação (cópia da sentença às fls. 3.014-3.071 – v. 14).

O apelante Edson Guimarães de Faria foi absolvido por falta de provas e Néelson Antônio da Silva sequer foi denunciado.

A Lei 8.429/1992 é expressa do dispor que as sanções estabelecidas no seu art. 12 serão aplicadas “*independentemente das sanções penais, civis e administrativa*”.

Assim, as situações acima descritas de absolvição do requerido Edson Guimarães de Faria e de falta de denúncia quanto a Néelson Antônio da Silva não afetam a condenação por ato de improbidade administrativa na medida em que não houve negativa de autoria e, nesta ação, restou amplamente demonstrado que ambos assinaram termos aditivos irregulares na condição de diretores do Crisa.

A alegação dos requeridos, então diretores do Crisa, de que suas assinaturas eram mera praxe administrativa e que o presidente do Crisa era o único que tinha poder de mando não se sustenta à luz do que prevê expressamente os estatutos do Crisa. Com efeito, a assinatura de pelo menos um diretor era essencial para a validação do ato (cf. fl. 3.120 – fl. 14).

João Mautariti Sampaio Gomide requereu o afastamento da multa imposta na sentença de fls. 3.296-3.297, que asseverou.

Trata-se de embargos de declaração opostos da sentença de fls. 3261-3263.

Tempestivos os embargos de fls. 3293-3294.

A embargante, utilizando-se da presente via pela segunda vez, alega que a sentença prolatada em fls. 3096-3132, ao aplicar a pena pecuniária teve por fundamento a *individualização das condutas e a extensão da participação*, todavia, a sentença integrativa que julgou os primeiros embargos de declaração opostos por este embargante, afirmou que a penalidade pecuniária foi aplicada com base na capacidade econômica de cada réu.

Decido.

Visível a intenção do embargante em protelar a marcha processual.

Isso porque ao se fixar a multa tendo-se em conta o salário percebido pelo réu a conclusão óbvia é que a capacidade econômica foi observada.

Já a eventual justiça ou injustiça da decisão judicial não pode ser buscada em embargos, que tem requisitos próprios, não presentes no inconformismo aqui levantado.

Mesmo que assim não fosse, e aqui pudéssemos rediscutir a questão, não seria o patrimônio do réu o limitador da multa por improbidade, que sem dúvida deve ter correlação com o vulto e importância do ato ímprobo praticado, que, diga-se, foi superlativamente considerável.

O caráter protelatório dos presentes embargos de declaração ex surge nítido, pois, ausentes os requisitos do art. 535, do CPC e, além disso, perceptível a intenção do postulante em alterar o julgado.

Por isso, declaro manifestamente protelatórios os embargos de declaração de fls. 3293-3294.

Ante o exposto, CONHEÇO dos presentes embargos, por tempestivos, e, no mérito, NEGOLHES PROVIMENTO.

Condeno o embargante no pagamento de multa, em favor da parte embargada, no montante de 1% sobre o valor da causa devidamente atualizada, nos termos do parágrafo único do art. 538, do CPC. (fls. 3.296-3.297- vol. 15).

A multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC tem finalidade punitiva. Entretanto, embora a resistência do requerido tenha se mostrado protelatória, em face do alto valor da causa, reduz a multa para 0,2%.

4 Das sanções

Os requeridos apelantes afirmam que as sanções foram desproporcionais, e os autores requereram a majoração das sanções.

A sentença, neste ponto, merece reparo. As sanções deixaram de observar o disposto no parágrafo único do art. 12 da Lei 8.429/1992 que prevê:

[...] Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito obtido pelo agente.

Entendo que as sanções de suspensão dos direitos políticos devem ser, para todos os agentes públicos condenados, de três anos. Da mesma forma, independentemente dos valores dos aditivos, importa observar que, como houve afronta ao princípio da legalidade na mesma proporção, não é necessário dosar diferentes multas para os requeridos, em razão dos valores dos aditivos. Todos deverão arcar com o pagamento de multa de cinco vezes o valor da última remuneração percebida no Crisa, porque não há razão para diferenciar as sanções.

Pois bem, mantidas as demais sanções, quanto ao apelante Néelson Antônio da Silva, reduzo a multa de 20 vezes o valor da última remuneração que percebeu no órgão, para cinco vezes esse mesmo valor, devidamente atualizado. Quanto ao Edson Pereira Bueno, a suspensão dos direitos políticos passará de 5 (cinco) anos para 3 (três) anos e a multa civil fica reduzida de 50 vezes para cinco vezes o valor da última remuneração que percebeu no órgão, devidamente atualizada. Com relação a Kennedy de Souza Trindade, reduzo a suspensão dos direitos políticos de 4 (quatro) anos para 3 (três) anos e o valor da multa de 40 vezes para cinco vezes o valor da última remuneração, devidamente atualizada. Com respeito a João Mautariti Sampaio Gomide, reduzo o valor da multa de 40 vezes o valor da última remuneração para cinco vezes. Por fim, quanto a Edson Guimarães de Faria, também fica reduzido o valor da multa de 40 vezes o valor da última remuneração que recebeu no órgão, para cinco vezes, valor esse devidamente corrigido.

Quanto à apelação do Ministério Público, merece reforma a sentença com respeito à condenação dos requeridos ao pagamento de honorários advocatícios.

A jurisprudência deste TRF 1ª Região tem entendido que a isenção ao pagamento de honorários advocatícios em ação de improbidade administrativa alcança somente a parte-autora, salvo comprovada a má-fé.

Nesse sentido, trago à colação ementas dos seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. RECURSOS DO FUNDEF.

IRREGULARIDADE. DESAPROVAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS. DESVIO DE FINALIDADE COMPROVADO. PRETENSÃO DE RESSACIMENTO AO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE DANO. LOCUPLETAMENTO ILÍCITO INDEMONSTRADO. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL.

1. Caracterizado o desvio de finalidade na aplicação de recursos do FUNDEF que foram repassadas ao Município, sem que tenha sido demonstrada a ocorrência do efetivo prejuízo, torna-se inconsistente a pretensão de ressarcimento de dano ao erário.

2. As sanções por ato de improbidade administrativa, consoante tem decidido esta Corte, devem ser aplicadas levando-se em conta a proporcionalidade entre o ato ímprobo praticado e a sanção aplicada, de forma a se evitarem sanções desarrazoadas em relação ao ato ímprobo praticado, evitando, todavia, a impunidade.

3. *A improbidade administrativa, embora seja tratada em lei específica (Lei 8.429/92), segue, subsidiariamente, as normas constantes da Lei 7.347/85, que cuida da ação civil pública, quando inexistir regra expressa. Logo, como o art. 18 da Lei n. 7.347/85 isenta somente a autora, salvo comprovada má-fé, da condenação ao pagamento de verba honorária, inacolhível a pretensão de exoneração dos requeridos, em ação de improbidade administrativa, do pagamento de honorários advocatícios.*

4. Apelação do réu parcialmente provida.

(AC 0001305-72.2006.4.01.4000, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, DJ 19/03/2012, p. 82).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONVÊNIO FIRMADO ENTRE O MUNICÍPIO DE RIO BRANCO/AC E O MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL PARA RECUPERAR E REFORMAR OS MERCADOS DE PEQUENOS PRODUTORES DA REGIÃO. OBRA EMPREENDIDA. INEXECUÇÃO PARCIAL. AUSÊNCIA DE DOLO NA CONDUTA. IRREGULARIDADE NÃO CARACTERIZADORA DE IMPROBIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. INSCRIÇÃO NO SIAFI. IMPOSSIBILIDADE. ADOÇÃO DE PROVIDÊNCIAS TENDENTES AO RESSACIMENTO AO ERÁRIO. PRECEDENTES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS REDUZIDO.

1. Não se pode atribuir a responsabilidade pela execução do objeto previsto no Convênio n. 681/2001, firmado entre o Município de Rio Branco/AC e o Ministério da Integração Nacional, com objetivo de recuperar e reformar os mercados de pequenos produtores da região, ao réu que, pretendendo concorrer ao pleito de 2002, renunciou ao cargo de prefeito municipal no dia 06/04/2002,

uma vez que a liberação dos recursos financeiros deu-se em 18/03/2002.

[...]

6. *Ante a simplicidade e o pequeno valor dado à causa, R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e, ainda, em observância aos critérios estabelecidos nas alíneas do § 3º, do artigo 20, do Código de Processo Civil, reduz-se o quantum fixado a título de honorários advocatícios, de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) para R\$ 500,00 (quinhentos reais).*

7. Recursos de apelação do MUNICÍPIO DE RIO BRANCO e da UNIÃO parcialmente providos.

(AC 0000003-98.2006.4.01.3000/AC, rel. Des. Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, DJ 13/04/2012, p. 902)

Em assim sendo, cabível, na espécie, a condenação dos requeridos ao pagamento de verba honorária que arbitro em R\$ 3.000,00 (três mil reais) *pro rata*.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo retido de fls. 3.004-3.006, nego provimento às apelações do Estado de Goiás e da União. Dou parcial provimento à apelação de Kennedy de Souza Trindade, de Edson Pereira Bueno, de Néelson Antônio da Silva, e de Edson Guimarães de Farias para abrandar as sanções aplicadas, de João Mautariti Sampaio Gomide para abrandar as sanções aplicadas e para reduzir a multa devida pela oposição de embargos protelatórios para 0,2% e do Ministério Público Federal para condenar os requeridos ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro em 3.000,00 (três mil reais) *pro rata*. Dou provimento à apelação de João Artur Rassi para excluir-lo da lide e da Fuad Rassi – Engenharia, Indústria e Comércio Ltda. para julgar improcedente o pedido de condenação dessa empresa por ato de improbidade.

É o voto.

Voto-Vogal Vencido

A Exma. Sra. Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo: — Desembargador, só vou divergir no caso da empresa, não vou nem divergir da questão do sócio porque vai ficar até mais difícil para fundamentar. Só esse tópico da empresa, porque fala em concorrência, e fiquei um pouco insegura, então, vou manter a sentença nesse aspecto. No resto, acompanho o senhor.

Voto-Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Senhor presidente, a dispensa indevida de licitação, ainda que fosse o caso, prevista no art. 10, inciso VIII, da Lei 8.429/1992, é arrolada como um ato de improbidade

que causa lesão ao Erário ou que enseje perda patrimonial, porque pressupõe que a Administração tenha sofrido dano positivo, um abalo patrimonial, ou uma redução econômica, o que não ocorre no caso. A inicial trata somente da suposta quebra de certos paradigmas administrativos da Lei 8.666/1993, sem apontar danos, tanto que a obra foi realizada e entregue ao uso do serviço público, cumprindo a sua finalidade. Improbidade, como têm dito os repetidos precedentes, não é um sinônimo perfeito de ilegalidade, sendo indispensável que haja a má-fé, a má-intenção ou, numa palavra, a desonestidade. Ser ímprobo é ser desonesto, ser desonesto é malversar ativos alheios ou desviá-los. A Casa de Prisão Provisória, mesmo com acréscimo superior a vinte e cinco por cento, que justificaria nova licitação, foi edificada e entregue, tal como aconteceu em um processo semelhante, tendo por objeto um hospital psiquiátrico em Goiânia, que também, a despeito de algumas irregularidades, foi edificado e entregue à população, para funcionar como prisão comum, tema tratado nesta Turma, em apelação, da minha relatoria, que negou provimento ao recurso. Senhor presidente, a questão de os diretores terem errado, pois, como vossa excelência bem pontuou, poderiam ser diligentes, poderiam se valer de um parecer abalizado, não equivale a que tenham sido desonestos, ou que tenha havido danos patrimoniais. Pode ser que o meu pensamento não seja dominante, mas, na realidade, não pode existir improbidade doutrinária, formal, abstrata, por meros paradigmas. Não deve prosperar esta ação de improbidade em relação aos diretores da empresa. Houve uma falta administrativa, ou uma atipicidade administrativa, mas ela, de forma isolada, não equivale a improbidade. Fosse o caso de uma norma penal, o juízo seria diferente, pois aí cuidar-se-ia de elemento do tipo. Se não houve prejuízo, se as obras foram entregues e estão sendo utilizados pelo Poder Público, não se justifica a condenação. Por essas razões, nego provimento à apelação da União e do Estado de Goiás, acompanhando o voto de vossa excelência. Da mesma forma, acompanho o voto de vossa excelência quanto a João Artur Rassi e quanto à empresa Fuad Rassi – Engenharia Indústria e Comércio, mas, pedindo vênias a vossa excelência e à eminente Juíza Clemência Almada, nego provimento à apelação do Ministério Público e dou provimento à apelação dos apelantes, para, reformando a sentença, julgar improcedente a ação de improbidade.

É o voto.

Quarta Turma

Habeas Corpus 0000050-07.2013.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Antônio Oswaldo Scarpa (convocado)
 Impetrantes: Antônio Carlos de Almeida Castro e outros
 Impetrado: Juízo Federal da 9ª Vara/MG
 Paciente: Norberto Mânica (réu preso)
 Publicação: e-DJF1 de 10/12/2013, p. 301

Ementa

Processual Penal. Habeas corpus. Homicídio qualificado. Tribunal do Júri. Suspensão do julgamento. Análise prejudicada. Liminar do col. STF. Provas. Gravação utilizada pelo delator. Prova juntada posteriormente, mesmo existindo há anos. Art. 422 do CPP. Degravação. Falta de laudo pericial para atestar autenticidade. Cerceamento de defesa. Concessão da ordem.

I. O pedido de suspensão de julgamento do acusado, ora paciente, marcado para o dia 17/09/2013 no Plenário do Júri, por ora perdeu seu objeto, por força da decisão liminar proferida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal que deferiu a medida acautelatória, ainda que por outro fundamento, tendo em vista a existência de uma reclamação, ajuizada pelo Ministério Público Federal no col. STJ, em que se pleiteia cassação de decisão mediante a qual o Juízo da 9ª Vara da Seção Judiciária de Belo Horizonte/MG declinou da competência para processar e julgar as Ações Penais 2004.38.00.036647-4 e 36888-63.2013.4.01.3800, tendo em vista a criação de vara federal com jurisdição sobre o Município de Unaí/MG, local em que ocorreram os crimes.

II. Embora tenha sido satisfeito um dos pedidos constantes do remédio heróico que ora se analisa, qual seja, a suspensão do julgamento do réu em Plenário do Júri, dúvida não há quanto à subsistência do interesse processual, uma vez que o pleito consistente na nulidade processual levantada pelos impetrantes, não foi analisado.

III. Não há que se falar em ilicitude da prova que se consubstancia na gravação da conversa, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro.

IV. Com relação ao momento da apresentação da gravação da conversa, inexistem dúvidas quanto à legalidade. O que requer maior atenção é a eventual existência de vícios a exigir o devido saneamento, com vistas a impedir futuras arguições de nulidade, quanto ao cerceamento de defesa.

V. Respeitado o prazo mínimo de 3 (três) dias, previstos no art. 479 do CPP, não há qualquer vedação legal no tocante à apresentação de documentos que auxiliem à parte na sustentação de sua tese, dando-se ciência à outra parte.

VI. *In casu*, em que pese ter sido juntada a degravação de mídia na ação penal em que figura como réu o ora paciente, a autenticidade daqueles dados, que foram produzidos unilateralmente pelo Ministério Público Federal, sem dúvida carece de uma análise mais aprofundada, porquanto despida de qualquer formalidade.

VII. Com base nos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, e, considerando, ainda, a previsão contida nos arts. 158 e seguintes do Código de Processo Penal, o diálogo apresentado deveria ter sido apresentado previamente em Juízo para que fosse remetido à perícia oficial, com vistas à realização de laudo pericial, em busca da autenticidade, continuidade e idoneidade do arquivo.

VIII. Se por um lado não se afigura ilícito o momento da apresentação da gravação pela acusação, por outro, considerando o ineditismo da prova, que fora colhida há 6 (seis) anos, mostra-se claro o cerceamento de defesa, decorrente da ofensa do devido processo legal, do contraditório e da plenitude de defesa, face à paridade das armas entre acusação e defesa. Ressalte-se que as provas, ocultadas há anos, não interessavam somente à acusação, mas também aos defensores, magistrado e jurados.

IX. Sobre a autossuficiência da cláusula do devido processo legal para proteção às partes no processo judicial, afirma o constitucionalista Manoel Jorge e Silva Neto, verbis: o postulado do *due process of law* seria suficiente para, por si mesmo, assegurar garantias processuais que outorgassem às partes um processo *justo*, isto é, possibilidade

de contraditório, ampla produção de prova e revisão da decisão judicial. (*Curso de Direito Constitucional*, 6. ed., Rio: Lumen Juris, 2010, p. 727.)

X. Ordem concedida para determinar ao Juízo de origem que solicite à Procuradoria da República de Belo Horizonte o envio do gravador Panasonic RR-QR160, a fim de que possa ser encaminhado à Polícia Federal, de modo que a perícia oficial possa promover a devida análise técnica de autenticidade e incolumidade do arquivo de áudio original, bem assim para que possa promover a degravação da conversa, evitando-se o cerceamento da defesa

Acórdão

Decide a Turma conceder a ordem de *habeas corpus*, à unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 26/11/2013.

Juiz Federal Antônio Oswaldo Scarpa, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Antônio Oswaldo Scarpa: — Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelos advogados Antônio Carlos de Almeida Castro e outros, em favor do paciente Norberto Mânica, contra ato do Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária Estado de Minas Gerais, em razão da decisão (cópia juntada às fls. 24-25) que indeferiu o pedido de adiamento do julgamento pelo Tribunal do Júri, designado para o dia 17 de setembro, próximo passado, sob o fundamento de que as provas documentais questionadas foram juntadas pelo Ministério Público Federal antes do tríduo legal previsto no art. 479 do CPP, tendo o juiz de primeiro grau explicitado, em sua decisão, que

[...] não se vislumbra, na espécie, vício algum de ilicitude na gravação ambiental realizada por Hugo Alves, com o objetivo de registrar sua conversa com o réu Norberto Mânica, ocorrida em 15/08/2007 (fl. 24).

Os impetrantes sustentam, em síntese, que, após o trânsito em julgado da sentença de pronúncia, o digno Juízo designou a realização do Plenário do Júri para o dia 17 de setembro de 2013. Ultrapassada a fase do art. 422 do CPP, a juíza elaborou o relatório previsto no art. 423 do mesmo diploma legal (doc. 9), que traz também a designação da data do julgamento.

Segundo os impetrantes, a defesa foi surpreendida por uma juntada de provas até então ocultadas pelo Ministério Público Federal, por cerca de seis longos anos, juntada essa promovida primeiramente nos autos de processo em que dois corréus figuram como denunciados, outrora desmembrados, em que já foi realizado o julgamento plenário nos dias 27 e 30 de agosto de 2013.

Afirmam os impetrantes que, naquele julgamento, a acusação pública inovou, trazendo uma degravação de uma conversa travada entre o ora paciente, Norberto, e o acusado Hugo Pimenta, realizada em 15/08/2007. Ressaltaram que Hugo compareceu em Plenário na condição de testemunha de acusação, com delação premiada, e explorou longamente os termos da tal gravação ambiental, degravada e apresentada em Plenário, imputando responsabilidade a Norberto.

Surpreendidos pelo desconhecimento daquele elemento de prova, naqueles termos, os impetrantes buscaram saber qual seria a origem da degravação apresentada no julgamento dos corréus, tendo logrado êxito em encontrar um petítório subscrito pela Procuradora da República Mirian R. Moreira Lima, protocolado em 20/08/2013 e juntado à fl. 7695 dos autos 26932-52.2013.4.01.3800 (doc 10 – fl. 219 dos presentes autos).

Os impetrantes reafirmam que as novas provas relacionadas na manifestação ministerial acima referida foram apresentadas praticamente às vésperas do julgamento realizado em fins de agosto. Provas essas consistentes em: (1) termos de apresentação e esclarecimentos complementares prestados por Hugo Pimenta em 16/08/2007; (2) DVD denominado “cópia áudio – Gravador Panasonic/HAP”, data da cópia 17/08/2007; (3) Memorando 95/2007; (4) Recibo assinado pelo Coordenador de Informática da PRMG; (5) Transcrição Mídia de Áudio, referente à conversa mantida entre Hugo Alves Pimenta e Norberto Mânica na data de 15/08/2007.

Os impetrantes afirmam que, realizado o julgamento dos corréus, após promover a juntada de provas em outro processo, o MPF requereu fosse a íntegra do referido processo 26932-52.2013.4.01.3800 acostado como apenso a estes autos, e, no dia 10/09/2013, a acusação promoveu protocolo, também

no feito (proc. 2004.38.00.036647-4), dos referidos documentos, que estavam há 6 (seis) anos em poder da acusação, sem que tivessem providenciado sua juntada aos autos para que a defesa tomasse conhecimento e pudesse exercer o contraditório, ou mesmo para que o digno juízo pudesse exercer o crivo judicial.

Alegam os impetrantes que

[...] tais provas foram intencionalmente ocultadas pelo Ministério Público durante 6 (seis) anos, arquivadas no bojo de uma investigação ministerial obscura, alheia aos preceitos do Código de Processo Penal e, sobretudo, aos corolários do devido processo legal, da plenitude de defesa e do contraditório. (fl. 08).

E continuam;

Estratagemas dessa natureza são inadmissíveis no Estado Democrático de Direito, pois tornam o Poder Judiciário refém de desmandos acusatórios, de uma produção de provas unilateral, colhidas, escolhidas e tratadas autoritariamente pelo Ministério Público, que deixa de atender aos interesses da sociedade na medida em que se conduz por códigos próprios de conduta. (fl. 8).

Afirmam, ainda, que;

[...] Da análise da documentação ora referida, observa-se que em 15/08/2007, Hugo Pimenta – munido de um gravador Panasonic RR-QR160 com inscrições N52CE – procurou Norberto Mânica para conversar e, ao que parece, cumprindo acordo realizado com o Ministério Público Federal mineiro, gravou toda a conversação (doc. 11/doc. 12/doc. 13/doc. 14) (fl. 8).

Asseveram que

O referido diálogo, que durou cerca de 35 (trinta e cinco) minutos foi então levado a conhecimento da procuradora da república Mirian do Rosário Moreira Lima acondicionado no referido equipamento, tendo a procuradora optado por uma solução ‘caseira’ para tratar a prova, qual seja, determinou-se que o Coordenador de Informática da PRMG, Gerson Brandenberger Valente, realizasse a geração de mídia ótica e a degravação do áudio, conforme atesta os documentos de fls. 7642-7643 (doc 12/doc. 13, destes autos. (fl. 8).

Os impetrantes defendem

[...] a ilicitude da prova em questão, eis que não se pode nem mesmo atestar — pois produzida à revelia da perícia criminal da Polícia Federal, à revelia do Juízo, à revelia da defesa — a autenticidade e idoneidade do arquivo de áudio e a correção da degravação (fl. 13).

Ao final, os impetrantes vêm requerer:

A1) A concessão de liminar para que seja realizado o cancelamento do julgamento pelo Plenário do Tribunal do Júri designado para o próximo dia 17 de setembro de 2013, até o julgamento de mérito do presente writ;

B) No mérito, a concessão da presente ordem para que seja determinado ao Juízo de origem que solicite à Procuradoria da República de Belo Horizonte, na pessoa da procuradora Mirian R. Moreira Lima, que remeta ao cartório o Gravador Panasonic RR-QR160, para que possa ser encaminhado à Polícia Federal, de modo que a perícia oficial possa promover a devida análise técnica de autenticidade e incolumidade do arquivo de áudio original, bem como para que possa promover a degravação da conversa; possibilitando em seguida à defesa que possa exercer, em toda extensão da plenitude de defesa, o questionamento judicial da prova; (fl. 21).

A liminar foi negada às fls. 284-285.

As informações foram prestadas às fls. 288-289.

A douta PRR 1ª Região opinou pela denegação da ordem (fls. 301-305).

É o relatório.

Voto *

O Exmo. Sr. Juiz Federal Antônio Oswaldo Scarpa:
— Das informações prestadas pela autoridade impetrada, destaco:

Atendendo ao despacho proferido nos autos do *HABEAS CORPUS* acima identificado, impetrado por Antônio Carlos de Almeida Castro e Outros, por meio do qual pretendem o adiamento da Sessão do Tribunal do Júri prevista para ter início amanhã, dia 17/09/2013, a partir das 9:00 horas, sob alegação de que a acusação teria juntado material extraído de gravação de conversa ocorrida entre corrêus em 2007.

Conforme os próprios impetrantes informam, o paciente responde a ação penal por quatro crimes de homicídio, juntamente com outros envolvidos e que, após anos de tramitação da ação penal, o processo foi incluído em pauta para julgamento no próximo dia 17/09/2013, a partir das 9:00 horas.

A denúncia é de 31/08/2004, a sentença de pronúncia proferida em 10/12/2004 e a decisão confirmatória da pronúncia em 17/01/2006.

É verdade que a acusação somente promoveu a juntada da transcrição da mencionada gravação anos depois de ter sido produzida, embora tenha conhecimento de sua existência desde 2007.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Italo Mendes e Olindo Menezes.

Porém, conforme consta da decisão impugnada (indeferimento do pedido de adiamento do julgamento anexo), também é verdade que a gravação fora transcrita e juntada aos autos no prazo previsto no art. 479, do CPP.

Além disso, a questionada gravação já foi apresentada como prova em Plenário na sessão de julgamento dos corrêus Rogério Alari Rocha Rios, Erinaldo de Vasconcelos Silva e William Gomes de Miranda (autos desmembrados 36888-63.2011.4.01.3800 e 26932-52.2013.4.01.3800) ocorrida no período de 27 a 31/08/2013, da qual participou o defensor do paciente, ora impetrante, mediante autorização expressa deste juízo.

Portanto, não há falar em cerceamento de defesa se o patrono do paciente teve acesso à gravação durante a sessão de julgamento dos corrêus, além de ter sido juntada aos autos no tríduo legal (art. 479, CPP).

Ademais, eventuais dúvidas sobre a autenticidade das gravações ou de suas transcrições poderão ser perfeitamente resolvidas em Plenário com a oitiva dos interlocutores, já que serão julgados na mesma sessão.

Essas são as informações que tinha a prestar, colocando-me à inteira disposição de Vossa Excelência para quaisquer outros esclarecimentos que se fizerem necessários.

Ao ensejo, renovo a Vossa Excelência protestos de elevada estima e consideração. (fls. 288/289).

Inicialmente, com relação ao pedido de suspensão de julgamento do acusado, ora paciente, no Plenário do Júri, conforme se infere das informações prestadas pelo juiz de primeiro grau, entendo que este tenha por ora perdido seu objeto, por força da decisão liminar proferida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal que deferiu a medida acautelatória, ainda que por outro fundamento, tendo em vista a existência de uma reclamação, ajuizada pelo Ministério Público Federal no col. STJ, em que se pleiteia cassação de decisão mediante a qual o Juízo da 9ª Vara da Seção Judiciária de Belo Horizonte/MG declinou da competência para processar e julgar as Ações Penais 2004.38.00.036647-4 e 36888-63.2013.4.01.3800, em face da criação de vara federal com jurisdição sobre o Município de Unai/MG, local em que ocorreram os crimes.

Logo, a análise do pedido de suspensão do julgamento restou prejudicada, porquanto a realização do julgamento no Plenário do Júri, previsto para o dia 17 de setembro de 2013, foi suspensa, por força da liminar acima mencionada, proferida pelo Min. Marco Aurélio.

Por outro lado, cabe destacar que, mesmo tendo sido suspenso o julgamento do acusado em Plenário

do Júri pelo STF, subsiste o interesse processual na postulação constante deste *writ*, não havendo que se falar em perda de objeto do HC ora em julgamento, à medida que a produção da prova em debate, já admitida pelo Juízo de primeiro grau, representa um risco à liberdade ambulatorial do paciente, pois a utilização dessa prova no júri pode ser determinante para eventual condenação.

Oportuno, ainda, ressaltar que a decisão a ser tomada no presente HC independe do resultado da decisão, em sede de reclamação em curso no STJ, em que se discute a competência para o processamento e julgamento da ação penal, que propiciou a suspensão do julgamento do acusado, ora paciente, pelo col. STF, até porque, seja a 9ª Vara Federal de Belo Horizonte, seja a Vara da Subseção Judiciária de Unai/MG, a competente para processar e julgar o feito principal em primeiro grau, esta Corte será a competente para apreciar e, eventualmente, decidir pelo afastamento da nulidade que ora se argui.

Convém também destacar que não se está aqui examinando o conteúdo da prova, o que, em princípio, seria vedado em sede de *habeas corpus*. Não. O que se está analisando é se, da maneira como foi produzida essa prova, haveria ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Trata-se, portanto, de matéria de direito.

Pois bem, os impetrantes insurgem-se contra a forma com que foi produzida a prova colhida por Hugo (gravação — data da cópia 15/08/2007), beneficiado por delação premiada, bem como contra o momento da apresentação dessa prova nos autos desmembrados dos corrêus (petição protocolada nos autos desmembrados e protocolada em 20/08/2013). Questionam, outrossim, o decurso de 6 (seis) anos entre a colheita dessa prova e a sua apresentação, exatamente às vésperas do julgamento, e por fim, a autenticidade da degravação, à medida que, segundo os impetrantes, a Procuradora da República Miriam determinou que o Coordenador de Informática da PRMG, Gerson Brandenberger Valente, realizasse a geração de mídia ótica e a degravação.

Obtenção das provas (gravação).

De início, cabe esclarecer que não há que se falar, em princípio, na ilicitude da prova que se consubstancia na gravação da conversa, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, nessa esteira, têm entendido que não há qualquer violação constitucional ao direito de privacidade quando a gravação da

conversa for produzida por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, quando há investida criminosa deste último, conforme jurisprudência, *in verbis*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR. É LÍCITA A GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, OU COM SUA AUTORIZAÇÃO, SEM CIÊNCIA DO OUTRO, QUANDO HÁ INVESTIDA CRIMINOSA DESTE ÚLTIMO. É INCONSISTENTE E FERRE O SENSO COMUM FALAR-SE EM VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE QUANDO INTERLOCUTOR GRAVA DIÁLOGO COM SEQÜESTRADORES, ESTELIONATÁRIOS OU QUALQUER TIPO DE CHANTAGISTA. ORDEM INDEFERIDA.”

(HC 75338/RJ - RIO DE JANEIRO. HABEAS CORPUS rel. Min. Nelson Jobim Julgamento: 11/03/1998 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ Data: 25/09/98 p. 00011 Ement. v. 01924-01 p. 00069).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CONSTITUCIONAL. ESTELIONATO. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA PELA VÍTIMA DE CRIME. PROVA ILÍCITA. INCARACTERIZAÇÃO.

1. “As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado [...]” (Alexandre de Moraes, in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 2ª Edição, 2003, São Paulo, Editora Atlas, páginas 382/383).

2. Não há falar em ilicitude da prova que se consubstancia na gravação de conversação telefônica por um dos interlocutores, vítima, sem o conhecimento do outro, agente do crime.

3. Recurso improvido.”

(Acórdão: RHC 12266/SP; RECURSO ORDINARIO EM Habeas Corpus 2001/0198842-0 Fonte: DJ DATA:20/10/2003 PG:00298 rel. Min. Hamilton Carvalhido (1112) Data da Decisão: 09/09/2003 Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA)

“PROCESSO PENAL – PROVA OBTIDA MEDIANTE GRAVAÇÃO FEITA EM FITA MAGNÉTICA – INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA A AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHA.

- Conforme salientou o v. acórdão recorrido, a gravação foi feita por um dos interlocutores. Tal

circunstância exclui a ilicitude do meio de obtenção da prova. O Supremo Tribunal Federal, nesta esteira, tem entendido que não há qualquer violação constitucional ao direito de privacidade quando “a gravação de conversa telefônica for feita por um dos interlocutores ou com sua autorização e sem o conhecimento do outro, quando há investida criminosa deste último”

(HC 75.338/RJ, Rel. Ministro Nelson Jobim, DJU 25.09.1998):

“- No que tange a possível ausência de intimação da defesa para a audiência de oitiva da testemunha de acusação, o recurso não merece melhor sorte. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que intimado o defensor do réu da carta precatória, desnecessário sua intimação para audiência de oitiva de testemunha.

- Recurso desprovido.”

(Acórdão: RHC 9735/SP; RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2000/0022132-5 Fonte: DJ Data: 20/08/2001 PG:00489JBC v. 00042 PG:00291LEXSTJ v 0147 PG:00263RT v. 00795 PG:00543 rel. Min. Jorge Scartezini (1113) Data da Decisão: 03/04/2001 Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA).

“PROCESSUAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA AUTORIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. CONTROVÉRSIA.

1. A jurisprudência desta Corte tem firmado o entendimento de que a gravação de conversa por um dos interlocutores não configura interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal.

2. Para se verificar se houve a efetiva autorização ou não por parte do ora paciente, necessária seria a realização de dilação probatória, o que não se admite nesta via constitucional.

3. Não conhecimento do Habeas Corpus.”

(Acórdão: HC 14336/RJ; HABEAS CORPUS 2000/0096178-7 Fonte: DJ DATA: 18/12/2000 PG:00224JBC v. 00039 PG:00350 Rel. Min. Edson Vidigal (1074) Data da Decisão: 28/11/2000 Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA)

Seguindo essa orientação, esta Quarta Turma também tem decidido, *in verbis*:

PENAL. PROCESSO PENAL. ARTIGO 343, DO CÓDIGO PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ARTIGO 433, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA FEITA POR INTERLOCUTOR. PROVA LÍCITA. PERÍCIA DE VOZ. PRESCINDIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE. FALTA DE APRECIÇÃO DAS TESES DEFENSIVAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. PENA DE MULTA.

[...]

3. Não há necessidade de autorização judicial para a gravação da conversa telefônica por uma

das interlocutoras sem o conhecimento da outra, pois esta somente é exigível quando se trate de verdadeira interceptação, que não se confunde com a gravação.

[...]

9. Recurso de Apelação improvido.

(TRF1, ACR 0021537-04.2002.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, Quarta Turma, 29/11/2011, Pub. 14/12/2011 e-DJF1, p. 213)

PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. ART. 317 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. PROVA DA BILATERALIDADE. DESNECESSIDADE. CRIME AUTÔNOMO. PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO, POR NÃO HAVER APRECIADO AS TESES DA DEFESA E POR BASEAR-SE EM GRAVAÇÃO CLANDESTINA. PENA-BASE. FIXAÇÃO CONSIDERANDO AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.

[...]

2. Não há ilicitude da prova consistente na gravação de conversa por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, agente do crime.

[...]

7. Apelação da acusação parcialmente provida.

(TRF1, ACR 0030354-43.2000.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, 26/10/2004, Pub. 25/11/2004 DJ P. 22).

Logo, não haveria nulidade a ser declarada na obtenção e origem da gravação pela testemunha Hugo Pimenta, que compareceu em Plenário na condição de testemunha de acusação, com delação premiada, e explorou os termos da tal gravação ambiental degradada e apresentada em Plenário, imputando responsabilidade a Norberto, ora paciente.

Por outro lado, quanto ao fato de haver transcorrido 6 (seis) anos entre a data de obtenção da gravação e a apresentação nos autos dos corrêus, que foram desmembrados da ação penal do ora paciente, entendo que essa demora, por si só, não caracteriza a suposta desídia, tampouco confirma a alegação de ter a acusação agido de forma sorrateira.

Não obstante isso, alguns esclarecimentos tornam-se necessários no tocante ao momento da apresentação dessas novas provas, em especial, com relação à gravação, bem assim a respectiva degravação: a verificar se estas são fidedignas, porquanto foram produzidas de forma unilateral, sem que a parte contrária pudesse contrapô-las, já que, segundo os impetrantes, a Procuradora Miriam determinou que o Coordenador de Informática da PRMG, Gerson Brandenberger Valente, realizasse a degravação.

Com relação ao momento da apresentação, entendo não existir dúvidas quanto à legalidade. O que requer maior atenção é a eventual existência de vícios a exigir o devido saneamento, com vistas a impedir futuras arguições de nulidade processual.

Nesse sentido, oportuno trazer à colação a previsão contida nos arts. 422 e 423, ambos do CPP, nesses termos:

Art. 422. Ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência.

Art. 423. Deliberando sobre os requerimentos de provas a serem produzidas ou exibidas no plenário do júri, e adotadas as providências devidas, o juiz presidente:

I – ordenará as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse ao julgamento da causa;

II – fará relatório sucinto do processo, determinando sua inclusão em pauta da reunião do Tribunal do Júri. (grifos meus).

Ora, como é cediço, no âmbito do Processo Penal, em homenagem ao princípio *pás de nullité sans grief*, princípio esse consagrado pelo legislador e pela jurisprudência, na forma do que estabelece a Súmula 523 do col. STF, “no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Cabe destacar que, respeitado o prazo mínimo de 3 (três) dias, previstos no art. 479 do CPP, não há qualquer vedação legal no tocante à apresentação de documentos que auxiliem à parte na sustentação de sua tese, dando-se ciência à outra parte.

In casu, em que pese ter sido juntada a degravação de mídia na ação penal em que figura como réu o ora paciente, Norberto Mânica, a autenticidade daqueles dados que foram produzidos pelo Coordenador de Informática da PRMG, Gerson Brandenberger Valente, como tal, carece de uma análise mais aprofundada, porquanto despida de qualquer formalidade.

Com efeito, com base nos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, e, considerando, ainda, a previsão contida nos arts. 158 e seguintes do Código de Processo Penal, o diálogo apresentado pela testemunha Hugo Pimenta deveria ter sido apresentado previamente em Juízo para que fosse remetido à perícia oficial, com vistas à realização de laudo pericial,

em busca da autenticidade, continuidade e idoneidade do arquivo. Com isso, tornaria mais clara a existência de edições e/ou adulterações, ou mesmo equívocos e erros de transcrição, conforme pleiteado pelos imputados.

Frise-se que não se está aqui afirmando a ilicitude da forma como foram obtidas e o momento da apresentação das provas, apresentadas pela acusação, que, de certa forma, favoreceram o delator em detrimento do ora paciente.

Na verdade, o que é determinante no presente caso e que, em tese, pode ferir de morte a instrução da ação penal em curso na 9ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, em que figura como réu o ora paciente, é o eventual cerceamento de defesa, que, a meu ver, salta aos olhos.

Assim, se por um lado não se afigura ilícito o momento da apresentação da prova pela acusação, por outro, considerando o seu ineditismo, mesmo existente há 6 (seis) anos, a meu ver, claro está o cerceamento de defesa, decorrente da ofensa do devido processo legal, do contraditório e da plenitude de defesa, face à paridade das armas entre acusação e defesa. Ressalte-se que as provas ocultadas há anos não interessavam

somente à acusação, mas também aos defensores, magistrado e jurados.

Sobre a autossuficiência da cláusula do devido processo legal para proteção às partes no processo judicial, afirma o constitucionalista Manoel Jorge e Silva Neto, *verbis*:

O postulado do due process of law seria suficiente para, por si mesmo, assegurar garantias processuais que outorgassem às partes um processo justo, isto é, possibilidade de contraditório, ampla produção de prova e revisão da decisão judicial. (Curso de Direito Constitucional, 6ª ed., Rio: Lumen Juris, 2010, p. 727.)

Diante do exposto, *concedo a ordem* para determinar ao Juízo de origem que solicite à Procuradoria da República de Belo Horizonte o envio do gravador Panasonic RR-QR160, a fim de que seja encaminhado à Polícia Federal, de modo que a perícia oficial possa promover a devida análise técnica de autenticidade e incolumidade do arquivo de áudio original, bem assim para que possa promover a degravação da conversa, evitando-se o cerceamento da defesa.

É o voto.

Quinta Turma

Numeração única: 0002287-83.2006.4.01.3904

Apelação/Reexame Necessário 2006.39.04.002287-9/PA

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida
 Apelante: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Apelado: Renato Chalu Pacheco Huhn
 Advogados: Dr. Sérgio Paulo Nascimento da Silva e outros
 Remetente: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Castanhal/PA
 Publicação: e-DJF1 de 31/10/2013, p. 123-124

Ementa

Civil. Processual Civil. Ação de manutenção de posse. Terreno de marinha. Imóvel localizado na orla da Praia do Maçarico. Salinópolis/PA. Precariedade da posse.

I. Carece de jurisdição a alegação de ilegitimidade ativa do apelado, pois, embora a União seja a proprietária dos terrenos de marinha, é certo que a posse pode ser deferida a outrem. Preliminar rejeitada.

II. “Os terrenos de marinha, conforme disposto no artigo 1º, alínea a, do Decreto-Lei 9.760/46 e 20, VII, da Constituição Federal, são bens imóveis da União, necessários à defesa e à segurança nacional, que se estendem à distância de 33 metros para a área terrestre, contados da linha do preamar médio de 1831. Sua origem remonta aos tempos coloniais,

incluem-se entre os bens públicos dominicais de propriedade da União, tendo o Código Civil adotado presunção relativa no que se refere ao registro de propriedade imobiliária, por isso, em regra, o registro de propriedade não é oponível à União. A Súmula 340/STF orienta que, desde a vigência do Código Civil de 1916, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião, e a Súmula 496/STJ esclarece que “os registros de propriedade particular de imóveis situados em terrenos de marinha não são oponíveis à União”. (REsp 1090847/RS, rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/04/2013, DJe 10/05/2013.)

III. As provas que instruíram o processo não demonstram a regularidade da posse do autor, eis que, não se prestam a comprovar que o mesmo possuía autorização da União para usufruto e gozo da área, pois que o autor junta apenas escritura particular de doação do imóvel feita em seu favor, datada de 25/03/1998 e Documentos de Arrecadação Municipal – DAM, (especificação da receita: dívida ativa de 1997), à fl. 15 (especificação da receita: dívida ativa de 1992, 1993 e 1994) (discriminando valor de IPTU de 1996), em nome de Rogério Germano Huhn e Renato Chalu Pacheco.

IV. Tendo em vista a ocupação se revestir de caráter precário, não sendo justa nem se sustentando em boa-fé, estando exercida sobre bem público, não possui direito sobre a manutenção da posse do imóvel.

V. Apelação da União provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao apelo.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 23/10/2013.

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 de manutenção de posse ajuizada por Renato Chalu Pacheco Huhn, julgou procedente o pedido inicial para deferir ao autor a posse do imóvel situado à Rua João Pessoa s/n – Praia do Maçarico – Salinas/PA.

Alega que a área em que se encontra o imóvel é pertencente à União e é ambientalmente protegida por tratar-se de terreno de marinha.

Sustenta que o apelado jamais teve a posse da área em litígio, sendo o instrumento particular de doação (fls. 12-13) mera simulação com a finalidade de caracterizar a mesma, documento imprestável para o fim proposto, na medida em que a *exceptio proprietatis* não foi recepcionada pelo novo Código Civil, a teor do art. 1.210, § 2º.

Afirma que

[...] à luz do Novo Código Civil, art. 1.196, que corresponde ao art. 485 do código revogado, art. 2.245, a posse continua sendo mero estado de fato, tem que ser atual, e pelo que consta dos autos, o apelado jamais teve, de fato, o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade, ou seja, é um estranho ao litígio que surgiu entre a União, por meio da à época DPU, hoje GRPU e o Senhor Renato

Chalu Pacheco, conforme comprova a notificação de fl. 23 e os tais documentos de arrecadação de fls. 14, 15, e 16 mencionados na sentença.

Com relação ao laudo pericial acostado aos autos (fls. 99-111) ressalta que causa espanto a sua conclusão, pois que calcada em imagens de imóveis que não dizem respeito ao processo, construídos depois do término das obras da Orla do Maçarico e, por isso mesmo, imprestáveis aos fins colimados. Ainda, que o imóvel de posse do recorrente encontra-se localizado em uma quadra de uso misto (comercial/residencial), em área de domínio da União e que a posse do requerente é mansa e pacífica, de onde se concluir por irrecusável que, se posse houve um dia, extinguiu-se pelo abandono, pela descontinuidade, como pode se comprovar pela imagem superior de fl. 110, sem contar com a inferior que retrata uma baiuca recentemente pintada, com a clara finalidade de iludir o Juízo, já que jamais poderia unir sua posse à de seus antecessores por meio de escritura de doação, isto porque a posse, como estado de fato que é, não admite esse tipo de ficção jurídica. E acrescenta:

Nesse contexto, a posse é de má-fé quando o possuidor está ciente da existência do vício ou do obstáculo que inquine sua legitimidade. No caso, inexistente animus domini. Além de que, é flagrante a sua descontinuidade, obstaculizando a união da sua posse à de seus antecessores.

Finaliza aduzindo que

[...] nestas condições, investindo-se numa qualidade que evidentemente não tem direito, numa flagrante usurpação, o que caracteriza a figura da ilegitimidade de parte; inexistindo os pressupostos processuais de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, inocorrendo quaisquer das condições da ação, como o interesse processual, requer a União, como preliminar, a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, incisos IV e VI, do CPC, condenado o apelado nas custas, despesas gerais, honorários de advogado, à base de 20% sobre o valor da ação, além das cominações do art. 16 e 17, I do citado Codex. Se contudo não for esse o entendimento do Tribunal que, então, acolhendo as razões acima alinhavadas, dê pela total improcedência da ação, com a inversão dos ônus da sucumbência.

Contrarrazões do autor às fls. 171-173.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Selene Almeida: — A presente ação foi ajuizada por Renato Chalu Pacheco Huhn contra a União objetivando a manutenção na posse de imóvel cuja ocupação foi tida por irregular, conforme Notificação 122/98-Gab/DPU/PA-AP.

Vejamos o teor da notificação de fl. 23:

Em notificação procedida por esta Delegacia do Patrimônio da União do Pará, ficou constatada a existência de Ocupação Irregular, realizada por V. S^a., em terreno limítrofe a praia do Maçarico, município de Salinópolis, localizado em área caracterizada como terreno acrescido de marinha, por conseguinte de domínio da União Federal, de acordo com o que estabelece o art. 20, VII da Constituição Federal.

A União necessita da referida área, com vistas à implementação de projeto de interesse público, de urbanização e reordenamento que vem sendo realizado pelo Governo do Estado do Pará. Assim sendo, fica V. Sa. Notificada para proceder o desfazimento das construções irregulares e conseqüente desocupação da área, no prazo de 90 (noventa) dias, contados desta data, na forma preceituada pelo art. 132, combinado com o parágrafo 3º, "a", do art. 89, ambos do Decreto-Lei nº 9.760/46.

O não atendimento do solicitado, no prazo estipulado, ensejará a imissão sumária da União na posse do imóvel, na forma do citado art. 132.

O autor alegou, na inicial, que o seu pai, o sr. Rogério Germano Huhn e o seu avô, o Sr. Renato Chalu Pacheco, no ano de 1978, adquiriram a posse do imóvel em questão, apresentando como comprovação as cópias de boletos para pagamentos de IPTU, às fls. 14-16. Alegou, ainda, que no local foi construída uma pousada e um galpão onde funcionava uma danceteria.

Afirmou que o imóvel, em 1997, foi alugado e o locatário não o conservou, levando-o à depreciação, o que ensejou processo de despejo no Fórum de Salinópolis, sob o n. 403/98 e que em 25/03/1998 foi feita a doação a ele, através de escritura pública, conforme documento acostado às fls. 12-13. Aduziu, por fim, que detém a posse mansa e pacífica do imóvel há mais de 20 (vinte) anos, ocupando-o de boa-fé.

A sentença recorrida restou assim proferida:

[...]

A notificação de folha 23, da qual consta advertência para desfazimento de benfeitorias e desocupação, no prazo de 90 (noventa) dias, pena de imissão sumária, foi recebida pelo autor como turbação, embora traduza, à toda evidência, mera ameaça de imissão na posse.

Nada obstante, tal não importa em extinção do feito sem resolução de mérito, dada a fungibilidade das ações possessórias (CPC, artigo 920).

Aspecto processual à parte, dá-se que a alegada posse do autor, com todos os elementos do artigo 485 do Código Civil (1.916), de fato existe, pelo menos a contar do ano de 1.995, conforme comprovam os documentos de arrecadação da Prefeitura Municipal de Salinópolis (folhas 14, 15 e 16), a par do depoimento testemunhal de folha 41.

De relevo, por outra, a conclusão pericial, a atestar mansa e pacífica a posse exercida na área (folha 112).

Alega a ré, porém, ser a posse de má-fé, por isso que conhecia o autor ocupar terreno de marinha, de propriedade da União.

Sucedem que a posse de má-fé, cuja ocorrência projeta efeitos nos frutos e rendimentos do imóvel, não se confunde com a posse injusta, esta sim que, viciada pela precariedade, violência ou clandestinidade, não seria socorrida pela interdição possessória.

Por outra, o mero fato de ser a área de propriedade da União não arreda o reconhecimento da posse do autor e tampouco a autoriza a imitir-se na área arbitrariamente, porquanto o possuidor tem direito de ser mantido ou reintegrado na posse em caso de turbação ou esbulho (CC, artigo 499), certo ainda que nenhum direito de ordem patrimonial é absoluto a ponto de autorizar seu exercício abusivo. Aliás, privilegiando os interditos possessórios, como

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente e o Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado).

instrumento de pacificação, a lei (CPC, artigo 923) veda mesmo a tentativa de retomada judicial por petição. Noto, ademais, que o autor não reclama a posse amparado em título de propriedade, sendo, portanto, inaplicável, à hipótese, o disposto na parte final do artigo 505 do Código Civil (1916) e no Enunciado nº 487 do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido para, confirmando a liminar, deferir a posse da área em favor do autor, condenando a União ao pagamento das custas do processo e honorários de advogado à razão de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Apela a União afirmando que o apelado jamais teve a posse da área, até porque é estranho ao litígio, sendo o instrumento particular de doação (fls. 12-13) imprestável para o fim colimado. Pugna pelo reconhecimento da ilegitimidade da parte ou pela improcedência do pedido.

Carece de razoabilidade a alegação de ilegitimidade ativa do apelado, pois, embora a União seja a nu-proprietária dos terrenos de marinha, é certo que a posse pode ser deferida a outrem. O autor comprovou, ainda que por meio de Escritura Particular de Doação, que supostamente se encontra na posse do imóvel localizado no terreno de marinha. No entanto, definir se ela é legítima ou não é questão que se confunde com o mérito da demanda e com ele será analisada.

Nesse mesmo sentido, já decidiu o TRF 5ª Região. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. MANUTENÇÃO DE POSSE. LEGITIMIDADE PASSIVA CONFIGURADA. TERRENO DE MARINHA. PRECARIÉDADE DA POSSE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO E BOA-FÉ. 1. Hipótese de apelação interposta pela União contra sentença, prolatada em sede de Ação de Manutenção de Posse, que conferiu o direito do Apelado de ser mantido na posse do imóvel, situado em terreno de marinha, abstendo-se o Réu de efetivar qualquer ato de turbação 2. Sem amparo legal a alegação de ilegitimidade passiva do Apelado, tendo em conta que a União é a nu-proprietária dos terrenos de marinha, porém a posse pode ser deferida a outrem. O autor comprovou que se encontra na posse do imóvel localizado no terreno de marinha, assim, discutir se a posse é legítima ou não é questão que se confunde com o próprio mérito da demanda. 3. Os terrenos de marinha pertencem à União por determinação expressa do art. 20, VII, da Constituição Federal, cujo domínio federal se justifica pela necessidade de defesa e segurança nacional. Uma vez discriminados os terrenos de marinha no Serviço de Patrimônio da

União - SPU, somente por decisão judicial podem ser descaracterizados. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. 4. No que pertine a natureza do imóvel em análise, não há dúvidas de que se trata de terreno de marinha, conforme de comprova o Ofício enviado pela Secretaria do Patrimônio da União, confirmando ser terreno de marinha o local em que se situa a "barraca" do Apelado. 5. As provas que instruíram o feito não demonstram a regularidade da posse do autor, que não possuía autorização da União para usufruto e gozo da área. Registre-se que o autor não atendeu os requisitos necessários para enquadramento no Projeto de Reordenamento da Orla, tendo sido notificado da irregularidade e determinado a retirada de sua barraca do local, em 04/08/1997, contudo o mesmo continuou ocupando o imóvel de forma irregular. Assim, tendo em vista a ocupação se revestir de caráter precário, não sendo justa nem se sustentando em boa-fé, estando exercida sobre bem público, não possui direito sobre a manutenção da posse do imóvel, neste sentido precedente do Superior Tribunal de Justiça: (STJ - RESP 635980 - PR - 1ª T. - rel. Min. José Delgado - DJU 27/09/2004 - p. 00271) 6. As terras públicas, em razão do caráter de precariedade de que se revestem as detenções daquele patrimônio, podem ser reclamadas, a todo instante, pela Administração. A tolerância do Poder Público quanto à ocupação de suas terras por particulares não faz nascer para estes, direito assegurável pelos interditos possessórios. 7. Apelação provida. (TRF5, rel. Des. Federal Francisco Barros Dias, data de julgamento: 18/08/2009, Segunda Turma, *undefined*.)

Os terrenos de marinha, conforme disposto nos artigos 1º, alínea a, do Decreto-lei 9.760/1946 e 20, VII, da Constituição Federal, são bens imóveis da União, necessários à defesa e à segurança nacional, que se estendem à distância de 33 metros para a área terrestre, contados da linha do preamar médio de 1831. Sua origem remonta aos tempos coloniais, incluem-se entre os bens públicos dominicais de propriedade da União, tendo o Código Civil adotado presunção relativa no que se refere ao registro de propriedade imobiliária, por isso, em regra, o registro de propriedade não é oponível à União. A Súmula 340/STF orienta que, desde a vigência do Código Civil de 1916, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião, e a Súmula 496/STJ esclarece que "os registros de propriedade particular de imóveis situados em terrenos de marinha não são oponíveis à União. (REsp 1090847/RS, rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/04/2013, DJe 10/05/2013.)

Ademais, uma vez discriminados os terrenos de marinha no Serviço de Patrimônio da União – SPU, somente por decisão judicial podem ser descaracterizados.

Confira-se precedente emanado do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. TERRENO DE MARINHA. TAXA DE OCUPAÇÃO.

Os terrenos de marinha, discriminados pelo Serviço de Patrimônio da União, com base em legislação específica, só podem ser descaracterizados pelo particular por meio de ação judicial própria.

(REsp 409.303/RS, rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 27/08/2002, DJ 14/10/2002, p. 197.)

Os imóveis pertencentes à União Federal são regidos pelo Decreto-Lei 9.760/1946, que em seu art. 71 dispõe que, na falta de assentimento (expresso, inequívoco, válido e atual) da autoridade legitimamente incumbida na sua guarda e zelo, o ocupante poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil de 1916.

A apropriação, ao arrepio da lei, de terras e imóveis públicos, além de acarretar o dever de imediata desocupação da área, dá ensejo à aplicação das sanções administrativas e penais previstas na legislação, bem como à obrigação de reparar eventuais danos causados.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE MÚTUO IMOBILIÁRIO. EXECUÇÃO. ADJUDICAÇÃO DO BEM. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PROPRIEDADE DE AUTARQUIA. DETENÇÃO POR TERCEIROS. DESOCUPAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Previu a Lei n. 6.715/79, art. 1º: “Fica criada a Caixa de Financiamento Imobiliário da Aeronáutica (CFIAe), autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério da Aeronáutica, com autonomia administrativa e financeira”.

2. A própria impetrante reconhece que o imóvel é de propriedade dessa autarquia federal. Declara que o recebeu, em caráter particular, do anterior ocupante sem qualquer consentimento da entidade pública.

3. De acordo com o art. 71 do Decreto-Lei n. 9.760/46, “o ocupante de imóvel da União, sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil”. Tal disposição é extensiva ao patrimônio das autarquias.

4. A impetrante traz como fundamento do pedido, essencialmente, a alegação de que não se respeitou o devido processo legal, uma vez que a ação de reintegração foi movida contra o anterior ocupante. Acontece que, pelos fatos que ela própria narra, não tem direito substancial a ser protegido,

conforme legislação e jurisprudência a respeito da questão.

5. Em que pese o valor intrínseco do devido processo legal, se a própria pessoa que o invoca já discute, na mesma ação, o direito material, permite-se a avaliação deste, em primeiro lugar, para só garantir devido processo em caso de sua previsível utilidade.

6. Não tem sentido garantir o devido processo legal se já é previsível o insucesso da detentora do imóvel em ação de reintegração de posse que lhe seja movida especificamente.

7. Além disso, de acordo com o art. 4º da Lei n. 5.741/1971 - aplicado sem restrições pela jurisprudência do STJ -, “se o executado não estiver na posse direta do imóvel, o juiz ordenará a expedição de mandado de desocupação contra a pessoa que o estiver ocupando, para entregá-lo ao exequente no prazo de 10 (dez) dias”.

8. Indeferido o pedido.

(MS 0010071-47.2010.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Terceira Seção, e-DJF1, p. 25, de 09/05/2012.)

DIREITO ADMINISTRATIVO. BENS PÚBLICOS. ILHA FLUVIAL. RIO INTERESTADUAL. PROPRIEDADE DA UNIÃO. OCUPAÇÃO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PREPOSTOS (DETENTORES). LEGITIMIDADE PASSIVA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. JULGAMENTO DO MÉRITO (ART. 515, § 3º, CPC). DEFERIMENTO DO PEDIDO.

1. Corrigida a autuação para incluir a União como assistente.

2. O Decreto-Lei n. 9.760/46, que trata dos bens da União, não faz distinção entre detentor e possessor, prevendo, tão somente, que “o ocupante de imóvel da União, sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado” (art. 71).

3. De acordo com o art. 1.228 do Código Civil, o proprietário tem a faculdade de reaver o imóvel de quem quer que injustamente o possua ou detenha (grifei).

4. Apelação provida para anular a sentença no ponto em que os meros detentores foram considerados partes ilegítimas e, prosseguindo com apreciação do mérito (CPC, art. 515, § 3º), julgar procedente o pedido para condenar também os detentores (prepostos) a desocupar a ilha da União.

(AC 0001365-23.2003.4.01.4300/TO, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1, p. 545, de 16/03/2012.)

DOMÍNIO PÚBLICO. POSSE SOBRE IMÓVEL PÚBLICO. REINTEGRAÇÃO. POSSIBILIDADE INDEPENDENTEMENTE DA DATA DO ESBULHO. INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS INDEVIDA. CULTURA EFETIVA E MORADA HABITUAL NÃO COMPROVADAS.

1. O art. 71 do Decreto-Lei n. 9.760/46, dispõe que “o ocupante de imóvel da União, sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá,

sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil”, excetuadas, na forma do parágrafo único, as ocupações de boa-fé, com cultura efetiva e morada habitual.

2. Nada há que ser indenizado, pois que, dos documentos juntados infere-se que não há construção de casa no local ou plantações, que o réu não reside na área e somente freqüenta o local nos finais de semana.

3. Apelo da SUFRAMA provido. (AC 0002595-44.1999.4.01.3200/AM, rel. Des. Federal Selene Almeida, Quinta Turma, e-DJF1, p. 84, de 30/07/2010.)

ADMINISTRATIVO. JARDIM BOTÂNICO DO RIO DE JANEIRO. BEM PÚBLICO. DECRETO-LEI 9.760/46 PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. BEM TOMBADO. ARTS. 11 E 17 DO DECRETO-LEI 25/1937. OCUPAÇÃO POR PARTICULARES. CONSTRUÇÃO. BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO DE RETENÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 100, 102, 1.196, 1.219 E 1.255 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

[...]

2. Os remanescentes 140 hectares, que atualmente formam o Jardim Botânico, são de propriedade da União, o que, independentemente das extraordinárias qualidades naturais e culturais, já obriga que qualquer utilização, uso ou exploração privada seja sempre de caráter excepcional, por tempo certo e cabalmente motivada no interesse público.

3. Não obstante leis de sentido e conteúdo indúvidos, que salvaguardam a titularidade dos bens confiados ao controle e gestão do Estado, a história fundiária do Brasil, tanto no campo como na cidade, está, infelizmente até os dias atuais, baseada na indevida apropriação privada dos espaços públicos, com freqüência às claras e, mais grave, até com estímulo censurável, tanto por ação como por leniência, de servidores públicos, precisamente aqueles que deveriam zelar, de maneira intransigente, pela integridade e longevidade do patrimônio nacional.

4. Além de rasgar a Constituição e humilhar o Estado de Direito, substituindo-o, com emprego de força ou manobras jurídicas, pela “lei da selva”, a privatização ilegal de espaços públicos, notadamente de bens tombados ou especialmente protegidos, dilapida o patrimônio da sociedade e compromete o seu gozo pelas gerações futuras.

5. Consoante o Código Civil (de 2002), “Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião” (art. 102) e os “de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação” (é o caso do Jardim Botânico), nos termos do art. 100. Mais incisiva ainda a legislação do patrimônio histórico e artístico nacional, quando dispõe que “As coisas tombadas, que pertençam à União, aos Estados ou aos Municípios, inalienáveis

por natureza, só poderão ser transferidas de uma à outra das referidas entidades” (art. 11, do Decreto-Lei 25/1937, grifo acrescentado).

6. A ocupação, a exploração e o uso de bem público - sobretudo os de interesse ambiental-cultural e, com maior razão, aqueles tombados - só se admitem se contarem com expresso, inequívoco, válido e atual assentimento do Poder Público, exigência inafastável tanto pelo Administrador como pelo Juiz, a qual se mantém incólume, independentemente da ancianidade, finalidade (residencial, comercial ou agrícola) ou grau de interferência nos atributos que justificam sua proteção.

7. Datar a ocupação, construção ou exploração de longo tempo, ou a circunstância de ter-se, na origem, constituído regularmente e só depois se transformado em indevida, não purifica sua ilegalidade, nem fragiliza ou afasta os mecanismos que o legislador instituiu para salvaguardar os bens públicos. Irregular é tanto a ocupação, exploração e uso que um dia foram regulares, mas deixaram de sê-lo, como os que, por nunca terem sido, não podem agora vir a sê-lo.

8. No que tange ao Jardim Botânico do Rio, nova ou velha a ocupação, a realidade é uma só: o bem é público, tombado, e qualquer uso, construção ou exploração nos seus domínios demanda rigoroso procedimento administrativo, o que não foi, in casu, observado.

9. Na falta de autorização expressa, inequívoca, válida e atual do titular do domínio, a ocupação de área pública é mera detenção ilícita (“grilagem”, na expressão popular), que não gera - nem pode gerar, a menos que se queira, contrariando a mens legis, estimular tais atos condenáveis - direitos, entre eles o de retenção, garantidos somente ao possuidor de boa-fé pelo Código Civil. Precedentes do STJ.

10. Os imóveis pertencentes à União Federal são regidos pelo Decreto-Lei 9.760/46, que em seu art. 71 dispõe que, na falta de assentimento (expresso, inequívoco, válido e atual) da autoridade legitimamente incumbida na sua guarda e zelo, o ocupante poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil de 1916.

11. A apropriação, ao arripio da lei, de terras e imóveis públicos (mais ainda de bem tombado desde 1937), além de acarretar o dever de imediata desocupação da área, dá ensejo à aplicação das sanções administrativas e penais previstas na legislação, bem como à obrigação de reparar eventuais danos causados.

12. Aplica-se às benfeitorias e acessões em área ou imóvel público a lei especial que rege a matéria, e não o Código Civil, daí caber indenização tão-só se houver prévia notificação do proprietário (art. 90 do Decreto-lei 9.760/46).

13. Simples detenção precária não dá ensejo a indenização por acessões e benfeitorias, nem mesmo

as ditas necessárias, definidas como “as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore” (Código Civil, art. 96, § 3º). Situação difícil de imaginar em construções que deverão ser demolidas, por imprestabilidade ou incompatibilidade com as finalidades do Jardim Botânico (visitação pública e conservação da flora), a antítese do fim de “conservar o bem ou evitar que se deteriore”.

14. Para fazer jus a indenização por acessões e benfeitorias, ao administrado incumbe o ônus de provar: a) a regularidade e a boa-fé da ocupação, exploração ou uso do bem, lastreadas em assentimento expresso, inequívoco, válido e atual; b) o caráter necessário das benfeitorias e das acessões; c) a notificação, escoreita na forma e no conteúdo, do órgão acerca da realização dessas acessões e benfeitorias.

15. Eventual indenização, em nome das acessões e benfeitorias que o ocupante ilegal tenha realizado, deve ser buscada após a desocupação do imóvel, momento e instância em que o Poder Público também terá a oportunidade, a preço de mercado, de cobrar-lhe pelo período em que, irregularmente, ocupou ou explorou o imóvel e por despesas de demolição, assim como pelos danos que tenha causado ao próprio bem, à coletividade e a outros valores legalmente protegidos.

16. Inexiste boa-fé contra expressa determinação legal. Ao revés, entende-se agir de má-fé o particular que, sem título expresso, inequívoco, válido e atual ocupa imóvel público, mesmo depois de notificação para abandoná-lo, situação típica de esbulho permanente, em que cabível a imediata reintegração judicial.

17. Na ocupação, uso ou exploração de bem público, a boa-fé é impresumível, requisitando prova cabal a cargo de quem a alega. Incompatível com a boa-fé agir com o reiterado ânimo de se furtar e até de burlar a letra e o espírito da lei, com sucessivas reformas e ampliações de construção em imóvel público, por isso mesmo feitas à sua conta e risco.

18. *Na gestão e controle dos bens públicos impera o princípio da indisponibilidade, o que significa dizer que eventual inércia ou conivência do servidor público de plantão (inclusive com o recebimento de “aluguel”) não tem o condão de, pela porta dos fundos da omissão e do consentimento tácito, autorizar aquilo que, pela porta da frente, seria ilegal, caracterizando, em vez disso, ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), que como tal deve ser tratado e reprimido.*

19. A grave crise habitacional que continua a afetar o Brasil não será resolvida, nem seria inteligente que se resolvesse, com o aniquilamento do patrimônio histórico-cultural nacional. Ricos e pobres, cultos e analfabetos, somos todos sócios na titularidade do que sobrou de tangível e intangível da nossa arte e história como Nação. Daí que mutilá-lo ou destruí-lo a pretexto de dar casa e abrigo a uns poucos corresponde a deixar milhões de outros

sem teto e, ao mesmo tempo, sem a memória e a herança do passado para narrar e passar a seus descendentes.

20. Recurso Especial não provido. (STJ - REsp 808708 / RJ, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, publicação DJe 04/05/2011.)

No que diz respeito à natureza do imóvel em questão, não há dúvidas de que se trata de terreno de marinha, conforme comprova a notificação de fl. 23, enviada pela Delegacia do Patrimônio da União no Pará e Amapá, confirmando ser terreno de marinha o local em que se situa o imóvel.

No entanto, a questão jurídica discutida é se a posse do ora apelado era regular.

Examinando detidamente as provas que instruíram o processo, verifico que as mesmas não demonstram a regularidade da posse do autor, eis que, não se prestam a comprovar que o mesmo possuía autorização da União para usufruto e gozo da área, pois que o autor junta apenas Escritura Particular de Doação do imóvel em seu favor, datada de 25/03/1998 (fls. 12-13) e Documentos de Arrecadação Municipal – DAM, à fl. 14 (especificação da receita: dívida ativa de 1997), à fl. 15 (especificação da receita: dívida ativa de 1992, 1993 e 1994) e fl. 16 (discriminando valor de IPTU de 1996), em nome de Rogério Germano Huhn e Renato Chalu Pacheco.

Assim, tendo em vista a ocupação se revestir de caráter precário, não sendo justa nem se sustentando em boa-fé, estando exercida sobre bem público, não possui direito sobre a manutenção da posse do imóvel.

Nesse sentido precedente do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E CIVIL. AÇÃO POSSESSÓRIA. TERRENO DE MARINHA. OCUPAÇÃO PRECÁRIA. RETENÇÃO POR BENFEITORIAS. INADMISSIBILIDADE. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.

1. Tratam os autos de Ação de Manutenção de Posse ajuizada por CAMPING MATINHOS LTDA contra a UNIÃO FEDERAL objetivando a proteção de área situada no Município de Matinhos, litoral do Estado do Paraná, em face de justo receio de turbação. Alegou o autor exercer a posse na área localizada em terreno de marinha há mais de cinco anos, onde realiza suas atividades comerciais (camping), recolhendo impostos e taxas pertinentes, além de haver edificado diversas benfeitorias. Tendo ocorrido em 06/05/2001 o fenômeno denominado “ressaca marítima”, foi-lhe exigida pela União a imediata desocupação do imóvel pelo perigo decorrente de sua localização. Em primeiro grau, julgou-se improcedente o pedido. O TRF/4ª Região negou provimento à apelação, concluindo pela

não-configuração de cerceamento de defesa e pela constatação de irregularidade da ocupação, não vislumbrando posse justa nem de boa-fé, sendo defeso ao ocupante alegar retenção pelas benfeitorias. O recurso especial é fundamentado na alínea “a” do permissivo constitucional apontando vulneração dos arts. 535, II, CPC, 516 do CC e 6º da Lei 9.363/98, defendendo a anulação do aresto ante a constatação de omissões; sua reforma, por ser inaplicável o art. 6º da Lei 9.363/98; ser possuidor de boa-fé, devendo ser reconhecido seu direito à indenização pelas benfeitorias conforme o teor do art. 516 do CC. Em contra-razões, a recorrida aduz que o acórdão merece manutenção, se ultrapassada a questão de ser matéria fática a deduzida, o que atrairia a Súmula 07/STJ.

2. A posse do ocupante não se sobrepõe juridicamente ao domínio da União sobre imóvel. Tendo em vista a ocupação se revestir de caráter precário, não sendo justa nem se sustentando em boa-fé, estando exercida sobre bem público (terreno de marinha), assim reconhecida pelo próprio

recorrente, não lhe sobejam direitos sobre o imóvel ou à indenização pelas benfeitorias que realizou.

3. Os terrenos de marinha, discriminados pelo Serviço de Patrimônio da União com base em legislação específica, só podem ser descaracterizados pelo particular por meio de ação judicial própria.

4. A ocupação de área de uso comum do povo por um particular configura ato lesivo à coletividade e, mesmo se concedida pela União, poderia ser revogada discricionariamente. O interesse público tem supremacia sobre o privado, pois visa à proteção da comunidade, da propriedade do Estado, do meio ambiente e, no presente caso, da própria integridade física do recorrente.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(REsp 635980/PR, rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 03/08/2004, DJ 27/09/2004, p. 271.)

Pelo exposto, dou provimento à apelação.

É como voto.

Sexta Turma

Numeração única: 0015400-89.2005.4.01.3500

Apelação Cível 2005.35.00.015525-8/GO

Relator : Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
 Apelantes: Lindomar Ramos Chapadence e outros
 Defensora: Defensoria Pública da União – DPU
 Apelada: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Apelada: Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Apelado: Estado de Goiás
 Procuradora: Dra. Aliny Nunes Terra
 Publicação: e-DJF1 de 22/11/2013, p. 637

Ementa

Civil. Responsabilidade civil. Césio 137. União e CNEN. Legitimidade passiva ad causam. Prescrição. Não ocorrência. Teoria da redução do módulo da prova. Aplicabilidade. Nexo causal estabelecido com base em critério de verossimilhança. Pensão. Dano moral demonstrado. Recurso das autoras parcialmente provido.

I. Buscando a parte autora o pagamento de pensão vitalícia, instituída pela União para as vítimas do césio 137 em Goiânia, com base na Lei 9.425/1996, não há de se falar em ilegitimidade passiva da União Federal.

II. Em relação à CNEN, sua legitimidade passiva é indubitosa, porquanto houve falha na orientação às pessoas que tiveram contato com rejeitos radioativos em área sob fiscalização daquela autarquia federal.

III. O direito à reparação do dano material não surge com o acidente, mas com o conhecimento pela vítima da lesão sofrida. Se os efeitos da exposição à radiação podem manifestar-se anos após o acidente, não há que se falar em prescrição.

IV. Aplicável, à espécie, a teoria da redução do módulo de prova, segundo a qual, diante da impossibilidade de chegar a um juízo de verdade no caso concreto, o juiz pode decidir com base em uma convicção de verossimilhança, na medida em que se trata de acidente sem precedentes históricos, cujas consequências não são mensuráveis pelos critérios usuais, posto que não são plenamente conhecidos pela ciência todos os efeitos, a longo prazo, da exposição de um ser humano ao radioisótopo radioativo césio 137.

V. Sendo a pessoa provavelmente irradiada/contaminada, é forçoso reconhecer que se tornou vulnerável a contrair doenças decorrentes da debilidade imunológica causada pela irradiação ou até mesmo dos efeitos diretos, ainda que tardios, da própria irradiação.

VI. Impossível o reconhecimento de consequências da contaminação tão somente por meio de análise de exames, sendo necessária a comprovação de doença formalmente diagnosticada.

VII. As vítimas do acidente e seus familiares passaram a conviver com discriminação social e medo de desenvolvimento de moléstias decorrentes do contágio. Seus relatos dão uma dimensão humana aos frios dados estatísticos e demonstram que as sequelas do acidente ultrapassam sobremaneira os efeitos físicos, ocasionando preconceitos sociais cujo valor não pode ser estimado.

VIII. Tão somente para efeitos práticos, aconselhável a limitação do valor da indenização ao valor máximo das RPVs – Requisições de Pequeno Valor, ou seja 40 (quarenta) salários-mínimos, uma vez que, desta forma, a efetiva reparação de parte do dano sofrido dar-se-á de modo mais célere.

IX. Apelação das autoras parcialmente provida para reconhecer o direito à indenização por danos morais.

X. Responsabilidade da União e do Estado de Goiás no custeio de exames e tratamento médico-odontológico, bem como os medicamentos pertinentes.

XI. Honorários advocatícios para a Defensoria Pública da União pelo Estado de Goiás, União e CNEN, estando estes dois últimos isentos de sua parte por força da Súmula 421 do STJ.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 11/11/2013.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:
— Trata-se de recurso de apelação interposto por Lindomar Ramos Chapadence, Lourdes dos Santos Barcelos e Luzia Chapadense da Silva em face de sentença de fls. 498-505, de lavra do MM. juiz federal substituto em exercício na 9ª Vara Federal de Goiás que, proferida nos autos de ação ordinária por elas ajuizada contra a União, o Estado de Goiás e a Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN, julgou improcedente o pedido de reconhecimento de sua condição de vítimas do acidente radiológico com o césio 137, ocorrido em Goiânia/GO no ano de 1987, bem como de pagamento de pensão especial e indenização por danos morais.

2. Em suas razões recursais de fls. 513-532 as autoras ressaltam que sequelas decorrentes de exposição à radiação não obedecem critérios certos e determinados, de modo que não se pode exigir, nestes casos, nexos causal absoluto. Sustentam que os sintomas

apresentados pelas apelantes assemelham-se àqueles observados pelas primeiras vítimas do césio e que tal fato demonstraria a verossimilhança das alegações formuladas. Defendem a responsabilidade objetiva do estado e alegam que o tempo de latência de doenças decorrentes do acidente pode chegar a 20 (vinte) anos. Argumentam que os laudos produzidos pela Suleide são formulários padronizados, elaborados à época do acidente com o objetivo de restringir o número de beneficiados e que as perguntas lançadas por ambas as partes deixaram de ser respondidas. Ao final, pugnam pela procedência dos pedidos formulados na inicial ou a anulação de todo o procedimento posterior à juntada do laudo pericial.

3. Contrarrazões da União às fls. 534-538, do Estado de Goiás às fls. 548-551 e da CNEM às fls. 555-567.

4. Nesta instância, o Ministério Público oficiou pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: —
A presente demanda foi proposta em face da União, da Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN – e do Estado de Goiás por supostas vítimas do acidente com céσιο 137, ocorrida no município de Goiânia-GO, em setembro de 1987 com o objetivo de ver reconhecida sua condição de vítimas do acidente, obter a pensão especial prevista na Lei 9.425/1996, bem como indenização por danos materiais. A União e a CNEN aduziram preliminar de ilegitimidade passiva.

2. Com relação ao tema, em várias ações que tramitaram na Justiça Federal reconheceu-se parcela substancial de responsabilidade estatal pelo ocorrido, do que decorreram diversos pronunciamentos judiciais determinando obrigações de cunho indenizatório a todos que tiveram prejuízos à boa saúde em virtude do acidente.

3. Buscando a parte-autora o pagamento de pensão vitalícia, instituída pela União para as vítimas do céσιο 137 em Goiânia, com base na Lei 9.425/1996, não há de se falar em ilegitimidade passiva da União Federal.

4. Em relação ao CNEN, sua legitimidade ad causam é indubitosa, porquanto houve falha acerca do modo de orientar e proteger quem travou contato com rejeitos radioativos em área sob fiscalização daquela autarquia federal.

5. Nesse sentido já decidiram o STJ e esta Corte:

ADMINISTRATIVO. DIREITO NUCLEAR. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ACIDENTE RADIOATIVO EM GOIÂNIA. CÉSIO 137. ABANDONO DO APARELHO DE RADIOTERAPIA. DEVER DE FISCALIZAÇÃO E VIGILÂNCIA SANITÁRIO-AMBIENTAL DE ATIVIDADES COM APARELHOS RADIOATIVOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO E DOS ESTADOS. LEGITIMIDADE PASSIVA.

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 art. 8º do Decreto 81.394/1975, que regulamenta a Lei 6.229/1975, atribuiu ao Ministério da Saúde competência para desenvolver programas de vigilância sanitária dos locais, instalações, equipamentos e agentes que utilizem aparelhos de radiodiagnóstico e radioterapia.

3. Cabe à União desenvolver programas de inspeção sanitária dos equipamentos de radioterapia, o que teria possibilitado a retirada, de maneira segura, da cápsula de Céσιο 137, que ocasionou a tragédia ocorrida em Goiânia em 1987.

4. Em matéria de atividade nuclear e radioativa, a fiscalização sanitário-ambiental é concorrente entre a União e os Estados, acarretando responsabilização solidária, na hipótese de falha de seu exercício.

5. Não fosse pela ausência de comunicação do Departamento de Instalações e Materiais Nucleares (que integra a estrutura da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN, órgão federal) à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, o grave acidente que vitimou tantas pessoas inocentes e pobres não teria ocorrido. Constatção do Tribunal de origem que não pode ser reapreciada no STJ, sob pena de violação da Súmula 7.

6. Aplica-se a responsabilidade civil objetiva e solidária aos acidentes nucleares e radiológicos, que se equiparam para fins de vigilância sanitário-ambiental.

7. A controvérsia foi solucionada estritamente à luz de violação do Direito Federal, a saber, pela exegese dos arts. 1º, I, “j”, da Lei 6.229/1975; 8º do Decreto 81.384/1978; e 4º da Lei 9.425/96.

8. Recurso Especial não provido.

(REsp 1180888/GO, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/06/2010, DJe 28/02/2012.)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. PAGAMENTO DE PENSÃO VITALÍCIA DA LEI 9425/96. PRESCRIÇÃO. SÚMULA 85 DO STJ. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NEXO DE CAUSALIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Pretendendo o autor o pagamento de pensão vitalícia, nos termos da Lei 9495/96, não há de se falar em ilegitimidade passiva da União Federal.

2. Tendo o autor prestado serviço a CNEN, na remoção dos dejetos radioativos, e requerendo indenização por danos morais, mostra-se presente a legitimidade ad causam da autarquia.

[...]

(AC 0019472-95.2000.4.01.3500 / GO, rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, e-DJF1, p. 94, de 07/02/2012.)

6. A CNEN, a União e o Estado de Goiás suscitam questão prejudicial de mérito relativa à prescrição ao argumento de que seria aplicável, à espécie, o Decreto 20.910/1932. Em que pesem os argumentos adotados, não assiste razão aos entes públicos.

7. O direito à reparação do dano não surge com o acidente, mas com a lesão por ele causada, isto é, com o conhecimento pela vítima da lesão sofrida. Se

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques e o Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado).

após o dano ambiental inicial, decorrente do acidente radiológico com a bomba de césio 137, anos depois, o efeito do daquele continua provocando lesão nas vítimas e fazendo novas vítimas, não há que se falar em prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública.

8. Acerca da prescrição do direito nas ações propostas em decorrência das conseqüências do acidente radiológico ocorrido em 1987, peço vênia para transcrever excerto do voto de lavra da e. Des. Federal Selene Maria de Almeida, relatora do voto condutor do acórdão do processo 2001.01.00.014371-2, julgado em 15/08/2005, *verbis*:

O dano ambiental atingiu centenas de pessoas com a contaminação radiológica do ar. As vítimas padeceram e ainda padecem dos efeitos do dano ambiental. É, destarte, inconcebível que se considere prescrito o direito das vítimas a um tratamento médico especializado, se a lesão persiste no presente e poderá produzir maléficis no futuro.

Aliás são imprescritíveis os danos decorrentes de acidentes nucleares. A lei específica dispõe que a regra da imprescritibilidade não alcança os acidentes radiológicos e com isso quer a CNEN ver decretada a prescrição quinquenal.

Ora, o legislador cogitou que a imprescritibilidade não atinge os acidentes radiológicos na suposição que são aqueles que têm lugar em ambientes fechados como clínicas, hospitais e que só afetam técnicos que operam o equipamentos ou algum paciente.

O legislador não é onisciente e não poderia prever um acidente radiológico nas proporções gigantescas que ocorreu no ano de 1987, na cidade de Goiânia, em que calçadas, casas, utensílios domésticos se transformaram em rejeitos radiológicos, em que problemas de deformidade física afetando bebês nascidos após o acidente estão a ocorrer.

Como diz Recasens Sicles, a vida não cabe nos códigos e o legislador de norma sobre a prescrição e acidentes nucleares não poderia supor que o desatino e descuido com a bomba de césio da clínica IGR pudesse tomar as proporções imensas que adquiriu e que é mais nefasto, redundou num sofrimento indizível para centenas de pessoas.

O bom senso e a razão jurídica estão ao lado do autor no sentido de que no silêncio da lei ambiental tem-se por imprescritíveis a reparação do dano ambiental se suas conseqüências continuam se manifestando em relação às pessoas.

9. Por tal razão, rejeito as preliminares suscitadas e passo ao exame do mérito.

10. O ponto controvertido dos presentes autos consiste em verificar se as três autoras foram vítimas do acidente radioativo com o césio 137 ocorrido na cidade

de Goiânia – GO em setembro de 1987, se fazem jus ao recebimento de pensão especial do Estado de Goiás e da União e de indenização da União, Estado de Goiás e CNEM por danos morais sofridos em decorrência da contaminação e se há responsabilidade dos entes públicos pelo acidente.

11. Os pedidos formulados na inicial foram julgados improcedentes em virtude do entendimento de que não restou comprovado nexos causal entre o evento de 1987 e os danos alegados pelas autoras. Em que pesem os judiciosos argumentos adotados pelo MM. magistrado *a quo*, entendo que a r. sentença merece reforma.

12. Para o deslinde da questão faz-se mister traçar um breve histórico sobre os fatos ocorridos a partir de setembro de 1987, segundo versão constante no *site* oficial do governo goiano:

Segundo o relato de pessoas diretamente envolvidas, a história do acidente radioativo com o Césio-137 (137Cs) teve início quando RSA, sem profissão definida, 21 anos, tomou conhecimento de que, na Avenida Paranaíba, Setor Central de Goiânia, havia uma peça contendo chumbo e metal de considerado valor financeiro por ser reciclável, que há muito permanecia esquecida e abandonada nos escombros das antigas dependências do Instituto Goiano de Radiologia – IGR. Esta peça fazia parte de um equipamento que era usado no tratamento do câncer, de propriedade de CFB, CCD e OAT.

Conforme OAF, na manhã de domingo, dia 13 de setembro de 1987, RSA e seu amigo WMP, motorista, 20 anos, foram até os escombros para buscar a peça. Conseguiram remover parte do invólucro em que estava embutida a fonte radioativa para em seguida, separarem-nas da carcaça. Com o auxílio de um carrinho de mão, o cilindro que pesou 120 Kg foi transportado para a casa de RSA, situada à Rua 57, Setor Central de Goiânia. Naquele mesmo dia, RSA e WMP começaram a apresentar sintomas de contaminação radioativa (tonteiras, náuseas e vômitos), porém, acreditaram serem eles provocados por excesso de ingestão de alimentos.

No dia seguinte, WMP, teve seu quadro clínico agravado por diarreia enquanto um edema já se manifestava numa de suas mãos. No dia 18, ao solicitar auxílio médico no Hospital São Lucas, localizado na Rua 04, centro, WMP teve seu mal-estar diagnosticado como sendo reação alérgica à ingestão de alimentos estragados e foi por isso aconselhado a permanecer em casa, pelo período de uma semana.

Ainda no domingo, dia 13, RSA e WMP, removeram o o lacre da cápsula para posteriormente venderem o chumbo, o aço e outro metal ao ferro-velho, ficando o material radioativo exposto sob um pé de manga, por cerca de mais uns 5 dias.

No período vespertino do mesmo dia 18, DAF, 39 anos, locatário, morador e negociante do Ferro-Velho comprou de WMP o cilindro de 98 Kg, no qual se acoplava uma peça de 22 Kg, em cujo orifício se encontrava a fonte radioativa. A COPEL (Comércio de Aparas de Papel Limitada – COPEL) dividia o espaço com Ferro-Velho, situado à Rua 26- A, Setor Aeroporto, ambos trabalhavam com material reciclável. Por esta razão, o conjunto de chumbo, metal, aço e 137Cs foi transportado para aquele estabelecimento em um carrinho usado por catadores urbanos de papel e de material reciclável pelo funcionário de DAF, ESA, idade aproximada de 23 anos, juntamente com WMP. No final da noite, quando DAF passava pelo pátio do seu estabelecimento – local onde todas as peças foram depositadas –, ele percebeu, em meio à escuridão, um intenso brilho azul saindo da cápsula de aço. Atraído pela beleza e mágica da luminosidade, DAF teve a sensação de que possuía algo valioso ou, talvez até, sobrenatural.

Embevecido, resolveu transportar a cápsula para o interior de sua casa, colocando-a junto a uma parede da sala para melhor apreciar o que lhe parecia ser um fenômeno. Entre os dias de 19 e 26, vários vizinhos, parentes, amigos e conhecidos foram convidados a ver aquela peça como sendo uma curiosidade. Nesse período, DAF e sua esposa, MGF – dona de casa, 29 anos – examinaram de perto a fonte radioativa, indiferentes ao fato de, desde o dia 19, terem apresentado cefaléias e vômitos, sintomas iniciais da contaminação radioativa.

Como sempre fizeram em outras ocasiões, EBS e OAFJ – 13 e 12 anos, respectivamente – foram à casa de DAF, e lá brincaram durante cerca de três horas daquele domingo, dia 20, expondo-se à fonte radioativa.

Na manhã de segunda-feira, dia 21, DAF recebeu a visita de EdF – pintor de automóveis, 42 anos. Entusiasmado, ele mostrou ao amigo o pó que tinha conseguido extrair de dentro da cápsula com o auxílio de uma chave de fenda. Tratava-se de alguns fragmentos de 137Cs, de tamanhos irregulares que, ao menor toque, se desfaziam em pó. O visitante, curioso com o que via, depositou uma pequena porção num dos bolsos da calça e levou para sua casa, situada à Rua 15-A, Setor Aeroporto. Mais tarde, ele ofereceu um pouco do que possuía a seu irmão, ErF, 47 anos, morador da Rua 17-A daquele mesmo Setor. ErF também carregou em um dos bolsos da calça as porções do presente.

E, naquele dia 21, a saúde de MGF apresentou sinais de piora marcados por consecutivas diarreias. Procurando atendimento médico no Hospital São Lucas, ela recebeu o mesmo diagnóstico concedido a WMP: reação alérgica à ingestão de alimentos estragados. Sua mãe, MGA – dona de casa, 58 anos – ao saber que a filha não se sentia bem, saiu de Inhumas (cidade próxima à Goiânia) para oferecer-lhe cuidados. MGA permaneceu em Goiânia até o dia 23, data em que retornou ao seu município,

levando consigo significativo grau de contaminação radioativa.

Durante os dias 22, 23 e 24, os empregados de DAF – IS, 18 anos e AS, 17 anos – manusearam o cilindro separando o chumbo do metal. Quando este trabalho teve início, JNS, mecânico, 23 anos, ofereceu auxílio para, no dia seguinte, cortar a peça com uma tocha de óxido de acetileno. Depois disso, ele seguiu para sua casa, na Rua 57, Centro, e não mais se lembrou de cumprir o prometido.

No dia 23, WMP, que não apresentava melhoras em estado de saúde, foi internado no Hospital Santa Maria, localizado na Rua 05, Centro. Lá ele permaneceu até o dia 27, quando os efeitos da exposição radioativa na sua pele foram diagnosticados como sendo uma doença de pele. Por esta razão, providenciou-se a sua imediata transferência para o Hospital de Doenças Tropicais – HDT, localizado no Setor Bela Vista próximo ao Setor Parque das Laranjeiras, na periferia da cidade.

Anteriormente, no dia 24, IAF, 41 anos, morador e proprietário de Ferro Velho localizado na Rua 06 do Setor Norte Ferroviário, por sugestão de sua esposa foi visitar o irmão que estava doente e ENTÃO, à noite conheceu o pó de que todos falavam. Depois de ter sido prontamente presenteado pelo seu irmão DAF, IAF acondicionou tudo num dos bolsos da calça e foi mostrar a seus familiares aquele material de rara beleza. Chegando em casa, a noite, colocou os fragmentos do 137Cs no piso do quarto para que todos pudessem apreciá-los.

Sua filha caçula, LNF, 6 anos, brincou com o material radioativo por diversas vezes. LNF acabou ingerindo pequenas porções de 137Cs. Os demais familiares – LuNF, seu irmão, 14 anos, e sua mãe LoNF, 37 anos –, bem como alguns parentes e amigos presentes no local – KSS, vigilante, 32 anos, LOMS, dona de casa, 29 anos e SPQ, 14 anos – também manusearam o material radioativo, porém, com menor frequência. Assim, LNF foi atingida por maior grau de contaminação do que aquele que recaiu sobre os demais.

No dia 26, DAF resolveu vender o chumbo e metal do cilindro que abrigava a fonte. Procurou o senhor J, dono de um ferro-velho no Setor dos Funcionários para tentar fechar o negócio. MGF, esposa de DAF, sem o consentimento do marido, incluiu, em meio aos pedaços do chumbo a ser vendido, a cápsula de aço inoxidável que guardava aquele pó estranho e que tanto receio lhe causava. Por esta razão, a peça contendo o 137Cs acabou sendo transportada para o estabelecimento do senhor J, aumentando a disseminação do produto radioativo.

Na manhã daquele mesmo dia, KSS, empregado de IAF, convidara seu amigo L, catador de papel, 19 anos, para juntos, irem ao IGR buscar outras peças. No referido local, os dois, depois de solicitarem auxílio a um desconhecido, puderam

remover a carcaça da unidade de terapia, dias antes violada por RSA e WMP.

Feito isso, levaram a peça até o Ferro Velho de IAF onde decidiram colocá-lo sobre uma balança, o que só foi possível com o auxílio de um guincho da COPEL que estava no local transportando alguns fardos de papel. Ao final desta operação, a balança se quebrou por não suportar tão grande peso de 400 Kg. Um número significativo de pessoas já se apresentava fisicamente doente no dia 28. Naquelas circunstâncias, eram grandes as suspeitas de MGF sobre a possibilidade de ser aquele pó brilhante o causador de tudo. Ela decidiu, então, ir, juntamente com GGS, 31 anos, ao Ferro Velho do senhor J, para recolher a cápsula do 137Cs e poder comprovar as suas suspeitas.

Chegando lá, colocaram-na num saco de fibras e, depois de tomarem um ônibus coletivo, seguiram rumo a Vigilância Sanitária, então localizada na Rua 16-A, Setor Aeroporto. Ao descerem do ônibus, GGS colocou o embrulho sobre os ombros e desta forma o transportou até aquele local.

No interior do prédio da Vigilância Sanitária, após o pacote ser colocado sobre a escrivaninha do veterinário PRM, 39 anos, MGF, de forma dramática, disse-lhe que aquele pó, como se fosse uma praga, estava matando a sua gente. PM deixou o embrulho, por algum tempo, sobre a escrivaninha. Mas, assustado com as expressões de MGF, removeu o pacote para o pátio de Vigilância Sanitária, colocando-o sobre uma cadeira junto ao muro. Ali a fonte radioativa permaneceu durante um dia.

Após saírem dali, MGF e GGS foram ao Hospital São Lucas e ao Centro de Saúde Juarez Barbosa, ambos na Rua 04, Centro. Lá receberam novo diagnóstico do seu quadro clínico: doença tropical. Por isso, não só eles, como também outras 10 pessoas contaminadas pelo 137Cs – e que eram portadores de sinais e sintomas semelhantes – foram depois encaminhados para o HDT.

Ainda no dia 28, os doutores R e PCB médicos do HDT, começaram a suspeitar de que as lesões de pele apresentadas pelos pacientes recém-chegados teriam como causa uma contaminação radioativa. Temendo ser verdadeira esta possibilidade, eles providenciaram um contato com o toxicologista AM, Superintendente do Centro de Informações Toxicológica do HDT.

Antes que este contato se efetuassem, PRM, da Vigilância Sanitária, informou a AM sobre um pacote com material suspeito que lhe fora entregue por duas pessoas. Naquela ocasião, PM ainda mencionou suas suspeitas de que aquela peça seria parte de um equipamento de Raios X.

Após submeterem a novos exames os pacientes instalados na enfermaria do HDT, os médicos R e AM constataram que o problema era grave e exigia investigações para que se chegasse à sua origem. De pleno acordo, ambos solicitaram o

parecer do biomédico JP, 30 anos, pertencente ao quadro da Secretaria Estadual de Meio Ambiente. Analisando cautelosamente os fatos, JP propôs que se solicitasse o exame do conteúdo do pacote ao físico WMF, 29 anos, que se encontrava de férias em Goiânia e detinha conhecimentos sobre radiação.

Às 08:00 horas da manhã seguinte (29 de setembro), após receber um telefonema de JP, WMF dirigiu-se imediatamente ao escritório da Nuclebrás – Empresas Nucleares Brasileiras S/A-, instalado em Goiânia. Lá ele conseguiu o empréstimo de um monitor de taxa de dose normalmente usado em medições geológicas e que respondia rapidamente a estímulos, apresentando o amplo alcance de 0,02 $\mu\text{Gy N}^{-1}$.

No trajeto, a uma distância mais ou menos 50 metros do prédio da Vigilância Sanitária, WMF ligou o monitor. Instantaneamente, o aparelho acusou um elevado grau de contaminação radioativa independente da direção para onde estivesse apontando. Incrédulo diante de tal resultado, WMF retornou ao escritório da Nuclebrás e substituiu o aparelho, suspeitando de que o mesmo estivesse com defeito.

Por volta das 10:00 horas, o físico dirigiu-se novamente à Vigilância Sanitária, usando outro monitor de igual alcance. O mesmo fato se repetiu e WMF finalmente se convenceu de que havia por ali uma potente fonte de radiação.

Nesse ínterim, o veterinário PRM, extremamente preocupado com o material existente dentro do saco de fibras, ligou para o Corpo de Bombeiros exigindo providências. Atendendo àquele chamado, alguns bombeiros acabaram sendo também atingidos pela radiação. Dentre eles estavam MCS, 26 anos, ADR, 33, e AWJ, 24, os quais, expondo-se ao conteúdo do embrulho, sofreram contaminação.

Chegando ali, WMF pode impedir que colocassem em prática uma solução que seria por eles adotada: jogar a cápsula de 137Cs num rio que corta a cidade. Após uma rápida análise do material, WMF convenceu todos os presentes a deixarem o local. Em seguida, o Corpo de Bombeiros e a Polícia Militar isolaram o prédio da Vigilância Sanitária, impedindo o acesso de qualquer pessoa às suas dependências.

Quando já se aproximava do meio-dia, PRM relatou a WMF a procedência da fonte radioativa. Imediatamente, ambos se dirigiram ao Ferro Velho de DAF onde constataram graus de radiação superiores aos comportados pela escala do monitor de que dispunham. Com certa dificuldade, conseguiram vencer DAF, sua família e alguns vizinhos a deixarem a área, informando-lhes que, se permanecessem ali, correriam risco de vida. Todos foram retirados em ônibus da PM a noite. Em seguida, o local foi isolado pela Polícia Militar mediante solicitação de WMF, PRM e AM.

Saindo dali, WMF foi à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás com o propósito de comunicar o fato às autoridades, relatando-lhes o acidente, o significado que ele possuía e, é claro, solicitando-lhes maior assistência. Como que incrédulos diante do que lhes era exposto pelo físico, os funcionários daquele órgão não entenderam a necessidade de uma resposta imediata ao que se passava.

Levados pela insistência de WMF, permitiram-lhe falar diretamente com o Secretário de Saúde, médico AFF. O Senhor Secretário, ao ser informado sobre o ocorrido, prontamente entrou em contato telefônico com JR, Diretor do Departamento de Instalações Nucleares da CNEN (Comissão Nacional de Energia Nuclear), transmitindo-lhe as primeiras informações sobre o acidente radioativo de Goiânia. Da mesma forma, o Secretário procedeu em relação ao Coordenador para Emergências Nucleares daquela instituição. Ciente das reais dimensões do fato, aquele grupo – que primeiramente identificou o acidente radioativo – não tardou em adotar medidas durante o período compreendido entre as 16:00 e 22:00 horas do dia 29 de setembro de 1987.

Logo de início o Hospital de Doenças Tropicais-HDT/OSEGO foi informado de que aquelas 10 pessoas ali internadas estavam contaminadas e sofriam efeitos de exposição radioativa. Todas elas deveriam ser isoladas. Paralelamente a isso, providenciou-se o alerta aos vários segmentos da Defesa Civil, bem como os reexames dos até então conhecidos focos de contaminação (o Ferro Velho de DAF e a Vigilância Sanitária).

O Estádio Olímpico, localizado no centro da cidade, foi o espaço escolhido para o monitoramento das vítimas, segundo o esquema de recepção planejado pela Secretaria de Saúde. A partir daí, os meios de comunicação começaram a noticiar o acidente, dando ênfase a este evento de repercussão mundial. Em meio às reações de medo, várias pessoas se dirigiram ao Estádio para serem monitoradas. Teve assim início a formação de um contingente representado por mais de 112 mil pessoas que foram examinadas durante os dois últimos dias de setembro e ao longo de todo mês de outubro daquele ano.

Um dos últimos eventos do dia 29 de setembro ocorreu por volta das 22:00 horas, quando JNS – que antes se oferecera para cortar o revestimento de chumbo com uma tocha de óxido de acetileno – encontrou-se com WMF ao ser monitorado no Estádio Olímpico. JNS contou-lhe como a fonte radioativa havia sido quebrada, onde as partes estavam depositadas e o que fizera com a carcaça. Este fato impediu que o acidente alcançasse maiores proporções. Tais informações foram utilizadas a partir do dia 30, data em que um grupo de técnicos da CNEN recém-chegado à Goiânia, passou a identificar, com o auxílio de monitores, alguns dos outros locais altamente contaminados.

Durante aquela noite e todo o dia seguinte, procedeu-se a descontaminação inicial (banho com

água, sabão e vinagre) de 249 pessoas que foram cadastradas por apresentarem diversos graus de contaminação. Dentre estas, identificaram-se 22 pessoas que tinham sido altamente expostas. Estas foram imediatamente isoladas, sendo 11 delas enviadas ao HDT. Nesta noite, médicos do HDT e da Comissão Nacional de Energia Nuclear examinaram cerca de outras 90 pessoas contaminadas. As 22 pessoas identificadas como altamente contaminadas foram posteriormente encaminhadas para o Hospital Geral de Goiânia – HGG. As demais permaneceram reunidas no Estádio Olímpico e foram isoladas com auxílio de biombos improvisados, e agrupadas segundo o grau de contaminação, os sintomas clínicos e os grupos familiares. Cerca de 120 pessoas foram ali mesmo descontaminadas e em seguida, liberadas. Assim sendo, 129 pessoas constituíam o grupo que, a partir de então, passou a receber acompanhamento médico regular.

Dentre estas 129 pessoas, encontravam-se 79 com contaminação externa (recebendo, portanto, tratamento ambulatorial), e outras 14 que, por terem seu quadro clínico agravado, foram posteriormente removidas do HGG para o Hospital Naval Marcílio Dias, no Rio de Janeiro. Deste grupo faziam parte as quatro vítimas fatais do acidente radioativo com 137Cs. Outras 36, que também apresentavam contaminação interna, permaneceram semi-isoladas em Goiânia, recebendo acompanhamento médico, psicológico e social. Trinta delas foram alojadas no Albergue Bom Samaritano e nas instalações locais da FEBEM (Fundação Estadual do Bem Estar do Menor). As seis pessoas restantes continuaram internadas no HGG, sendo que a elas se somaram as outras 10 que retornaram do Rio de Janeiro.

Estes são os principais acontecimentos relacionados ao acidente radioativo de Goiânia. Dele surgiram resultados marcantes, dentre os quais a criação da Fundação Leide das Neves Ferreira, entidade destinada a criar bases onde poderão se assentar algumas soluções para um problema de reconhecida magnitude biopsicossocial – o que a torna uma referência para toda humanidade².

13. Como é consabido, a responsabilidade da Administração por seus atos e omissões, no direito pátrio, observa a Teoria do Risco Administrativo, que assevera a necessidade de existência de nexo de causalidade entre o ato ou omissão administrativa e o prejuízo causado ao particular para a responsabilização da Administração. Nesta situação, é pacífico o entendimento no sentido de ser uma espécie de responsabilidade civil subjetiva, ou seja, uma responsabilidade civil em que há necessidade de auferir

² Disponível em: <<http://www.cesio137goiania.go.gov.br/index.php?ideditoria=3823>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

o elemento subjetivo da culpa, o elemento do dano e o nexo causal entre a conduta e o dano

14. Conforme já mencionado anteriormente, o entendimento do STJ e da Justiça Federal foi no sentido de reconhecimento de parcela substancial de responsabilidade estatal pelo ocorrido, uma vez que houve falha na fiscalização da Secretaria de Saúde do ente federado, falha de informação da autarquia responsável — CNEN — acerca dos cuidados necessários quando da ocorrência do acidente e no desenvolvimento, pela União, de programas de inspeção sanitária dos equipamentos de radioterapia, que deveria ter possibilitado, de maneira segura, a retirada e descarte da cápsula de césio 137 evitando-se, assim, a tragédia ocorrida. Desta forma, o caso deve ser enquadrado na modalidade negligência com responsabilização concorrente de todos os réus.

15. No caso concreto, contudo, a avaliação do conjunto probatório apto a demonstrar a existência do nexo causal e das enfermidades desenvolvidas, possui algumas peculiaridades, na medida em que se trata de acidente sem precedentes históricos, cujas consequências não são mensuráveis pelos critérios usuais, vez que não são plenamente conhecidos pela ciência todos os efeitos, a longo prazo, da exposição de um ser humano ao radioisótopo radioativo césio 137.

16. Acerca do convencimento judicial, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart³ trazem a teoria do jurista alemão Gerhard Walter denominada teoria da redução do módulo de prova, segundo a qual, diante da impossibilidade de chegar a um juízo de verdade no caso concreto, o juiz pode decidir com base em uma convicção de verossimilhança.

17. A referida teoria

[...] fala em redução do módulo da prova para significar o que acontece quando o juiz decide no curso do processo e o que ocorre quando o juiz, em razão de determinadas circunstâncias, obriga-se a julgar o mérito, ao final do processo, com base em sua convicção de verossimilhança.⁴

18. Aludida redução pode ocorrer em duas hipóteses. Na primeira, a própria lei processual contenta-se com a convicção judicial embasada na simples verossimilhança como ocorre nas tutelas de urgência. Na segunda, mesmo a despeito o da ausência

de expressa autorização legal, o juiz pode proceder à redução do módulo a prova diante da impossibilidade concreta de se chegar a um juízo de certeza sobre matéria de fato, sobretudo nos casos em que o direito material em discussão deva preponderar em face das regras ordinárias de distribuição do ônus da prova.

19. Para ilustrar tal teoria, Marinoni assim esclarece⁵:

Comparando a convicção judicial no processo penal e no processo civil, afirma Walter que, se a presunção de inocência que emana do princípio do Estado de Direito não deve ser desvirtuada apenas por ser muito verossímil a culpabilidade do acusado, o princípio do Estado Social seria invalidado se, para a prova de um acidente de trabalho ou do direito a uma pensão, fosse exigido o mesmo grau de certeza que no processo penal. Nessa linha, conclui que, quando se determina o “módulo da prova”, não há como deixar de levar em conta a matéria subjacente ao direito processual, sob pena de os fins do próprio direito material serem desvirtuados, ou ainda de se entrar em choque com outros importantes princípios do direito.⁶

Argumenta que, para se pensar na adequação e na legitimidade do módulo da prova, não basta considerar os princípios jurídicos, ainda que os mais elevados, mas é também necessário analisar os propósitos que o legislador teve em relação a uma matéria concreta, seja quando a lei os mencione expressamente como fins, ou quando possam ser inferidos a partir das razões da lei ou do procedimento; o módulo da prova dos procedimentos diferenciados tem que responder a esses fatores e, assim, ser variável.⁷

Afirma, então, que não há como se pensar na aplicação de um modelo unitário, chamado “verdade”, para todas as situações concretas. Não obstante - e aqui fica nítido o seu distanciamento em relação à tese da verossimilhança preponderante -, conclui, a partir da premissa de que o legislador alemão estabeleceu a necessidade de o juiz se convencer da verdade, que é inadmissível se pensar em reduzir, para todas as situações concretas, o módulo de prova⁸. Ou seja, o seu entendimento é de que nem o modelo da convicção de verdade, nem

³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, v. 1.5, tomo I, p. 180-181.

⁴ WALTER, Gerhard. *Livre Apreciación de la Prueba*, p. 173.

⁵ WALTER, op. cit., p. 173-174.

⁶ De acordo com WALTER, embora deva ser refutada uma redução geral do módulo da prova no processo civil, isso não exclui que se examine, em certos campos ou em grupos de casos, se razões de direito material ou outros critérios não impõem uma redução do módulo (WALTER, op. cit., p. 211).

³ In: *Prova*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 84 e seguintes.

⁴ Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17743-17744-1-PB.htm>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

o modelo da verossimilhança preponderante (ou ainda o modelo de controle por terceiros), poderiam ser aplicados a todos os casos.

A encruzilhada, posta no meio do desenvolvimento do seu raciocínio, impôs a análise acerca de quando o método da convicção da verdade pode ser dispensado em favor do método da verossimilhança. É quando demonstra a necessidade de um agrupamento dos casos que exigiriam a redução do módulo da prova.

Como exemplos de grupo de casos, ressalta: enfermidades profissionais; acidentes de trabalho; lesões pré-natais; casos de refugiados e de vítimas do nazismo; casos de seguros; trabalho perigoso; proteção do trabalhador contra a despedida; recusa ao serviço militar por razões de consciência; responsabilidade objetiva; infrações a determinados deveres⁹. Adverte que esses casos não são taxativos. O seu objetivo é unicamente deixar claro o sistema subjacente. Os casos devem formar um campo que, diante de sua natureza, tem dificuldade de ser esclarecido. Ademais, o direito material deve deixar entrever que essas dificuldades de prova não devem ser suportadas pela vítima.

Walter, ao lembrar que os tribunais alemães reduzem o módulo de prova nas decisões em que a apuração dos fatos resulta em especiais dificuldades, e ao apontar para as indenizações pagas às vítimas do regime nacional socialista e aos refugiados e, ainda, nos casos em que, por razões de consciência a pessoa se nega a prestar o serviço militar, afirma que diante da diversidade dos casos que se deve solucionar e dos fatos que se deve esclarecer, e sobretudo levando-se em consideração as conseqüências que as decisões acarretam, não há sentido em insistir em um módulo da prova unitário.

20. E para ilustrar com exemplos do próprio Walter:

a) Un hombre que El la guerra fu herido por un disparo en la cabeza comienza a sufrir veinte anos más tarde ataques epilépticos y muere finalmente a consecuencia de estos. ¿Fueron estos ataques epilépticos a su vez consecuencia de aquella herida? De ello depende el derecho a una pensión que reclama su viuda. Los informes médico atestiguan que esa causalidad es muy verosímil, pero no pueden excluir otras causas. La demanda de la viuda es por tanto rechazada. b) Una persona que no sabe nadar se ahoga, sin proferir grito alguno, en un punto peligrosamente hondo (1,75 m a 2m) de la piscin de un natatorio. ¿Se ahoga por entrar en la zona honda o fue su muerte debida a una causa física interna, v. gr. un derrame cerebral o un desmayo? El juez tiene dudas y desestima la demanda. c) Un obrero había estado sometido en su lugar de trabajo

a la acción dei piombo. Muerte de cirrosis renal, enfermedad producida de ordinario por efecto de esa acción. E asegurador sostiene en su defensa que la enfermedad puede tener también otras causas. d) Un niño sufre una caída mortal en una cantera o vallada. De haber existido una valia ¿podría el niño haberla trepado y haberse accidentado igualmente de muerte? e) El reconocimiento de un derecho a una jubilación depende que el solicitante haya ocupado, hacia el final de la guerra, un puesto con privilegio de estabilidad. Ese hecho es hoy difícil de com robar (por cuanto el demandante trabaja en la municipalidad de Breslau).¹⁰

21. Reparar que essa teoria não é estranha ao Direito brasileiro. Como explica Ovídio Baptista da Silva:

Nossa experiência judiciária conhece inúmeros casos em que o Convencimento judicial nunca poderá atingir um grau de certeza tão elevado como seria desejável, tendo que contentar-se com alguma forma equivalente ao que Walter denomina 'redução do módulo de prova'. A prova da paternidade natural, antes dos últimos progressos conseguidos na investigação dos códigos genéticos, não era capaz de alcançar um índice de comprovação pericial totalmente seguro e isento de dúvida.¹¹

22. E, prosseguindo, Ovídio Baptista da Silva comenta um exemplo de inteira pertinência ao caso:

A mesma coisa ocorre com exemplos descritos por Walter e que podem esclarecer a questão:

a) Um destes importantes 'grupos de casos' é dado pelo direito previdenciário, particularmente pelas normas que disciplinam indenizações e outras vantagens por enfermidades profissionais e acidentes do trabalho. Em casos frequentes, a relação de causalidade entre a incapacidade laboral e a prestação da atividade profissional da vítima é impossível de ser determinada pelos mais modernos e refinados métodos de pesquisa científica. Então observa Walter: 'Si no se puede llegar a una conclusión inequívoca ni siquiera con el auxilio de peritaciones, se plantea en última instancia la cuestión de si la incertidumbre reinante tiene que ser soportada, según las reglas que gobiernan la carga de la prueba, por el interesado o afectado, o bien (aplicandose la versimili ud preponderante) por el gruesco de los contribuyentes. Esta última, sin duda, la solución adecuada. Una comunidad que

⁹ WALTER, op. cit., p. 240 e ss.

¹⁰ WALTER, Gerhard. Libre apreciación de la prueba. Bogotá: Temis, 1985, p. 174, apud VALLE, Mauricio Dalri Timm do. Livre apreciação da prova. Jus Navigandi, Teresina, an 11, n. 1549, 28 set. ;007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10469/livre-apreciacao-da-prova/3?doctype=artigos>> Acesso em: 14 ago. 2013.

¹¹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: T, 1998, v. 3, p. 140-141.

se ha puesto por objetivo provisional se concrete e efectivamente y aceptar que alguén perciba una renta por un 'accidente de trabajo', aun ue quepa también la posibilidad de que el accidente que le dejó tieso de un brazo .le ha ocurrido practicando deporte” (págs. 240-241).

Na verdade, para sermos mais precisos, a exigência de prova plena, em tal caso, eliminaria inteiramente a possibilidade de que os integrantes desse sistema de seguro social pudessem, alguma vez, gozar do benefício prometido, pois a prova exigida mostrar-se-ia impossível. O caso, portanto, exige se proceda à 'redução do módulo e prova', decidindo-se com base no que se denomina 'verossimilhança preponderante'¹²

É claro que a redução do módulo de prova deve ser excepcional. Isso porque em vigor a regra segundo a qual, se não provado o fato constitutivo d direito do autor, a sentença de improcedência do pedido impõe-se.

Contudo, como já visto, direitos materiais a envolver causa petendi de difícil comprovação (como no caso do direito constitucional de escusa de consciência) ou cuja demonstração depender de conhecimento científicos ainda não disponíveis constituem campo fértil à redução do módulo de prova.

Segundo explica Érico de Pina Cabral:

Para evitar que o processo se transforme num obstáculo à tutela do direito material, é necessário que o juiz analise cada caso concreto e, com pertinência, identifique as situações de extrema dificuldade de se produzir a prova essencial para o julgamento da lide. Em seguida, deve reduzir o grau de exigência de demonstração do fato. Nem todos os casos podem ser resolvido com produção de prova cabal e robusta, de forma que. não se pode unificar o módulo de prova para todas as situações, sob pena de negar o direito à tutela jurisdicional naqueles casos em que a prova é impossível. Ou seja, a exigência de um 'grau unitário de cognição' simplesmente resultaria em total negativa de proteção jurídica.¹³

No caso, é fato notório, não há mais como detectar se o pólo ativo sofreu ou não irradiação do césio 137 em níveis acima dos toleráveis, pois um tal medição só se mostrava possível à época do acidente.

Aqui, portanto, poderá ser utilizada a teoria da redução do módulo de prova, se porventura houver ao menos indícios verossímeis da exposição do pólo ativo próxima a locais e/ou pessoas cujos níveis de radioatividade trouxessem risco.

De outro lado, ultrapassada a questão da irradiação, a te ria da redução do módulo de prova também se utilizará para superar a exigência de prova inequívoca do nex o de causalidade entre o acidente radioativo e as eventuais doença e/ou lesões que o pólo ativo venha a apresentar, desde que a perícia não haja infirmado tal relação de causalidade.

É dizer, se a perícia não puder concluir que tais doenças e/ u lesões foram ou não causadas pela radiação do césio 137, ao juiz só caberá reduzir módulo de prova exigido da parte autora, para então considerar provado - num juízo d “verossimilhança preponderante” - o nex o causal necessário à procedência do pedido.” (sem grifo no original)

23. Na esteira da lição do processualista alemão, Marinoni¹⁴ assevera que,

[...] para se pensar na adequação e na legitimidade do módulo da prova, não basta considerar os princípios jurídicos, ainda que os mais elevados, mas é também necessário analisar os propósitos que o legislador teve em relação a uma matéria concreta, seja quando a lei os mencione expressamente como fins, ou quando possam ser inferidos a partir das razões da lei ou do procedimento.

24. A Lei 6.453/1977, que dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares define alguns conceitos pertinentes ao tema da seguinte forma:

Art. 1º - Para os efeitos desta Lei considera-se:

I - “operador”, a pessoa jurídica devidamente autorizada para operar instalação nuclear;

II - “combustível nuclear”, o material capaz de produzir energia, mediante processo auto-sustentado de fissão nuclear;

III - “produtos ou rejeitos radioativos”, os materiais radioativos obtidos durante o processo de produção ou de utilização de combustíveis nucleares, ou cuja radioatividade se tenha originado da exposição às irradiações inerentes a tal processo, salvo os radioisótopos que tenham alcançado o estágio final de elaboração e já se possam utilizar para fins científicos, médicos, agrícolas, comerciais ou industriais;

IV - “material nuclear”, o combustível nuclear e os produtos ou rejeitos radioativos;

V - “reator nuclear”, qualquer estrutura que contenha combustível nuclear, disposto de tal maneira que, dentro dela, possa ocorrer processo

¹² SILVA, 1998, p. 141.

¹³ CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*. São Paulo: Método, 2008, p. 455.

¹⁴ MARINONI, 2009, p. 88.

auto-sustentado de fissão nuclear, sem necessidade de fonte adicional de neutrons;

VI - “instalação nuclear”:

a) o reator nuclear, salvo o utilizado como fonte de energia em meio de transporte, tanto para sua propulsão como para outros fins;

b) a fábrica que utilize combustível nuclear para a produção de materiais nucleares ou na qual se proceda a tratamento de materiais nucleares, incluídas as instalações de reprocessamento de combustível nuclear irradiado;

c) o local de armazenamento de materiais nucleares, exceto aquele ocasionalmente usado durante seu transporte;

VII - “dano nuclear”, o dano pessoal ou material produzido como resultado direto ou indireto das propriedades radioativas, da sua combinação com as propriedades tóxicas ou com outras características dos materiais nucleares, que se encontrem em instalação nuclear, ou dela procedentes ou a ela enviados;

VIII - “acidente nuclear”, o fato ou sucessão de fatos da mesma origem, que cause dano nuclear;

IX - “radiação ionizante”, a emissão de partículas alfa, beta, neutrons, ions acelerados ou raios X ou gama, capazes de provocar a formação de ions no tecido humano. (sem grifos no original)

25. Uma leitura superficial do dispositivo acima transcrito poderia levar à equivocada suposição de que o acidente de Goiânia não seria abrangido pelo referido diploma legal. Contudo, o objetivo do legislador restringia-se à suposição de que acidentes radiológicos teriam lugar apenas em ambientes fechados como hospitais e clínicas, afetando apenas técnicos ou pacientes específicos, já que não havia como prever a ocorrência de evento com as proporções do acidente de 1987, que contaminou milhares de pessoas, produziu toneladas de rejeitos radiológicos e afetou até mesmo pessoas nascidas após os fatos, como os casos mencionados pelo órgão ministerial nos autos da ação civil pública 2001.01.00.014371-2/GO, citados no voto de relatoria da e. Des. Selene Maria de Almeida, julgado em 27/07/2005:

À guisa de ilustração, tome-se em consideração o caso de DALVA PACHECO PRADO NETA, de apenas seis anos de idade, nascida com seis dedos em cada mão, uma abertura nas costas que expunha a coluna vertebral (depois fechada cirurgicamente), não anda, tem incontinência urinária e hidrocefalia [...]. Marilu de Fátima Ribeiro, sua mãe, era vizinha de Ivo Alves Ferreira, que levou para dentro de sua própria casa parte do material radioativo, vindo a contaminar sua própria filha, Leide das Neves Ferreira, que, por sua vez, veio a óbito posteriormente.

A situação não é diferente para os irmãos Keimer Barros Carneiro e Cleubert de Barros Carneiro. O primeiro, com dez anos mas idade mental de um bebê, não anda nem fala, e o segundo, com nove anos de idade, tem síndrome de West [...]. Os pais morava em frente ao ferro velho de Devair, para onde foi levada parte da fonte contendo a substância do Césio 137.

Débora Ademy de Souza Arruda, por exemplo, falecida aos dezoito dias de vida, nasceu com o coração e o intestino expostos [...]. Sua mãe, Josimara de Souza Oliveira, morava a três quadras do mesmo Ivo Alves Ferreira.

26. Pelas razões acima expostas, entendo aplicável à espécie a teoria da redução do módulo da prova, na medida em que não é possível, de forma indene de dúvidas, mais de vinte anos após o acidente radioativo, aferir se as enfermidades desenvolvidas pelas pessoas que tiveram contato direto ou indireto com o material radioativo ou com indivíduos, objetos e locais gravemente contaminados, possuem como causa exclusiva a contaminação pelo césio 137.

27. Ademais, é fato que a Junta Médica Oficial não dispõe de meios científicos aptos para comprovar ou não o nexos de causalidade entre as doenças e o acidente com o césio 137, visto que não há nenhum precedente na literatura médica mundial a respeito das conseqüências da exposição à sua radiação (a do césio 137).

28. A Lei 9.425/1996, em seu art. 3º, determina:

Art. 3º A comprovação de ser a pessoa vítima do acidente radioativo ocorrido com o CÉSIO 137 e estar enquadrada nos incisos do artigo anterior deverá ser feita por meio de junta médica oficial, a cargo da Fundação Leide das Neves Ferreira, com sede em Goiânia, Estado de Goiás e supervisão do Ministério Público Federal, devendo-se anotar o tipo de seqüela que impede o desempenho profissional e/ou o aprendizado de maneira total ou parcial.

29. A determinação acima constitui regra geral. No caso em comento, contudo, as autoras informam tentativas reiteradas de reconhecimento administrativo de sua condição de vítimas do acidente radioativo, sem sucesso. Insatisfeitas com o resultado, buscaram alcançar judicialmente os objetivos pleiteados. Por tal razão, a remessa dos autos para que a perícia judicial fosse efetuada justamente pela SULEIDE causa espécie, na medida em que já havia, por parte daquela superintendência, de prévio juízo de valor acerca do nexos causal entre o acidente e os danos alegados.

30. Ademais, constata-se que os laudos periciais de fls. 434-436, 439-441 e 443-445 foram confeccionados obedecendo formulário padrão e não contêm indícios de que as autoras tenham sido devidamente

examinadas pelos profissionais signatários, limitando-se a fazer menção a exames levados ou não por elas quando da perícia. Aparentemente não foi feita qualquer anamnese mais detalhada na ocasião.

31. As autoras, em suas razões recursais, questionam a imparcialidade junta médica e suscitam sua suspeição, requerendo a anulação da referida prova com a determinação da realização de novo exame. Entendo que as provas periciais constantes nos presentes não podem ser revestidas de caráter absoluto, apto a vincular a decisão judicial. Contudo, considerando o lapso temporal decorrido desde o acidente, a impossibilidade, pelos métodos científicos hoje existentes, de aferição, com certeza absoluta, do nexo causal entre as doenças e sintomas apresentados pelas autoras e o acidente radiológico de Goiânia e a constatação, pela junta médica da Suleide das doenças previamente diagnosticadas por meio da análise dos documentos apresentados no ato da realização da perícia, em atendimento ao princípio da economia processual, entendo ser despicienda a realização de novo exame, motivo pelo qual rejeito o pedido de repetição da prova.

32. Assim, passo a analisar concretamente a situação de cada uma das autoras.

31. Análise, inicialmente, as alegações de Lindomar Ramos Chapadence que, de acordo com as informações constantes na inicial:

[...] morava nas proximidades do local onde ficou guardada a cápsula radioativa. Logo após o acidente radioativo engravidou e teve uma gestação problemática, com perda de sangue frequente. Seu filho, Hugo Leonardo Ramos Chapadence, nasceu apresentando problemas de saúde. Apresenta problemas de tireóide, fortes dores de cabeça, possui insônia e tonteira (fls. 04-05).

33. Em virtude da contaminação do local, a apelante perdeu todo o estoque de sapatos que comercializava em sua casa, à época do acidente. Em decorrência da contaminação, relata ter sido vítima de preconceito e ter perdido grande parte de sua clientela, que receava contato direto com resquícios radioativos. Perdeu também seu emprego no salão de beleza onde trabalhava pelo mesmo motivo.

34. Lourdes dos Santos Barcelos relata que também habitava as proximidades do local contaminado e que hoje é portadora de câncer de pele, mioma no útero e hipertensão. Afirma já ter sido submetida a diversas cirurgias para a retirada de tumores e que sua filha Sandra Barcelos possui mais de 40 miomas uterinos decorrentes de contato direto com

indivíduos contaminados. Esclarece que foi afastada de sua residência por contaminação do local mas que, após alguns dias, retornou ao lar por não ter para onde ir e que perdeu roupas móveis e objetos de uso pessoal.

35. A seu turno, Luzia Chapadence da Silva informa que possuía um salão de beleza nas proximidades do acidente e que perdeu toda sua clientela. Aduz que possui problemas de tireóide e sequelas psicológicas decorrentes do medo de desenvolver problemas de saúde. Ressalta que sofreu preconceito e segregação social por ser uma das vítimas do acidente radiológico.

36. A despeito das alegações formuladas, não há nos autos documentos, exames aptos a comprovar a existência das doenças mencionadas. Ademais, apesar de os laudos periciais não serem considerados como prova absoluta por terem sido formulados por junta médica subordinada à Suleide, aqueles documentos indicam que as periciandas não apresentaram atestados médicos ou exames complementares que comprovem alguma patologia (fls. 435, 440 e 444). Assim, ante a inexistência de enfermidade comprovada, forçoso é indeferir o pedido formulado.

37. Passo à análise do pedido de indenização pelos danos morais experimentados.

38. Como já explicitado em linhas anteriores, no caso vertente restou incontroverso reconhecimento da responsabilidade civil solidária da União, Estado de Goiás e CNEN na modalidade subjetiva, ante constatação da existência de culpa por negligência.

39. Aqui se faz necessária a conceituação do dano moral, sob a nova perspectiva constitucional, cujo núcleo irradiador é a dignidade da pessoa humana. Nas palavras do mestre Sergio Cavalieri Filho¹⁵, *verbis*:

À luz da Constituição vigente, podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos. Em sentido strito, dano moral é a violação do direito à dignidade. E foi justamente por considera a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral. Este é, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral, que já começou a ser assimilado pelo Judiciário, conforme se constata do aresto a seguir transcrito: "Qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável. Valores como a

¹⁵ In: *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 82-83.

liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade, aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos. Ofensa a tais postulados exige compensação indenizatória” (Ap. Cível 40.541, rel. Des. Xavier Vieira, in ADCOAS 144.719).

[...]

Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade.

[...] a dignidade é o fundamento central dos direitos humanos, devendo ser protegida e, quando violada, sujeita à devida reparação.

40. Pelo reconhecimento do dano moral em situações similares, oportuna a transcrição dos seguintes julgados da jurisprudência deste eg. TRF1, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. ACIDENTE COM CÉSIO 137 NA CIDADE DE GOIÂNIA. BOMBEIRO QUE PARTICIPOU DA LAVAGEM DO LOCAL. CÂNCER ÓSSEO. ÓBITO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O EVENTO E O DANO EXPERIMENTADO. DANO MATERIAL CONSISTENTE EM PENSIONAMENTO MENSAL. DANO MORAL QUE SE REDUZ.

I - A Constituição de 1988, ao disciplinar a responsabilidade civil do Estado, o fez prestigiando a responsabilidade objetiva, tendo por fundamento a teoria do risco administrativo.

II - O profissional bombeiro que, segundo a prova testemunhal prestada, participou da limpeza dos resíduos retirados em razão do acidente com a cápsula de césio 137 na cidade de Goiânia, inequivocamente esteve em contato com a substância radioativa.

III - Do depoimento de médico especialista colhido resta patente que não se pode afirmar, ou negar, que o câncer desenvolvido não tenha relação com o episódio. Na literatura médica havia apenas um caso semelhante, o que não é suficiente para afastar a responsabilidade da autarquia apelante.

IV - Não afastada a responsabilidade e havendo liame de causalidade entre o trabalho desenvolvido e o dano experimentado, é mister reconhecer-se a responsabilidade da Administração, o que obriga à reparação dos danos observados

V - Danos materiais fixados em 4 (quatro) salários mínimos a ser divididos entre o filho menor até que atinja 21 (vinte e um) anos de idade e a

esposa da vítima, até a data em que o “de cujus” completaria 65 (sessenta e cinco).

VI - Indenização por dano moral excessiva considerando-se que a vida humana não apresenta parâmetro indenizatório. O julgador deve estipular a reparação de maneira a não enriquecer de forma graciosa aquele que está sendo indenizado mas que iniba futura atuação que provoque a mesma lesão.

VII - Indenização por danos morais que se reduz para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), montante de indenização consentâneo com a repercussão do fato e o potencial econômico social do lesante.

IX - Apelação da CNEN provida, em parte, tão-somente para reduzir o montante da indenização por danos morais.

X - Remessa oficial prejudicada.

(AC 0012484-29.1998.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Selene Almeida, Quinta Turma, DJ, p. 64, de 10/07/2003.)

41. Dessarte, reconhecida a ocorrência do dano moral compensável, passa-se à análise do valor arbitrado a título indenizatório.

42. Sobre o valor dos danos morais, é cogente reconhecer que danos sobre o patrimônio imaterial são incalculáveis, o que torna impossível a quantificação da perda, eis que para cada pessoa ela representa dor em pontos distintos de seu complexo psicológico.

43. Contudo, é entendimento corrente que a compensação não tem como objetivo enriquecer ou mesmo quantificar monetariamente o dano, pois, como foi dito acima, tal quantificação é impossível.

44. Nesse compasso, a indenização deve tomar como parâmetro a repercussão do dano, suas sequelas, a apreensão ao agente causador do fato e sua possibilidade de pagamento, bem como ter claro que a indenização não ocasiona enriquecimento.

45. Compulsando os autos, verifico, da leitura de jornais da época (fls. 179-193) que as vítimas do acidente e seus familiares passaram a conviver com discriminação social e medo de desenvolvimento de moléstias decorrentes do contágio. Em consulta à internet, do mesmo modo, relatos das vítimas dão uma dimensão humana aos frios dados estatísticos e demonstram que as sequelas do acidente ultrapassam sobremaneira os efeitos físicos, ocasionando preconceitos sociais cujo valor não pode ser estimado.

46. Tão somente para efeitos práticos, entendo ser aconselhável a limitação do valor da indenização ao valor máximo das RPVs – Requisições de Pequeno Valor, ou seja 40 (quarenta) salários-mínimos, uma vez que, desta forma, a efetiva reparação de parte do dano sofrido dar-se-á de modo mais célere.

47. Assim, fixo a indenização por danos morais em R\$ 27.120,00 (vinte e sete mil cento e vinte reais) para cada autora, quantia equivalentes e limitada ao valor de 40 (quarenta) salários-mínimos prevista para o pagamento de RPV – Requisição de Pequeno Valor, devendo ser rateada entre os três réus.

48. Entendo que os juros incidem a partir do evento danoso (outubro de 1987) e a correção monetária, a partir da fixação do *quantum* indenizatório. Acerca da correção, “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 10.406/2001), 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 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.” (REsp 763.983/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 28/11/05).

49. Ou seja, no caso dos autos, os juros devem ser computados no importe de 0,5% ao mês desde a data do evento danoso — fixado em 1º de outubro de 1987 — até a entrada em vigor do Novo Código Civil, quando deverá ser observada a taxa Selic até a vigência da Lei 11.960/2009, quando fluirão pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, (art.1º-F da Lei 9.494/1997).

50. A correção monetária a partir da assentada do julgado já está embutida na Selic e na correção segundo a caderneta de poupança.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso da parte autora e:

a) indefiro o pedido de enquadramento das autoras como beneficiárias da Lei 9.425/1996 por falta de comprovação de diagnóstico das enfermidades alegadamente contraídas em virtude do acidente radiológico, restando consignado que o indeferimento do pedido não exclui a possibilidade de propositura de nova ação em caso de aparecimento de novas enfermidade não diagnosticadas até o momento;

b) condeno a União, o Estado de Goiás e a Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN ao pagamento *pro rata* de indenização por danos morais no importe de R\$ 27.120,00 (vinte e sete mil cento e vinte reais) para cada autora, quantia equivalentes e limitada ao valor de 40 (quarenta) salários-mínimos prevista para o pagamento de RPV – Requisição de Pequeno Valor.

c) condeno a União e o Estado de Goiás a providenciarem exames e tratamento médico-odontológico, bem como os medicamentos necessários ao tratamento das enfermidades apresentadas pelas autoras;

d) condeno o estado de Goiás ao pagamento, em favor da Defensoria Pública da União, da importância de R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais). Deixo de condenar a União e a CNEM ao pagamento de honorários por força da Súmula 421 do STJ.

É como voto.

Sexta Turma

Numeração única: 0025497-21.2009.4.01.3400

Apelação Cível 2009.34.00.025958-2/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques
 Apelante: Total Linhas Aéreas S/A
 Advogados: Dr. Leonardo Sperb de Paola e outros
 Apelada: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT
 Advogados: Dr. Raphael Ribeiro Bertoni e outros
 Publicação: e-DJF1 de 10/12/2013, p. 371

Ementa

Administrativo. Contrato de prestação de serviços com a Administração Pública. Equilíbrio econômico-financeiro. Reajuste do preço. Factum principis. Extinção da CPMF. Lei 8.666/1993, art. 65, § 5º, Limites. Não ocorrência de repercussão da extinção do encargo nos preços. Apelação provida.

I. Para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, é necessária a ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária ou extracontratual.

II. No caso, difícil caracterizar a extinção da CPMF como fato imprevisível, ante a provisoriedade de tal contribuição. Além disso, a instituição ou extinção da CPMF não implica onerosidade excessiva a ensejar desequilíbrio econômico financeiro do contrato em questão. As alíquotas de CPMF variaram entre 0,2% e 0,38%, entre os anos de 1997 e 2007. Tais percentuais, diminutos que são, não consistem em encargos insuportáveis a manutenção do contrato. Precedentes desta Corte e do TCU.

III. Além disso, não há clara disposição contratual afirmando que a CPMF estivesse incluída no preço contratado, não ficando demonstrado que a variação da exação em cotejo incidiu sobre os custos da execução, do que se inferes que afetou tão somente o resultado da exploração do contrato, não havendo razão para se proceder a uma revisão contratual à justificativa de aumento da margem de lucro da contratada.

IV. Apelação a que se dá provimento, para reconhecer a ilegalidade da revisão contratual promovida pela ECT em razão da extinção da CPMF.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação da autora, para reconhecer a ilegalidade da revisão contratual promovida pela ECT em razão da extinção da CPMF.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 08/11/2013.

Desembargador Federal *Kassio Marques*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques: — Trata-se de recurso de apelação interposto pela Total Linhas Aéreas S/A, contra sentença que denegou a segurança, à consideração de que o contrato de transporte de mercadorias firmado entre a empresa autora e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT incluía o valor da CPMF no seu custo total, estando correta, após a extinção do referido encargo tributário, a subtração do respectivo valor do preço fixado para prestação dos serviços de transporte.

A autora afirma que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT não poderia ter procedido a uma revisão unilateral dos custos do contrato em exame em razão da extinção da CPMF, pois tal contribuição jamais haveria composto a carga tributária do contrato, não havendo a Administração produzido qualquer prova em contrário.

Em contrarrazões, a ECT pugna pela manutenção da sentença recorrida.

O Ministério Público Federal opina pelo improvido do recurso de apelação.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques: — A ECT realizou alteração unilateral no preço de contrato de prestação de serviços firmado com a autora, por considerar que a CPMF estaria inclusa nos custos totais do acordo e que a extinção do referido encargo tributário ensejaria uma recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Efetivamente, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é uma garantia constitucional prevista no art. 37, XXII, da CF, com vistas à manutenção das condições efetivas da proposta.

Também a Lei 8.666/1993 prevê, em seu art. 65, inciso I, alínea *d*, a alteração do contrato

[...] para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian e o Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado).

de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Vê-se, entretanto, que, para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, é necessária a ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária ou extracontratual, o que parece não ser o caso dos autos.

Primeiro, difícil caracterizar a extinção da CPMF como fato imprevisível, ante a provisoriedade de tal contribuição. Segundo, ainda que se possa alegar que as sucessivas prorrogações da exação lhe conferiria caráter de imprevisibilidade, não creio que a instituição ou extinção da CPMF implique onerosidade excessiva a ensejar desequilíbrio econômico financeiro do contrato em questão. As alíquotas de CPMF variaram entre 0,2% e 0,38%, entre os anos de 1997 e 2007. Tais percentuais, diminutos que são, não consistem em encargos insuportáveis a manutenção do contrato.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, em mais de uma ocasião, já concluiu por negar cabimento à revisão de preços em virtude da introdução do IPMF (CPMF) e da Cofins. Confira-se trecho de ementa do Plenário do TCU, no julgamento 1.742/2003:

[...]

3. No tocante ao acréscimo aplicado indevidamente ao BDI em virtude da majoração da COFINS e da CPMF, estou de acordo com que, consoante entende a equipe de auditoria, estando ausente a configuração do encargo insuportável à contratada por aumento de tributos, não há como possa sustentar-se a alteração do contrato com fundamento na necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial. Na linha dos precedentes desta Corte de Contas acerca da teoria da imprevisão nos contratos públicos, a exemplo do Acórdão nº 45/99- Plenário e da Decisão nº 698/2000 - Plenário -TCU, as majorações de encargos contratuais, como os tributos COFINS e CPMF, se inserem na álea empresarial ordinária, a não ser que, além dos requisitos da involuntariedade e da imprevisibilidade do fato, reste evidenciada a onerosidade excessiva da execução contratual original em decorrência do incremento, no caso, da carga tributária.'

Segue abaixo, ementa de acórdão da Sexta Turma deste Tribunal, com semelhantes conclusões:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE OBRA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EQUILÍBRIO

ECONÔMICO-FINANCEIRO. REAJUSTE ANUAL DO PREÇO. TERMO ADITIVO COM INCLUSÃO DE NOVOS SERVIÇOS E DE FORNECIMENTO DE MATERIAIS. PREÇOS NOVOS. FACTUM PRINCIPIS. MAJORAÇÃO TRIBUTOS APÓS APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA. ELEVAÇÃO ALÍQUOTAS COFINS E CPMF. LEI N. 8.666/93, ART. 65, § 5º, LIMITES. INOCORRÊNCIA DE REPERCUSSÃO NOS PREÇOS A ONERAR ESPECIFICAMENTE OS ENCARGOS. POSIÇÃO FIRME DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. I - Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.(Art. 65, § 5º, da Lei n. 8.666/93) II - Elevação da alíquota da COFINS em 1% e da CPMF em 0,18%, não justifica elevação do preço da obra contratada, por ausência de encargo insuportável à contratada pela majoração. Posição firme e unânime Plenário colendo TCU, Acórdão n. 45/99 e Decisão n. 698/2000. III - A aplicação do "Fato do Príncipe" deve ser tida com comedimento. Necessidade de um vínculo direto entre o encargo e a prestação, ou seja, uma relação direta de causalidade que caracterize o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro. Reflexos decorrentes de leis ou regulamentos de ordem geral não se enquadram na teoria do Factum Principis (posição da doutrina, acolhida pelo TCU). IV - Reajuste anual dos preços, apesar de previsto em contrato, não incide uma vez que o valor anteriormente contratado fora faturado antes de decorrido um ano da apresentação da proposta, correspondendo o saldo credor a favor da contratada após esgotado tal período a um valor inferior aos preços novos referentes a serviços/ obras relativos a aditivos firmados há menos de 5 (cinco) meses do encerramento dos contratos, ou, como se infere no contrato 019/1999, apenas 8 dias após decorrido o ano. V - Apelação da empresa construtora contratada a que se nega provimento. Pleito de reajuste e aplicação do § 5º do art. 65 da Lei n. 8.666/93 improcedente. (AC 0005657-19.2004.4.01.3200/AM, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1, p. 82, de 30/05/2011.)

Além de não comprovada a existência de sacrifício insuportável que enseje o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, observo que tampouco restou demonstrada a correlação entre a extinção do tributo e os preços contratados.

A ECT alega que o contrato em questão previa que o valor de pagamento dos serviços incluía toda a carga tributária incidente, embora não especificasse de forma detalhada quais tributos estariam abrangidos. Com tal argumento, pretende que se presuma que o custo da CPMF estivesse embutido de alguma forma na composição do preço contratado.

Tenho que a questão deve ser analisada à luz das peculiaridades do instituto da CPMF.

Primeiramente, há de se consignar que o fato gerador da CPMF era o lançamento, movimentação ou transmissão de valores, de créditos e direitos de natureza financeira, de forma que tanto o devedor deveria sofrer a exação quando movimentava valores para pagamento, quanto o credor ao efetuar posterior movimentação das quantias. Assim, a extinção da CPMF gera um duplo benefício para ambas as partes, não havendo de se cogitar de onerosidade para apenas um dos polos da relação jurídica.

Além disso, a CPMF não está direta ou indiretamente relacionada ao objeto do contrato, já que o fato gerador de sua incidência não é o recebimento de valores, nem a prestação de serviços, mas sim a movimentação financeira, que se dá em momento anterior ou posterior à execução do próprio contrato diferentemente do que ocorre com os demais tributos que possuem fato gerador no objeto do contrato. No caso, se anterior, beneficiaria a própria ECT, se posterior, estaria condicionada a um evento futuro, qual seja, a movimentação financeira. Assim não fica presumida e nem resta demonstrada a existência de prejuízo pela ECT.

De outra parte, mesmo que se admitisse a existência de prejuízo, para que este possa ensejar

uma recomposição das bases financeiras do contrato, faz-se necessário que atinja diretamente os custos de execução do contrato, o que não se verifica na hipótese. Semelhante situação ocorre em situações de majoração da alíquota do IR, seja em razão da mudança de faixa, seja em razão de lei superveniente (fato príncipe), nas quais não se autoriza o restabelecimento do equilíbrio da equação financeira do contrato.

No caso, não ficou devidamente demonstrado se a variação da exação em cotejo incidiu sobre os custos da execução, do que se infere que se deu tão somente sobre o resultado da exploração do contrato, não havendo razão para se proceder a uma revisão contratual à justificativa de aumento da margem de lucro da contratada.

Assim, entendo que não restou comprovada a correlação entre a majoração dos tributos e os preços da contratada, nem a existência de sacrifício insuportável que enseje o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, e muito menos de forma unilateral, sem a observância do devido processo legal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de apelação, para reconhecer a ilegalidade da revisão contratual pretendida de ECT, não devendo ser alterado o valor do contrato em razão da extinção da CPMF.

É como voto.

Sétima Turma

Numeração única: 0004807-15.2002.4.01.3400

Apelação Cível 2002.34.00.004810-6/DF

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral
Apelante: Conselho Federal de Farmácia – CFF
Procuradores: Dr. Robspierre Lobo de Carvalho e outros
Apelado: Conselho Federal de Enfermagem
Procuradores: Dr. João Paulo Balsini e outros
Publicação: e-DJF1 de 29/11/2013, p. 453

Ementa

Administrativo. Conselho Federal de Farmácia (CFF) x Conselho Federal de Enfermagem (Cofen). Manipulação de medicamentos quimioterápicos e antineoplásicas por enfermeiro: impossibilidade. Ausência de previsão legal (Lei 9.489). Atividade privativa de farmacêutico. Resolução Cofen 257/2001: ilegalidade.

I. A atividade de “preparar medicamentos”, conferida aos enfermeiros pela Resolução Cofen 257/2001, não está prevista na Lei 7.498, de 28/06/1986, que regulamento a profissão.

II. A Portaria/MS 3.535/1998 é clara ao afirmar, em seu subitem 3.3.2.1, que “todo preparo de medicamentos antineoplásicos deve ser realizado por farmacêutico”.

III. O papel do enfermeiro encontra, por óbvio, limitação técnica e legal para a *manipulação e/ou preparo* dos medicamentos antineoplásicos, seja pelo grau de complexidade técnico-científica exigida; seja pelo alto risco no manuseio das substâncias envolvidas; seja porque o *preparo* de medicamentos antineoplásicos não se restringe à mera diluição ou simples mistura de outros medicamentos; seja porque tal pretensão não possui amparo legal; ou, ainda, porque ela se opõe à norma de regência (Portaria/MS 3.535/1998, subitem 3.3.2.1).

IV. Apelação do CFF provida: pedido procedente.

V. Peças liberadas pelo relator, em Brasília, 19 de novembro de 2013, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Turma *dar provimento* à apelação do CFF por unanimidade.

7ª Turma do TRF 1ª Região –19/11/2013.

Desembargador Federal *Tolentino Amaral*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Trata-se de apelação da sentença (431/8) proferida pelo MM. Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus, da 14ª Vara/DF, que julgou improcedente o pedido do Conselho Federal de Farmácia para afastar as disposições da Resolução Cofen 257, de 2001, que outorgou ao enfermeiro o preparo de drogas quimioterápicas antineoplásicas. Condenou o CFF nas custas processuais e nos honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.000,00. (VC = R\$ 3.000.000,00).

Em apelação (fls. 472-98), o CFF alega ilegal, por ausência de previsão legal e formação acadêmica, a dispensação e a manipulação de antineoplásicos e quimioterápicos por enfermeiros.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tolentino Amaral: — Examinando a Lei 7.498, de 28/06/1986, que regulamenta a profissão, conclui-se que, entre as atribuições de enfermeiro, não está incluída a atividade preparar medicamentos, conferida pela Resolução Cofen 257/2001:

Art. 11. O Enfermeiro exerce todas as atividades de enfermagem, cabendo-lhe:

I - privativamente:

a) direção do órgão de enfermagem integrante da estrutura básica da instituição de saúde, pública e privada, e chefia de serviço e de unidade de enfermagem;

b) organização e direção dos serviços de enfermagem e de suas atividades técnicas e auxiliares nas empresas prestadoras desses serviços;

c) planejamento, organização, coordenação, execução e avaliação dos serviços da assistência de enfermagem;

d) (vetado);

e) (vetado);

f) (vetado);

g) (vetado);

h) consultoria, auditoria e emissão de parecer sobre matéria de enfermagem;

i) consulta de enfermagem;

j) prescrição da assistência de enfermagem;

l) cuidados diretos de enfermagem a pacientes graves com risco de vida;

m) cuidados de enfermagem de maior complexidade técnica e que exijam conhecimentos de base científica e capacidade de tomar decisões imediatas;

O Cofen, por mera resolução, atribuiu competência não prevista na lei que regulamenta a profissão e que, a princípio, parece invadir a área de atuação dos farmacêuticos, haja vista a Portaria/MS 3.535/1998, que é clara ao afirmar em seu subitem 3.3.2.1 que “todo preparo de medicamentos antineoplásicos deve ser realizado por farmacêutico”.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes (convocado).

Não está em discussão, no caso, a capacidade de o enfermeiro ministrar ou administrar medicamentos antineoplásicos em pacientes com câncer (atribuição própria de sua profissão), mas a sua capacitação técnico-científica e autorização para preparar (em sentido de manipular) tais medicamentos.

A correta definição desses termos é de sua importância para a perfeita compreensão da lide.

O papel do enfermeiro encontra, por óbvio, limitação técnica e legal para a manipulação e/ou preparo dos medicamentos antineoplásicos, seja pelo grau de complexidade técnico-científica exigida; seja pelo alto risco no manuseio das substâncias envolvidas; seja porque o preparo de medicamentos antineoplásicos não se restringe à mera diluição ou simples mistura de outros medicamentos; seja porque tal pretensão não possui amparo legal; ou, ainda, porque ela se opõe à norma de regência (Portaria/MS 3.535/1998, subitem 3.3.2.1).

Lado outro, eventual escassez de farmacêuticos, principalmente em hospitais públicos, não possui

o condão de autorizar que outros profissionais o substituam em suas funções privativas, sob pena de se cancelar futurível substituição até mesmo ao médico por outro profissional, não legalmente habilitado para exercer a função.

Não há comparar, ainda que por mera exemplificação, o preparo de medicamentos antineoplásicos e quimioterápicos com outros remédios de uso caseiro ministrado pelo próprio paciente, mesmo porque a arte no preparo da medicação vai muito além da leitura atenta de instruções laboratoriais (vide bula) ou prescrições médicas.

Pelo exposto, dou provimento à apelação do CFF para, reformando a sentença, anular a Resolução Cofen 257/2001.

Custas em ressarcimento. Condeno o Cofen em honorários advocatícios, que fixo em R\$ 50.000,00 (VC = R\$ 3.000.000,00).

Sétima Turma

Apelação/Reexame Necessário 0021303-77.2011.4.01.3700/MA

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca
Apelante: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Apelados: Cecília Maria Fiquene Hachem e outros
Advogados: Dra. Maíse Garces Feitosa e outros
Remetente: Juízo Federal da 5ª Vara – MA
Publicação: e-DJF1 de 08/11/2013, p. 645

Ementa

Constitucional e Administrativo. Ilha Costeira de São Luís/MA. EC 46/2005. Demarcação. Notificação por edital. Inconstitucionalidade. Cadeia sucessória dominial do imóvel comprovada. Propriedade particular. Inexigibilidade da cobrança de foro e laudêmio.

I. Agravo retido conhecido. Todavia, provimento negado, uma vez que se confunde com o mérito da demanda.

II. *In casu*, o magistrado sentenciante solucionou, com propriedade e lucidez, a controvérsia dos autos: [...] pois as consequências jurídicas geradas em decorrência da fixação da linha de preamar média de 1831 são demasiadamente graves para que os interessados certos, conhecidos, passíveis de identificação, fossem convocados para participar do processo de forma presumida, ficta, através de edital, cuja eficácia, é quase nula.

III. Com efeito, tal demarcação, sem a notificação pessoal dos interessados, caracteriza afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

IV. "O STF, em julgamento datado de 16 MAR 2011, entendeu atentatória aos princípios do contraditório e ampla defesa, nos procedimentos demarcatórios de terrenos de marinha, a convocação dos interessados por edital da forma como permitia o art. 11 do Decreto-Lei 9.760/1946, na redação dada pela Lei 11.481/2007, suspendendo a novel

legislação”. (AG 0074617-77.2011.4.01.0000/MA, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, Sétima Turma, *e-DJF1*, p. 394, de 09/03/2012.)

V. “O entendimento do STJ é, portanto, no sentido de ser necessária a notificação pessoal dos interessados certos (proprietários à época) no procedimento de demarcação da linha preamar.” (APELRE 200951020010656, Des. Federal José Antônio Lisboa Neiva, TRF2 - Sétima Turma Especializada, *e-DJF2R* - Data: 26/04/2011 - p.178.)

VI. “Após a edição da EC 46/2005, não pode mais a União ostentar qualquer pretensão de domínio das áreas contidas em ilhas costeiras ou oceânicas, sede de Município, vez que “a mera circunstância - como no caso - de a ilha costeira ou oceânica ser “sede de município” já altera a propriedade das áreas nelas contidas, reputando-se - em presunção absoluta - pertencerem à municipalidade, ou, quando o caso, a terceiros. Da simples leitura do dispositivo já se vislumbra que a Ilha de São Luís, por ser sede de Município do mesmo nome, está excluída dos bens da União, ali especificados.” (AC 2007.34.00.033470-0/DF, rel. Des. Tolentino Amaral, Sétima Turma, *e-DJF1*, p. 321, de 17/07/2009).

VII. Além do mais, “havendo prova de que o imóvel se encontra registrado em nome de particular no Cartório de Registro de Imóveis, não pode ser exigida taxa de ocupação de terreno de marinha sem o devido processo legal.” (AC 2004.34.00.021614-0/DF, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, *e-DJF1*, p. 98, de 17/07/2009.)

VIII. No caso em tela, existindo nos autos prova documental que mostra a propriedade particular do imóvel, não enquadrado como terreno de marinha, não há que se falar na cobrança de foro e laudêmio.

IX. Apelação e remessa oficial não providas. Sentença mantida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo retido, à apelação e à remessa oficial.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 28/10/2013.

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Reynaldo Fonseca*: — Cuida-se de apelação interposta pela União, contra sentença prolatada pelo MM. juiz federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão, que julgou procedente o pedido, para afastar a cobrança de laudêmio quanto ao imóvel descrito na inicial, e fixou os honorários advocatícios em R\$ 1.000,00 (mil reais). [fls. 165-167]

Em suas razões recursais, requer, inicialmente, a apreciação do agravo retido. No mérito, sustenta a recorrente, em síntese, a legalidade da cobrança de laudêmio, em razão da configuração do imóvel como terreno de marinha.

Alega legalidade da demarcação efetuada, inexistindo ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Ao final, requer a reforma da *r.* sentença. (fls. 170-176)

Contrarrazões às fls. 180-189.

Há remessa oficial.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal *Reynaldo Fonseca*: — Preambularmente, conheço do agravo retido. Todavia, nego-lhe provimento, uma vez que se confunde com o mérito da demanda.

A presente ação visa à declaração de inexigibilidade de débito referente a laudêmio, incidente sobre o imóvel descrito na petição inicial, situado em São Luís, Estado do Maranhão.

Sob esse enfoque, o procedimento administrativo instaurado pela Administração destoou acintosamente dos parâmetros do devido procedimento legal, e mais especificamente dos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem ainda dos princípios da propriedade e da publicidade (CF, 5º, LIV e LV, e 37, *caput*, respectivamente).

Nessa linha de entendimento, confirmam-se, a título de exemplo, os seguintes julgados, *in verbis*:

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Rafael Paulo Soares Pinto e Rodrigo de Godoy Mendes (convocados).

TRIBUTÁRIO, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - AÇÃO ANULATÓRIA - COBRANÇA DE TAXA DE OCUPAÇÃO, FORO E LAUDÊMIO PELA UNIÃO - PROCESSO DEMARCATÓRIO DE TERRENO DE MARINHA - INTIMAÇÃO DOS INTERESSADOS POR EDITAL NOS TERMOS DO ART. 11 DO DECRETO-LEI N. 9.760/46 (REDAÇÃO PELA LEI N. 11.481/2007) - INCONSTITUCIONALIDADE (ADI N. 4264/STF) - AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

1- “Os terrenos de marinha, onde quer que estejam localizados, continuam sendo do domínio da União, ex vi do art. 20, VII” (in AgRg 200737000074911, Des. Fed. SELENE MARIA DE ALMEIDA, T5/TRF1, e-DJF1 13/05/2011).

2- O STF, em julgamento datado de 16 MAR 2011, entendeu atentatória aos princípios do contraditório e ampla defesa, nos procedimentos demarcatórios de terrenos de marinha, a convocação dos interessados por edital da forma como permitia o art. 11 do Decreto-Lei n. 9.760/46, na redação dada pela Lei n. 11.481/2007, suspendendo a novel legislação.

3- Confessado pela própria FN que a SPU notificou os contribuintes, na instauração do processo demarcatório de seu imóvel como terreno de marinha, tão-somente por edital, não são exigíveis os foros/laudêmios advindos desse processo, tendo em vista a provável decisão confirmatória da inconstitucionalidade da Lei n. 11.481/2007 pelo STF (a manutenção da possibilidade de cobrança de tais exações traria risco de dano de difícil reparação aos agravados).

4- “Quanto ao registro de dados em cadastros de inadimplentes, a concessão de tutela antecipada suspende a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, V, do CTN). Logo, nos termos do art. 7º, I, da Lei n. 10.522/2002, suspensa a exigibilidade do crédito tributário, o registro no CADIN também fica suspenso” (AGA 0028578-56.2010.4.01.0000/MA, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, T7/TRF1, e-DJF1 19/08/2011).

5- Agravo de instrumento não provido.

6- Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 28 de fevereiro de 2012, para publicação do acórdão.

(AG 0074617-77.2011.4.01.0000 / MA, rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p.394 de 09/03/2012)

TAXA DE OCUPAÇÃO. TERRENO DE MARINHA. PROCEDIMENTO DE DEMARCAÇÃO. NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL.

1. A sentença impugnada concluiu pela irregularidade do procedimento de demarcação da linha preamar, tendo em vista a falta de notificação pessoal dos interessados certos (proprietários à época).

2. A matéria versada nestes autos encontra-se definida como recurso repetitivo perante o STJ, conforma consta do Informativo nº 446 (REsp 1.183.546-ES, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 08/09/2010). No julgamento do

referido Resp, submetido ao regime do art. 543-C do CPC e à Resolução nº 8/2008-STJ, ficou assente que: –os terrenos de marinha pertencem à União, não sendo a ela oponíveis os registros de propriedade particular dos imóveis neles situados. Consoante afirmou o Min. Relator, tais títulos possuem mera presunção relativa e garantem àqueles tidos como proprietários apenas o direito de, por exemplo, ser notificados pessoalmente para fazer parte do procedimento de demarcação da linha preamar e fixação do domínio público–.

3. O entendimento do STJ é, portanto, no sentido de ser necessária a notificação pessoal dos interessados certos (proprietários à época) no procedimento de demarcação da linha preamar. E restou incontroverso, nestes autos, que não houve a mencionada notificação pessoal, somente a publicação de editais, conforme assinalado pela própria União nas razões de seu apelo.

4. Não há que se falar em ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal), uma vez que o próprio STF visualizou relevância na alegação de inconstitucionalidade do art. 11 do Decreto-lei nº 9.760/46, com a redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.481/2007 (ADI 4264 MC/PE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 16.3.2011), conforme Informativo nº 619 de 9 a 18 de março de 2011, tendo deferido a medida cautelar com eficácia erga omnes e vinculante.

5. Remessa necessária e apelação conhecidas e desprovidas. (APELRE 200951020010656, Desembargador Federal Jose Antonio Lisboa Neiva, TRF2 - Sétima Turma Especializada, E-DJF2R - Data: 26/04/2011 - p. 178.)

CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL. TERRENO DE MARINHA. PROCESSO DEMARCATÓRIO DA LINHA DE PREAMAR DE 1831. NOTIFICAÇÃO POR EDITAL. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OCUPAÇÃO DE BOA-FÉ. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES.

- Trata-se de medida cautelar incidental que visa a suspender a eficácia do Auto de Constatação de Infração e Imposição de Multa 001/2011, de 02.08.2011, até a decisão final do recurso de apelação na ação nº 0007279-84.2009.4.05.8200, que discute a validade do procedimento de definição da linha de preamar efetuado pela Secretaria do Patrimônio da União.

- A medida pleiteada restringe-se à suspensão da eficácia de multa imposta por ocupação irregular até o julgamento final da ação que discute a regularidade da demarcação do limite de praia e a propriedade ocupada pelo requerente. Medida de caráter acautelatório. Adequação da via eleita. - A jurisprudência pátria é assente em afirmar que a intimação pessoal, dos interessados identificados e com domicílio certo para participar do processo de demarcação da linha do preamar, é indispensável à garantia do devido processo legal. (Precedentes:

ADI-MC 4264, Ricardo Lewandowski, STF, *DJe* 30/05/2011 / Processo: 200581000157551, *Apelreex* 20581/CE, Des. Federal Geraldo Apoliano, Terceira Turma, TRF5, Julgamento: 17/05/2012, Publicação: *DJE* 18/07/2012, p. 65.)

- Na análise nas informações contidas nos documentos emitidos pela Secretaria do Patrimônio da União, é evidente a boa-fé do agravante na ocupação da área descrita que foi posteriormente contestada pelo órgão público. Ao caso não se aplica a penalidade prevista no art. 6º do Decreto-Lei nº 2.398.

- Receio de dano presente pela possibilidade de privação de recursos do agravante decorrente do alto valor que lhe é cobrado, bem como pela possibilidade de inscrição do requerente nos cadastros de inadimplentes. - Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais), com fulcro no art. 20, parágrafo 4º do CPC.

- Presente os requisitos necessários à concessão da medida cautelar. Liminar confirmada.

-Procedência da Medida Cautelar.

(MC 00124467320114050000, Des. Federal Paulo Gadelha, TRF5 - Segunda Turma, *DJE* - Data: 13/09/2012 - p. 531.)

Por outro lado, nos termos do art. 127 do Decreto-Lei 9.760/1940, a taxa de ocupação é a receita patrimonial decorrente da ocupação de terrenos da União, sem que esta tenha outorgado título.

São bens da União aqueles elencados pelo art. 20, inciso IV, da Constituição Federal.

A redação original deste artigo estabelecia como bens da União

[...] as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas as áreas referidas no art. 26, II.

A Emenda Constitucional 46/2005, que passou a ter vigência a partir de sua publicação, excluiu da regra, além das áreas referidas no art. 26, inciso II, as áreas que, dentre as citadas no artigo, fossem sede de municípios.

A partir daí a jurisprudência pátria consolidou o entendimento de que os imóveis localizados nas ilhas costeiras e oceânicas, sede de município, tal como no caso dos autos — a Ilha de São Luís —, não pertenciam mais a União, mas sim à municipalidade ou, dependendo do caso, a terceiros.

São exemplos dessa orientação os seguintes julgados:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. TAXA DE OCUPAÇÃO. IMÓVEL SITUADO EM ILHA COSTEIRA, NO TERRITÓRIO DE

MUNICÍPIO. PROPRIEDADE COMPROVADA. IMPOSIBILIDADE.

I - Após a edição da EC 46/2005, não pode mais a União ostentar qualquer pretensão de domínio das áreas contidas em ilhas costeiras ou oceânicas, sede de município, vez que “a mera circunstância - como no caso- de a ilha costeira ou oceânica ser “sede de Município” já altera a propriedade das áreas nelas contidas, reputando-se - em presunção absoluta - pertencerem à municipalidade, ou, quando o caso, a terceiros. Da simples leitura do dispositivo já se vislumbra que a Ilha de São Luís, por ser sede de Município do mesmo nome, está excluída dos bens da União, ali especificados.” (AC 2007.34.00.033470-0/DF, rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, *e-DJF1* p.321 de 17/07/2009).

II - Além do mais, “havendo prova de que o imóvel se encontra registrado em nome de particular no Cartório de Registro de Imóveis, não pode ser exigida taxa de ocupação de terreno de marinha sem o devido processo legal.” (AC 2004.34.00.021614-0/DF, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, *e-DJF1* p. 98 de 17/07/2009) (AGA 0069383-85.2009.4.01.0000/MA, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, *e-DJF1* p. 292 de 09/07/2010)

III - Apelação e remessa necessária desprovidas. Sentença confirmada.

(AC 2006.37.00.005503-0/MA, rel. Des. Federal Souza Prudente, Oitava Turma, *e-DJF1* de 17/09/2010, p. 490).

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - IMÓVEL SITUADO EM ILHA COSTEIRA - TAXA DE OCUPAÇÃO INDEVIDA - PROPRIEDADE PARTICULAR - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

1. Após a edição da EC 46/2005, não pode mais a União ostentar qualquer pretensão de domínio das áreas contidas em ilhas costeiras ou oceânicas, sede de município, vez que “a mera circunstância - como no caso- de a ilha costeira ou oceânica ser “sede de Município” já altera a propriedade das áreas nelas contidas, reputando-se - em presunção absoluta - pertencerem à municipalidade, ou, quando o caso, a terceiros. Da simples leitura do dispositivo já se vislumbra que a Ilha de São Luís, por ser sede de Município do mesmo nome, está excluída dos bens da União, ali especificados.” (AC 2007.34.00.033470-0/DF, rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, *e-DJF1*, p. 321 de 17/07/2009).

2. Além do mais, “havendo prova de que o imóvel se encontra registrado em nome de particular no Cartório de Registro de Imóveis, não pode ser exigida taxa de ocupação de terreno de marinha sem o devido processo legal.” (AC 2004.34.00.021614-0/DF, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, *e-DJF1* p. 98 de 17/07/2009).

3. Presença dos requisitos do “*fumus boni iuris*”, caracterizado na documentação apresentada

pelo particular para demonstrar a existência de propriedade privada sobre o imóvel localizado em ilha costeira (Ilha de São Luís) e do “periculum in mora” em virtude da ameaça de dano de difícil reparação decorrente da inclusão do nome dele em cadastro de inadimplentes.

4. Agravo Regimental não provido.

(AGA 0069383-85.2009.4.01.0000/MA, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1, de 09/07/2010, p. 292).

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - PROPRIEDADE DE ILHAS OCEÂNICAS E COSTEIRAS - EC Nº 46/2005 QUE ALTEROU O ART. 20, IV, DA CF/1988 - TAXA DE OCUPAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL.

1. Desde MAI 2005 não há mais qualquer discussão: a mera circunstância - como no caso - de a ilha costeira ou oceânica ser “sede de Município” já altera a propriedade das áreas nelas contidas, reputando-se - em presunção absoluta - pertencerem à municipalidade, ou, quando o caso, a terceiros. Da simples leitura do dispositivo já se vislumbra que a Ilha de São Luís, por ser sede do Município do mesmo nome, está excluída dos bens da União, ali especificados.

2. Não há como prosperar o argumento a atual Constituição atribuiu a propriedade das ilhas costeiras somente à União, vez que coexiste o domínio entre os entes públicos e os particulares (art. 26, II, da CF/1988).

3. A cadeia dominial da propriedade em questão está devidamente demonstrada a contar de 14 MAR 1940. É o que certificam os documentos de ff. 100 a 109vº.

4. Apelação e remessa oficial não providas.

5. Peças liberadas pelo relator, em 06/07/2009, para publicação de acórdão.

(AC 2007.34.00.033470-0/DF, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Conv. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (conv.), Sétima Turma, e-DJF1 de 17/07/2009, p. 321).

Com efeito, a alteração introduzida no art. 20, inciso IV, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional 46/2005, excluiu da propriedade da União as ilhas costeiras que contenham sede de município, ressalvadas as hipóteses nela previstas e as áreas que já se encontravam incorporadas aos domínios dos estados, dos municípios e dos particulares (arts. 20, IV, e 26, II).

Como se vê, a Constituição Federal atual admite a existência de terrenos de particulares em ilhas oceânicas e costeiras, se do domínio particular antes da referida Constituição.

No caso em tela, a parte-autora assevera que apesar de ter a propriedade plena do imóvel, a União

está cobrando o pagamento de laudêmio sobre o suposto domínio útil do imóvel.

Comprova, ainda, a propriedade particular do imóvel, por meio do Registro Geral, do Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição da Comarca de São Luís/MA, onde está situado o bem (cf. fl. 23).

In casu, a Fazenda Nacional sustenta que existem áreas localizadas na ilha em questão que foram incorporadas ao patrimônio da União por força de algum outro título aquisitivo, o que afasta qualquer discussão sobre a aplicação da EC 46/2005.

O magistrado sentenciante solucionou, com propriedade e lucidez, a controvérsia dos autos:

[...] pois as conseqüências jurídicas geradas em decorrência da fixação da linha de preamar média de 1831 são demasiadamente graves para que os interessados certos, conhecidos, passíveis de identificação, fossem convocados para participar do processo de forma presumida, ficta, através de edital, cuja eficácia, é quase nula. (fls.166-266 v.)

A respeito, confira-se o seguinte julgado do Tribunal Regional da 2ª Região:

ADMINISTRATIVO. TERRENO DE MARINHA. TAXA DE OCUPAÇÃO. TÍTULOS DE DOMÍNIO PLENO. NEGATIVA DE VALIDADE E EFICÁCIA. IMPOSSIBILIDADE SENÃO MEDIANTE ANULAÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL.

1-) Autores possuidores de título de domínio pleno, cuja desconsideração só se admite à vista de anulação por decisão judicial. É que a escritura pública faz prova plena, como preceitua o § 1o, do artigo 134 do Código Civil de 1916, e uma vez inscrita no registro de imóveis, estabelece, em favor do adquirente, a presunção de titularidade do direito real (CC de 1916, artigo 859).

2-) Prescrição inocorrente, na medida em que o instituto em questão não atinge direito de fundo dominial.

3-) A União não pode, por simples ato administrativo, com apoio em disposições do Decreto-lei nº 9.760/46 que, em princípio, conflitam com a lei de registros públicos (que é norma específica), negar validade e eficácia a título de domínio dos autores, atributos estes que só poderão ser afastados por decisão judicial que os declare nulos ou inexistentes. Enquanto isto não ocorre, milita em favor deles a presunção iuris tantum de validade do referido título.

4-) Inatendidas as disposições dos artigos 11 e 61 §§ 1o e 2o, do Decreto-lei nº 9.760/46, têm-se por inobservadas as exigências do devido processo legal, notadamente o direito ao contraditório e à ampla defesa assegurados na Carta Magna.

5-) Acresce que por força da alteração introduzida no artigo 20, inciso IV, da Constituição

Federal, pela Emenda Constitucional nº 46/2005, restaram excluídas do domínio da União as ilhas costeiras que contenham sede de Município. Note-se que em decorrência dessa modificação, o STF vem decidindo pela ilegitimidade da União para contestar, em ação de usucapião, o domínio de terrenos situados na ilha de Santa Catarina, onde sediado o Município de Florianópolis. Nesse sentido: RE 596853/SC, Min. Ricardo Lewandowski, DJ 02/03/2009 e RE 341140/SC, Min. Sepúlveda Pertence, DJ 11/11/2005 6-) Apelação e remessa improvidas.

(AC 200450010056878, Des. Federal Antônio Cruz Netto, TRF2 - Quinta Turma Especializada, 13/10/2009.)

A jurisprudência dos Tribunais Regionais é firme no sentido de que não pode a União exigir taxa de ocupação de imóvel registrado em cartório em nome de particular, sem o devido processo legal. Nesse sentido, confira-se:

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. TERRENO DE MARINHA. DEMARCAÇÃO. REGISTRO DE IMÓVEIS. PRESUNÇÃO DE PROPRIEDADE PARTICULAR. ARTS. 20 E 26, CF/88. DECRETO-LEI 9.760/46. PROVIMENTO.

1. Cuida-se de Mandado de Segurança contra o ato administrativo praticado pela União Federal, através do Serviço de Patrimônio da União (SPU) no Espírito Santo, que determinou a cobrança de taxa de ocupação relativa ao imóvel descritos na petição inicial, por classificá-lo como “terreno de marinha”, de acordo com a linha da preamar de 1831.

[...]

4. É certo que a União Federal pode demarcar seus terrenos de marinha, mas deve, especialmente nos casos em que os imóveis tenham sido regularmente negociados e registrados, observar os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, na medida em que o art. 1245, § 2º do Código Civil Brasileiro de 2002 também afirma a necessidade de ação própria para a decretação da invalidade do registro e de seu cancelamento, não sendo, portanto, aceitável a tese da apelante acerca da regularidade do procedimento administrativo que culminou com a inclusão dos imóveis no cadastro dos “terrenos de marinha” mantido pela Secretaria de Patrimônio da União, sem a observância dos preceitos legais.

5. Assim, a relação jurídica é inexistente enquanto não for utilizada a via adequada para caracterizar o imóvel como terreno de marinha, nada obstando que a União venha a utilizar-se dos meios legais para fazê-lo, desde que respeitado o devido processo legal. (Precedentes citados)

6. Apelação provida. Sentença reformada.

(TRF2 - AMS 2004.50.01.012562-1, Des. Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, DJe de 29/11/2010.)

CIVIL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE NOTIFICAÇÃO DE COBRANÇA DE TAXA DE OCUPAÇÃO. IMÓVEL SITUADO EM ILHA COSTEIRA. PROVA DE PROPRIEDADE PARTICULAR. COBRANÇA INDEVIDA. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS: CABIMENTO.

1. Havendo prova de que o imóvel se encontra registrado em nome de particular no Cartório de Registro de Imóveis, não pode ser exigida taxa de ocupação de terreno de marinha sem o devido processo legal.

2. A inscrição indevida de débito em Dívida Ativa impõe o dever de indenizar por danos morais. Precedentes.

3. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

(TRF1 - AC 2004.34.00.021614-0/DF, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1 de 17/07/2009, p. 98.)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - IMÓVEL SITUADO EM ILHA COSTEIRA - TAXA DE OCUPAÇÃO - INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA - EC Nº 46/2005 - AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não é devida a taxa de ocupação se o imóvel se encontra localizado em ilha costeira e integra o patrimônio privado.

2. In casu, depreende-se da documentação carreada aos autos que o imóvel em questão encontra-se situado na ilha costeira da São Luís/MA, com registro imobiliário em nome da executada.

3. Precedente: AC n. 2007.34.00.033470-0/DF, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 de 17/07/2009, p. 321; AC n. 2004.34.00.021614-0/DF, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1 de 17/07/2009, p. 98; AGA n. 2007.01.00.015861-1/MA, rel. Juiz Federal Convocado Marcelo Albernaz, Quinta Turma, DJ 07/12/2007, p. 79.

4. Agravo Regimental não provido.

(TRF1 - AGA 2006.01.00.004308-8, Juíza Federal Gilda Sigmaringa Seixas (convocada), DJe de 27/08/2010.)

CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. IMÓVEL SITUADO EM ILHA COSTEIRA(SÃO LUIS). COBRANÇA, PELA UNIÃO, DE TAXA DE OCUPAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PROVA NOS AUTOS DE QUE A PROPRIEDADE IMÓVEL INTEGRA O PATRIMÔNIO PARTICULAR.

1. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 20, inciso IV, incluiu, como bens da União, as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas as que contenham a sede de Municípios, assim como aquelas de que trata o art. 26, inciso II, da Carta Magna. Logo, as ilhas costeiras, em face das exceções previstas, podem ser tanto da União como dos Estados, Municípios ou de terceiros.

2. Na hipótese, acha-se comprovada a propriedade do imóvel em questão por particular, à vista da escritura pública de compra e venda, bem como da certidão vintenária com toda a cadeia sucessória.

3. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(AC 2003.37.00.007148-3/MA, rel. Des. Federal Selene Almeida, Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes (convocado), Quinta Turma, DJ de 27/07/2007, p. 72.)

Assim, existindo nos autos prova documental que demonstra que houve regulares e válidas transmissões de propriedade dos imóveis, com base nos títulos translaticios, efetivamente registrados, não há que se falar na cobrança de foro e laudêmio sobre tal área. (fl. 23).

Nesse diapasão, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. TAXA DE OCUPAÇÃO. IMÓVEL SITUADO EM ILHA COSTEIRA, NO TERRITÓRIO DE MUNICÍPIO. PROPRIEDADE COMPROVADA. IMPOSIBILIDADE.

I - Após a edição da EC 46/2005, não pode mais a União ostentar qualquer pretensão de domínio das áreas contidas em ilhas costeiras ou oceânicas, sede de município, vez que “a mera circunstância - como no caso- de a ilha costeira ou oceânica ser “sede de Município” já altera a propriedade das áreas nelas contidas, reputando-se - em presunção absoluta - pertencerem à municipalidade, ou, quando o caso, a terceiros. Da simples leitura do dispositivo já se vislumbra que a Ilha de São Luís, por ser sede de Município do mesmo nome, está excluída dos bens da União, ali especificados.” (AC 2007.34.00.033470-0/DF, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1, p. 321, de 17/07/2009).

II - Além do mais, “havendo prova de que o imóvel se encontra registrado em nome de particular no Cartório de Registro de Imóveis, não pode ser exigida taxa de ocupação de terreno de marinha sem o devido processo legal. (AC 2004.34.00.021614-0/DF, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1, p. 98, de 17/07/2009.) (AGA 0069383-85.2009.4.01.0000/MA, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1, p. 292, de 09/07/2010.)

III - Apelação e remessa necessária desprovidas. Sentença confirmada.

(AC 06.37.00.005503-0/MA, rel. Des. Federal Souza Prudente, Oitava Turma, e-DJF1, p. 490, de 17/09/2010.)

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - PROPRIEDADE DE ILHAS OCEÂNICAS E COSTEIRAS - EC Nº 46/2005 QUE ALTEROU O ART. 20, IV, DA CF/1988 - TAXA DE OCUPAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL.

1. Desde MAI 2005 não há mais qualquer discussão: a mera circunstância - como no caso - de a ilha costeira ou oceânica ser “sede de Município” já altera a propriedade das áreas nelas contidas, reputando-se - em presunção absoluta - pertencerem à municipalidade, ou, quando o caso, a terceiros. Da simples leitura do dispositivo já se vislumbra que a Ilha de São Luís, por ser sede do Município do mesmo nome, está excluída dos bens da União, ali especificados.

2. Não há como prosperar o argumento a atual Constituição atribuiu a propriedade das ilhas costeiras somente à União, vez que coexiste o domínio entre os entes públicos e os particulares (art. 26, II, da CF/1988).

3. A cadeia dominial da propriedade em questão está devidamente demonstrada a contar de 14 MAR 1940. É o que certificam os documentos de ff. 100 a 109v.

4. Apelação e remessa oficial não providas.

5. Peças liberadas pelo relator, em 06/07/2009, para publicação de acórdão.

(AC 2007.34.00.033470-0/DF, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado), Sétima Turma, e-DJF1, p. 321, de 17/07/2009.)

CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. IMÓVEL SITUADO EM ILHA COSTEIRA(SÃO LUÍS). COBRANÇA, PELA UNIÃO, DE TAXA DE OCUPAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PROVA NOS AUTOS DE QUE A PROPRIEDADE IMÓVEL INTEGRA O PATRIMÔNIO PARTICULAR.

1. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 20, inciso IV, incluiu, como bens da União, as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas as que contenham a sede de Municípios, assim como aquelas de que trata o art. 26, inciso II, da Carta Magna. Logo, as ilhas costeiras, em face das exceções previstas, podem ser tanto da União como dos Estados, Municípios ou de terceiros.

2. Na hipótese, acha-se comprovada a propriedade do imóvel em questão por particular, à vista da escritura pública de compra e venda, bem como da certidão vintenária com toda a cadeia sucessória.

3. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(AC 2003.37.00.007148-3/MA, rel. Des. Federal Selene Almeida, Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes (convocado), Quinta Turma, DJ, p. 72, de 27/07/2007.)

Diante do exposto, *nego provimento* ao agravo retido, à apelação e à remessa oficial. Sentença mantida.

É como voto.

Oitava Turma

Numeração única: 0006304-36.2008.4.01.3600

Apelação Cível 2008.36.00.006304-3/MT

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova
 Apelante: Conselho Regional de Medicina do Estado de Mato Grosso – CRM/MT
 Procurador: Dr. Leonardo Pio da Silva Campos
 Apelado: Ruy de Souza Gonçalves
 Advogados: Dr. Ruy de Souza Gonçalves e outros
 Recurso Adesivo: Ruy de Souza Gonçalves
 Publicação: e-DJF1 de 25/10/2013, p. 591

Ementa

Administrativo. Exercício profissional. Conduta médica. Pena de censura pública. Anulação.

I. Não obstante ter sido praticado e divulgado em 1998 pelo autor procedimento médico não autorizado, quando a pena de censura pública lhe foi aplicada em 30/07/2002, essa técnica estava autorizada pela Resolução CFM 1.623, de 11 de julho de 2001.

II. Não é possível punir conduta reconhecida como lícita por norma posterior ainda que praticada ao tempo de inexistência de lei autorizadora. As normas de caráter descriminalizador retroagem para isentar condutas pretéritas consideradas ilícitas em nome da harmonia social e do efeito saneador da anistia, do perdão, base das leis que, ditadas pela mudança comportamental, aceitam o novo e premiam a vanguarda.

III. São relevantes para o caso que a técnica utilizada pelo autor tenha sido reconhecida e utilizada em países estrangeiros com base em protocolos reconhecidos pela comunidade científica mundial e que ela não tenha causado nenhum dano aos pacientes.

IV. Reconhecida a ilegalidade da pena de censura pública, impõe-se a condenação do réu à obrigação de publicar nota divulgando a sua anulação com a mesma publicidade dada à sanção anteriormente imposta.

V. Apelação do réu desprovida. Recurso adesivo do autor provido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, *negar provimento* à apelação do réu e *dar provimento* ao recurso adesivo do autor.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 11/10/2013.

Desembargador Federal *Novély Vilanova*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Desembargador Federal *Novély Vilanova*: — As partes recorreram da sentença de parcial procedência do pedido para anular o processo ético-profissional que aplicou ao autor a pena de censura pública por adotar procedimento médico não autorizado (cultivo de células) e divulgar de forma sensacionalista esse tratamento. Negou o direito de resposta à publicação de penalidade aplicada de forma ilegal (fls. 578-80).

O réu pede a reforma do julgado, sustentando a improcedência da demanda porque,

[...] sem embargo de sua boa-fé, o apelado prescindiu da necessária autorização do Órgão competente para realizar e divulgar a técnica de cultivo celular no tratamento do vitiligo [...]

e divulgou de maneira sensacionalista procedimento não autorizado. Com isso, violou os arts.: 124, 127, 132 e 133 do Código de Ética Médica; 2º da Lei 9.434/1997; 8º, §§ 4º e 5º, do Decreto 2.268/1997; e a Resolução CNS 196/1996 (fls. 582-98).

O autor interpôs *recurso adesivo* para lhe assegurar o *direito de resposta* previsto no art. 5º, V, da

Constituição em virtude da anulação da pena que lhe foi imposta (fls. 624-9).

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova: —
Apelação do réu. Como bem decidi o juiz de primeiro grau,

[...] à época em que foi instaurado o processo administrativo disciplinar (30/07/2002) que culminou com a imposição de sanção ao autor, já estava em vigor a Resolução nº 1.623/2001 do Conselho Federal de Medicina, que reconhecia a técnica por ele praticada, devendo ser destacado, ainda, que a definição do que venha a ser sensacionalismo, previsto no art. 132 do Código de Ética Médica, só veio a lume através do § 2º, do Artigo 9º da Resolução nº 1701/2003 do mencionado conselho (fl. 580).

Não obstante ter sido praticado e divulgado pelo autor em 1998 procedimento médico não autorizado (cultivo de células como opção de tratamento), quando a pena de censura pública lhe foi aplicada no processo ético-profissional instaurado em 30/07/2002, essa técnica estava autorizada pela Resolução Conselho Federal de Medicina 1.623, de 11 de julho de 2001 (fls. 192 e 198):

Art. 1º O funcionamento dos serviços onde são desenvolvidos a captação, processamento, armazenamento, distribuição e efetivação de transplante de tecidos e células para fim terapêutico deve estar condicionado à aprovação da Comissão de Ética Médica da instituição a que estão vinculados.

Captação de tecidos e células para cultivo:

Art. 2º A captação de tecidos e células para cultivo para uso alógeno e autógeno deve obedecer a Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, alterada pela MP 1718, de 6 de outubro de 1998, regulamentada pelo Decreto 2.268, de 30 de junho de 1998, e disciplinada pelas Portarias GM/MS 3.407, de 5 de agosto de 1998, e 904, de 16 de agosto de 2000.

Processamento:

Art. 3º O processamento deve obedecer a protocolos pré-estabelecidos, devidamente registrados e embasados na experiência científica nacional e internacional.

Art. 4º As características da função celular e a qualidade biológica dos tecidos e células cultivados devem ser comprovadas e documentadas previamente à utilização terapêutica.

Art. 5º O cultivo das células e tecidos deve ser conduzido em instalações e em condições técnicas

apropriadas, segundo normas que permitam a produção de materiais compatíveis e seguros para seu uso como transplantes ou implantes.

Parágrafo Único Cabe à autoridade sanitária nacional estabelecer e supervisionar o cumprimento das normas acima citadas.

Armazenamento:

Art. 6º Os tecidos e células cultivados devem ser armazenados em condições que permitam:

- I - a rigorosa identificação do doador;
- II - o fácil acesso ao tecido/células quando do momento de seu uso;
- III - a manutenção das qualidades biológicas e funcionais durante o período considerado válido para armazenamento;
- IV - a existência de sistemas de controle relativos a contaminações bacterianas, virais e fúngicas durante o período de armazenamento.

Disponibilização:

Art. 7º Os tecidos ou células cultivados devem ser disponibilizados de maneira a:

- I - assegurar a manutenção de sua qualidade desde o momento da retirada do estoque até sua utilização clínica;
- II - assegurar a identificação da origem e o histórico de processamento de todos os tecidos e células disponibilizados para transplante e/ou transplantados;

I - tornar compulsório o registro dos resultados ou efeitos colaterais indesejáveis;

II - permitir o recolhimento e a eliminação de material considerado inadequado para transplante;

III - assegurar que quando não utilizados em transplantes no respectivo doador, sejam desprezados ou possam ser utilizados em projetos científicos aprovados por Comissões de Ética e Pesquisa, desde que autorizado pelo doador;

IV - permitir seu transplante a outro receptor que não o doador, desde que autorizado pelo mesmo.

Transplante:

Art. 8º O transplante de tecidos e células cultivados deve:

- I - ser realizado por equipe médica tecnicamente capacitada;
- II - implicar na obrigatoriedade do registro, em prontuário médico do receptor, da origem dos tecidos e células transplantados e os dados do procedimento realizado;
- III - tornar obrigatória a existência do registro dos dados do doador e receptor nos arquivos do fornecedor do produto.

Não é possível punir conduta reconhecida como lícita por norma posterior ainda que praticada ao tempo de inexistência de lei autorizadora. Aqui se

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Clodomir Sebastião Reis e Rafael Paulo Soares Pinto (convocados).

aplica o mesmo princípio do Direito Penal comum de que “ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar como crime [...]” (art. 2º).

Cumpra observar a relevância da técnica utilizada pelo autor, reconhecida e utilizada em países estrangeiros com base em protocolos aceitos pela comunidade científica mundial. Também é relevante que a sua utilização não tenha causado nenhum dano aos seus pacientes porque confirma o seu emprego amparado em bases científicas válidas.

Recurso adesivo do autor. Sendo ilegal a pena de censura pública aplicada ao autor, o réu deve publicar nota divulgando sua anulação com a mesma publicidade dada à sanção anteriormente imposta. Na realidade isso não é propriamente “direito de resposta

ao agravo” sofrido (Constituição, art. 5º, V), porque o autor não vai responder coisa nenhuma. O que se impõe é a natural obrigação de o réu tornar pública a anulação da pena. O precedente do STF mencionado na sentença trata de direito de resposta do ofendido decorrente de abuso de imprensa – que nada tem a ver com o caso (fls. 188 e 580)

Dispositivo

Nego provimento à apelação do réu. Dou provimento ao recurso adesivo do autor para que o réu publique nota divulgando a anulação da pena de censura pública com a mesma publicidade dada à sanção anteriormente imposta (obrigação de fazer).

Oitava Turma

Numeração única: 0001292-46.2006.4.01.4300

Apelação Cível 2006.43.00.001292-5/TO

Relator: Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado)
 Apelante: Jorge Luís Saade Cormane
 Advogados: Dr. Rogério Beirigo de Souza e outros
 Apelado: Conselho Regional de Medicina do Estado do Tocantins/TO
 Advogada: Dra. Carla Salvatico Lopes
 Publicação: e-DJF1 de 13/12/2013, p. 688

Ementa

Administrativo. Conselhos de Medicina (CRM/CFM). Anulação, de ofício, pelo CRM/TO, de registro de especialista em área médica (oncologia). Regular processo administrativo. Não observância da norma de regência que justifica a anulação do ato de ofício. Não comprovação de direito adquirido ao registro. Apelação desprovida.

I. O Conselho Federal de Medicina tem natureza jurídica de entidade autárquica, fazendo parte da Administração indireta, de maneira que também está submetida ao princípio da legalidade (CF, art. 37).

II. O CRM/TO tem obrigação de zelar pela conduta do profissional médico, de onde se depreende que, à vista da farta documentação acostada aos autos, tem-se que, no que se refere ao processo de registro de especialidade médica requerida pelo apelante, os réus observaram rigorosamente o princípio da legalidade administrativa.

III. O apelante concluiu “curso de especialização médica em oncologia clínica”, assim denominado no ano de 1989, e não requereu, à época, o registro na condição de especialista em qualquer Conselho Regional de Medicina no território nacional. Retornou ao país de origem (Colômbia), lá permanecendo por dez anos, voltou ao Brasil no ano de 1999 e somente requereu o registro da especialidade no ano de 2003, o que se lhe fora negado porque não comprovou preencher os requisitos impostos pela Resolução/CFM 1.634/2002.

IV. As especialidades sujeitam-se aos processos dinâmicos da medicina, não podendo, por isso mesmo, ter caráter permanente ou imutável, dependendo das circunstâncias e necessidades, sofrendo mudanças de nomes, fusões ou extinções. (STJ, REsp 1.038.260/ES, rel. Min. Eliana Calmon, T2, DJe 10/02/2010).

V. O Poder Judiciário não pode compelir o Conselho de Medicina a registrar profissional como portador de determinada especialidade se: a) o curso concluído em 1989, e não registrado na égide da legislação vigente

àquela época, não foi, em 2003, reconhecido como hábil a conferir o grau de especialista e/ou, noutro passo; b) se o profissional não atende aos respectivos pressupostos regulamentares para gozar do *status* da qualificação.

VI. O fato de o profissional ter participado de curso de formação que não foi devidamente registrado não gera direito adquirido ao reconhecimento da condição de especialista na área técnica específica.

VII. Consoante disposto no art. 17 da Lei 3.268/1957, “os médicos só poderão exercer legalmente a Medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades, após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas do Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade”.

VIII. O “amplo exercício da oncologia”, noticiado pelo apelante, tanto no período de 1989 a 1999 na Colômbia, quanto no período de 1999 a 2003 em Rondônia, não constitui prova da especialização, sequer de residência médica, na forma em que prevista na legislação e normas de regência (Lei 3.268/1957 e Resolução 1.634/CFM/2002), seja porque não registrada a especialidade no território nacional, seja porque a legislação brasileira veda o exercício da “especialidade” não registrada no Conselho Regional de Medicina, vinculado ao território de atuação.

IX. O apelante não trouxe provas de que teve a especialização regularmente registrada no CRM/RO entre 1999 e 2002. Assim, em que pese a alegação de “larga experiência” naquela região geográfica, a informação não constitui elemento de prova de direito adquirido ao registro, na forma em que previsto no parágrafo único do art. 5º da Resolução 1.634/CFM/2002.

X. Apelação desprovida.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 22/11/2013.

Juiz Federal *Clodomir Sebastião Reis*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis:
— Trata-se de apelação interposta por *Jorge Luis Saade Cormane* (fls. 409-420) em face de sentença (fls. 400-404) que julgou improcedente o pedido, mantendo a decisão proferida pelo CRM/TO no que indeferiu registro da especialidade médica formulado pelo autor.

Condenado o autor no pagamento das custas e de verba honorária, esta arbitrada em R\$ 500,00.

O apelante repisa a tese da inicial na qual, em síntese, pede a anulação do ato praticado pelo Conselho Regional de Medicina/TO ao argumento de que concluiu curso de especialização em oncologia no ano de 1988, quando obteve do Ministério de Relações Exteriores do Brasil o reconhecimento e legalização de seu diploma; que entre 1989 e 2002 foram acrescentadas outras exigências (curso de residência médica na área específica), para obtenção de registro de especialista, as quais entende não se lhe aplicam porque realizou o curso de especialização em data anterior à nova legislação (Resolução 1.634/CFM/2002); que o certificado de especialista reconhecido em 1989

pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil garante ao requerente exercer a atividade fora do Brasil.

Argumenta que o CRM/TO indeferiu o pedido sem garantir o direito de defesa e contraditório, com violação ainda ao direito fundamental insculpido no art. 5º, XXXVI, da CF/1988 (violando o direito adquirido) e da irretroatividade da lei.

Contrarrazões do Conselho Regional de Medicina/TO (fls. 529-534).

Por petição protocolada em 09/08/2013 (fls. 547-550), após primeira inclusão em pauta de julgamento, o autor apresenta *memoriais* pedindo a extinção do feito por declaração de superveniente “teoria do fato consumado”, ao argumento de que obteve registro no CRM/TO em 10/09/2003 e até a presente data (2013) não houve o cancelamento de tal registro.

O processo foi retirado de pauta, o feito foi convertido em diligência, intimando-se o CRM/TO para informar ao Juízo o período em que o recorrente esteve/está inscrito em seus quadros.

O CRM/TO prestou as informações solicitadas (fls. 557-558), destacando: *a)* o apelante esteve registrado como especialista em cancerologia no período de

10/09/2003 a 06/06/2006, quando o registro foi cancelado por inobservância aos ditames da Resolução 1.634/2002, após ter sido oportunizado prazo hábil para apresentação da documentação exigível; b) o procedimento de cancelamento do registro de especialista em cancerologia do apelante foi iniciado em 02/12/2005, quando o CFM informou a existência de irregularidades no registro; c) o cancelamento do registro, objeto da presente medida judicial, foi mantido pelo CRM e pelo CFM, porque a presente ação julgou improcedente no Juízo de primeiro grau o pedido de cancelamento da inscrição.

Acrescentou que, em 05/11/2010, o apelante apresentou novo requerimento de registro de qualificação de especialista em cancerologia, desta feita apresentando a documentação exigida pela Lei 1.634/2002, a saber: “título de especialista em cancerologia clínica”, concedido pela AMB em 17/04/2010; que o CRM/TO efetivou o registro desde 17/11/2010 (fls. 562-567).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis: — Considerando a peculiaridade do caso posto a exame cabe, preliminarmente, a esta Corte apreciar os pedidos e informações incidentais, não analisados na sentença apelada.

O objeto da presente demanda, protocolada em 2006, é “determinar ao CRM-TO que se exima de proceder à cassação e/ou cancelamento do registro de especialista”, concedido em 2003, questionado pelo CFM em 2005, e cassado por ato administrativo em 2006.

A informação prestada pelo CRM/TO não deixa dúvidas de que o ato administrativo de cassação do registro no ano de 2006 se consolidou na forma de proibição de exercício da especialidade clínica, produziu efeitos no tempo e motivou o recurso oposto nestes autos, isso porque a cassação levada a efeito em 2006 foi mantida pela sentença de primeiro grau.

No caso, portanto, não se pode falar em “fato consumado” ou “prescrição do direito da Administração em caçar o registro”, em favor do apelante, pelo contrário, o ato administrativo atacado “cancelamento do registro” se consolidou no tempo. O registro concedido em 2003 foi questionado em

2005 e efetivamente cassado em 2006. Aquele ato administrativo foi questionado no presente feito e mantido pela sentença apelada. Não existe prescrição intercorrente entre o pedido judicial e o trânsito em julgado, ainda não verificado, mais notadamente porque o réu não abandonou a causa, tampouco deu azo à extinção do feito.

Não fosse o suficiente, o objeto do presente feito não se confunde com o fato superveniente (novo) informado pelo CRM/TO, no caso, a concessão do título de especialista formalizado em 2010, quando o médico apresentou a documentação exigida pela lei de regência, mais notadamente porque o certificado de conclusão do curso exigido pela resolução data de 2010.

Assim, rejeito a tese de defesa de ocorrência de prescrição do direito da Administração cassar o registro já efetivamente cassado em 2006.

Lado outro, o registro concedido em 2010, com supedâneo em curso de especialização concluído em 2010 não tem o condão de produzir efeitos retroativos a 2003, por isso que o fato novo não é capaz de anular o ato administrativo anterior (cassação do registro de 2003), tão pouco é capaz de convalidar atos médicos, próprios e reservados a especialista, no período em que o apelante não comprovou a conclusão do curso exigido pela Resolução 1.634/2002 (entre 2003 e 2010).

Feitos os esclarecimentos para explicar porque se rejeita o pedido formulado nos *memoriais* (declaração de prescrição da pretensão administrativa, consolidada antes do protocolo do pedido que se aprecia nas razões de apelação), passo à análise da questão posta a reexame:

Do mérito propriamente dito

A Súmula 473 do STF assim explicita: *A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*

Preceito legal correlato consta no art. 53 da Lei 9.784/1999, respeitado o prazo quinquenal do art. 54:

A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria do Carmo Cardoso e Novély Vilanova.

O apelante argumenta que a negativa do seu defendido direito ao registro no CRM/TO foi indeferido sem que fosse observado o contraditório e a ampla defesa, incorrendo, ainda, o réu em violação ao alegado direito adquirido, em tese, no ano de 1989 e ainda porque o indeferimento se deu com violação ao princípio da irretroatividade da lei.

Do que se extrai dos autos, o apelante: 1) graduado em Medicina na Escola de Medicina da Universidade dos Andes, foi admitido, em sistema de convênio/ intercâmbio entre universidades, para participar do curso de Especialização Médica em Oncologia Clínica pela Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte/MG; 2) participou do curso que concluiu em dezembro de 1988 (fl. 19); 3) no ano de 2003 requereu e obteve, junto ao CRM/TO, o registro específico na especialidade em cancerologia (fl. 20); 4) requereu, no ano de 2005, inscrição na Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica; 5) ao analisar o pedido formulado, a SBOC questionou a validade dos documentos apresentados, mais notadamente o certificado de registro fornecido pelo CRM/TO no ano de 2003 (fls. 23-24); 6) em dezembro de 2005, o CRM/TO oficiou o apelante para conhecer de procedimento administrativo de revisão do processo de registro de especialidade em cancerologia, porque constatado equívoco no ato concessório, assinando prazo de 90 dias, contados do recebimento, para apresentar nova documentação, com advertência de que, acaso não apresentados documentos que justifiquem a manutenção da decisão anterior, o certificado seria cancelado (fl. 29); 7) o apelante protocolou, em 25/04/2006, perante o CRM/TO, correspondência em que pede que seja indicada pontualmente qual a nova documentação que o CRM/TO entende necessária.

O Conselho Regional de Medicina/TO informou, em sua contestação, que oficiou o profissional de que o registro seria cancelado caso não juntasse ao processo administrativo cópia de documentos que comprovassem que atendia as exigências da Resolução 1.634/2002; há provas, juntadas pelo próprio apelante, de que foi oficiado (fl. 26), entretanto o médico não atendeu ao chamado; que o prazo foi renovado por mais 90 dias, o apelante deixou transcorrer *in albis* o prazo administrativo, não juntou qualquer documento, tampouco apresentou defesa, o processo administrativo foi encerrado com a decisão de cassação do registro da especialidade médica em oncologia.

O CRM/TO informa, ainda, que apenas após a propositura da ação judicial o apelante protocolou um recurso administrativo, que se tem por prejudicado.

Na impugnação à contestação, o apelante não refutou as afirmações do CRM/TO; não apresentou prova em sentido contrário, vale dizer, não tentou demonstrar que protocolou, no prazo assinado pelo CRM/TO ou, pelo menos antes de protocolar o presente feito perante o Poder Judiciário, qualquer ação perante o Poder Administrativo, que demonstrasse interesse em valer-se do seu direito de defesa administrativa.

No que se refere, pois, ao arvorado cerceamento de direito administrativo, tenho que não assiste razão ao apelante.

Não há provas de que seu direito de defesa tenha sido cerceado, mas sim provas de que deixou transcorrer *in albis* o prazo que se lhe fora assinado para exercer a ampla defesa.

Portanto, o ato jurídico de cancelamento do registro, em face de ausência de recurso administrativo tempestivo, se consolidou em 2006.

Ademais, não há que se falar em ofensa ao devido processo legal administrativo, uma vez que o entendimento jurisprudencial desta Corte é no sentido de que a ausência de prévio processo administrativo não viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa quando, como ocorrente na espécie, rescai inexistente questão fática a ser apurada porque o litigante limita-se a questionar simples interpretação de normas jurídicas pela Administração.

O indeferimento de apreciação de argumentos que têm a intenção de explicar o porquê entende que tem direito a obter certificado de especialização, ainda que textualmente afirme que, de fato, não preenche os requisitos do normativo vigente na data do requerimento do fornecimento do registro (Resolução 1.634/2002), quando a suposta *defesa* foi protocolada muito além do prazo administrativo, e após a propositura de medida judicial que guarda finalidade idêntica, não configura cerceamento de defesa, mormente quando o apelante não envida esforços em trazer prova de que, tempestivamente, apresentou recurso administrativo. O apelante sequer colacionou prova de que apresentou recurso, ainda que intempestivo, tampouco de que, a qualquer tempo tenha a Administração rejeitado o recurso.

Caracteriza-se, com efeito, a decadência para a defesa administrativa protocolada, segundo consta, 180 dias após o conhecimento do fato de existência do procedimento revisional iniciado no CRM/TO e, ainda, a falta de interesse no regular procedimento administrativo, vez que não há provas de que o apelante tenha sequer protocolado esboço de defesa

antes de mover procedimento judicial para obter o suprimimento administrativo.

O registro da especialidade ocorreu em set./2003 (fl. 20), advindo cancelamento, de ofício, em 2005, o que atrai a orientação do Supremo Tribunal Federal que exige instauração de prévio processo administrativo para revisão do registro da qualificação/especialidade, com defesa e dialética suficientes; o CRM/TO oficiou o profissional do cancelamento, oportunizando prazo para defesa; não se há falar em cancelamento sumário de ofício.

Não há vício formal no procedimento administrativo.

Rejeito com tais fundamentos a preliminar de cerceamento do direito de defesa e contraditório.

O apelante sequer tenta fazer prova de que em 2003 preenchia os requisitos exigidos pela norma regulamentar (Resolução CFM 1.634/2002) para que seja considerado médico especialista/qualificado na área de oncologia, restringe-se a defender que tem direito adquirido ao registro porque à época em que cursou no Brasil (1986 a 1989) a legislação de regência para permitir o registro na condição de especialista era outra.

Consta da exordial (fl. 4) que tão logo obteve o “certificado de especialização médica em oncologia”, pela Santa Casa de Misericórdia/MG, no ano de 1989 retornou à Colômbia, lá vivendo até 1999, quando retornou ao Brasil para trabalhar em Porto Velho/RO; que em 2001 mudou-se para Palmas onde começou a exercer funções de cancerologista; em 2003 foi questionado pelo CFM, por isso dirigiu-se ao CRM/TO para registrar-se na condição de especialista na área que vem atuando desde 1989 na Colômbia e desde 1999 no Brasil.

Não há dúvidas de que o reclamante pediu, em 2003, quando já vigente a Resolução CFM 1.634/2002, a validação de curso de especialização finalizado em 1989. O cerne da controvérsia está em saber se referido curso atende aos requisitos que o Conselho Federal de Medicina entende como indispensáveis para que o profissional médico obtenha o reconhecimento da condição de especialista.

Nesse ponto prevalece: 1) as presunções em prol dos atos administrativos; 2) a segurança da população em geral; e 3) o fato de que o Poder Judiciário não pode, salvo ilegalidades ou inconstitucionalidades (não identificadas nos autos), invadir a competência meritória técnico-institucional do CRM/CFM.

Considerando que os fatos como expostos pelo próprio apelante demonstram que *não houve cerceamento* do direito de defesa administrativa, não se há falar em anulação do ato de revisão/cancelamento de ofício (CRM/TO) de forma a que deve ser mantida a decisão até que o profissional apresente a documentação exigida pela norma vigente desde 2002.

Reforça a lógica explicitada o fato de que a área de atuação controversa (especialidade em oncologia), consoante convênio firmado entre AMB/CFM, vigente na data do requerimento, exige:

Cláusula Sexta. Somente médicos com tempo mínimo de dois anos de formado e registro definitivo no CRM poderão submeter-se ao concurso para concessão de título de especialista ou certificado de área de atuação outorgado pela AMB.

Cláusula Sétima. A concessão de título de especialista ou certificado de área de atuação outorgado pela CNRM dar-se-á em observância ao art. 6º da Lei 6.932/1981, que regulamenta a residência médica.

Cláusula Oitava. Os títulos de especialistas e os certificados de área de atuação obtidos através da AMB deverão subordinar-se aos seguintes critérios:

Concurso realizado na Sociedade de Especialidade, desde que seja ela filiada à AMB e atenda aos requisitos aprovados pela Comissão Mista de Especialidades – CME.

O Concurso referido deverá constar de, no mínimo, currículo e prova escrita e, se necessário, oral e/ou prática.

A Resolução CFM 1.634/2002, que por sua vez, dispõe sobre convênio de reconhecimento de especialidades médicas firmadas entre o Conselho Federal de Medicina CFM, a Associação Médica Brasileira – AMB e a Comissão Nacional de Residência Médica – CNRM, dispõe expressamente:

Art. 4º O médico só pode declarar vinculação com especialidade ou área de atuação quando for possuidor do título ou certificado a ele correspondente, devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina.

Art. 5º Fica vedado, por qualquer motivo, o registro e reconhecimento das especialidades não constantes do anexo II do convenio.

Parágrafo único – *Excetua-se do caput deste artigo a documentação de pedido de avaliação para refeito de registro de especialidade que tiver sido protocolada nos Conselhos Regionais de Medicina até a data de publicação desta Resolução.*

Art. 6º Revogam-se todas as resoluções existentes que tratam de especialidades médicas, em

especial as Resoluções CFM 1.286/1989, 1.288/1989, 1.441/1994, 1.455/1995, respeitados os direitos individuais adquiridos.

Desde a vigência dos normativos mencionados, portanto, por atuação conjunta do CFM, da AMB e da Sociedade/Associação Médica de Especialistas, iniciaram-se processos de provas/concursos anuais para obtenção de certificados hábeis à anotação da especialidade na nova área de atuação.

No caso concreto, a Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica, quando recebeu o pedido de registro do apelante, questionou junto ao Conselho Federal de Medicina a validade do certificado fornecido pelo CRM/TO, isso porque entende que o curso certificado em 1989 deu-se na área básica de obstetrícia e ginecologia, sendo que entende que o pré-requisito para a residência em oncologia clínica é a clínica médica (fl. 23).

De onde se depreende que não se trata de negar validade ao certificado do curso de especialização médica concluído em dezembro de 1988 na Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, mas sim de decidir se o curso realizado naquela época constitui pré-requisito para a comprovação de especialização em oncologia clínica.

Além do que, o pedido de registro foi formalizado em 2003 quando as normas vigentes em 1988 já estavam revogadas desde abril de 2002, sendo que o apelante não trouxe qualquer elemento que indique que se enquadra na exceção capitulada no parágrafo único do art. 5º da Resolução 1.634/2002.

Não há indício nos autos, sequer informação, de que assim que concluiu o curso em 1989 requereu registro da especialidade junto ao CRM no Brasil e, ainda, que tal registro tenha sido deferido naquela época. Essa seria a única forma de se garantir algum direito, dito, adquirido.

A ausência de requerimento e concessão de registro, em conformidade com a legislação vigente antes de 2002 se traduz em ausência de direito ao reconhecimento do curso antes de 2002, por isso que não se há falar em direito adquirido. Lado outro, a concessão do registro formalizada após abril de 2002 impõe a observância do normativo vigente desde aquela data.

O Conselho de Medicina funciona como órgão delegado do Poder Público para tratar das questões envolvendo a saúde pública e as atividades dos profissionais médicos. Precedente do STF.

As especialidades sujeitam-se aos processos dinâmicos da medicina, não podendo, por isso mesmo,

ter caráter permanente ou imutável, dependendo das circunstâncias e necessidades, sofrendo mudanças de nomes, fusões ou extinções.

Ressai evidente que o Conselho Regional, assim como a Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica, entende que o curso de especialização concluído em 1989 não constitui elemento suficiente para o reconhecimento da condição de especialista requerida em 2003.

Não pode o Poder Judiciário invadir a competência dos Conselhos de Medicina, para obrigá-los a conferir o título de especialista, em ramo científico quando o Conselho não reconheceu o certificado obtido em 1989 como elemento suficiente para atribuir, em 2003, o título de especialista.

A resolução, por sua vez, registra a necessidade de certames (provas de área de atuação) desde 2002, evidenciando que, de lá até aqui, a obtenção do reconhecimento da qualificação em tela, para todos os demais médicos interessados, seguiu tal dinâmica, o que atrai o tempero da isonomia profissional à demanda, bem retratado pelo STJ na *ratio essendi* do AgRg-REsp 1.240.998/RJ:

Ante as regras editalícias e à luz dos princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência (arts. 5º e 37 da Constituição Federal), a comprovação de especialidade médica deve ser realizada da mesma forma por todos os candidatos, não se podendo admitir exceção à regra a todos imposta.

No que se refere ao “amplo exercício da oncologia” mencionado pelo apelante, tanto no período de 1989 a 1999 na Colômbia, quanto no período de 1999 a 2003 em Rondônia, tenho que não constitui prova da especialização na forma em que prevista na Resolução 1.634/CFM/2002.

Consoante previsão legal (art. 17 da Lei 3.268/1957) *os médicos só poderão exercer legalmente a medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades, após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas do Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade.*

O apelante não trouxe provas de que teve a especialização regularmente registrada no CRM/RO entre 1999 e 2002. Assim, em que pese a alegação de “larga experiência” naquela região geográfica, a informação não constitui elemento de prova de direito adquirido ao registro, na forma em que previsto no parágrafo único do art. 5º da Resolução 1.634/CFM/2002.

Para se reconhecer a especialidade médica, o conselho pode, legitimamente, ser mais exigente do que o MEC, ao regulamentar requisitos mínimos para tal, sendo certo, portanto, que o título acadêmico pode, então, não ser suficiente para o registro no Conselho, como médico especialista. Tais exigências, tendo em vista a proteção da saúde pública, não se evidenciam como violadora do direito constitucional ao livre exercício de profissão (art. 5º, XIII), porquanto o direito ao “livre exercício” de profissão especializada está limitado, conforme previsão no próprio texto da Constituição, ao atendimento às “qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

A lei, enquanto norma geral, no caso, prevê que o detalhamento de tais qualificações se faça no âmbito da entidade (conselho profissional) especialmente criada com tal objetivo.

A atuação do CFM, por sua vez, não impede ou inibe o livre exercício da Medicina, o que se pretende é tão somente impedir que o médico que somente tenha o curso de especialização, mas que não possua todos os requisitos necessários (notadamente a residência médica) a ser admitido como especialista, em determinada área médica, induz a clientela em confusão.

Em última análise, busca-se o aperfeiçoamento do exercício profissional da Medicina, dever do CFM que atende ao interesse público e ao desiderato constitucional de preservação da vida e da saúde.

Verifica-se, ainda, o *periculum in mora* inverso, pois a concessão do registro de especialista quando não se demonstra, à data do requerimento, o preenchimento de todos os requisitos impostos aos demais postulantes do mesmo título, não só constitui quebra do direito de isonomia a outros médicos, como ainda pode induzir o possível paciente à presunção equivocada de que está sendo tratado por profissional especialista.

Este, por fim, o precedente de reforço que permite a dupla conclusão de que o Poder Judiciário não pode compelir o Conselho de Medicina a registrar profissional como portador de determinada especialidade se: a) o curso concluído em 1989, e não registrado na égide da legislação vigente àquela época, não foi, em 2003, reconhecido como hábil a conferir o grau de especialista e/ou, noutro passo, b) se o profissional não atende aos respectivos pressupostos regulamentares para gozar do *status* da qualificação:

[...] – CONSELHO DE MEDICINA – REGISTRO DE ESPECIALIDADE MÉDICA – [...] – PODER REGULAMENTAR E FISCALIZATÓRIO.

[...]

2. O Conselho de Medicina funciona como órgão delegado do Poder Público para tratar das questões envolvendo a saúde pública e as atividades dos profissionais médicos. Precedente do STF.

3. A simples existência de um curso de pós-graduação, ainda que reconhecido pelo MEC, não é capaz de qualificar-se, no universo científico, como nova especialidade médica.

4. As especialidades sujeitam-se aos processos dinâmicos da medicina, não podendo, por isso mesmo, ter caráter permanente ou imutável, dependendo das circunstâncias e necessidades, sofrendo mudanças de nomes, fusões ou extinções.

5. Hipótese em que o Conselho Federal de Medicina não reconheceu a “Medicina Estética” como especialidade médica negando, em consequência, o título de especialista ao profissional que concluiu curso de pós-graduação lato sensu.

6. Não pode o Poder Judiciário invadir a competência dos Conselhos de Medicina, para obrigá-los a conferir o título de especialista, em ramo científico ainda não reconhecido como especialidade médica.

7. Recurso especial não provido.

(STJ, REsp 1.038.260/ES, rel. Min. Eliana Calmon, T2, DJe 10/02/2010.)

Por fim, o Conselho Federal de Medicina tem natureza jurídica de entidade autárquica, fazendo parte da Administração indireta, de maneira que também está submetida ao princípio da legalidade (CF, art. 37).

Nessa condição tem obrigação de zelar pela conduta do profissional médico, de onde se depreende que, à vista da farta documentação acostada aos autos, tem-se que, no que se refere ao processo de registro de especialidade médica requerida pelo apelante em 2003 e efetivamente cassado em 2006, os réus observaram rigorosamente o princípio da legalidade administrativa.

Ressalvo que nada impede aos conselhos (regionais e federal), decidir por nova concessão de registro posterior, caso o profissional apresente a documentação exigida, fato que, por superveniente, não se confunde com o objeto da presente demanda.

Ante ao exposto, *nego provimento* à apelação e mantenho, por conseguinte, na íntegra a sentença apelada.

É o voto.

Segunda Turma Suplementar

Numeração única: 0014201-17.2000.4.01.3400

Apelação Cível 2000.34.00.014213-9/DF

Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)
Apelante: Josué Lúcio do Nascimento
Advogada: Dra. Maria Elsa Pinto Flores
Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Dr. Luís Maurício Daou Lindoso
Publicação: e-DJF1 de 29/10/2013, p. 1.239

Ementa

Previdenciário. Aposentadoria por invalidez. Parcela salarial reconhecida em sentença trabalhista. Revisão do cálculo da renda mensal. Inicial. Ausência de coisa julgada material. Apelação desprovida.

I. Tratando-se de parcela salarial declarada no bojo da fundamentação de sentença trabalhista apenas para fins de cálculo de verbas rescisórias, mas que não foi objeto da demanda nem do respectivo dispositivo da sentença, não há como impor à autarquia previdenciária a revisão do cálculo da renda mensal inicial de benefício previdenciário por meio da inclusão de tais valores nos salários de contribuição.

II. Coisa julgada material não configurada.

III. Apelação desprovida.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação.

2ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 05/06/2012.

Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli, relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli: —

1. Josué Lúcio do Nascimento propôs ação ordinária em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS com o objetivo de rever a renda mensal inicial de sua aposentadoria por invalidez, em razão do reconhecimento na seara trabalhista de parcela salarial integrante do período básico de cálculo de seu benefício previdenciário.

2. Contestação apresentada a fls. 96-98.

3. Sentença prolatada pela MM. juíza federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal julgou improcedente o pedido (fls. 112-114), isentando o autor do pagamento de custas e condenando-o no

pagamento de honorários advocatícios, para fins do disposto no art. 11, § 2º, da Lei 1.060/1950.

4. Insurge-se o autor a fls. 116-118 contra os termos da sentença, argumentando que a sentença trabalhista que reconheceu a parcela mensal de R\$ 1.500,00, transitou em julgado, valendo como coisa julgada material na forma do art. 467 do Código de Processo Civil. Aduz que sua aposentadoria por invalidez deve acompanhar a evolução do seu salário, sob pena de haver enriquecimento sem causa do INSS em detrimento do segurado.

5. Recebido o recurso (fl. 119) e ofertadas contrarrazões (fls. 121-123), ascenderam estes autos a este Tribunal Regional Federal.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli: —

1. Trata-se de apelação deduzida por Josué Lúcio do Nascimento em face da sentença que julgou improcedente o pedido de revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário de que é titular em decorrência de inclusão das verbas reconhecidas na esfera trabalhista.

2. Pela análise dos autos, depreende-se a existência de sentença prolatada nos autos de reclamação trabalhista, transitada em julgado, ajuizada pelo então reclamante Josué Lúcio do Nascimento contra o reclamado Everaldo Maciel & Filhos Ltda., em cuja fundamentação constou o seguinte (fls. 20-23):

3. REMUNERAÇÃO DO OBREIRO. COMISSÃO PAGA 'POR FORA'

As testemunhas do reclamante são convincentes no sentido de que o obreiro recebia salário fixo mais comissão no valor total mensal atualmente equivalente a R\$ 1.500,00. Tem-se, assim, evidenciado o pagamento de remuneração "por fora" a título de comissão. A prova testemunhal, harmônica com a tese operária, revela o procedimento irregular da reclamada em relação à remuneração dos seus empregados.

Ressalta-se, entretanto, que inexistente pretensão formulada na exordial decorrente desta atitude empresarial.

Sendo assim, tal importância (R\$1.500,00) servirá apenas como base no cálculo das parcelas, caso deferidas, desta reclamatória.

3. Conforme se extrai dessa transcrição, a despeito da existência de prova testemunhal no sentido do recebimento da alegada complementação salarial no valor de R\$ 1.500,00, a sentença trabalhista não determinou qualquer alteração nos salários percebidos pelo requerente, tão somente determinou que mencionada quantia deveria servir de base para o cálculo das parcelas que lhe foram efetivamente reconhecidas naquela ocasião.

4. E não poderia ser diferente, uma vez que a pretensão apresentada pelo requerente perante a Justiça do Trabalho limitou-se ao pagamento de verbas rescisórias, não abrangendo pedido de averbação em

CTPS dos reais valores por ele percebido a título de salários.

5. Dessa forma, tratando-se de parcela salarial declarada no bojo da fundamentação e que não foi objeto do respectivo dispositivo da sentença, não resta configurada a coisa julgada material.

6. Destaque-se, que, embora a decisão trabalhista possa ser considerada como início de prova material quanto ao recebimento de parcela salarial não declarada à Previdência Social, como apropriadamente destacou a juíza *a quo*, o autor também não deduziu neste juízo pretensão de reconhecimento do real valor de seus salários com o empregado. Pleiteou apenas a revisão de seu benefício previdenciário, como fundamento nas parcelas reconhecidas na reclamatória trabalhista.

7. Dessa forma, deixou de trazer aos autos outros elementos de prova que pudessem corroborar a alegação de que recebeu parcelas salariais não incluídas nos salários de contribuição utilizados no cálculo de sua renda mensal inicial.

8. Nesse cenário, não tendo o autor conquistado o redimensionamento de seus salários perante a Justiça Obreira, não há como impor à parte-ré o recálculo dos salários de contribuição utilizados no cálculo do benefício previdenciário em questão, permanecendo incólume a decisão administrativa que denegou seu pedido de revisão.

9. Nesses termos, irreparável a sentença recorrida, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

10. Pelo exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

Voto-Vista

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — 1. Trata-se de apelação do autor de sentença que julgou improcedente o pedido inicial de revisão de renda mensal inicial de seu benefício sob o fundamento de que o regime previdenciário tem caráter contributivo, devendo ser observados critérios necessários para preservar-lhe o equilíbrio financeiro e atuarial, entendendo inviável a pretensão revisional.

Condenou o autor ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais fixando a verba honorária em R\$ 100,00 (cem reais), ficando suspensa a sua exigibilidade até a comprovação da perda da condição de necessidade do autor, no prazo de 5 (cinco) anos.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro e a Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada).

Sustenta o apelante que recebeu remuneração mensal de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) antes da rescisão contratual, valor muito superior ao valor anotado pelo empregador em sua carteira de trabalho, alega que a responsabilidade pelas contribuições previdenciárias é do empregador, e que não pode ter tal responsabilidade transferida a ele pelo empregador.

Recebido o recurso de apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, vieram os autos a este Tribunal com as contrarrazões respectivas.

Em sessão de julgamento realizada em 29/02/2012, a Exma. Sra. Juíza Federal Rogéria Maria de Castro Debelli, a quem fora atribuída a relatoria do presente processo, levou processo a julgamento, tendo se posicionado pelo improvimento da apelação, confirmando a sentença do primeiro grau.

Pedi vista.

Voto

A Exma Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — O autor encontra-se em gozo de aposentadoria por invalidez regularmente concedida pelo INSS, mas informou que, muito embora tenha sido reconhecido judicialmente em ação trabalhista que o empregador pagou salários em valores muito superiores aos que estavam anotados em sua carteira de trabalho, tais valores não repercutiram sobre as contribuições devidas pelo empregador à Previdência Social de forma que os salários de contribuição utilizados no cálculo de seu benefício são inferiores aos valores que realmente seriam devidos, o que repercutiu no valor final de sua aposentadoria por invalidez.

A aposentadoria por invalidez, *uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição*³.

A aposentadoria por invalidez, segundo o art. 42 da Lei 8.213/1991, pressupõe: a) doença definitivamente incapacitante para o trabalho: b) cumprimento da carência exigida no art. 25, II, da Lei 8.213/1991, dispensada esta quando se tratar de doença da lista de que trata o art. 151 da Lei 8.213/1991 (art. 26, II, da lei em comento).

³ Art. 42 da Lei 8.213/1991.

Com efeito, o reconhecimento do valor do salário de contribuição junto ao INSS está condicionado à prova de filiação junto à Previdência Social, seja na qualidade de empregado, seja na de contribuinte individual. Na qualidade de empregado, as contribuições são descontadas e repassadas pelo empregador, como contribuinte individual, quem o faz é o próprio trabalhador.

No caso dos autos, o autor pleiteia, na inicial, a atualização da RMI de acordo com os valores reconhecidos na sentença trabalhista, todavia, como consta do voto da ilma. relatora, no tocante à sua remuneração, a Justiça do Trabalho não a majorou por falta de pedido na reclamatória trabalhista, de forma que considerou o valor de R\$ 1.500,00 apenas para efeito de cálculo das verbas rescisórias, sem alterar a base de cálculo da contribuição previdenciária.

É certo que o reconhecimento do direito à percepção de diferenças de salário, horas extras, adicional de periculosidade, por meio de sentença transitada em julgado, oriunda da Justiça do trabalho, posteriormente à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, justifica a revisão do cálculo de renda mensal inicial, com a inclusão de tais valores no salário de contribuição.

Na apuração do total dos salários de contribuição devem ser considerados todos os ganhos habituais do segurado empregado, inclusive aqueles que vierem a ser auferidos após a data da aposentação, em razão de fato superveniente, desde que os mesmos se refram aos salários que foram efetivamente utilizados no cálculo do salário de benefício, como é a hipótese em questão.

Todavia, no caso, não houve o reconhecimento do direito à percepção de verbas salariais por meio de sentença transitada em julgado, oriunda da Justiça do Trabalho, posteriormente à concessão do benefício de aposentadoria, já justificar a revisão do cálculo da renda mensal inicial mediante a inclusão de tais valores no salário de contribuição, por falta de pedido naquela ação.

Assim, devem ser respeitados os limites objetivos da coisa julgada. E, por outro lado, nesta ação, não houve prova de que incorreto o salário de contribuição, limitando-se o autor a invocar a coisa julgada que, no ponto, não lhe favorece.

Isto posto, acompanho a ilma. relatora e *nego provimento à apelação*.

Segunda Turma Suplementar

Numeração única: 0014650-77.1997.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 1997.34.00.014682-8/DF

Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (convocado)
 Relator p/ acórdão: Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado)
 Apelante: Nicolino Rodrigues dos Santos Filho
 Advogado: Dr. Luciano Alves Teixeira Pinto
 Apelante: Banco Central do Brasil – Bacen
 Procurador: Dr. Alessandro de Abreu Borges
 Apelado: Sérgio Augusto Naya
 Advogados: Dr. Jonas Moreira de Moraes Neto e outros
 Remetente: Juízo Federal da 9ª Vara/DF
 Publicação: e-DJF1 de 06/12/2013, p. 1.854

Ementa

Civil. Processual Civil. Contrato bancário. Parcelamento. Pagamento de parcela no dia útil subsequente ao vencimento. Prosseguimento da execução para cobrar essa diferença. Má-fé ou abusividade do exequente não caracterizada.

I. Se é certo que a parcela do contrato bancário em discussão, vencida em dia não útil, pudesse ser quitada, sem correção, no dia útil subsequente, ausente a comprovação de que a execução, cobrando essa diferença, prosseguiu por má-fé ou vingança do exequente e mesmo que não encontre razoabilidade jurídica, também não pode ser tida como abusiva a ponto de gerar indenização por danos morais e materiais, mesmo que o executado tenha sofrido constrição patrimonial, se o exequente, na condição de liquidante da instituição financeira credora, agiu na defesa do patrimônio da massa liquidanda e teve o aval do Poder Judiciário, cuja perícia do contador judicial chegou a referendar o débito.

II. Nos termos da Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal, a “cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil”.

III. Apelações e remessa oficial providas para julgar improcedentes os pedidos.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, dar provimento às apelações e à remessa oficial para julgar improcedentes os pedidos.

2ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 24/09/2013.

Juiz Federal *Osmane Antônio dos Santos*, relator p/ acórdão.

Relatório

O Exmo Sr. Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa:
 — Trata-se de apelação e remessa oficial de sentença datada de 6 de novembro de 2001 que, nos autos da ação ordinária ajuizada por Sérgio Augusto Naya, João de Castro e Sersan Sociedade de Terraplanagem, Construção Civil e Agropecuária Ltda. contra Nicolino Rodrigues dos Santos Filho e Banco Central do Brasil, julgou procedente o pedido para condenar os réus, solidariamente, a indenizarem os autores na importância de Cz\$ 22.022.159,51 (vinte e dois milhões, vinte e dois

mil, cento e cinquenta e nove cruzados e cinquenta e um centavos). O valor equivalia, à época da sentença, a 41.108,18 Obrigações do Tesouro Nacional, cujo termo legal para atualização foi designado como sendo o dia 9 de dezembro de 1987, acrescida a condenação de juros de mora a contar da citação, ocorrida em 7 de agosto de 1995 (fls. 436-455).

O réu Nicolino Rodrigues dos Santos Filho apresentou embargos de declaração contra a sentença às fls. 457-460, mas estes foram acolhidos apenas para a correção de erro material no que pertine à expressão

“real” utilizada na descrição por extenso do valor lançado à fl. 455 da decisão embargada.

O citado réu agora apela a esta Corte. Suscita, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, carência de ação, bem assim a inépcia da petição inicial. No mérito, alega a existência de irregularidades que diz ter observado durante a instrução processual, entre elas o fato de o autor Sérgio Naya ter utilizado telefone celular durante a audiência, enquanto prestava depoimento pessoal, e o fato de não ter sido abordada convenientemente a exceção retratada pelo juízo *a quo* na sentença. Sustenta, também, que os danos indicados na petição inicial somente poderiam ser imputados ao Banco Central. Acrescenta, ainda, que o juízo *a quo* agiu equivocadamente quando do despacho saneador, uma vez que indeferiu as preliminares suscitadas pelos réus. Ao final, alega existência de irregularidade em substabelecimento de poderes realizado durante o processamento do feito, bem como a existência de fatos processuais e extraprocessuais referentes a lide anterior (fls. 466-495).

O Banco Central do Brasil também apela às fls. 508-515. Pleiteia a análise de agravo retido pertinente à alegada ilegitimidade passiva, e aponta equívocos que teriam sido constatados da leitura da sentença recorrida. Assevera que o ato praticado pelo liquidante consistiu em mero exercício de suas atribuições legais, e que o dano que os autores-apelados almejam ver indenizado decorre de discordância sobre o dia de incidência da OTN. Acrescenta não ter havido no episódio intenção de causar prejuízo aos apelados, e que a conduta do liquidante não se pautou pela má-fé, inexistente, na espécie, cobrança indevida, bem assim os dados alegados pelos autores, mormente porque não comprovados nos autos.

Sem contrarrazões (certidão de fls. 519-verso).

É o relatório.

Voto*

O Exmo Sr. Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa: — Inicialmente, passo a analisar o agravo retido interposto pelo Bacen.

Sem razão o Bacen, no ponto.

O apelante Bacen, no agravo retido de fls. 291-297, datado de 02/12/1998, impugnou a rejeição das preliminares suscitadas em sua contestação, alusivas

às hipóteses dos arts. 321 e 330 do CPC, forte na sua ilegitimidade passiva para figurar neste feito.

Todavia, no ponto, encampo os fundamentos adotados pelo Juízo *a quo* para indeferir a citada preliminar, fortes no argumento de que o Banco Central, autarquia federal, teria competência determinada pela Lei 4.595/1964 para fiscalizar bancos e instituições financeiras, bem assim na Lei 6.024/1974, para promover a liquidação extrajudicial daquelas instituições.

Rejeito o agravo.

Passo a analisar as questões meritórias envolvidas nos recursos dos apelantes.

Verifico que os réus revisitam, em seus recursos, diversas questões preliminares, algumas delas antecedentes à decisão saneadora no feito, e outras que são anteriores à sentença. Embora expressamente rejeitadas, elas não foram objeto de recurso a tempo e modo pelos interessados.

São elas: ilegitimidade passiva do réu apelante liquidante; carência de ação; inépcia da petição inicial; irregularidades ocorridas durante a instrução processual, entre elas o fato de o autor Sérgio Naya ter utilizado telefone celular durante a audiência enquanto prestava depoimento pessoal e o fato de não ter sido abordada convenientemente a exceção retratada pelo juízo *a quo* na sentença; equívoco no despacho saneador com o indeferimento das preliminares suscitadas pelos réus apelantes; irregularidade em substabelecimento de poderes realizado durante o processamento do feito, fatos extraprocessuais referentes a lide anterior.

Tal fato autoriza a ilação de estarem aquelas questões acobertadas pelo manto da preclusão. Entendimento contrário, além de possibilitar a eternização da demanda, acarretaria maus tratos ao princípio, hoje guindado a garantia constitucional, qual seja, o da duração razoável do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CR, art. 5º, inciso LXXVIII).

O cuidado de não reavivar aquelas questões se agiganta na espécie, mormente porque o réu apelante, em sede de embargos de declaração, ocasião em que poderia ter tentado repisar os citados argumentos, limitou-se a indicar erro material na sentença, restrito à expressão “real” utilizada na descrição por extenso do valor lançado à fl. 455 da sentença.

No que diz respeito ao apelo do Banco Central, observo que não há como se falar em mero exercício, por parte do liquidante, de suas atribuições legais.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian e o Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado).

Como bem asseverado na sentença recorrida, a ausência de responsabilidade do liquidante não restou comprovada nos autos, e o ônus era dele, consoante previsão contida no art. 333, inciso II, do CPC.

E mais: ele é, efetivamente, responsável pelos atos praticados no exercício de suas atribuições, e a pessoa jurídica em liquidação, representada pelo liquidante — que, por sua vez é delegado do Bacen — incidiu na hipótese de abuso de direito, ao demandar para obter pagamento de dívida já paga, de acordo com apuração realizada nestes autos, no caso, atinente à diferença de correção monetária. Este ato, longe de representar apenas “mera discordância sobre o dia de incidência da OTN”, como defende o Bacen em seu recurso, é reputado pelo Código Civil como ilícito — abuso de direito no Código atual —, não se lhe perquire se intencional ou não, dispensa comprovação do prejuízo — até porque presumido no ato de se pleitear valores já pagos — e sujeita seu autor ao pagamento de indenização correspondente ao mesmo valor.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos de apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Voto-Vogal Vencedor

O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos: — Senhor presidente, pedi vista em mesa e passo ao meu voto.

No caso, Sesan – Sociedade de Terraplanagem Construção Civil e Agropecuária Ltda, contratou, junto a instituições bancárias, mútuos financeiros para o desenvolvimento das suas atividades, dentre elas, o Banco Auxiliar de São Paulo, o qual, posteriormente, entrou em liquidação extrajudicial. Daí a habilitação desses créditos perante o liquidante do Banco Auxiliar, sob a Supervisão do Banco Central do Brasil, o que justifica também a legitimidade processual dos dois entes: tanto do liquidante como do Banco do Central.

Por força desses créditos, senhor presidente, foram formalizadas transações para pagamentos em parcelas e uma dessas parcelas, pelo que narra a sentença, foi paga em atraso, mas um atraso que, pelo que consta dos autos, decorrente do vencimento em dia não útil. O liquidante entendeu que, por força disso, haveria uma distorção do valor que foi pago a menor, ou seja, considerou o atraso, não obstante o vencimento em dia não útil. Por força disso, a execução prosseguiu, cobrando essa diferença. Este processo, inclusive, foi remetido à contadoria judicial, que ratificou essa exigência, essa diferença a ser paga, o que justificou o prosseguimento da execução, inclusive

com a penhora de bens, que a empresa entende que lhe gerou gravame material e de ordem moral porque, ela ficou, por força dessas restrições, impedida de movimentar essas quantias ou esses bens, até para gerir o seu capital social.

E nesse contexto, senhor presidente, é que o juiz entendeu que houve efetivamente má-fé, um abuso de direito do liquidante em prosseguir com essa execução, por entender que esse valor, a diferença pelo apontado atraso não devia ser cobrado. Só que, no caso, eu não estou antevendo esse abuso de direito, não, senhor presidente. Embora possa ter havido uma falta de cuidado ou um zelo muito apurado do liquidante com a coisa pública, mas foi uma atitude referendada pelo Poder Judiciário, que também compactuou com o processamento dessa execução, a qual, submetida a uma perícia técnica, chegou-se à conclusão de que esses valores efetivamente eram devidos. Então, eu acho que o liquidante, mais do que nunca, sentiu-se na obrigação ou no dever de buscar essa reparação do patrimônio público, até porque o período da dívida era um período de intensa espiral Inflacionária, Senhor Presidente, e o valor era considerável, e por isso ele entendeu de buscar essa diferença.

Bem ou mal, se o pagamento foi feito com atraso, mesmo que esse atraso tenha advindo do vencimento da prestação num dia não útil, o que não pode ser tido como atraso, considero que, mesmo assim, o liquidante não agiu de má-fé ou com abuso de direito por entender que, mesmo que o pagamento tenha se dado no dia útil subsequente, ele, na defesa do patrimônio público, buscou a defesa do seu ponto de vista de que, diante da espiral inflacionária, o pagamento foi feito com atraso, posto que deveria ter sido efetivado no dia útil que antecedeu o vencimento e não no posterior. Ou seja, é um ponto de vista que, por mais que sem razoabilidade e sem amparo legal, não pode, por si só, ser tido como abusivo e motivado por má-fé ou vingança.

Ou seja, se é certo e legal que a parcela do contrato bancário em discussão, vencida em dia não útil, pudesse ser quitada, sem correção, no dia útil subsequente, ausente a comprovação de que a execução, cobrando essa diferença, prosseguiu por má-fé ou vingança do exequente e mesmo que não encontre razoabilidade jurídica, também não pode ser tida como abusiva a ponto de gerar indenização por danos morais e materiais, mesmo que o executado tenha sofrido constrição patrimonial, se o exequente, na condição de liquidante da instituição financeira credora, agiu na defesa do patrimônio da massa

liquidanda e teve o aval do Poder Judiciário, cuja perícia do contador judicial chegou a referendar o débito.

Portanto, senhor presidente, nos termos da Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece que a cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art.1.531 do Código Civil, vou pedir vênia ao eminente relator para dar provimento às apelações e à remessa e julgar improcedentes os pedidos.

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Honorários?

O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos: — Vou inverter os ônus de sucumbência, vou fixar, então, em 10% sobre o valor da causa devidamente atualizado, senhor presidente. Custas pelos autores.

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Agora, há um problema. O agravo retido da ilegitimidade passiva do Banco Central, que foi rejeitado, vossa excelência também rejeita?

O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos: — Sim, também rejeito.

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Também rejeito.

O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos: — Senhor presidente, estou observando: os 10% de honorários sobre o valor da causa [...] Porque é o seguinte: o valor da indenização buscada é de quatorze milhões de reais; à causa foram dados apenas dez mil reais. Portanto, eu só vou retificar o meu voto nesse ponto para fixar honorários em quatro mil reais para cada autor; dá doze mil reais no total.

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — É para os dois réus em conjunto, ou cada réu em separado?

O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos: — Os dois réus em conjunto, o Banco Central e a União.

Quarta Turma Suplementar

Numeração única: 0024659-97.2003.4.01.3300

Apelação Cível 2003.33.00.024643-8/BA

Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado)
Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Apelante: Edson Ricardo dos Santos
Advogado: Dr. Nilson José Pinto
Apelante: Mosteiro de São Bento da Bahia
Advogado: Dr. Antônio Menezes do Nascimento Filho
Apelantes: Verdemar Motéis e Turismo Ltda. e outros
Advogados: Dr. Tiago Cedraz Leite Oliveira e outros
Apelante: Mainá Souza Moura
Advogados: Dr. Geraldo de Moraes Filho e outros
Apelados: os mesmos
Rec. Adesivo: Universidade Federal da Bahia – UFBA
Publicação: e-DJF1 de 08/11/2013, p. 835

Ementa

Processual Civil. Administrativo. Civil. Discussão sobre imóvel quanto à qualificação se privado ou público. Terreno inserido numa área maior de propriedade de universidade federal. Prova pericial indeferimento. Cerceamento de defesa configurado. Nulidade da sentença.

I. Havendo dúvida quanto à localização do imóvel objeto de contrato cuja anulação se pretende, se inserido em área maior desapropriada em favor da Universidade Federal da Bahia ou se contíguo à referida área, a produção de prova pericial se revela imprescindível. Preliminar de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, acolhida.

II. Sentença anulada. Retorno dos autos à origem, para produção de prova pericial, prejudicados os recursos de apelação e o recurso adesivo.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, anular a sentença por cerceamento de defesa, em razão do indeferimento do pedido de produção de prova pericial.

4ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 06/08/2013.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator p/ acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira:
— Trata-se de apelação interposta por Edson Ricardo dos Santos (fls. 413-428), Mosteiro de São Bento da Bahia (fls. 432-485), Verdemar Motéis e Turismo Ltda. e outro (fls. 487-491) e Mainá Souza Moura (fls. 497-502), e de recurso adesivo interposto pela Universidade Federal da Bahia (fls. 543-544) em face sentença proferida em ação de rito ordinário (fls. 359-379), que extinguiu a oposição, sem exame de mérito (art. 267, VI, do CPC) e julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação principal para invalidar:

a) o contrato particular de cessão de promessa de compra e venda firmado entre as co-autoras Verdemar Motéis e Turismo Ltda. e Lacerda Serviços e Incorporações Ltda., por meio do Consórcio Verdemar Lacerda I, e o corréu Edson Ricardo dos Santos;

b) a escritura de compra e venda lavrada no Cartório do 9º Ofício de Notas, no Livro nº 249, fl. 135, número de ordem 506997, referente à aquisição de terreno de situado à Rua Conde Filho, inscrito no Censo Imobiliário Municipal sob o nº 517.208-0;

c) o subestabelecimento passado em favor de Edson Ricardo dos Santos, lavrado no Cartório do 9º Ofício de Notas, no Livro nº 23, fl. 80, número de ordem 3484, referente ao apartamento nº 1.102 do Ed. Solar Paraty;

d) o contrato nº 10, firmado com Edson Ricardo dos Santos, referente ao apartamento nº 402 do Ed. Mar Azul Residence.

Os corréus Edson Ricardo dos Santos e Mainá Souza Moura foram condenados a devolver às coautoras Verdemar Motéis e Turismo Ltda. e Lacerda Serviços e Incorporações Ltda. os valores de R\$ 230.000,00 (duzentos e trinta mil reais) e R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), respectivamente, acrescidos de correção monetária a partir da data de assinatura da escritura de compra e venda (09/04/2003 – fl. 21) e de juros moratórios a partir da citação.

Os réus também foram condenados a pagar ao coautor Hélio Passos de Lacerda indenização por danos morais no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais),

devidamente corrigido e acrescido de juros moratórios a partir da assinatura da escritura de compra e venda (data do evento danoso), conforme enunciado da Súmula 54 do STJ.

Em virtude de ter a autora decaído de parte mínima do pedido, os réus foram condenados a arcar com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, devidamente corrigidos até a data do pagamento efetivo.

Na oposição, a UFBA foi condenada a pagar, aos opostos, honorários advocatícios, fixados em R\$ 300,00 (trezentos reais), atualizados até o efetivo pagamento.

Em suas razões de recurso, o primeiro recorrente (Edson Ricardo dos Santos) insurge-se contra o comando da sentença e suscita, preliminarmente: (1) a incompetência absoluta do Juízo Federal; (2) a ilegitimidade ativa do *Consórcio Verdemar Lacerda* e de Hélio Passos de Lacerda e de Creusa Almeida Lacerda; (3) carência de direito de ação por falta de interesse de agir; (4) nulidade processual por cerceamento de direito de defesa, em virtude de não ter sido deferida a produção de prova pericial. No mérito postula basicamente que (1) não seja acolhido o pedido na ação declaratória; (2) seja reconhecida a apelante como contratante de boa-fé; (3) os autores sejam condenados a arcar com o pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

O segundo recorrente (Mosteiro de São Bento da Bahia), em sua apelação, suscita (1) nulidade da sentença por negativa de prestação jurisdicional com relação aos tópicos invocados nos embargos de declaração; (2) a ilegitimidade passiva da apelante, que não assinou quaisquer dos documentos objetos da anulação pretendida na ação, não podendo ter causado qualquer dano ao Sr. Hélio Passos de Lacerda, que também não assinou os referidos documentos; (3) incompetência da Justiça Federal na apreciação do dano moral postulado por particulares contra os réus — excluindo-se a UFBA, que não formulou tal pleito (art. 109 da CF/1988); (4) exclusão da apelante

da condenação em dano moral por não haver auferido qualquer vantagem no negócio jurídico celebrado entre terceiros e anulado pela sentença de primeiro grau ou a fixação de cota mínima caso persista a injusta condenação em ressarcimento por dano moral que não ocasionou; (5) anulação da sentença por falta de exame dos embargos declaratórios quanto à verba honorária e às custas processuais arbitrados sobre o valor da condenação sem delimitação do que atingiria a entidade apelante; (6) anulação da sentença por omissão quanto a incidência dos arts. 20 e 21 do CPC com a compensação das parcelas entre vencidos e vencedores, o que o absolve com relação a Hélio Passos de Lacerda e credor de tal verba honorária com relação aos demais apelados; (7) anulação da sentença por cerceamento ao direito de ampla defesa no que pertine à produção de prova pericial requerida por Edson Ricardo e por não haver determinado que a UFBA juntasse aos autos a Escritura de Doação da área do litígio ao Município de Salvador, documento que torna incompetente o juízo, já que o remanescente da área pertenceria ao ente donatário. No mérito requer (1) a declaração de inépcia da petição inicial quanto ao pedido de condenação para pagamento de indenização por dano moral face à inexistência de causa de pedir com relação a tal pleito e com relação ao acionante contemplado; (2) a improcedência do pedido de condenação para pagamento de indenização por dano moral com relação ao Mosteiro de São Bento da Bahia, por inexistência de dano, denexo de causalidade e de culpa; (3) declaração da retrocessão por ser incontroverso e não haver prova nos autos de prévia e justa indenização em dinheiro em razão do Decreto Expropriatório noticiado; (4) inexistência do domínio da UFBA, já que a ação não é reivindicatória nem foi direcionada a oposição contra a instituição apelante, violando-lhe os direitos ao devido processo legal e ampla defesa; (5) aplicação do princípio da proporcionalidade, estabelecendo cota a cada demandado, caso seja mantido no polo passivo; (6) a improcedência do pedido de sucumbência por inexistência desta ou a devida compensação com relação ao autor Hélio Lacerda, já que sucumbiu na maior parte do pedido, devendo os demais acionados arcarem com as custas processuais e verba honorária; e, finalmente, em pedido sucessivo requer que os juros de mora sejam computados a partir da citação.

Em suas razões de apelo, o terceiro recorrente (Verdemar Motéis e Turismo Ltda. e Lacerda Serviços e Incorporações Ltda.), com suporte no art. 927 do CC, alega que a sentença deve ser reformada na parte que excluiu o Mosteiro de São Bento da Bahia da

obrigação de devolver, juntamente com os demais corréus (Edson Ricardo dos Santos e Mainá Souza Moura), a importância de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), por viabilizar negociação ilícita *consilium fraudis*, envolvendo terreno público e sobre o qual também auferiu vantagens financeiras. Esclarece que os elementos fáticos documentados nos autos demonstram a existência de dolo por parte do representante legal do recorrido, irmão Bento Viana, junto ao Cartório de Registro de Imóveis do 1º Ofício e este pedido encontra-se expresso no inciso III do item 8 da inicial. O apelante sustenta, ainda, que todos os obrigados devem ser condenados na verba honorária estipulada pela sentença.

A quarta recorrente (Mainá Souza Moura), por sua vez, suscita as seguintes preliminares: (1) cerceamento de defesa ante a ausência de intimação dos litigantes para apresentação das alegações finais e o indeferimento da perícia técnica por eles postulada “para aferição técnico-científica se a gleba de terra em questão está ou não inserida na poligonal considerada de ‘propriedade’ da Universidade Federal da Bahia” (fl. 499); (2) incompetência da Justiça Federal diante da exclusão da UFBA da oposição, que foi extinta sem exame de mérito; e (3) nulidade da sentença por vício de julgamento *extra petita*, por atribuir à UFBA, sem qualquer permissão ou previsão legal, a condição processual de assistente da parte-autora.

Em recurso adesivo, a quinta recorrente (Universidade Federal da Bahia) manifesta irresignação contra a parte da sentença que a condenou a arcar com o pagamento de honorários advocatícios sem que tenha havido sucumbência.

Todos os recursos foram recebidos em seus efeitos devolutivo e suspensivo pelo juízo *a quo* (fls. 515 e 556).

Foram apresentadas contrarrazões pelo Mosteiro de São Bento da Bahia, às fls. 518-526 e 558-561, por Verdemar Motéis e Turismo Ltda. e outro, às fls. 528-537, por Edson Ricardo dos Santos, às fls. 564-568, e por Mainá Souza Moura, às fls. 569-572.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira:

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian e o Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado).

I – PRELIMINARES

Impõe-se, primeiramente, analisar a preliminar de incompetência absoluta do Juízo Federal.

Na presente ação a parte-autora postula anulação de contrato de promessa de compra e venda e cessão de direitos e o pagamento de indenização por perdas e danos. O contrato envolve terreno que, de acordo com documentos juntados aos autos (fls. 60-61), pertence à Universidade Federal da Bahia, o que determina a competência da Justiça Federal para processar e julgar a lide, a teor do que dispõe o art. 109 da Constituição Federal.

Por se tratar de controvérsia envolvendo interesse jurídico de autarquia federal (UFBA) — fato devidamente comprovado pela petição de fls. 333-334 — deve a entidade pública ser mantida na lide como assistente e, por isso, deve ser rejeitada a preliminar de incompetência absoluta da Justiça Federal.

Por esses mesmos motivos também deve ser elidida a preliminar de nulidade do processo, por vício de julgamento *extra petita*, suscitada por Mainá Souza Moura, porquanto justificado o interesse da UFBA em integrar a lide como assistente da parte-autora. Também rejeito a preliminar.

Tampouco evidencio a existência de nulidade do processo por cerceamento de direito de defesa, em virtude de indeferimento da prova pericial solicitada pelos corréus.

Ora, a prova se dirige ao juiz condutor do feito, a quem compete, com exclusividade, aquilatar sua necessidade e valor probante (art. 131 do CPC).

No sistema de persuasão racional, ou livre convencimento motivado, adotado pelo Código de Processo Civil, o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção, não cabe compeli-lo a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, o que ocorreu no presente caso (STJ, AgRg no Ag 1.403.694/MG, rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 22/08/2011).

Esta questão, por sinal, ficou bem esclarecida pelo juízo de primeiro grau (fl. 406):

De acordo com o art. 420, parágrafo único, II, do CPC, o Juiz indeferirá a prova pericial quando esta for desnecessária ao deslinde do feito, em face do conjunto probatório já produzido. Entendo que esse dispositivo se aplica à hipótese em apreço.

O réu pretende, por meio de perícia requerida, provar que o terreno vendido aos autores não é de propriedade da UFBA. Contudo, conforme já salientado na sentença de fls. 359-373, a farta

documentação acostada aos autos comprova de maneira irrefutável que o referido terreno pertence à Universidade Federal da Bahia, sendo parte de uma vasta área desapropriada em 28/12/57.

Conforme o documento de fls. 70-72, a área delimitada pela Rua Conde Filho foi desapropriada amigavelmente em favor da UFBA. Por sua vez, a certidão fornecida pela Superintendência de Controle e Ordenamento do Uso do Solo do Município de Salvador (fl. 59) atesta que o terreno em questão se situa 'na Poligonal das Áreas da Universidade Federal da Bahia'. As plantas de fls. 60/61, documentos oficiais produzidos pelo órgão municipal competentes, também comprovam tal fato.

Sendo assim, como está amplamente demonstrado nos autos ser a UFBA a proprietária do aludido terreno, INDEFIRO o requerimento de fl. 356, por ser desnecessário ao deslinde do feito.

O juízo federal de primeiro grau assim dispôs, ainda, na sentença, sobre a questão da propriedade do imóvel:

O Decreto nº 40.222, de 30/10/56 (fl. 62), declarou de utilidade pública vasta área da Graça, no total de 11.685,28 ,2, situada entre a Rua Conde Filho e os terrenos lá especificados. Conforme certidão de fls. 70-72, procedeu-se à desapropriação amigável do imóvel em 28/12/57, em favor da Universidade Federal da Bahia.

Analisando-se a elucidativa planta acostada à fl. 74, verifica-se que o terreno objeto do contrato ora discutido em Juízo é, indubitavelmente, pequena parcela (915m²) da área original (11.685,23m²), utilizada para a ampliação do Campus da Canela da UFBA. Outros documentos acostados aos autos, cõos de fls. 59-61, não deixam dúvidas quanto ao fato de a Universidade Federal da Bahia ser a legítima proprietária do imóvel.

Diante desses fundamentos julgo que está suficientemente demonstrado nos autos que a área litigiosa está inserida dentro do polígono de propriedade da UFBA, pelos documentos juntados aos autos (fls. 60-61 e 70-72) e, por isso, não há, a meu ver, necessidade de realização de prova pericial, pelo que não reconheço a existência de causa de nulidade, por cerceamento de direito de defesa.

No tocante à ausência de intimação dos litigantes para apresentação das alegações finais sustentada por Mainá Souza Moura, importa assinalar que, além desta nulidade não ter sido alegada na primeira oportunidade que teve de falar nos autos (art. 245 do CPC), não se evidencia qualquer prejuízo por ela suportado em decorrência de tal omissão (art. 249, § 1º, do CPC).

A propósito destaco o entendimento jurisprudencial do STJ:

Em tema de nulidades processuais, o Código de Processo Civil acolheu o princípio *pas de nullite sans grief*, do qual se deduz que somente há de se declarar a nulidade do feito, quando, além de alegada *opportuno tempore*, resta comprovado o efetivo prejuízo dela decorrente (AgRg no Ag 1191616/MG, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 23/03/2010).

Finalmente, valho-me das mesmas razões de decidir adotadas pelo juízo de origem para rejeitar a preliminares de ilegitimidade ativa defendidas pelo réu Edson Ricardo dos Santos com relação aos autores:

a) Consórcio Verdemar Lacerda e das empresas Verdemar Motéis e Turismo Ltda. e Lacerda Serviços e Incorporações Ltda:

Conforme dispõe seu contrato de constituição (fls. 16-18), o Consórcio Verdemar Lacerda é composto pelas empresas Verdemar Motéis e Turismo Ltda. e Lacerda Serviços e Incorporações Ltda., devendo ser representada, judicial ou extrajudicialmente, pelas duas empresas consorciadas, na forma de seus estatutos.

À fl. 274, as empresas consorciadas requereram correção do pólo ativo, ratificando todos os atos praticados até então, requerimento contra o qual os réus não se insurgiram.

Embora o Consórcio Verdemar Lacerda não tenha, efetivamente, personalidade jurídica, sua inclusão no pólo ativo da demanda constitui mera irregularidade, passível de correção a qualquer tempo.

Com efeito, analisando-se a procuração acostada à fl. 15 e os estatutos sociais de fls. 276-279 e 280/283, verifica-se que o mandato foi outorgado, desde o início do feito, pelos sócios das empresas consorciadas, a quem cabe a representação das sociedades envolvidas (Cláusula 4ª – fl. 276 e Cláusula 6 – fl. 282)

Em outras palavras, são as empresas Verdemar Motéis e Turismo Ltda. e Lacerda Serviços e Incorporações Ltda., que compõem o Consórcio Verdemar Lacerda I, as verdadeiras autoras no presente feito, ao lado de Hélio Passos de Lacerda e Creusa Almeida Lacerda (fls. 364-365)

b) Hélio Passos de Lacerda e de Creusa Almeida Lacerda:

A prefacial não deve ser acolhida, pois, apesar de os autores ora mencionados não figurarem na avença objeto da demanda, possuem legitimidade para pleitear a reparação de dano dela decorrente, estando presente, destarte, o interesse de agir (fl. 407)

O Mosteiro de São Bento da Bahia invocou preliminar de nulidade do processo por negativa de prestação jurisdicional (art. 93, IX, da CF/1988) quanto aos tópicos enumerados em seus embargos declaratórios (fls. 387-395) e que, segundo afirma, não foram devidamente esclarecidos pelo Juízo Federal de primeiro grau. O primeiro ponto, referente à incompetência da Justiça Federal, já foi objeto de apreciação. Específico os outros pontos: (1) ilegitimidade passiva; (2) inobservância do princípio da proporcionalidade entre o valor da indenização e o proveito auferido pelos ofensores; (3) necessidade de identificar a parte em que cada réu foi sucumbente na lide; (4) necessidade de apreciação da questão referente à sucumbência recíproca das partes e de compensação das verbas devidas a título de honorários advocatícios.

Considero que as questões invocadas foram devidamente examinadas pelo órgão julgador de primeiro grau e decididas fundamentadamente.

O magistrado prolator da sentença destacou que o Mosteiro de São Bento tem legitimidade passiva em virtude de ter afirmado, no curso do processo, ser o proprietário do imóvel litigioso, de modo que se justifica a sua inclusão no polo passivo da ação. Adoto os seguintes fundamentos para rejeitar a preliminar:

Ao contrário do que afirma o acionado, ele esteve envolvido no negócio jurídico sobre o qual versa a demanda, na condição de proprietário do mencionado terreno. Ressalte-se, ainda, que o mosteiro de São Bento, ao longo de todo o processo, afirma veementemente ser o proprietário do imóvel em questão.

É necessário, portanto, que o Mosteiro de São Bento integre a lide, a fim de que, em caso de eventual procedência do pedido, seja alcançado pelos efeitos da coisa julgada (fl. 363)

A matéria referente à fixação do valor da indenização e repartição dos ônus sucumbenciais será apreciada juntamente com as outras questões de mérito que foram impugnadas.

Em relação à condenação dos réus para pagar indenização para reparação de dano moral, em favor do coautor Hélio Passos de Lacerda, assim está fundamentado o julgado:

O acionante, sendo sócio de uma das empresas que adquiriram o terreno pertencente à UFBA, despendeu importância considerável para a conclusão do negócio. Após a assinatura do contrato e o pagamento do preço, inclusive com a entrega de dois apartamentos, este se viu impedido de realizar o empreendimento almejado, tendo que fazer frente aos prejuízos sofridos.

Está claro que tais acontecimentos causaram graves abalos ao co-autor Hélio Passos de Lacerda. O enorme prejuízo sofrido, bem como a frustração de não poder realizar o empreendimento almejado e a revolta por ter sido vítima de fraude sem dúvida lhe acarretaram sofrimento psicológico considerável, o qual deve ser ressarcido.

[...]

O autor é sócio de uma construtora, possuindo posição social relativamente elevada. Por sua vez, os ofensores, considerando-se as provas dos autos, agiram com dolo, vendendo um bem que sabiam não ser de sua propriedade. Quanto ao co-réu Mosteiro de São Bento da Bahia, embora não se possa afirmar que tenha agido com dolo, é patente que incorreu em culpa grave, pois não poderia dar o imóvel em aforamento à co-ré Mainá Souza Moura sem se certificar da situação do bem.

Embora o dano causado não tenha tido repercussão social, sua intensidade foi bastante elevada, considerando as importâncias envolvidas na transação, tendo os acionados obtido grande proveito do fato.

Isto posto, de acordo com os critérios supra analisados, fixo a indenização em R\$ 100.00,00 (cem mil reais), que deverá ser paga pelos acionados ao co-autor Hélio Passos de Lacerda (fl. 371)

Em relação aos ônus da sucumbência considerou-se que a parte-autora decaiu de parte mínima do pedido e os réus foram condenados a arcar com o pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, devidamente corrigidos monetariamente até a data do pagamento efetivo.

No caso em exame o órgão julgador considerou incontroverso o domínio público (UFBA) sobre o terreno *sub judice*, o que o levou a concluir que o embargante/recorrente deve responder solidariamente pelo pagamento de indenização para reparação de dano moral e deve arcar com os ônus sucumbenciais impostos, à vista de seu envolvimento indireto em negócio maculado de vícios formais, no qual assumiu a condi-

ção de pretensão proprietário do bem quando, em realidade, os elementos de prova comprovam o contrário.

Desta forma, ainda que não tenha havido manifestação expressa do juízo acerca da proporcionalidade questionada entre a indenização e o proveito que cada ofensor auferiu do ilícito, bem como da parte em que cada corréu foi sucumbente, subentende-se, à vista dos fundamentos da sentença recorrida, que o ato ilícito verificado somente se implementou com a participação conjunta dos três réus, devendo todos arcar em iguais condições com o pagamento de indenização e com os ônus de sucumbência. Desse modo considero que não houve afronta ao art. 93, IX, da Constituição Federal.

Por todo o exposto, rejeito as preliminares.

Voto-Vogal Vencedor

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:
— Juiz Rodrigo, vou divergir de vossa excelência quanto à falta da prova pericial e anular a sentença por cerceamento de defesa, por não ter deferido prova pericial, tendo em vista a dúvida quanto à localização do imóvel cuja anulação de contrato é objeto da ação, e o terreno é efetivamente dentro, se for o caso, da área maior à desapropriada a favor da Universidade Federal da Bahia.

O precedente do STJ, com relação à prova, acho que tem que ser examinado com muito cuidado, porque eles não examinam provas, mas nós examinamos na 2ª instância. Se o juiz entender que está provado, então não precisa mais apelar. Acho que devia ter feito perícia para localizar os 900 metros, se dentro ou fora do polígono, porque ali, no confronto, está dizendo que o polígono confronta, num dos lados, com a São Bento, ainda. Quando vossa excelência leu, nos confrontos, de um lado é com a universidade, do outro lado, com a rua, do outro lado, com a desapropriada. Pode ser que, naquele pedaço do mosteiro, estejam os 900, como pode ser que, efetivamente, esteja dentro do polígono.

Quinta Turma Suplementar

Numeração única: 0005095-81.2003.4.01.3802

Apelação/Reexame Necessário 2003.38.02.005032-5/MG

Relator: Juiz Federal Wilson Alves de Souza (convocado)
 Apelante: Fazenda Nacional
 Procuradora: Dra. Luciana de Andrade Saraiva Ferreira
 Apelado: Ricardo Tetsuo Katagiri
 Advogados: Dra. Aline Cardoso Lopes Rego e outro

Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Uberaba/MG
Publicação: e-DJF1 de 13/11/2013, p. 166

Ementa

Tributário. Contribuição previdenciária. Cooperativa de trabalho. Competência dos fiscais do INSS. Relação empregatícia afastada pela Justiça especializada.

I. A sociedade cooperativa constitui-se em forma livre de associação de pessoas, com natureza civil, não sujeita a falência, constituída para prestar serviços aos seus associados, que se distingue das demais sociedades por possuir características próprias, dentre elas: adesão voluntária, singularidade do voto nas assembleias (gestão democrática), não obtenção de lucro, e sim sobras líquidas, mecanismos de retorno financeiro proporcionais às transações dos membros, dentre outras elencadas nos arts. 3º e 4º da Lei 5.764/1971.

II. A mera obediência a requisitos formais não é suficiente para a consideração da ausência de vínculo empregatício entre cooperado e tomador de serviços. Há que se ter em conta os princípios protetivos do Direito do Trabalho, dentre os quais se destaca o princípio da *primazia da realidade*, segundo o qual, *os fatos prevalecem sobre a forma contratual*. Este princípio privilegia o conteúdo sobre a forma na configuração do contrato de emprego. Desta maneira, não são os contratantes que determinam a existência ou não de um contrato de emprego, mas sim o modo pelo qual os serviços são desenvolvidos.

III. A partir da Emenda Constitucional 20/1998, passou a ser exclusiva a competência da Justiça do Trabalho para processar, de ofício, a execução de contribuições previdenciárias decorrentes de sentenças por ela proferidas (art. 114, § 3º, da CF/1988), regra de competência absoluta que foi mantida pela Emenda Constitucional 45/2004.

IV. Os tribunais possuem jurisprudência pacífica no sentido de que a autarquia previdenciária, por meio de seus agentes fiscais, tem competência para reconhecer vínculo trabalhista para fins de arrecadação e lançamento de contribuição previdenciária, o que não configura, sob qualquer perspectiva, invasão à competência da Justiça do Trabalho. Precedentes.

V. A justiça especializada, analisando a existência de relação de emprego entre os cooperados e os tomadores de serviço, concluiu pela licitude das atividades da Cootrar, de modo a afastar eventuais relações de emprego existentes entre o tomador de serviço e os cooperados da Cootrar. Nesta esteira de inteligência, cediço que não pode uma relação empregatícia não existir para fins trabalhistas e existir para fins tributários.

VI. Havendo decisão trabalhista transitada em julgado sedimentando a inexistência de relação de emprego entre as partes, não pode o INSS concluir pela existência de tal relação somente para fins tributários, ignorando a atribuição jurisdicional da Justiça do Trabalho.

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 – 05/11/2013.

Juiz Federal *Wilson Alves de Souza*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Wilson Alves de Souza*: —
Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra a sentença de fls. 214-223 que

julgou procedente o pedido para anular os lançamentos e os débitos decorrentes, inclusive multas relativas às NFLDs 35.126.301-2 e 35.126.302-0.

Entendeu o juízo *a quo* que o juízo trabalhista entendeu pela regularidade da cooperativa de

trabalho, o que afasta eventual relação empregatícia apta a configurar o fato gerador das contribuições previdenciárias.

Houve remessa oficial.

Apela a autarquia previdenciária argumentando que o afastamento da relação empregatícia pela Justiça especializada não tem o condão de afastar a atividade fiscalizatória do INSS que, *in loco*, recolheu elementos aptos à configuração da relação empregatícia entre supostos cooperados e tomadores.

Contrarrazões às fls. 238-244.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Wilson Alves de Souza: — O cerne da controvérsia repousa em perquirir a natureza dos serviços prestados por supostos cooperados ao apelado, se configuram relação de emprego ou mera prestação de serviço mediante disponibilização por cooperativa.

Como sabido, a sociedade cooperativa constitui-se em forma livre de associação de pessoas, com natureza civil, não sujeita a falência, constituída para prestar serviços aos seus associados, que se distingue das demais sociedades por possuir características próprias, dentre elas: adesão voluntária, singularidade do voto nas assembleias (gestão democrática), não obtenção de lucro, e sim sobras líquidas, mecanismos de retorno financeiro proporcionais às transações dos membros, dentre outras elencadas nos arts. 3º e 4º da Lei 5.764/1971.

Além disso, saliente-se que as cooperativas de trabalho existem primordialmente para prestar serviços a seus associados organizando seu trabalho e fornecendo condições operacionais, contábeis e fiscais, necessárias para que eles possam prestar serviços a terceiros.

Cumpra pontuar que o trabalho realizado por estas cooperativas reduz sensivelmente os encargos de caráter trabalhista (FGTS, 13º salário, dentre outros). Tal fato relaciona-se diretamente com a edição da Lei 8.949/1994, que introduziu parágrafo único ao art. 442 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), dispondo que:

[...] Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo

empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

Desta forma, verifica-se que o legislador tratou de reafirmar o já disposto citado art. 90 da Lei 5.764/1971 (não existe vínculo empregatício entre a cooperativa e seus associados) e acrescentou, ainda, não existir vínculo empregatício entre os associados e o tomador de serviços da cooperativa.

O dispositivo legal acima transcrito criou a impressão de que qualquer trabalho prestado através de sociedade cooperativa não se constituiria em relação de natureza trabalhista entre o cooperado e a empresa tomadora de serviço.

Tal assertiva, todavia, não é verdadeira.

O art. 2º da CLT nos dá a definição legal de empregador nos seguintes termos:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos de atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os direitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Por sua vez, o empregado é entendido como espécie do gênero trabalhador, assim definido pela CLT:

[...]

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Com o objetivo de proteger o empregado e evitar fraude aos direitos trabalhistas, o art. 9º da CLT dispõe:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Percebe-se, da análise sistemática dos artigos citados, que a mera obediência a requisitos formais não é suficiente para a consideração da ausência de vínculo empregatício entre cooperado e tomador de serviços. Há que se ter em conta os princípios protetivos do Direito do Trabalho, dentre os quais se destaca o princípio da *primazia da realidade*, segundo o qual, os fatos prevalecem sobre a forma contratual. Este princípio privilegia o conteúdo sobre a forma na configuração do contrato de emprego. Desta maneira,

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca e o Exmo. Sr. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado).

não são os contratantes que determinam a existência ou não de um contrato de emprego, mas sim o modo pelo qual os serviços são desenvolvidos.

Assim, não basta o rótulo de trabalho cooperativo para que a relação de trabalho fique assim caracterizada. Se, de fato, ocorrer relação de emprego — com as características de pessoalidade, não eventualidade, remuneração mediante salário, dependência e subordinação — a forma cede lugar à situação real, reconhecendo-se o vínculo empregatício entre o cooperado e o tomador de serviços.

Este vem sendo o entendimento da jurisprudência que, reconhecendo a possibilidade de fraude à legislação trabalhista, vem afastando a aplicação do parágrafo único do art. 442 da CLT e reconhecendo o liame empregatício nas situações em que resta evidenciada relação de caráter empregatício, e não societário. Assim:

RELAÇÃO DE EMPREGO – CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES ATRAVÉS DE COOPERATIVA – FRAUDE À LEI.

Demonstrando a prova dos autos que houve clara tentativa de fraude à lei, sendo utilizada a cooperativa como “testa-de-ferro”, simulando haver ela contratado os trabalhadores, para, assim, dissimular-se a relação de emprego, que, na verdade, existiu entre as partes, aplica-se à espécie o art. 9º da CLT, considerando-se nulos tais atos. (TRT-RO-3839/99. AC. 093/2000, Juiz Octávio José de Magalhães D. Maldonado)⁽⁵⁾

“Cooperativismo - vínculo empregatício - não se verificando a existência de cooperativismo de fato, mas sim o intuito da reclamada em fraudar a lei e os direitos do obreiro, resta indubitosa a aplicabilidade do art. 9º da CLT e o reconhecimento da relação de emprego havida entre as partes, face à existência dos requisitos contidos no artigo 3º da CLT”⁽⁶⁾

Registre-se que, no intuito de coibir as atividades das cooperativas de trabalho, criadas com o escopo de desvirtuar e fraudar relações de emprego, o Ministério do Trabalho editou a Portaria 925, de 28/09/1995 contendo orientações aos agentes de inspeção do trabalho para fiscalização do trabalho na empresa tomadora de serviços de associação cooperativa.

Pois bem. A partir da Emenda Constitucional 20/1998, passou a ser exclusiva a competência da Justiça do Trabalho para processar, de ofício, a execução de contribuições previdenciárias decorrentes de sentenças por ela proferidas (art. 114, § 3º, da CF/1988), regra de competência absoluta que foi mantida pela Emenda Constitucional 45/2004.

Acerca do tema, assim decidiu esta Corte:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS CALCULADAS SOBRE ACORDOS E SENTENÇAS TRABALHISTAS. ART. 43 DA LEI 8.212/91. COMPETÊNCIA PARA EXECUÇÃO. BASE DE CÁLCULO. 1. A competência da Justiça do Trabalho para execução de contribuições com origem em sentenças de mérito e acordos trabalhistas é limitada à execução de ofício dos valores calculados como corretos por aquele próprio órgão. No caso de o INSS discordar dos valores, lançando de ofício o que entende devido e ajuizando execução fiscal na Justiça Federal, a competência é desta, inclusive para os embargos do devedor. 2. O art. 43 da Lei 8.212/91 não pode ser interpretado gramaticalmente e sem observância da razoabilidade e dos princípios da legalidade e da busca da verdade real que devem pautar a Administração. Não se justifica, por isso, que, mesmo tendo conhecimento da existência de verbas indenizatórias no bojo de sentenças de mérito e acordos trabalhistas, pretenda incluir tais valores na base de cálculo de contribuições previdenciárias. 3. Indenização não compõe a base de cálculo das contribuições previdenciárias seja do empregador, seja do empregado, pois é estranha ao conceito legal de salário de contribuição e de folha de remuneração. Também não é prevista na Constituição como fonte de custeio e nem é descrita como fato gerador de contribuições em lei alguma. 4. Perícia judicial bem instruída e fundamentada apontando parte dos valores como sendo indenizatórios é hábil a embasar o magistrado para que este decote tais valores da base de cálculo e determine a redução do valor em execução. 5. Apelação e remessa oficial improvida. (TRF 1ª Região, AC nº 1999.38.03.002295-6, Oitava Turma, rel. Juiz Federal César Augusto Bearsi (convocado), DJ de 13/01/2006.)

No caso presente, o lançamento tributário se deu após a fiscalização do INSS ter identificado a ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração de trabalhadores considerados por si como empregados, e não cooperados.

No ponto, os tribunais possuem jurisprudência pacífica no sentido de que a autarquia previdenciária, por meio de seus agentes fiscais, tem competência para reconhecer vínculo trabalhista para fins de arrecadação e lançamento de contribuição previdenciária, o que não configura, sob qualquer perspectiva, invasão à competência da Justiça do Trabalho.

Confira-se, a propósito, os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. INSS. COMPETÊNCIA. FISCALIZAÇÃO. AFERIÇÃO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A autarquia previdenciária por meio de seus agentes fiscais tem competência para reconhecer vínculo trabalhista para fins de arrecadação e

lançamento de contribuição previdenciária, não acarretando a chancela aos direitos decorrentes da relação empregatícia, pois matéria afeta à Justiça do Trabalho. 2. O agente fiscal do INSS exerce ato de competência própria quando expede notificação de lançamento referente a contribuições devidas sobre pagamentos efetuados a autônomos, por considerá-los empregados, podendo chegar a conclusões diversas daquelas adotadas pelo contribuinte. 3. “À evidência, o IAPAS ou o INSS, ao exercer a fiscalização acerca do efetivo recolhimento das contribuições por parte do contribuinte possui o dever de investigar a relação laboral entre a empresa e as pessoas que a ela prestam serviços. Caso constate que a empresa erroneamente descaracteriza a relação empregatícia, a fiscalização deve proceder a autuação, a fim de que seja efetivada a arrecadação. O juízo de valor do fiscal da previdência acerca de possível relação trabalhista omitida pela empresa, a bem da verdade, não é definitivo e poderá ser contestada, seja administrativamente, seja judicialmente” (REsp nº 515.821/RJ, rel. Min. Franciulli Netto, publicado no DJU de 25/04/2005). 4. A via especial é insuscetível de reexame de matéria fático-probatória, a teor do enunciado da Súmula 7 desta Corte. 4. Recurso improvido. (STJ, REsp 575086, Segunda Turma, rel. Min. Castro Meira, DJ de 30/03/2006.)

[...] 2 - No exercício da atividade de fiscalização, incumbe à autarquia previdenciária averiguar a ocorrência de fato gerador da obrigação tributária, mediante a aferição dos elementos fáticos caracterizadores da relação de emprego, em conformidade com o artigo 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Eventuais argumentos no sentido de que a fiscalização previdenciária não teria competência para descaracterizar a prestação de serviços na qualidade de autônomos, não procedem, porquanto os profissionais dela incumbidos analisaram a situação fática tão-somente para efeitos de fiscalização, arrecadação e lançamento de contribuição previdenciária, função, aliás, para a qual foram investidos. Dessa forma, não há qualquer óbice para o reconhecimento do vínculo pela entidade autárquica para efeito de recolhimento de

contribuição previdenciária, em razão do previsto no artigo 33 da Lei nº 8.212/91. [...] (TRF 1ª Região, AC 2000.35.00.010111-8, 5ª Turma Suplementar, rel. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos, e-DJF1 de 06/06/2013.)

De modo diverso, a despeito de sedimentada a competência dos agentes fiscais para reconhecerem vínculos trabalhistas tão somente para fins tributários, aquiesço que uma mesma situação fática não pode abrigar a coexistência de relações jurídicas conflitantes.

Com efeito, a Justiça especializada, analisando a existência de relação de emprego entre os cooperados e os tomadores de serviço, concluiu pela licitude das atividades da Cootrar, de modo a afastar eventuais relações de emprego existentes entre o tomador de serviço e os cooperados da Cootrar.

Nesta esteira de inteligência, cediço que não pode uma relação empregatícia não existir para fins trabalhistas e existir para fins tributários.

Não havendo decisão da Justiça especializada que afaste a relação empregatícia em determinado caso, pode e deve a Administração proceder à fiscalização com o fito de coibir a prática de fraudes, lançando créditos tributários decorrentes de relações que, no seu entender, configuram relação de emprego.

De outro modo, havendo decisão trabalhista transitada em julgado sedimentando a inexistência de relação de emprego entre as partes, não pode o INSS concluir pela existência de tal relação somente para fins tributários, sob pena de, aí sim, invadir a competência da Justiça do Trabalho.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

Quinta Turma Suplementar

Numeração única: 000157-90.2001.4.01.4100

Apelação Cível 2001.41.00.000155-3/R0

Relator: Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado)
 Apelante: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Extrativas no Estado de Rondônia – Siteron
 Advogado: Dr. José Dassunção dos Santos
 Apelada: Empresa Brasileira de Estanhos S/A
 Procuradores: Dr. Edelson Inocêncio e outros
 Litisconsorte Ativo: União Federal
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
 Publicação: e-DJF1 de 20/11/2013, p. 230-231

Ementa

Administrativo. Ação ordinária. Alegação de recolhimento indevido, pela empresa, de contribuição sindical para entidade que não dispunha de código perante a CEF. Rateio. Arts. 589 a 591 da CLT. Interesse da União na divisão dos valores recolhidos. Competência da Justiça Federal. Ilegitimidade passiva da empresa afastada. Pedido julgado improcedente.

I. A discussão dos autos diz respeito ao direito de receber valores de contribuição sindical, que teriam sido depositados, indevidamente, diretamente pela ré na conta do sindicato denominado Sintiema.

II. Verifica-se o interesse da União, tendo em conta que o rateio da importância arrecada beneficia a *Conta Especial Emprego e Salário*, portanto a União (art. 589, IV, CLT). Portanto, competente a Justiça Federal para o exame do caso (art. 109, I, da CF/1988).

III. Ao que se vê, pretende-se que a ré, Empresa Brasileira de Estanho S/A – Ebesa, recolha, mais uma vez, valores de contribuição sindical, só que dessa vez em favor dos autores, já que, a dizer deles, os depósitos foram indevidos porque o sindicato beneficiado, Sintiema, não detinha código perante a CEF para recebimento.

IV. Merece reparo a sentença no que diz respeito à ilegitimidade passiva da empresa, à vista da pretensão em comento, como assinalado, que é de recebimento de contribuição sindical, que teria sido depositada irregularmente pela empresa autora, acarretando prejuízo aos litisconsortes ativos. Na verdade, a causa reclama saber se os depósitos foram efetuados regularmente, ou não, de modo que não incide, pelo menos por ora, a ilegitimidade passiva da empresa.

V. Dá-se provimento à apelação. Prosegue-se, nos termos do art. 515, § 3º, CPC.

VI. Sobre a intempestividade da contestação e revelia, improcede a preliminar, considerando que ela foi protocolada em 21/08/2001 e a única data de juntada da carta precatória com o mandado de citação é de 29/08/2001. Portanto, ela é até mesmo anterior ao início do prazo de 15 (quinze) dias para contestação.

VII. *Mérito*: Diante da reconhecida representatividade do sindicato denominado Sintiema perante seus empregados, outra alternativa não tinha a empresa, a não ser depositar os valores em sua conta-corrente, já que não havia dúvidas da existência do sindicato representativo, Sintiema, de forma que não se configurou nenhuma das hipóteses dos arts. 589 a 591, que possibilitaria a transferência de percentuais para outro sindicato, confederação, federação ou para a *Conta Especial Emprego e Salário*, hipóteses que não se consubstanciam, registre-se, pela falta de número ou código perante a CEF, vez que os artigos em comento exigem para a transferência dos valores a inexistência de determinado órgão ou sindicato, inexistência essa que não se configura com “falta de número ou código”, plasmado a partir da Portaria 896, de 14/07/1993 — aliás posterior aos recolhimentos —, impondo-se, ademais, assinalar, que na própria petição inicial constou que desde abril de 1992 o Sintiema já tinha seu registro perante o Ministério do Trabalho.

VIII. Restou claro na sentença de fls. 217-221, trânsita em julgado: “Pelo visto, não há como ignorar a representatividade do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Extrativas de Minérios de Ariquemes, Monte Negro e outros – Sintiema perante os empregados da Ebesa, sobrepondo-se à do Sindicato autor, o qual, além de ser uma entidade de classe estadual, congrega genericamente todos os industriários extrativistas de Rondônia” (fls. 219). Como bem defendido pela ré, aquela sentença foi “comunicada ao Delegado Regional do Trabalho em Rondônia, ao Ministro do Trabalho e novamente ao Delegado Regional do Trabalho” (fl. 141). Dessa forma, diante da assentada representatividade do Sintiema, improcede o pleito inicial.

IX. *Conclusão*: Apelação provida, afastando-se a ilegitimidade passiva, e, no permissivo do art. 515, § 3º, CPC, pedido julgado improcedente.

X. Apelação provida. Pedido julgado improcedente (art. 515, § 3º, CPC).

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, *dar* provimento à apelação e, no permissivo do art. 515, § 3º, CPC, *julgar improcedente* o pedido.

5ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 05/11/2013.

Juiz Federal *Grigório Carlos dos Santos*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos:
— O Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Extrativas no Estado de Rondônia – Siteron e a Federação Interestadual nas Indústrias dos Estados de Rondônia e Acre – Fitrac ajuizaram a presente ação ordinária em face da Empresa Brasileira de Estanho S/A – Ebesa visando demonstrar que a apelada teria efetuado, incorretamente, recolhimento de contribuições sindicais diretamente na conta-corrente de outro sindicato, denominado Sintiema, assim descumprindo o art. 586 da CLT, já que os recolhimentos deveriam ter sido feitos em qualquer dos bancos indicados no artigo citado (Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil ou outro estabelecimento bancário integrante do Sistema de Arrecadação dos Tributos Federais).

O pedido inicial é para condenação da Ebesa ao recolhimento das referidas contribuições referentes aos anos de 1995 a 2000 em nome do sindicato-autor, bem como para que a empresa requerida apresentasse as relações de admissão e demissão de empregados do período, para conferência de valores.

Consta da inicial que, apesar de o Sintiema ter deferido seu registro pelo Ministério do Trabalho desde 30/04/1992, até 08/03/2000 não tinha seu código junto à CEF para receber contribuições sindicais, conforme comprovaria o Ofício 4.132, da Caixa Econômica Federal, datado de 10/03/2000, de maneira que, nos termos da Portaria 896, de 14/07/1993, o referido sindicato Sintiema

[...] nunca esteve habilitado para receber a referida contribuição sindical, que, no caso, foi paga indevidamente pela EBESA com depósitos diretos em sua conta-corrente.

Pela sentença de fls. 320-325, o juiz sentenciante extinguiu o feito considerando que o sindicato-réu não teria legitimidade passiva.

Segundo os apelantes (fls. 327-331), o caso não é de contribuição sindical de assistência confederativa, que é aprovada pelos trabalhadores em assembleia, nem muito menos contribuições sindicais que cada filiado paga mensalmente, mas, sim, de contribuição sindical prevista nos arts. 580-591 da CLT, que teve seu rateio previsto no art. 589 da CLT, que caberia a eles receber, principalmente ao sindicato-autor.

A União, que integrou a lide como litisconsorte ativa, ratificou as razões da apelante (fl. 339).

Contrarrazões às fls. 345-346, nas quais se afirma que a representatividade do Sindicato – Sintiema foi reconhecida em ação ordinária, com sentença

transitada em julgado em 20 de fevereiro de 1995, e que a competência seria da Justiça Estadual, por cuidar de conflito sobre contribuição sindical.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos:
A discussão dos autos diz respeito ao direito de receber valores de contribuição sindical, que teriam sido depositados, indevidamente, diretamente pela ré na conta do sindicato denominado Sintiema.

Mostra-se necessário examinar a preliminar de competência da Justiça Federal apontada nas contrarrazões.

Verifico o interesse da União, tendo em conta que o rateio da importância arrecadada beneficia a *Conta Especial Emprego e Salário*, portanto a União (art. 589, IV, CLT).

Portanto, competente a Justiça Federal para o exame do caso (art. 109, I, da CF/1988).

Ao que se vê, pretende-se que a ré, Empresa Brasileira de Estanho S/A – Ebesa, recolha, mais uma vez, valores de contribuição sindical, só que dessa vez em favor dos autores, já que, a dizer deles, os depósitos foram indevidos porque o sindicato beneficiado, Sintiema, não detinha código perante a CEF para recebimento.

Merece reparo a sentença no que diz respeito à ilegitimidade passiva da Empresa, à vista da pretensão em comento, como assinalado, que é de recebimento de contribuição sindical, que teria sido depositada irregularmente pela empresa autora, acarretando prejuízo aos litisconsortes ativos.

Na verdade, a causa reclama saber se os depósitos foram efetuados regularmente, ou não, de modo que não incide, pelo menos por ora, a ilegitimidade passiva da empresa.

Dá-se provimento à apelação. Prossegue-se, nos termos do art. 515, § 3º, CPC.

Sobre a intempestividade da contestação e revela, improcede a preliminar, considerando que ela foi protocolada em 21/08/2001 e a única data de juntada da carta precatória com o mandado de citação

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Reynaldo Fonseca e o Exmo. Sr. Juiz Federal Wilson Alves de Souza (convocado).

é de 29/08/2001. Portanto, ela é até mesmo anterior ao início do prazo de 15 (quinze) dias para contestação.

Mérito

Não têm razão os autores.

É que, diante da reconhecida representatividade do sindicato denominado Sintiema perante seus empregados, outra alternativa não tinha a empresa, a não ser depositar os valores em sua conta-corrente, já que não havia dúvidas da existência do sindicato representativo, Sintiema, de forma que não se configurou nenhuma das hipóteses dos arts. 589 a 591, que possibilitaria a transferência de percentuais para outro sindicato, confederação, federação ou para a *Conta Especial Emprego e Salário*, hipóteses que não se consubstanciam, registre-se, pela falta de número ou código perante a CEF, vez que os artigos em comento exigem para a transferência dos valores a inexistência de determinado órgão ou sindicato, inexistência essa que não se configura com “falta de número ou código”, plasmado a partir da Portaria 896, de 14/07/1993 — aliás posterior aos recolhimentos —, impondo-se, ademais, assinalar, que na própria petição inicial

constou que desde abril de 1992 o Sintiema já tinha seu registro perante o Ministério do Trabalho.

Restou claro na sentença de fls. 217-221, transitada em julgado:

Pelo visto, não há como ignorar a representatividade do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Extrativas de Minérios de Ariquemes, Monte Negro e outros – Sintiema perante os empregados da Ebesa, sobrepondo-se à do Sindicato autor, o qual, além de ser uma entidade de classe estadual, congrega genericamente todos os industriários extrativistas de Rondônia (fl. 219).

Como bem defendido pela ré, aquela sentença foi “comunicada ao Delegado Regional do Trabalho em Rondônia, ao Ministro do Trabalho e novamente ao Delegado Regional do Trabalho” (fl. 141).

Dessa forma, diante da assentada representatividade do Sintiema, improcede o pleito inicial.

Conclusão: Apelação provida, afastando-se a ilegitimidade passiva, e, no permissivo do art. 515, § 3º, CPC, pedido julgado improcedente.

É o voto.

Sexta Turma Suplementar

Numeração única: 0026427-13.2003.4.01.3800

Apelação Cível 2003.38.00.026418-3/MG

Relator: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)
Apelantes: Rodrigo Rocha Mello Representações Ltda. e outros
Advogados: Dr. Luiz Ricardo Gomes Aranha e outros
Apelada: Fazenda Nacional
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Publicação: e-DJF1 de 22/11/2013, p. 916

Ementa

Processual Civil. Tributário. Agravo retido. Cerceamento de defesa. Prova indeferida. Fatos confessados pelo autor. Valoração pela sentença. Lançamento. Omissão de rendimentos. Movimentação financeira incompatível. Recursos de terceiros. Utilização da conta bancária para remessa de recursos para o exterior. Laranja. Ação penal. Condenação. Ausência de fato gerador para obrigação tributária própria. Lei 9.430/1996, art. 42, § 5º. Apelação provida. Inversão da sucumbência.

I. Ao reexame das preliminares, tem-se que a sentença indeferiu a produção de provas por entender que seriam irrelevantes, posto que o fato, cuja prova se pretendia produzir, já fora expressamente confessado pela parte-autora. Assim, afirmou que os recursos circularam por sua conta bancária, bem como a forma ilícita pela qual este fato ocorreu. A prova de que pertenciam a terceira pessoa foi irrelevante para a conclusão da sentença que, apesar de não ignorar esta afirmação, a ela não atribuiu relevância para afirmar pela legalidade do lançamento, à luz da norma do art. 118 do CTN. Não fosse por estas razões, veio aos autos cópia da sentença proferida nos autos da Ação Penal

2004.38.00.021652-5 (fl. 536), que retrata o cenário fático em detalhamento suficiente ao seu conhecimento por este Tribunal, restando prejudicado eventual prejuízo que a não realização da instrução processual, para a finalidade pretendida pela parte-autora, tenha lhe causado. Agravos retidos improcedentes. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada.

II. Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente ação proposta para que anulado crédito tributário constituído sob a alegação de omissão de rendimentos, fundada na incompatibilidade entre a movimentação financeira verificada e os rendimentos constantes de declaração apresentada pelo contribuinte.

III. O fato de haver disparidade entre o volume de recursos transitados pela conta bancária do contribuinte não é, contudo, determinante por si só, para a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda e outros tributos correlatos ao mesmo fato da aquisição patrimonial, tais como CSLL, Cofins, PIS. Isto porque a hipótese de incidência do Imposto de Renda pressupõe a aquisição do patrimônio tributável, de forma a revelar capacidade econômica para submeter-se à incidência, e assim contributa, para submeter-se à incidência exacional.

IV. Lei 9.430/1996, art. 42, § 5º: “Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento”. Observe-se que não é condição para que seja afastada a ocorrência de omissão de rendimentos a posse lícita ou ilícita de recursos de terceiros, mas a comprovação de que os recursos pertençam a terceiros, que nos termos do § 5º do dispositivo legal citado, deverá responder pelos efeitos jurídicos tributários.

V. Restou comprovado nos autos da Ação Penal 2004.38.00.021652-5, que o valor de R\$ 1.056.000,00, que transitou pela conta bancária da parte-autora a ela não pertencia, bem como que não tinha capacidade econômica para, em razão do exercício de sua atividade econômica, propiciar a ocorrência de fato econômico desta dimensão. Cuidava-se de recursos pertencentes a terceiro, identificado nos termos da prova produzida na ação penal citada, quanto a ser Odilon Cândido Bacelar Netto, os quais transitaram pela conta bancária da parte-autora que serviu de instrumento para a prática do crime de efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País.

VI. Pelo crime praticado, a ordem jurídica estabelece responsabilidade própria e por ela a parte-autora já foi penalizada. Porém, para o surgimento da relação jurídica obrigacional tributária, relativamente aos tributos cujos créditos foram constituídos pelos atos de lançamento questionados nesta ação, pressupõe-se seja identificada, sob o prisma da estrita legalidade tributária, os elementos estruturantes do tipo tributário. No caso, não restou efetivada a ocorrência do elemento material, qual seja, o fato gerador, consistente na prática do fato econômico adquirir renda ou proventos ou obter receita/faturamento, na forma da legislação de regência, indispensável ao surgimento do direito de crédito para a Fazenda Pública, pela parte-autora. Por conseguinte, não se verifica a alegada omissão de rendimentos/receita, porque o patrimônio, eleito como necessário e suficiente à ocorrência das obrigações tributárias e tido por não ofertado à tributação, não pertencia à parte-autora. Pertencia a terceira pessoa, tal como comprovado na ação penal e que, aliás, foi determinante para a condenação do terceiro a quem o referido patrimônio pertencia.

VII. Apelação provida. Invertidos os ônus da sucumbência.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação e negar provimento ao agravo retido.

6ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 04/11/2013.

Juiz Federal *Itelmar Raydan Evangelista*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista: — Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente ação proposta para que anulado crédito tributário constituído sob a alegação de omissão de rendimentos, fundada na incompatibilidade entre a movimentação financeira verificada e os rendimentos constantes de declaração apresentada pelo contribuinte.

Em razões recursais, em preliminar, pede a apreciação dos agravos retidos interpostos em razão do indeferimento de produção de provas, oportunidade em que também argui preliminar de nulidade da sentença sob o mesmo fundamento.

Quanto ao mérito, pede a reforma da sentença sob o reiterado argumento de que não ocorreu a omissão de rendimentos considerada como razão para a constituição dos créditos cuja anulação se postula. Ressalta que o valor que transitou pela conta bancária da parte-autora pertence a terceira pessoa. Que em razão de grande dificuldade financeira, emprestou sua conta bancária para que terceira pessoa a utilizasse para remessa de recursos ao exterior. Que está respondendo a ação penal por este fato. Porém, quanto ao crédito tributário objeto de lançamento, este inexistente porquanto não ocorrido o fato determinante para as respectivas obrigações, já que o patrimônio tributado não pertence à parte-autora.

Contrarrazões apresentadas.

Sentença proferida na ação penal 2004.38.00.021652-5 (fl. 536).

Do que é essencial, é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista:

Agravos retidos. Cerceamento de defesa

Requer a apelante a apreciação de agravos retidos, interpostos de decisões que indeferiram a produção de prova documental, testemunhal e pericial e sob o mesmo fundamento, deduz preliminar de nulidade da sentença.

Ao reexame das preliminares, tem-se que a sentença indeferiu a produção de provas por entender

que seriam irrelevantes posto que o fato, cuja prova se pretendia produzir, já fora expressamente confessado pela parte-autora. Assim, afirmou que os recursos circularam por sua conta bancária, bem como a forma ilícita pela qual este fato ocorreu. A prova de que pertenciam a terceira pessoa foi irrelevante para a conclusão da sentença que, apesar de não ignorar esta afirmação, a ela não atribuiu relevância para afirmar pela legalidade do lançamento, à luz da norma do art. 118 do CTN.

Não fosse por estas razões, veio aos autos cópia da sentença proferida nos autos da Ação Penal 2004.38.00.021652-5 (fl. 536), que retrata o cenário fático em detalhamento suficiente ao seu conhecimento por este Tribunal, restando prejudicado eventual prejuízo que a não realização da instrução processual, para a finalidade pretendida pela parte-autora, tenha lhe causado.

Julgo improcedentes os agravos retidos e rejeito a preliminar de cerceamento de defesa.

Mérito

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente ação proposta para que anulado crédito tributário constituído sob a alegação de omissão de rendimentos, fundada na incompatibilidade entre a movimentação financeira verificada e os rendimentos constantes de declaração apresentada pelo contribuinte.

É certo que, uma vez detectada a disparidade entre a movimentação financeira ocorrida na conta bancária do contribuinte, em face dos rendimentos constantes de sua declaração de ajuste anual, fato conhecido em razão de informações decorrentes da incidência da CPMF, não cumpre ao órgão de administração tributária provar a origem e tributabilidade dos recursos possivelmente omitidos à tributação, senão constatar sua existência.

O fato, porém, de haver disparidade entre o volume de recursos transitados pela conta bancária do contribuinte não é, contudo, determinante por si só, para a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda e outros tributos correlatos ao mesmo fato da aquisição patrimonial, tais como CSLL, Cofins, PIS. Isto porque a hipótese de incidência do Imposto de Renda pressupõe a aquisição do patrimônio tributável, de forma a revelar capacidade econômica para submeter-se à incidência, e assim contributa, para submeter-se à incidência exacional.

A propósito desta compreensão, dispõe o art. 43 do Código Tributário Nacional,

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado).

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Quanto aos demais tributos objeto de lançamento — CSLL, Cofins e PIS — a conclusão não é diversa quanto à necessidade de restar evidenciada a titularidade do lucro ou da receita ou faturamento, tributáveis, por parte do sujeito passivo, nos termos das Leis 7.689/1988, Lei Complementar 70/1991 e alterações posteriores, bem como da matriz constitucional delimitada pelo art. 195, I, b e c, da Constituição Federal.

Postas estas premissas, a conclusão sobre existir ou não a obrigação tributária pressupõe o exame de matéria fática essencial, relacionada à ocorrência dos fatos e a relação direta que em face deles se estabelece a pessoa eleita ao polo passivo, na condição de contribuinte.

Assim é que a Lei 9.430/1996, a propósito do conceito de omissão de receitas e a definição de sua constatação, dispõe no seu art. 42:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

§ 4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. *(Incluído pela Lei 10.637, de 2002)*

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares. *(Incluído pela Lei 10.637, de 2002)*

Premissas legais que afastam a ocorrência de omissão de receita, determinante para motivar lançamento e cobrança de rendimentos, lucro ou receita, não ofertados à tributação, se comprovado não pertencerem ao contribuinte em face de quem os créditos tributários foram constituídos, à vista de não restar materializada a relação jurídica obrigacional, tida por omitida à fiscalização.

A propósito da essência da comprovação sobre a origem do patrimônio como condição relevante para a elisão da sujeição passiva, por omissão de receitas, tenho por oportuno trazer à colação os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. CDA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. IMPOSTO DE RENDA. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. VALORES PERTENCENTES A TERCEIROS. AUSÊNCIA DE PROVA. MULTA. CONFISCO. TAXA SELIC.

1. O art. 2º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 6.830, estabelece os requisitos formais dos termos de inscrição em dívida ativa, reproduzindo o conteúdo do art. 202 do CTN, com a finalidade de assegurar ao devedor conhecimento da origem do débito (controle de legalidade). Sem observância dessas formalidades legais, será indevida a inscrição de dívida e, conseqüentemente, sem efeito a certidão que instruirá a execução. Em contrapartida, só se reconhecerá a nulidade do título ante a comprovação do prejuízo daí decorrente. Ou seja, não há nulidade por vício formal, se a omissão ou irregularidade na lavratura do termo não cerceou a defesa do executado. Tendo sido precedida, a inscrição em dívida ativa, de processo administrativo regular em que oportunizado ao sujeito passivo impugnar a imposição fiscal, não haverá razão para a invalidação

do título, sobretudo se atingida a finalidade da exigência legal.

2. A despeito de longamente discorrer sobre a indevida presunção de omissão de receitas formulada pela autoridade fiscal, a embargante furta-se a apresentar esclarecimento concreto acerca da origem e do destino da quantia detectada em sua conta-corrente, que segue afirmando pertencer a “terceiro”. A passagem dos valores por sua conta bancária é fato inconteste, e a ausência de explicação para tal fato também. Não cabe ao Fisco demonstrar a origem ilegal dos valores, mas apenas constatar a existência de valores para os quais não há uma origem contabilmente identificada. É dever do contribuinte pessoa jurídica manter registros de suas atividades, inclusive dos valores que entram e saem de seu caixa, sua origem e destino, para que o Fisco possa aferir a regularidade dessa fundamentação.

3. Não obstante tenha assento legal e não constitua tarefa do julgador estabelecer o percentual a incidir (art. 161 do CTN), a redução da multa moratória é admitida, excepcionalmente, desde que evidenciada a desproporção entre a penalidade aplicada pelo desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica. O percentual de 75%, entretanto, não se afigura confiscatório, consoante os precedentes que versam sobre a matéria.

4. Os juros de mora, por definição, visam a compensar o credor pela falta de disponibilidade dos recursos a que faz jus pelo período correspondente ao atraso (art. 161 do CTN), e têm como fundamento a privação do uso de elemento que integra o patrimônio de alguém (artigo 161, caput e § 1º, do CTN). Nesta senda, as Leis nºs 9.065/95 e 9.430/96 trazem o suporte legal da aplicação da taxa SELIC, que veio substituir o anterior percentual de 1%, posto que, não constituindo, os juros, matéria reservada à lei complementar (art. 146 da CF), a regra dos arts. 161, § 1º, e 167, ambos do CTN, deu lugar à novel disciplina legal, nos termos da ressalva que fez a própria norma matriz. (AC 200370020049642, Vivian Josete Pantaleão Caminha, TRF4 - Primeira Turma, D.E. 20/03/2007.)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA FÍSICA. DEPÓSITO EM CONTA BANCÁRIA. OMISSÃO DE RECEITA. ART. 42 DA LEI 9430/96. RECEITA DE TERCEIROS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

1. Em decorrência de procedimento fiscal, a Receita Federal apurou a existência de valores transferidos à conta bancária do apelante sem que tenha sido comprovada a origem dos referidos recursos. Assim, entendeu configurada a hipótese prevista no art. 42 da Lei 9430/96, representando omissão de receita a justificar a lavratura de auto de infração com o lançamento do tributo devido.

2. A documentação acostada aos autos comprova o depósito do montante de R\$ 17.186,00 havido na conta do apelante. Ainda que, na mesma data, valores de equivalente monta tenham sido

repassados a terceiros, através de cheque emitido previamente pelo titular da conta onde foi realizado o depósito, esse fato não afasta a conclusão de que o montante recebido pelo apelante, através de transferência bancária, revestiu-se de receita por ele auferida, a configurar fato gerador do imposto sobre a renda.

3. Acaso tais valores constituíssem efetivamente receita de terceiros (Construtora para a qual o apelante havia laborado anteriormente), cabia ao ora recorrente ter demonstrado tal fato, trazendo aos autos elementos capazes de comprovar a operação realizada, esclarecendo a qual título o montante foi depositado em sua conta bancária e a que efetivamente se prestava aquela transferência.

4. Aplicável ao caso o art. 42, caput, da Lei 9430/96, confirmando-se a legalidade do lançamento efetuado.

5. Apelação não provida. (AC 200581000005179, Des. Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 15/09/2010 - p. 211.)

Observe-se que não é condição para que seja afastada a ocorrência de omissão de rendimentos a posse lícita ou ilícita de recursos de terceiros, mas a comprovação de que os recursos pertençam a terceiros, que nos termos do § 5º do dispositivo legal citado, deverá responder pelos efeitos jurídicos tributários.

No caso dos autos, a causa de pedir consistiu na arguição de que os recursos, no valor de R\$ 1.056.00,00, que transitaram pela conta bancária do autor, não lhe pertenciam. E para demonstrar este fato, a parte-autora requereu a produção de provas documental, pericial e testemunhal, que foram indeferidas nos termos das decisões de fls. 45 e 491, objeto dos agravos retido, interpostos sob o fundamento de que ocorrido cerceamento de defesa.

Tal contexto processual deixaria comprometida a validade do processo por inibir a produção de elementos materiais indispensáveis ao controle de legalidade suscitado em face do ato de lançamento que se afirma desprovido de motivação válida.

Contudo, elementos fáticos de singular relevância para se identificar a ocorrência do fato de pertencerem ou não à parte-autora os recursos movimentados em sua conta bancária, vieram aos autos posteriormente, através de sentença proferida nos autos da Ação Penal 2004.38.052904-2 – 4ª Vara de Belo Horizonte.

Na ação penal em referência, não há, na verdade, comprovação de fato novo, mas a constatação acerca de serem verossímeis os fatos narrados como fundamento para o pedido formulado nesta ação,

com razão para se afirmar a inexistência das relações jurídicas obrigacionais exigidas.

Na sentença criminal, em que dentre outros réus, situa-se o autor desta ação, foi acolhida a pretensão punitiva requerida, sob os seguintes fundamentos:

A materialidade do delito está suficientemente comprovada nos autos. Formo tal convicção, em primeiro lugar, pelo teor das notícias-crime formuladas pelo Banco Central (f. 08/09 dos autos principais, f.02 dos autos em apenso n. 2000.38.00.025608-5, f. 02 dos autos em apenso n. 2000.38.00.008066-7 e f. 02 dos autos em apenso n. 2000.38.00.033259-2).

Ademais, as telas do SISBACEN demonstram:

[...]

- remessa ao exterior de R\$ 1.053.000,00 pela empresa Rodrigo R. Mello Representações Ltda, através de seu procurador Antônio Carlos Rocha Melo (fls 03/04, dos autos em apenso n. 2000.38.00.008066-7);

Determinada a quebra do sigilo dos acusados, restou comprovado que as contas das referidas empresas receberam vultuosos valores oriundos da conta n. 014619, agência 95, de titularidade de João Orlando Centurion:

[...]

- no dia 16.01.1997, a conta da empresa Rodrigo R M Representação recebeu um crédito no valor de R\$ 1.056.300,00 (f. 08 dos autos em apenso n. 2000.38.00.008066-7);

Após o recebimento dos créditos, as empresas emitiam ao exterior a quase totalidade dos recursos que recebiam, constando no verso dos cheques “para posterior crédito na minha conta no exterior”, senão vejamos:

[...]

- a empresa Rodrigo R M Representações emitiu um cheque no valor de R\$ 1.053.000,00 (fls. 07 dos autos em apenso n. 2000.38.00.008066-7);

Com efeito, os valores oriundos da conta de titularidade de João Orlando Centurion e depositados nas contas correntes das citadas empresas seguiam via TIR – Transferência Internacional de Reais (Operação n. 55.000) para a conta CC5 mantida no Banco Rural pela empresa IFE Banco Rural Uruguay (conta n. 13221-6) e dali para bancos situados em outros países.

Outrossim, somada a tal prova verifica-se que os montantes enviados ao exterior são incompatíveis com a capacidade financeira das citadas empresas, evidenciando a utilização de interpоста pessoa, ou do chamado “laranja”, para consecução da operação, consistente na remessa desautorizada de moeda para o exterior, conforme locução do artigo 22 da Lei 7.492/86.

[...]

No que concerne à autoria, necessária a análise individual do papel de cada um dos envolvidos.

Inicialmente, da análise acurada dos autos verifica-se que há provas conclusivas no sentido de que Odilon Cândido Bacelar Neto, realmente elaborou um complexo esquema de evasão de divisas, mediante aluguel ou a cessão de contas correntes de “laranjas”, as quais utilizava para promover a evasão de divisas para o exterior.

Tais fatos vêm sendo apurados em 32 (trinta e dois) processos em trâmite perante a 4ª e 9ª Varas Criminais (fls. 540), já constando registro de condenações do acusado neste Juízo.

[...]

No caso em tela, ficou constatado que Cláudio César da Silva, Antônio Carlos Rocha de Mello, Normando Alves da Silva e Elfídia Barbosa da Silva, proprietários e administradores das empresas Atcromo Ltda, Brascofos Ltda, Rodrigo Rocha Mello Representações Ltda e Serralheria Normandão Ltda, teriam emprestado os documentos de suas sociedades comerciais para que Odilon realizasse operações de câmbio. A prova documental é extremamente farta nesse sentido, não só pelo teor das notícias-crime formulada pelo Banco Central (fl. 08/09 dos autos principais, f.02 dos autos em apenso n. 2000.38.00.025608-5, f.02 dos autos em apenso n. 2000.38.00.008066-7 e f.02 dos autos em apenso n. 2000.38.00.033259-2), como também pelas telas do SISBACEN (fls. 11/13, autos principais, fl. 05/07, dos autos em apenso n. 2000.38.00.025608-5, f. 03/04, dos autos em apenso n. 2000.38.00.008066-7 e fl. 05/06, dos autos em apenso 2000.38.00.0033259-2) e pelo resultado da quebra do sigilo bancário dos acusados (f. 35/37 dos autos principais, fl. 21/22 dos autos em apenso n. 2000.38.00.0256078-5, f. 08 dos autos em apenso n. 2000.38.00.008066-7 e f. 32 dos autos em apenso n. 2000.38.00.33259-2).

[...]

A autoria do terceiro, quarto, quinto e sexto denunciados, Cláudio César da Silva, Antônio Carlos Rocha Mello, Normando Alves da Silva e Elfídia Barbosa da Silva, é inconteste, tendo-se comprovado que os denunciados foram aliciados por Odilon Cândido Bacellar Neto a fim de cederem suas contas bancárias e permitirem a evasão de divisas para o exterior, tendo eles agido com vontade e consciência plenas.

Resta, por estas razões, suficientemente demonstrado que o valor de R\$ 1.056.000,00, que transitou pela conta bancária da parte-autora a ela não pertencia, bem como que não tinha capacidade econômica para, em razão do exercício de sua atividade econômica propiciar a ocorrência de fato econômico desta dimensão.

Cuidava-se de recursos pertencentes a terceiro, identificado nos termos da prova produzida na ação penal citada, quanto a ser Odilon Cândido Bacelar

Netto, os quais transitaram pela conta bancária da parte-autora que serviu de instrumento para a prática do crime de efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País.

A conduta praticada pela parte-autora, em especial, Antônio Carlos Rocha Mello, em permitir a utilização da conta bancária como instrumento para circulação ilícita de recursos pertencentes a terceira pessoa é espúria sob o aspecto moral quanto penal.

Contudo, este fato criminoso tem repressão própria e coerente com sua reprovação social segundo a legislação penal, e esta consequência jurídica a ação penal citada cuidou de promover.

Insta perquirir se os recursos que transitaram pela conta bancária da parte-autora, mesmo não sendo a ela pertencentes, materializariam a hipótese de incidência do Imposto de Renda, CSLL, Cofins e PIS, cujos créditos foram constituídos sob o fundamento de que ocorrida omissão de rendimentos/receita, dada a forma ilícita que caracterizou a operação praticada.

A resposta é negativa.

Pelo crime praticado, a ordem jurídica estabelece responsabilidade própria e por ela a parte-autora já foi penalizada.

Porém, para o surgimento da relação jurídica obrigacional tributária, relativamente aos tributos cujos créditos foram constituídos pelos atos de lançamento questionados nesta ação, pressupõe-se seja identificada, sob o prisma da estrita legalidade tributária, os elementos estruturantes do tipo tributário.

É certo que nos termos do art. 118, do Código Tributário Nacional, a validade dos atos jurídicos em geral

não é condição para a existência e efeitos para a obrigação tributária deles decorrentes. Porém, a norma em referência não dispensa a ocorrência dos elementos estruturantes da relação jurídica obrigacional tributária, quais sejam: material, temporal, especial, pessoal e quantitativo, nos termos em que definidos pela legislação tributária.

Em outras palavras, embora um fato, ilícito sob certa disciplina normativa, não seja incompatível para produzir efeitos tributários, é imprescindível que este fato seja tipificado às hipótese de incidência do tributo que se quer exigir, que ocorra o fenômeno da incidência ou tipicidade necessária à materialização da obrigação tributária. Efeito jurídico que não ocorre para o Imposto de Renda se não ocorrida a aquisição jurídica de renda ou proventos, ou para a CSLL, se não ocorrido o lucro, ou para a Cofins e o PIS, se não materializada a receita ou faturamento.

No caso, não restou efetivada a ocorrência do elemento material, qual seja, o fato gerador, consistente na prática do fato econômico adquirir renda ou proventos ou obter receita/faturamento, na forma da legislação de regência, indispensável ao surgimento do direito de crédito para a Fazenda Pública, pela parte-autora. Por conseguinte, não se verifica a alegada omissão de rendimentos/receita, porque o patrimônio, eleito como necessário e suficiente à ocorrência das obrigações tributárias e tido por não ofertado à tributação, não pertencia à parte-autora. Pertencia a terceira pessoa, tal como comprovado na ação penal e que, aliás, foi determinante para a condenação do terceiro a quem referido patrimônio pertencia.

Postas estas considerações, *dou provimento* à apelação. Invertidos os ônus da sucumbência.

É o voto.

Sexta Turma Suplementar

Numeração única: 0000237-22.2002.4.01.3000

Apelação/Reexame Necessário 2002.30.00.000234-0/AC

Relator: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)
Apelante: Fazenda Nacional
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Apelante: Banacre S/A – em liquidação ordinária
Advogados: Dr. Edimilson Cruz Nascimento e outros
Apelados: os mesmos
Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara/AC
Publicação: e-DJF1 de 06/12/2013, p. 1.886

Ementa

Tributário. Lançamentos de ofício. Omissão de receita. Não ocorrência. IRPJ e tributação reflexa Pasep e CSLL. Ausência de aquisição de disponibilidade jurídica de renda ou proventos. Ausência de acréscimo patrimonial. Não ocorrência dos fatos geradores. Lançamentos anulados. Honorários de sucumbência. Elevação. Remessa oficial e apelação da União improvidas. Apelação da autora parcialmente provida.

I. Trata-se de remessa oficial e apelações de sentença que julgou procedente pretensão ajuizada para que anulados autos de infração, pelos quais foram constituídos créditos de IRPJ, Pasep e CSLL, em razão de fatos atribuídos ao contribuinte autor, caracterizadores das respectivas relações tributárias, não oportunamente ofertados à tributação, assim omissão de receitas.

II. O crédito tributário constituído teve por razão de ser a revisão, de ofício, da base de cálculo já tributada, para dela se excluírem despesas que não seriam dedutíveis ou promover a inclusão de fatos ensejadores de lucro real, assim não considerados pelo autor. Estes aspectos, diretamente relacionadas à renegociação de dívidas, com sua redução ou perdão, em detrimento de critérios pré-estabelecidos pelo Banco Central do Brasil, porque não adimplidas oportunamente pelos mutuários. Ao exame das razões motivadoras dos autos de infração, predominantemente se justificam tendo por alegação a gestão de créditos realizada pelo banco contribuinte, propiciando sua redução ou dispensa em detrimento de normas regulamentares do Bacen, em especial a Resolução 1.559/1988. Ou seja, o órgão de fiscalização imiscuiu-se no mérito da gestão bancária para censurar atos que dispuseram sobre a oportunidade a deliberação sobre créditos considerados não recebíveis, assim em prejuízo ao invés de tipificarem resultado positivo.

III. A pretensão de que supostamente irregulares atos de gestão sobre os créditos objeto de renegociação, com redução ou dispensa de pagamento, não autoriza a ação da fiscalização tributária para legitimar a atuação por fatos que, à luz da legislação tributária, não tipificam a existência do crédito constituído. Os atos de gestão relacionados à renegociação, com redução ou dispensa de créditos decorrente de contrato de mútuo bancário, se efetivamente em desconformidade com orientações do Bacen, submetem-se, quanto à avaliação de sua irregularidade, ao poder de polícia exercido pela autarquia em referência, à qual compete adotar as medidas de cunho administrativo cabíveis. Transcendeu a autoridade fiscal de sua competência para legitimar a existência de créditos tributários que, em verdade, à luz da legislação tributária não se materializaram.

IV. Pautou, também, a fiscalização, por afirmar a ocorrência de omissão de receitas em razão da não consideração dos fatos geradores com base no regime de competência. Ou seja, o banco autor não contabilizou o ingresso de receitas, relativas aos contratos de mútuos, em cada exercício em que previstas, mesmo que não realizadas. Fato que por si só determinaria o dever de oferecer tais receitas à tributação sob pena de tipificar sua omissão e conseqüente lançamento de ofício. Embora haja previsão normativa, de cunho não tributário, sobre o regime de competência para a contabilização de resultados, é imprescindível, para a exigência de créditos tributários, a materialização do fato definido no núcleo da hipótese de incidência para os tributos exigidos, qual seja, a aquisição jurídica de renda ou proventos, ou de receita. No pertinente, embora as razões recursais sejam incisivas quanto ao aspecto formal relacionado à contabilização de receitas por competências, assim como procederam as razões do lançamento não afirmam a efetiva ocorrência de disponibilidade jurídica de renda ou de proventos para o banco autor, que aliás, por não receber sequer os recursos que emprestou, acabou por sucumbir à liquidação extrajudicial. Quebrou! Logo, ainda que se cogitasse da não observância do aspecto formal relacionado à informação de receitas em cada competência, a obrigação tributária somente surgiria, caso restassem evidenciados os fatos geradores, consubstanciados na real aquisição da renda proveniente dos empréstimos realizados. Fato que não ocorreu. Precedente: AC 199734000132618, Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos (convocado), TRF1 5ª Turma Suplementar, e-DJF1 data: 27/07/2012, p. 1.086.

V. Também recorre a parte autora postulando a reforma da sentença para que elevados os honorários de sucumbência, observados os critérios percentuais mínimo e máximo previstos no art. 20, do CPC. Em se tratando de ação não condenatória, bem como tendo por ré a Fazenda Pública, os honorários de sucumbência são arbitrados segundo apreciação equitativa do julgador, sendo irrelevante o valor da causa ou o conteúdo econômico da demanda. No caso, verifico que o arbitramento em R\$ 1.500,00, não é adequado à verba sucumbencial, considerado o trabalho exercido. Em consideração à jurisprudência deste Tribunal, elevo a verba sucumbencial para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), na data da sentença.

VI. Remessa oficial e apelação da União improvidas. Apelação da parte autora parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial e à apelação da União e dar parcial provimento à apelação da parte autora.

6ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 27/11/2013.

Juiz Federal *Itelmar Raydan Evangelista*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista:
— Trata-se de remessa oficial e apelações interpostas em face de sentença que julgou procedente ação proposta para que declara a anulação de autos de infração pelos quais foram constituídos créditos tributários a título de IRPJ, Pasep e CSLL, em face do Banacre S/A.

Em razões recursais pede a União a reforma da sentença sob os reiterados argumentos de que os créditos tributários efetivamente existiram por isto ausente qualquer ilegalidade pretendida para os autos de infração, que se motivou pelas seguintes razões:

001- OMISSÃO DE RECEITAS – SUPRIMENTO DE NUMERÁRIO

Em 31/10/1994, a fiscalizada procedeu a um aumento de capital no valor de R\$ 650.000,00 na investida (banacre Crédito Imobiliário – BCI) para futura incorporação. De acordo com a ata da assembléia anexa que foi apresentada e que aprovou a operação, esse adiantamento seria em dinheiro.

Foram apresentados extratos onde consta uma operação de venda de títulos CDI do banco para o BCI, ou seja:

- saída de títulos CDI da carteira do banco e entrada na do BCI;
- entrada de dinheiro na conta do banco e saída na do BCI;

Intimada a apresentar documentos que comprovem o efetivo ingresso de dinheiro no BCI, a fiscalizada prestou esclarecimento por escrito, que faz parte integrante desta peça básica, alegando que o aumento de capital deu-se com a doação de CDI.

Isto posto, a fiscalização entende que a efetividade da entrega dos recursos relativos à operação não foi comprovada, configurando em omissão de receitas por suprimento de numerário, conforme art. 229 do RIR/1994 abaixo reproduzido:

art. 229 – provada, por indícios na escrituração do contribuinte ou qualquer outro elemento de prova, a omissão de receita, a autoridade tributária

poderá arbitrará-la com base no valor dos recursos de caixa fornecidos à empresa individual, ou pelo acionista controlador da companhia, se a efetividade da entrega e a origem dos recursos não forem comprovadamente demonstradas”.

002 – DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS – Despesas de Renegociação

A fiscalizada procedeu a renegociações de créditos, perdendo rendas já efetivadas, contabilizadas em despesas, que foram consideradas pela fiscalização como não necessárias à manutenção das atividades da empresa, uma vez que as operações que geraram essas renegociações não obedeceram às regras básicas de mercado que garantam liquidez ou credibilidade de tais operações, fato que foi objeto de matérias noticiadas na imprensa através de jornal baseadas em relatórios de auditoria do Banco Central, conforme irregularidades constatadas relacionadas abaixo e cópias de documentos que fazem parte integrante e inseparável desta peça básica. Anexamos também cópias das matérias veiculadas em jornal e cópia dos relatórios do Banco Central (enviados pelo mesmo e pelo Ministério Público Federal).

Irregularidades: operações realizadas:

- com clientes contumazes emissores de cheques sem a necessária provisão de fundos (em detrimento do disposto na Resolução Bacen 1.559, de 22/12/1988, item IX, alínea e);
- com clientes com restrições no cadastro ou com cadastro vencido ou desatualizado (em detrimento ao disposto na Resolução Bacen 1.559, de 22/12/1988, item IX, alínea d);
- sem a constituição de título de crédito adequado (em detrimento ao disposto na Resolução Bacen 1.559, item IX, alínea f);
- sem atendimento ao princípio da liquidez (em detrimento ao disposto na Resolução Bacen 1.559, de 22/12/1988, item IX, alínea a);
- sem atendimento ao princípio de garantia (em detrimento ao disposto na Resolução Bacen 1.559, de 22/12/1988, item IX, alínea a);
- com admissão de saques além dos limites em contas de empréstimos ou a descoberto em contas de depósitos (em detrimento ao disposto

na resolução Bacen 1.559, de 22/12/1988, item IX, alínea c;

- com admissão de operações de desconto quando o mutuário já apresentava valores vencidos de transações anteriores (em detrimento ao disposto na Resolução Bacen 1.559, de 22/12/1988, item IX, alínea a;

[...]

003 – CUSTOS, DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS NÃO NECESSÁRIOS, DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS – Baixa de Créditos em Prejuízo.

- Em 04/07/1994, a fiscalizada procedeu à baixa de créditos em prejuízos no valor de R\$ 2.866.374,94, sem esgotar todos os recursos de cobrança dos referidos créditos, além dessas operações terem sido efetuadas sem preencher aqueles requisitos citados na infração DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS – Despesas de renegociação estipuladas pelo Banco Central para liquidez e garantia das atividades bancárias.

004 – PROVISÕES – PERDAS PROVÁVEIS NA REALIZAÇÃO INVESTIMENTOS

Em 30/06/1995, a fiscalizada contabilizou despesas no valor de R\$ 621.157,23 para constituição da provisão acima e, intimada a comprovar que a perda é de impossível ou improvável recuperação, condição legal para que a despesa seja dedutível (conforme parágrafo 1º do art. 374 do RIR/1994: “cabe à pessoa jurídica o ônus da prova da perda permanente que justifique a constituição da provisão”), a fiscalizada apresentou cópias de lançamentos, onde consta que os investimentos foram efetuados há bastante tempo (quase dez anos da constituição da provisão), e um ofício, onde explica que a provisão foi dedutível porque atendia ao princípio contábil do conservadorismo. A fiscalização entende que somente o fato de um investimento ter sido efetua há muito tempo não comprova que seja de impossível ou improvável recuperação.

Desta forma, tais despesas foram consideradas como parcelas indedutíveis para efeito de apuração do lucro real, sujeitando a fiscalizada ao lançamento de ofício do valor apurado para o ano-calendário de 1995, nos termos do art. 374 do RIR/1994.

005 – PROVISÕES – PERDAS PARA CRÉDITOS DE LIQUIDAÇÃO DUVIDOSA

No ano-calendário de 1995, a fiscalizada constituiu Provisão para Créditos de Liquidação Duvidosa gerando uma despesa (acumulada até 31/12/1995) de R\$ 13.887.341,68, conforme Demonstrativo da Evolução da Despesa/Receita de Provisão para Créditos em liquidação duvidosa apresentada, e adicionou no lucro real o valor de R\$ 11.740.635,81, conforme Lalur (Livro de apuração do lucro real).

Segundo planilha de cálculo apresentada, o valor correspondente à parte dedutível da despesa de PCLD é de 155.807,23, calculada utilizando-se “o percentual obtido pela relação entre a soma das perdas efetivamente ocorridas nos últimos três anos-calendário, relativas aos créditos decorrentes do exercício da atividade econômica, e a soma dos créditos decorrentes da mesma espécie existentes no início dos anos-calendário correspondentes”, conforme disposto no art. 43 da Lei 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

Reunimos dados em uma planilha (demonstrativo de provisão para créditos de liquidação duvidosa, em anexo, que passa a fazer parte integrante e inseparável deste Auto de Infração) e calculamos o valor que não foi oferecido à tributação.

Desta forma, concluímos que a fiscalizada deixou de oferecer à tributação um valor de R\$ 1.990.898,64, no ano-calendário de 1995, sujeitando-a ao lançamento de ofício.

006 – OUTRAS RECEITAS OPERACIONAIS – INOBSERVÂNCIA DO REGIME DE COMPETÊNCIA NO RECONHECIMENTO DE RECITA: Créditos renegociados

Junto com o perdão de dívidas efetivadas através de renegociação referido na infração despesas não necessárias – Despesas de renegociação, a fiscalizada perdoou rendas a apropriar, contabilizadas em Rendas a apropriar.

A fiscalização considerou irregulares as operações renegociadas, conforme descrito na descrição dos fatos daquela infração e, conseqüentemente, as rendas a apropriar como não diferíveis para fins de imposto de renda, sendo tributáveis no momento da contabilização na conta rendas a apropriar pelo regime de competência, sujeitando a fiscalizada ao lançamento de ofício dos valores apurados, não sendo considerado como postergação de imposto, uma vez que os referidos valores, pelo fato de não terem sido recebidos e, sim, perdoados, não foram oferecidos à tributação. As rendas por efetivar foram perdoadas através de estorno na conta Rendas a Apropriar.

007 – OUTRAS RECEITAS OPERACIONAIS – INOBSERVÂNCIA DO REGIME DE COMPETÊNCIA NO RECONHECIMENTO DE RECEITA: Créditos Baixados em Prejuízo.

Junto com a baixa dos créditos em prejuízo, a fiscalizada perdoou rendas por efetivas, através do estorno na conta rendas a apropriar.

[...]

A fiscalização entende que, pelos mesmos motivos que levaram a considerar as baixas em prejuízos como tributáveis, os encargos contabilizados em Rendas a Apropriar não são diferíveis para fins de imposto de renda, sendo, portanto, tributáveis no momento da contabilização

pelo regime de competência, sujeitando a fiscalizada ao lançamento de ofício dos valores apurados, não sendo considerado postergação de imposto, pois os valores, pelo fato de não terem sido recebidos e, sim, perdoados, não foram oferecidos à tributação, nos termos do art. 219 do RIR.

Destaca que os fatos em referência, suficientes para legitimar a existência dos créditos constituídos, não foram adequadamente valorados pela sentença. O Banacre conquanto praticasse diversas operações em detrimento de normas regulamentares do Bacen, relacionadas à renegociação de dívidas, com redução ou dispensa indevida de obrigações, não promoveu a contabilização de suas receitas em conformidade com o regime de competência, consoante previsão na Lei 6.404/1976 e Resolução 750/1993, do Conselho Federal de Contabilidade.

Que a prática adotada pelo Banacre ao considerar como prejuízo créditos não recebidos, não tipifica despesas dedutíveis, porquanto não diretamente relacionadas ao exercício de sua atividade, mas ao risco do próprio negócio.

Assim, praticou omissão de receitas tributáveis, com considerável prejuízo à União, razão pela qual autorizado o lançamento de ofício nos termos em que realizado.

Também recorre o autor postulando a reforma da sentença na parte em que fixou os honorários de sucumbência em R\$ 1.500,00. Argumenta que os honorários em questão deveriam ser arbitrados na forma percentual, entre 10% e 20%, sobre o valor causa consoante preceitua o art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Contrarrazões apresentadas.

É, em síntese, o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista:
— Insurge-se a União em face de sentença que julgou procedente pretensão ajuizada para que anulados autos de infração, pelos quais foram constituídos créditos de IRPJ, Pasep e CSLL, em razão de fatos atribuídos ao contribuinte autor, caracterizadores das respectivas relações tributárias, não oportunamente ofertados à tributação.

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso e o Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado).

O reexame da controvérsia passa pela compreensão do conceito delimitador para o aspecto material da hipótese de incidência do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, disposto no art. 43 do Código Tributário Nacional,

Art. 43 – O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Posta esta premissa essencial, a conclusão sobre existir ou não a obrigação tributária constatada pelos autos de infração e, por conseguinte, a legalidade ou ilegalidade da ação fiscal, pressupõe a aferição sobre a ocorrência e a natureza jurídica dos fatos imputados ao autor, como suficientes à tipificação das relações jurídico-tributárias identificadas, para o IRPJ e reflexamente para o Pasep e CSLL, por decorrerem da mesma ocorrência fática.

Em doutrina sobre a compreensão dos aspectos fáticos determinantes para o surgimento da relação jurídica obrigacional afeta ao Imposto de Renda, leciona Hugo de Brito Machado:

É certo que o legislador goza de uma liberdade relativa para formular o conceito de renda. Pode escolher entre os diversos conceitos fornecidos pela Economia procurando alcançar a capacidade contributiva e tendo em vista considerações de ordem prática. Não pode, todavia formular arbitrariamente um conceito de renda ou proventos.

E, se assim é perante o sistema tributário disciplinado na Constituição, o Código Tributário Nacional deixou esta questão fora de qualquer dúvida razoável, fixando, embora de modo bastante amplo, os conceitos de renda e de proventos. Não há renda, nem provento, sem que haja acréscimo patrimonial, pois o Código Tributário Nacional adotou expressamente o conceito de renda como acréscimo. Já não é possível, portanto, considerar-se renda uma cessão gratuita do uso de imóveis, por exemplo, como pretendeu, seguindo os anteriores, o Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto 85.450, de 4.12.1980, em seu art. 31, parágrafo único, segundo o qual era tributável “o valor locativo do prédio urbano construído, quando cedido seu uso gratuitamente, exceto quanto a dependente considerado encargo de família”.

[...]

Referindo-se o Código Tributário Nacional à aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, quer dizer que a renda ou os proventos podem ser os que foram pagos ou simplesmente creditados. A disponibilidade econômica decorre do recebimento do valor que se vem a acrescentar ao patrimônio do contribuinte. Já, a disponibilidade jurídica decorre do simples crédito desse valor, do qual o contribuinte passa a juridicamente dispor, embora este não lhe esteja ainda nas mãos.

Para uma adequada compreensão do sentido da expressão “disponibilidade jurídica”, todavia, deve ser esclarecido que o crédito capaz de configurar essa disponibilidade é somente aquele que esteja efetivamente à disposição do contribuinte, vale dizer, o crédito do qual esse possa lançar mão sem qualquer obstáculo, de fato ou de direito. Para que se considere consumado o fato gerador do imposto de renda é necessário que exista a efetiva disponibilidade da renda ou dos proventos.

[...]

A renda não se confunde com sua disponibilidade. Pode haver renda, mas esta não ser disponível para seu titular. O fato gerador do imposto de que se cuida não é a renda mas a aquisição da disponibilidade da renda, ou dos proventos de qualquer natureza. Assim, não basta, para ser devedor desse imposto, o auferir renda ou proventos. É preciso que se tenha adquirido a disponibilidade, que não se configura pelo fato de ter o adquirente da renda ação para sua cobrança. Não basta ser credor da renda se esta não está disponível, e a disponibilidade pressupõe ausência de obstáculos jurídicos a serem removidos. O proprietário de prédios alugados auferir renda desde o momento em que se consuma o período, geralmente mensal, de vigência do contrato de locação. Entretanto, se o inquilino não paga, nem oferece ao locador o crédito da quantia correspondente, este não será devedor do imposto de renda, embora tenha mais do que ação, porque tem execução contra o inquilino, posto ser o contrato de locação um título executivo. (*Curso de Direito Tributário*. Malheiros Editores. 2011, p. 320-322.)

Estas considerações não passaram despercebidas pela sentença quem, ao acolher o pedido formulado pelo contribuinte, orientou-se pelos seguintes fundamentos essenciais:

Verifico que no caso em exame não houve disponibilidade econômica ou jurídica dos créditos oriundos de empréstimos efetuados pelo autor.

Ora, os sucessivos prejuízos sofridos pelo Banco do Estado do Acre e que ocasionaram o encerramento de suas atividades apontam no sentido das afirmações do autor de que não obteve lucro no período em que incidiu a exigência dos tributos. Portanto, se nem ao menos a instituição financeira recuperou os valores emprestados, não

há falar em obtenção de lucro. Alias, a União, em momento algum, alegou o contrário.

Deveras, o regime de competência é critério legalmente adotado para aferir o resultado, ou seja, a existência de acréscimo patrimonial. Contudo, mero critério contábil não traduz renda, ausente a sua disponibilidade econômica ou jurídica.

Assim, não encontra amparo a alegação da União no sentido de que houve aquisição jurídica da renda no período em que foram efetuados os empréstimos, porquanto é certo que esta só ocorre quando houver real acréscimo patrimonial, não cabendo a tributação sobre mera expectativa de ganho futuro e em potencial.

Nesse aspecto, a razão está com o autor, pois efetivo acréscimo patrimonial, disponibilizado para o contribuinte, não pode ser verificado pelos registros contábeis, mas somente pelo ganho determinado no momento em que recebeu os lucros dos empréstimos, pois é apenas nesse momento que a Instituição Financeira poderia se beneficiar.

Antes disso, os registros contábeis significam apenas mera expectativa de ganho, que não constitui hipótese de incidência do imposto de renda.

Logo, não há como se falar que meros registros contábeis, que representam tão-somente expectativas de resultado positivo, constituam um acréscimo patrimonial, e que este, por força do regime de competência, esteja disponibilizado para o contribuinte no momento em que registrado. O acolhimento de tal tese ensejaria a tributação de renda ficta, o que não é permitido pela legislação tributária.

Outrossim, não prospera a alegação da ré no sentido de que os valores relacionados às operações de renegociação são passíveis de tributação pelo fato das mesmas terem sido realizadas em desacordo com a lei, pois, como dito alhures, somente o acréscimo patrimonial autoriza a cobrança do IRPJ.

O mesmo raciocínio se aplica ao Pasp e à CSLL, tendo em vista que, ao considerar receitas as despesas relativas às renegociações efetuadas pelo Banacre, a ré alterou a base de cálculo dos citados tributos, propiciando, portanto, a sua exigência sobre ganhos não percebidos pelo autor.

A sentença não merece reparos.

A autuação fiscal objeto de questionamento nesta ação, encontra-se motivada pelas seguintes razões:

001- OMISSÃO DE RECEITAS – SUPRIMENTO DE NUMERÁRIO

Em 31/10/1994, a fiscalizada procedeu a um aumento de capital no valor de R\$ 650.000,00 na investida (Banacre Crédito Imobiliário – BCI) para futura incorporação. De acordo com a ata da assembléia anexa que foi apresentada e que aprovou a operação, esse adiantamento seria em dinheiro.

Foram apresentados extratos onde consta uma operação de venda de títulos CDI do banco para o BCI, ou seja:

- saída de títulos CDI da carteira do banco e entrada na do BCI;
- entrada de dinheiro na conta do banco e saída na do BCI;

Intimada a apresentar documentos que comprovem o efetivo ingresso de dinheiro no BCI, a fiscalizada prestou esclarecimento por escrito, que faz parte integrante desta peça básica, alegando que o aumento de capital deu-se com a doação de CDI.

Isto posto, a fiscalização entende que a efetividade da entrega dos recursos relativos à operação não foi comprovada, configurando em OMISSÃO DE RECEITAS POR SUPRIMENTO DE NUMERÁRIO, conforme art. 229 do RIR/1994 abaixo reproduzido:

Art. 229 – Provada, por indícios na escrituração do contribuinte ou qualquer outro elemento de prova, a omissão de receita, a autoridade tributária poderá arbitrariamente com base no valor dos recursos de caixa fornecidos à empresa individual, ou pelo acionista controlador da companhia, se a efetividade da entrega e a origem dos recursos não forem comprovadamente demonstradas”.

002 – DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS – Despesas de renegociação

A fiscalizada procedeu a renegociações de créditos, perdendo rendas já efetivadas, contabilizadas em despesas, que foram consideradas pela fiscalização como não necessárias à manutenção das atividades da empresa, uma vez que as operações que geraram essas renegociações não obedeceram às regras básicas de mercado que garantam liquidez ou credibilidade de tais operações, fato que foi objeto de matérias noticiadas na imprensa através de jornal baseadas em relatórios de auditoria do Banco Central, conforme irregularidades constatadas relacionadas abaixo e cópias de documentos que fazem parte integrante e inseparável desta peça básica. Anexamos também cópias das matérias veiculadas em jornal e cópia dos relatórios do Banco Central (enviados pelo mesmo e pelo Ministério Público Federal).

Irregularidades: operações realizadas:

- com clientes contumazes emissores de cheques sem a necessária provisão de fundos (em detrimento do disposto na Resolução Bacen 1.559, de 22/12/1988, item IX, alínea e;
- com clientes com restrições no cadastro ou com cadastro vencido ou desatualizado (em detrimento ao disposto na Resolução Bacen 1.559, de 22/12/1988, item IX, alínea d;
- sem a constituição de título de crédito adequado (em detrimento ao disposto na Resolução Bacen 1.559, item IX, alínea f;

- sem atendimento ao princípio da liquidez (em detrimento ao disposto na Resolução Bacen 1.559, de 22/12/1988, item IX, alínea a;

- sem atendimento ao princípio de garantia (em detrimento ao disposto na Resolução Bacen 1.559, de 22/12/1988, item IX, alínea a;

- com admissão de saques além dos limites em contas de empréstimos ou a descoberto em contas de depósitos (em detrimento ao disposto na Resolução Bacen 1.559, de 22/12/1988, item IX, alínea c;

- com admissão de operações de desconto quando o mutuário já apresentava valores vencidos de transações anteriores (em detrimento ao disposto na Resolução Bacen 1.559, de 22/12/1988, item IX, alínea a;

[...]

003 – CUSTOS, DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS NÃO NECESSÁRIOS, DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS – Baixa de Créditos em Prejuízo.

- Em 04/07/1994, a fiscalizada procedeu à baixa de créditos em prejuízos no valor de R\$ 2.866.374,94, sem esgotar todos os recursos de cobrança dos referidos créditos, além dessas operações terem sido efetuadas sem preencher aqueles requisitos citados na infração DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS – Despesas de Renegociação estipuladas pelo Banco Central para liquidez e garantia das atividades bancárias.

004 – PROVISÕES – PERDAS PROVÁVEIS NA REALIZAÇÃO INVESTIMENTOS

Em 30/06/1995, a fiscalizada contabilizou despesas no valor de R\$ 621.157,23 para constituição da provisão acima e, intimada a comprovar que a perda é de impossível ou improvável recuperação, condição legal para que a despesa seja dedutível (conforme parágrafo 1º do art. 374 do RIR/94: “cabe à pessoa jurídica o ônus da prova da perda permanente que justifique a constituição da provisão”), a fiscalizada apresentou cópias de lançamentos, onde consta que os investimentos foram efetuados há bastante tempo (quase dez anos da constituição da provisão), e um ofício, onde explica que a provisão foi dedutível porque atendia ao princípio contábil do conservadorismo. A fiscalização entende que somente o fato de um investimento ter sido efetua há muito tempo não comprova que seja de impossível ou improvável recuperação.

Desta forma, tais despesas foram consideradas como parcelas indedutíveis para efeito de apuração do lucro real, sujeitando a fiscalizada ao lançamento de ofício do valor apurado para o ano-calendário de 1995, nos termos do art. 374 do RIR/1994.

005 – PROVISÕES – PERDAS PARA CRÉDITOS DE LIQUIDAÇÃO DUVIDOSA

No ano-calendário de 1995, a fiscalizada constituiu Provisão para Créditos de Liquidação Duvidosa gerando uma despesa (acumulada até 31/12/1995) de R\$ 13.887.341,68, conforme Demonstrativo da Evolução da Despesa/Receita de Provisão para Créditos em liquidação duvidosa apresentada, e adicionou no lucro real o valor de R\$ 11.740.635,81, conforme Lalur (Livro de Apuração do Lucro Real).

Segundo planilha de cálculo apresentada, o valor correspondente à parte dedutível da despesa de PCLD é de 155.807,23, calculada utilizando-se “o percentual obtido pela relação entre a soma das perdas efetivamente ocorridas nos últimos três anos-calendário, relativas aos créditos decorrentes do exercício da atividade econômica, e a soma dos créditos decorrentes da mesma espécie existentes no início dos anos-calendário correspondentes”, conforme disposto no artigo 43 da Lei 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

Reunimos dados em uma planilha (Demonstrativo de Provisão para Créditos de Liquidação Duvidosa, em anexo, que passa a fazer parte integrante e inseparável deste Auto de Infração) e calculamos o valor que não foi oferecido à tributação.

Desta forma, concluímos que a fiscalizada deixou de oferecer à tributação um valor de R\$ 1.990.898,64, no ano-calendário de 1995, sujeitando-a ao lançamento de ofício.

006 – OUTRAS RECEITAS OPERACIONAIS – INOBSERVÂNCIA DO REGIME DE COMPETÊNCIA NO RECONHECIMENTO DE RECITA: Créditos Renegociados

Junto com o perdão de dívidas efetivadas através de renegociação referido na infração despesas não necessárias – Despesas de renegociação, a fiscalizada perdoou rendas por efetivar, contabilizadas em rendas a apropriar.

A fiscalização considerou irregulares as operações renegociadas, conforme descrito na descrição dos fatos daquela infração e, conseqüentemente, as rendas a apropriar como não diferíveis para fins de imposto de renda, sendo tributáveis no momento da contabilização na conta rendas a apropriar pelo regime de competência, sujeitando a fiscalizada ao lançamento de ofício dos valores apurados, não sendo considerado como postergação de imposto, uma vez que os referidos valores, pelo fato de não terem sido recebidos e, sim, perdoados, não foram oferecidos à tributação. As rendas por efetivar foram perdoadas através de estorno na conta Rendas a Apropriar.

007 – OUTRAS RECEITAS OPERACIONAIS – INOBSERVÂNCIA DO REGIME DE COMPETÊNCIA NO RECONHECIMENTO DE RECEITA: Créditos Baixados em Prejuízo.

Junto com a baixa dos créditos em prejuízo, a fiscalizada perdoou rendas por efetivas, através do estorno na conta Rendas a Apropriar.

[...]

A fiscalização entende que, pelos mesmos motivos que levaram a considerar as baixas em prejuízos como tributáveis, os encargos contabilizados em rendas a apropriar não são diferíveis para fins de imposto de renda, sendo, portanto, tributáveis no momento da contabilização pelo regime de competência, sujeitando a fiscalizada ao lançamento de ofício dos valores apurados, não sendo considerado postergação de imposto, pois os valores, pelo fato de não terem sido recebidos e, sim, perdoados, não foram oferecidos à tributação, nos termos do art. 219 do RIR.

Este repertório de fatos, proveniente da conclusão fiscal, não foi infirmado pela autora, cuja pretensão, relativamente à nulidade dos autos de infração, tem por causa de pedir a não ocorrência de tipificação da hipótese de incidência para os tributos que em razão de citados fatos tiveram o crédito constituído: Imposto de Renda; Pasep e CSLL, quantificados, originariamente, em R\$ 31.762.279,66.

Em síntese, o crédito tributário constituído teve por razão de ser a revisão, de ofício, da base de cálculo já tributada, para dela se excluírem despesas que não seriam dedutíveis ou promover a inclusão de fatos ensejadores de lucro real, assim não considerados pelo autor. Estes aspectos, diretamente relacionadas à renegociação de dívidas, com sua redução ou perdão, em detrimento de critérios pré-estabelecidos pelo Banco Central do Brasil, porque não adimplidas oportunamente pelos mutuários.

Ao exame das razões motivadoras dos autos de infração, predominantemente se justificam tendo por alegação a gestão de créditos realizada pelo banco contribuinte, propiciando sua redução ou dispensa em detrimento de normas regulamentares do Bacen, em especial a resolução 1.559/1988. Ou seja, o órgão de fiscalização imiscuiu-se no mérito da gestão bancária para censurar atos que dispuseram sobre a oportunidade a deliberação sobre créditos considerados não recebíveis, assim em prejuízo ao invés de tipificarem resultado positivo.

A pretensão de que supostamente irregulares atos de gestão sobre os créditos objeto de renegociação, com redução ou dispensa de pagamento, não autoriza a ação da fiscalização tributária para legitimar a atuação por fatos que, à luz da legislação tributária, não tipifica a existência do crédito constituído. No caso, a existência de aquisição jurídica ou patrimonial de renda, caracterizada como lucro sobre os créditos

que indevidamente teriam sido dispensados. Os atos de gestão relacionados à renegociação, com redução ou dispensa de créditos decorrente de contrato de mútuo bancário, se efetivamente em desconformidade com orientações do Bacen, submetem-se, quanto à avaliação de sua irregularidade, ao poder de polícia exercido pela autarquia em referência, à qual compete adotar as medidas de cunho administrativo cabíveis. Transcendeu a autoridade fiscal de sua competência para legitimar a existência de créditos tributários que, em verdade, à luz da legislação tributária não se materializaram.

A título de exemplo, mas que espelha toda a linha de orientação adotada pela ação fiscal consoante transcrições realizadas, os seguintes comportamentos que a fiscalização entendeu inadequados e justificadores para os autos de infração:

- Não esgotar a entidade bancária credora todos os recursos de cobrança dos seus créditos;
- realizar operações de mútuo e ou renegociações sem garantia ou com garantia insuficiente.

Fatos notoriamente estranhos ao exercício do poder de polícia fiscal e, notadamente, aos elementos estruturantes das hipóteses de incidência dos tributos objeto de lançamento (IRPJ, Pasep, CSLL).

Pautou, também, a fiscal, por afirmar a ocorrência de omissão de receitas em razão da não consideração dos fatos geradores com base no regime de competência. Ou seja, o banco autor não contabilizou o ingresso de receitas, relativas aos contratos de mútuos, em cada exercício em que previstas, mesmo que não realizadas. Fato que por si só determinaria o dever de oferecer tais receitas à tributação sob pena de tipificar sua omissão e consequente lançamento de ofício.

Embora haja previsão normativa, de cunho não tributário, sobre o regime de competência para a contabilização de resultados, é imprescindível, para a exigência de créditos tributários, a materialização do fato definido no núcleo da hipótese de incidência para os tributos exigidos, qual seja, a aquisição jurídica de renda ou proventos, ou de receita.

No pertinente, embora as razões recursais sejam incisivas quanto ao aspecto formal relacionado à contabilização de receitas por competências, assim como procederam as razões do lançamento não afirmam a efetiva ocorrência de disponibilidade jurídica de renda ou de proventos para o banco autor, que aliás, por não receber sequer os recursos que emprestou, acabou por sucumbir à liquidação extrajudicial. Quebrou!

Logo, ainda que se cogitasse da não observância do aspecto formal relacionado à informação de receitas em cada competência, a obrigação tributária somente surgiria, caso restassem evidenciados os fatos geradores, consubstanciados na real aquisição da renda proveniente dos empréstimos realizados. Fato que não ocorreu.

A propósito desta convicção, tenho por oportuno trazer à colação julgado deste Tribunal, cujas razões estão sintetizadas na ementa abaixo:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. IRPJ. NÃO AFERIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁVEIS NO PERÍODO DE APURAÇÃO. TRIBUTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS.

1 - Insurge-se a embargante, ora apelada, contra a execução alegando que, por equívoco no preenchimento da declaração pelo contador da empresa, a mesma está sendo objeto de execução fiscal relativa a lançamento de IRPJ sobre os valores que não foram efetivamente disponibilizados em 31/12/1991.

2 - Conforme o quesito “e” do laudo pericial de fls.143/148, *in verbis* “[...] As datas dos recebimentos são posteriores ao encerramento do exercício em 31/12/91, não estando disponibilizados, porém foram considerados no cálculo do lucro real constante da declaração de rendimentos apresentada pela Embargante em 13/05/1992, porquanto, pelo regime de competência, como receitas do ano base 1991”.

3 - A tributação do imposto de renda pressupõe a aferição de receitas tributáveis no período de apuração. Assim, não havendo rendimento no período da base de cálculo, consoante foi atestado no laudo pericial, não há que se falar em tributação, como bem ressaltado na sentença, a qual expôs que “não há falar-se que o débito decorre do regime de competência de apuração do imposto, enquanto não houver a efetiva disponibilidade, jurídica ou econômica, de renda. A simples existência de direito de crédito cujo recebimento é uma incógnita não deflagra a ocorrência do fato gerador do imposto de renda. É dizer, a mera expectativa de recebimento de direito de crédito não é suficiente à incidência do imposto de renda”.

4 - “[...] é devida a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios, eis que resistiu a pretensão da embargante.” (AC 200204010155232, Vivian Josete Pantaleão Caminha, TRF4 - Primeira Turma, D.E. 29/05/2007.) 5 - Apelação improvida e reexame necessário improvido. (AC 199734000132618, Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos, TRF1 – 5ª Turma Suplementar, e-DJF1 data: 27/07/2012, p. 1.086.)

Postas estas considerações, o pleito recursal da União não procede.

Também recorre a parte autora postulando a reforma da sentença para que elevados os honorários de sucumbência, observados os critérios percentuais mínimo e máximo previstos no art. 20, do CPC.

Em se tratando de ação não condenatória, bem como tendo por ré a Fazenda Pública, os honorários de sucumbência são arbitrados segundo apreciação equitativa do julgador, sendo irrelevante o valor da causa ou o conteúdo econômico da demanda.

No caso, verifico que o arbitramento em R\$ 1.500,00, não é adequado à verba sucumbencial, considerado o trabalho exercido. Em consideração à jurisprudência deste Tribunal, elevo a verba sucumbencial para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), na data da sentença.

Nego provimento à remessa oficial e à apelação da União. Dou parcial provimento à apelação do autor.

Sétima Turma Suplementar

Numeração única: 0001119-76.2005.4.01.3000

Apelação Cível 2005.30.00.001121-6/AC

Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado)
 Apelante: Davidson Gomes Vieira
 Advogado: Dr. José Maldonado Jorge
 Apelado: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Marcus Vinícius Aguiar Macedo
 Publicação: e-DJF1 de 14/11/2013, p. 1.476

Ementa

Ação civil pública. Processual. Alegação de ilegitimidade passiva e impossibilidade jurídica do pedido. Rejeição das preliminares. Inscrição de advogado. Quadros da OAB. Utilização de diploma falso na Seccional do Estado do Acre. Confissão. Posterior conclusão de curso. Inscrição em outra seccional. Proibição de exercício da advocacia. Impossibilidade.

I. O apelante é parte passiva legítima para responder a processo onde se pretende cancelar sua inscrição na OAB, por utilização de documento falso.

II. Da mesma forma, é juridicamente possível o pedido, uma vez que, mesmo após o pedido de cancelamento feito pelo apelante, subsistem ainda outros pedidos realizados pelo MPF.

III. Confissão pelo apelante, de utilização de diploma falso para inscrever-se nos quadros da OAB/AC (fl. 336).

IV. Posterior conclusão do curso de Direito em instituição de ensino superior, com mudança de domicílio e inscrição definitiva na OAB/SP.

V. Impossibilidade de proibir-se o exercício da profissão de advogado, em outro estado, com outra inscrição, uma vez que os requisitos para esta nova inscrição foram, em princípio e em tese, regularmente preenchidos.

VI. Apelação parcialmente provida, unicamente para afastar a proibição do exercício da advocacia, referentemente à inscrição nos quadros da OAB/SP.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento parcial à apelação.

7ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região – 29/10/2013.

Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins: — Trata-se de apelação interposta por Davidson Gomes Vieira contra a sentença que acolheu os pedidos formulados pelo MPF, determinando à OAB/AC que: a) proíba o requerido de exercer advocacia em todo País; b) comunique tal proibição e seu fundamento às demais seccionais da OAB nos Estados e DF, aos Tribunais de Justiça dos Estados, do DF e Territórios e aos Tribunais Regionais Federais, solicitando às primeiras o cancelamento de eventuais inscrições suplementares; comprove nos autos a comunicação de que trata o item b, no prazo de 60 dias seguintes ao trânsito em julgado, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

A apelante sustenta haver, na inicial, os vícios da ilegitimidade passiva *ad causam* e do pedido juridicamente impossível, haja vista que o requerido, após solicitar o cancelamento de sua inscrição em 29/03/2005, foi efetivamente excluído em 04/04/2005, data anterior à distribuição da ação.

Insurge-se contra a determinação de que a OAB/AC comunique a proibição ao exercício da advocacia às demais seccionais da OAB nos estados e DF, aos Tribunais de Justiça dos Estados, do DF e Territórios e aos Tribunais Regionais Federais, pois, ao tempo da propositura da ação, o requerido já era advogado regularmente inscrito na OAB/SP, de modo que não pode ser impedido de exercer advocacia, sobretudo à míngua de prova de qualquer irregularidade nesta nova inscrição.

Defende que o Ministério Público não tinha direito de ação contra o requerido, posto que, quando a intentou com o fito de cancelar a inscrição OAB/AC 1.297, o próprio requerido já o tinha feito.

Requer o provimento do recurso para que seja declarada a improcedência da ação.

Contrarrazões às fls. 388-391.

O Ministério Público Federal, nesta instância, manifestou-se pelo improvimento da apelação.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins: — Preliminarmente, devemos analisar as

alegações de ilegitimidade passiva *ad causam* e de impossibilidade jurídica do pedido.

Afasto, de logo, a alegada ilegitimidade passiva, uma vez que o apelante confessa que se utilizou de documento falso para realizar sua inscrição nos quadros da OAB/AC, sendo, portanto, a pessoa que deve responder por conta dessa inscrição indevida, inobstante o fato de já ter pedido o cancelamento da referida inscrição.

Mesmo destino deve ter a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. Ora, é certo que o autor já havia requerido e conseguido o cancelamento de sua inscrição na OAB/AC quando do ingresso da presente ação civil pública, contudo, como bem lembrado na sentença *a quo* e no parecer do ilustre procurador regional da República, existem outros pedidos na inicial que só podem ser atingidos mediante determinação judicial. Ademais, os efeitos jurídicos de uma decisão judicial que cancele a inscrição diferem de um simples pedido de desfiliação de *advogado* dos quadros de seu conselho profissional.

Rejeito, pois, ambas as preliminares.

No mérito, tenho que assiste parcial razão ao autor.

É que não se pode, em princípio, por um erro — gravíssimo, por certo —, cometido quando de sua inscrição na OAB/AC, proibir a pessoa de exercer sua profissão se, posteriormente, ela adquiriu a qualificação acadêmica necessária para tanto.

Por certo que a atitude criminosa do apelante de utilizar documento falso para requerer sua inscrição como advogado, bem como manter-se advogando sem a qualificação legal necessária é grave e merece toda a reprimenda possível. Contudo, entendo que não se pode proibir o apelante de exercer sua profissão se, tempos depois, ele conseguiu graduar-se em Direito e, com base nesse título acadêmico, conseguiu inscrever-se nos quadros da Seccional da OAB de São Paulo e lá exerce seu mister.

Ora, não existe pena perpétua no Brasil (CR, art. 5º, XLVII, *b*) e o requerimento do MPF assemelha-se a tal desiderato, uma vez que pretende proibir o apelante de advogar em todo o país, não obstante já tenha conseguido a graduação acadêmica necessária para sua inscrição regular na OAB.

Com todo o respeito, não está em causa aqui a qualificação ética do apelante, mas a causa de pedir é sua inscrição indevida na OAB mediante a utilização de documento falso, qual seja o diploma de bacharel em

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova e o Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado).

Direito expedido pela Universidade Bráz Cubas, a qual, depois, foi até mesmo confessada sua inautenticidade pelo apelante.

Sendo assim, creio que a solução mais justa é a de manter-se o cancelamento da inscrição do apelante na OAB/AC, sob o n. 1.297, eis que decorrente do uso de documento confessadamente falso, bem como determinar o cancelamento de qualquer outra inscrição na OAB que seja decorrente ou tenha como pressuposto a conclusão do bacharelado em Ciências Jurídicas na Universidade Bráz Cubas (fl. 272), por não ter o apelante concluído tal curso universitário na referida instituição de ensino.

Sobre esta inscrição e sobre este fato, fica mantida a sentença, inclusive em relação aos ofícios a serem expedidos, fazendo-se menção expressa de que

se refere à falsa conclusão do Bacharelado em Ciência Jurídicas na Universidade Braz Cubas, inclusive em relação às inscrições suplementares que tenha realizado utilizando-se da inscrição na OAB/AC n. 1.297.

Reformo-a, contudo, no que diz respeito à proibição geral de exercício da advocacia, por considerar que, até prova em contrário, sua inscrição na OAB/SP, em decorrência da conclusão do curso de bacharelado em Direito na Universidade Paulista, é legítima.

Mantidos os demais termos da sentença.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação unicamente para afastar a proibição do exercício da advocacia, referentemente à inscrição nos quadros da OAB/SP.

É como voto.



Apelação Cível 0034503-47.2012.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Apelante: Associação das Empresas do Distrito Industrial e Portuário da Alamoia
Advogados: Dr. Igor Tamasauskas e outros
Apelada: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Publicação: e-DJF1 de 25/11/2013, p. 178

Decisão

Associação das Empresas do Distrito Industrial e Portuário de Alamoia – AMA requer, no bojo do recurso de apelação, a antecipação dos efeitos da tutela, tendo em vista interposição de apelo em face de sentença que denegou a segurança pleiteada para que lhe fosse assegurado o acesso aos autos do Processo Administrativo 00045.002865/2008-50 (antigo 50300.000291/2002), que trata da proposta de alteração da área do Porto Organizado de Santos (*Poligonal do Porto de Santos*).

2. Sustenta que poderá vir a sofrer severos prejuízos, tendo em vista o iminente risco de edição da alteração da Poligonal do Porto de Santos, em que os vícios procedimentais e prejuízos serão evidentes, motivo pelo qual entende deve ser deferido de imediato o pedido de acesso ao processo administrativo.

Autos conclusos. *Decido*.

4. Consoante o art. 273 do CPC, o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

5. Já o art. 588 do CPC assim dispõe:

Art. 588. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo as hipóteses do art. 520.

6. No caso *sub examine*, contudo, a apelante não conseguiu demonstrar a presença dos requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela, não se prestando para tanto os argumentos deduzidos no apelo, que se reportam aos mesmos fundamentos deduzidos na inicial e aos documentos colacionadas aos autos, os quais já foram objeto de apreciação tanto pelo MM. juízo *a quo* na sentença, como por este Tribunal, quando do exame do agravo de instrumento interposto da decisão que deferiu o pedido de medida liminar.

7. O que ela pretende, em verdade, é a antecipação da pretensão posta na inicial, questão que somente poderá ser apreciada quando do exame do recurso de apelação.

8. Por ora, persistem os fundamentos da decisão proferida pelo eminente Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa, em razão de minha ausência eventual, no AI 47013-10.2012.4.01.0000/DF, senão vejamos:

[...]

Com efeito, a decisão agravada esgota no todo o objeto da ação, que, no caso, é a exibição de todos os atos produzidos nos autos do P.A. 00045.002865/2008-50. Assim sendo, parece mesmo ocorrente a vulneração ao § 3º do art. 1º da Lei 8.437/92 (“Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.”).

A associação impetrante busca, em última análise, excluir da nova delimitação a área que seus associados ocupam às proximidades do porto de Santos. Leia-se o que consta na nota informativa expedida pela Secretaria dos Portos da Presidência da República:

[...] 20. O Conselho de Autoridade Portuária do Porto de Santos CAP/Santos, em setembro de 2011, protocolou correspondência CAP/229.2011, fl. 403/404, com manifestação atinente ao pleito da Associação das Empresas do Distrito

Industrial e Portuário da Alemoa – AMA e Associação Brasileira de Terminais Líquidos – ABTL, relativamente ao pedido enviado a SEPIPR, para exclusão do Bairro urbano da Alemoa da proposta de Poligonal do Porto Organizado de Santos.

21. *Ocorre que a manifestação daquele CAP/Santos exorta a opinião de que nada tem a opor sobre o pedido, caso a SEPIPR decida excluir tal região da proposta de nova poligonal do Porto Organizado de Santos.[destaquei]*

Portanto, não parece haver riscos a prejuízos da impetrante, segundo admite a nota parcialmente transcrita, que assim continua noutro passo:

[...]

25. Em março de 2012, o CAP/Santos, por meio da correspondência CAP/025.2012, requereu, em urgência, emissão de decreto com definição da nova poligonal do Porto de Santos, fl. 485.

26. De posse de todos os argumentos expendidos nos expedientes supra a Assessoria da Secretaria Executiva desta SEP/PR, juntou DESPACHO, de 11 de abril de 2012, fls. 489/492, com conclusão de: ...No cotejo da documentação apresentada pela CODESP, aprovada pela ANTAQ e com parecer favorável desta SEPIPR. Além do exposto neste documento, frente aos posicionamentos do CAP do Porto de Santos e da ABTL – Associação Brasileira dos Terminais de Líquidos. somos favoráveis ao encaminhamento da Minuta de Decreto. Em anexo. para as providências cabíveis junto a ASSEJUR. para o envio da documentação à Casa Civil da Presidência da Republica.”.

27. Em 13 de abril de 2012, conforme fl. 503, os autos subiram a Secretaria Executiva para conhecimento e providencias de remessa a Assessoria Jurídica desta SEPIPR para análise. O que ocorreu em 19 de abril.

[...]

32. A ação em comento requer o que lhe foi denegado em sede administrativa, cuja justificativa de rejeição permanece inalterada, vez que atualmente o processo encontrar-se pendente de ato decisório por parte do Executivo Federal, em ato legislativo próprio, a saber a edição de decreto com definição de nova poligonal para o Porto Organizado do Porto de Santos, o qual se encontra em análise na Casa Civil da Presidência da Republica, o qual, repita-se foi enviado por meio do SIDOF.

Ao que depreendo, os autos aguardam o exame da presidente da República, hipótese que realmente parece fazer incidir a ressalva do § 3º do art. 7º da Lei 12.527/11 (“O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado *com a edição do ato decisório respectivo*”). Há, em tese, necessidade de expedição do ato decisório respectivo – confirmatório ou não da nova delimitação. Apenas depois desse pronunciamento é que seria lícito à associação-impetrante o acesso às informações que subsidiaram a decisão.

Não se estará, de modo nenhum, a excluir o exame da legalidade ou outro vício de forma no eventual decreto presidencial.

Portanto, há justo receio de lesão irreparável à Fazenda Pública com o esgotamento da matéria já em decisão liminar de caráter nitidamente satisfativo, em confronto com expressa vedação legal (§ 3º do art. 1º da Lei 8.437/92).

Tais os fundamentos, SUSPENDO os efeitos da decisão agravada (artigos 558 e 527, III, do CPC).

9. Com efeito, após a denegação da segurança, em sede de cognição exauriente, descabe nova pretensão de concessão da tutela de urgência, capaz de, por si só, exaurir o objeto da lide, mormente se a apelante não conseguiu demonstrar qualquer fato novo ou fundamento apto a demonstrar a possibilidade de ocorrência de lesão grave ou de difícil reparação, já que não consta que já tenha sido proferida decisão no processo administrativo, e muito menos que tal decisão seria apta a interferir na esfera de seus interesses patrimoniais.

10. Saliente-se, por último, que eventual deferimento do pleito passaria pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 7º, inciso VII, § 3º, da Lei 12.527/2011, o que somente seria possível na forma do art. 97 da Constituição Federal.

Ante o exposto, *indefiro* o pedido.

Publique-se. Intimem-se.

Após, voltem conclusos para exame do recurso de apelação.

Brasília, 19 de novembro de 2013.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Agravo de Instrumento 0056445-19.2013.4.01.0000/DF

Relator : Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Agravantes: Construtora Ferreira Guedes S/A e outro
Advogado: Dr. César A. Guimarães Pereira e outros
Agravada: União Federal
Procuradora: Dra. Ana Luísa Figueiredo de Carvalho
Publicação: e-DJF1 de 11/12/2013, p. 122-124

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Construtora Ferreira Guedes S/A e por Convap Engenharia e Construções S/A contra decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, no Mandado de Segurança 47462-16.2013.4.01.3400/DF, indeferiu o pedido de medida liminar pretendido para suspender os efeitos do contrato administrativo firmado pelo Ministério da Integração Nacional com o Consórcio Bacia do São Francisco referente ao RDC Presencial 2/2013, para execução de obras civis e eletromecânicas nos lotes 10, 11 e 12 do Projeto de Integração do Rio São Francisco (fls. 37-39).

2. Sustentam as agravantes, em síntese, que:

2.1. O consórcio formado pelas empresas agravantes apresentou a melhor proposta de preço, todavia, no dia 4.7.2013 foram inabilitadas;

2.2. Anunciada a inabilitação em sessão reservada, datada de 26/07/2013, foi a mesma anulada administrativamente, em face da medida liminar concedida aos hoje agravantes no MS 0041842-23.2013.4.01.3400, que suspendera os atos do certame;

2.3. Realizada outra sessão em 07/08/2013, foram repetidos os atos da sessão anulada; recorrendo as agravantes, ao seu recurso foi negado provimento e cientificadas em 26/08/2013, na mesma data foi contratada a segunda colocada, numa cidade do interior do Estado da Paraíba;

2.4. Ao contrário do afirmado na decisão agravada, inexistem aspectos técnicos a serem considerados, já que discussão é eminentemente de direito e pode ser verificada objetivamente a partir do cotejo das disposições legais e do edital do certame;

2.5. É perfeitamente cabível o exame, pelo Poder Judiciário, do mérito administrativo no que se refere ao preenchimento das condições do edital;

2.6. A entrega dos documentos de habilitação somente poderia ser exigida do licitante vencedor e após o encerramento da etapa de julgamento das propostas, mesmo porque a última retificação foi convenionada na reunião do dia 03/07/2013 e a proposta readequada apresentada no dia seguinte, motivo pelo qual os documentos de habilitação só se tornaram exigíveis a partir daí, pois foi esse ato que marcou o encerramento da fase de julgamento;

2.7. Nos termos dos arts. 14, II, da Lei 12.462/2011 e 46 do Decreto 7.581/2011, apenas o licitante vencedor, conhecido a partir da classificação de sua proposta, deve comprovar o preenchimento das condições de habilitação;

2.8. A sistemática do RDC possibilita a suplementação e complementação de documentos, como forma de possibilitar a adoção de medidas de saneamento, esclarecimento de informações e correção de impropriedades na documentação de habilitação, motivo pelo qual aqueles apresentados em 11/07/2013 deveriam ser considerados para fins de suplementação;

2.9. O envelope contendo a documentação de habilitação fornecido em 11/07/2013, não foi sequer aberto, por qualificado como extemporâneo;

2.10. As negociações secretas entabuladas com o consórcio vencedor são inválidas, pois a contratação ocorreu em 26/08/2013, mesma data da divulgação do resultado do recurso administrativo;

2.11. A comissão de licitação é incompetente para a apreciação do recurso administrativo, pois foi a prolatora da decisão recorrida, e o ato de homologação e adjudicação não tem o condão de se sobrepor ao dever de prolação da decisão do recurso por autoridade competente; e,

2.12. Está evidenciado o período da demora, ante a possibilidade de consolidação da situação, pois o contrato administrativo foi assinado em 26/08/2013.

3. Aduzem, ainda, às fls. 14-15 que:

[...]

12. Ocorre que a Comissão de Licitações está pretendendo considerar o termo inicial para entrega de tal documentação como sendo a data da primeira sessão, realizada em 11/6/2013. É esta a principal controvérsia existente.

Naquele ato, após os dois licitantes concorrentes terem aberto mão da prerrogativa de apresentar lances, definiu-se que os documentos de habilitação deveriam ser entregues até o dia 18/6/2013 (v. Ata n.º 4/2013). Ou seja, estabeleceu-se que a entrega deveria se dar dentro do intervalo de cinco dias úteis. As Agravantes cumpriram este prazo.

Entretanto, *naquele momento a proposta das Agravantes ainda não havia sido classificada*. Tanto assim que foram realizadas ainda algumas reuniões entre a Comissão e o consórcio das Agravantes (v. atas anexas) com vistas a esclarecer supostas desconformidades existentes na proposta.

Em outras palavras, as Agravantes tiveram de aceitar todas as condições impostas pela Comissão e retificar os termos de sua proposta – o que inclusive implicou numa redução considerável em relação ao valor inicialmente ofertado: a proposta passou de R\$706.031.907,65 para R\$705.232.539,76.

Logo, na medida em que a última retificação foi convenionada na reunião do dia 3/7/2013 (v. Ata n.º 6/2013), e que a proposta readequada foi apresentada no dia seguinte (4/7/2013), *os documentos de habilitação só se tornaram exigíveis a partir daí*. Este ato que marcou o encerramento da fase de julgamento.

As Agravantes, pois, valeram-se do mesmo interregno de cinco dias úteis estipulado na sessão inicial de 11.6.2013 (art. 47, do Decreto 7.581 c/c item 2.2 do edital), e entregaram nova documentação em 11/7/2013. Na oportunidade, substituíram um dos atestados.

Estes documentos, todavia, não foram aceitos. A inabilitação se deu com base na documentação apresentada na primeira oportunidade.

13. Com respeito, não há como se considerar que o julgamento se encerra com o fim da disputa entre os licitantes. Afinal, caso as Agravantes não se adequassem às exigências da Comissão e não fizessem as devidas retificações, sua proposta seria *desclassificada*.

Este entendimento é inclusive corroborado por email enviado pelo Presidente da Comissão à primeira Agravante, no dia 18.6.2013 (doc. anexo). Ao responder a pedido de dilação de prazo para entrega de proposta retificada, mencionou-se expressamente que “o processo de negociação ainda não foi encerrado”.

Logo, na medida em que o encerramento das negociações era condição para apresentar a proposta retificada (o que parece óbvio), e que este ato é imprescindível à classificação da proposta, os documentos de habilitação só poderiam ser requisitados a partir daí. Como apontam os arts. 14, II, da Lei 12.462, e 46, do Decreto 7.581, apenas o *licitante vencedor* (conhecido a partir da classificação de sua proposta) deve comprovar o preenchimento das condições habilitatórias.

[...]

4. As agravadas S/A Paulista de Construções e Comércio e FBS Construção Civil e Pavimentação Ltda., integrantes do consórcio Bacia do São Francisco, anteciparam-se à intimação e apresentaram contraminuta, fls. 998-1.045.

Autos conclusos. *Decido*.

6. A Lei 12.462/2011 assim dispõe sobre a fase da habilitação nos procedimentos licitatórios regidos pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC:

Art. 14. Na fase de habilitação das licitações realizadas em conformidade com esta Lei, aplicar-se-á, no que couber, o disposto nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o seguinte:

I - poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação;

II - será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto no caso de inversão de fases;

III - no caso de inversão de fases, só serão recebidas as propostas dos licitantes previamente habilitados; e

IV - em qualquer caso, os documentos relativos à regularidade fiscal poderão ser exigidos em momento posterior ao julgamento das propostas, apenas em relação ao licitante mais bem classificado.

Parágrafo único. Nas licitações disciplinadas pelo RDC:

I - será admitida a participação de licitantes sob a forma de consórcio, conforme estabelecido em regulamento; e

II - poderão ser exigidos requisitos de sustentabilidade ambiental, na forma da legislação aplicável.

7. Já o Decreto 7.581/2011, com redação do Decreto 8.080, de 20/08/2013 (apesar das alterações ser posterior ao certame, em nada interfere para o caso *sub judice*) que regulamentou a referida legislação, assim dispõe sobre a análise e classificação das propostas e a fase de habilitação:

Art. 40.

[...]

§2º Com exceção da contratação integrada prevista no art. 9º da Lei nº 12.462, de 2011, nas licitações de obras ou serviços de engenharia, o licitante da melhor proposta apresentada deverá reelaborar e apresentar à comissão de licitação, por meio eletrônico, conforme prazo estabelecido no instrumento convocatório, planilha com os valores adequados ao lance vencedor, em que deverá constar: (Redação dada pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

- a) indicação dos quantitativos e dos custos unitários, vedada a utilização de unidades genéricas ou indicadas como verba;
- b) composição dos custos unitários quando diferirem daqueles constantes dos sistemas de referências adotados nas licitações; e
- c) detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas - BDI e dos Encargos Sociais - ES.

8. Já na outra seção, arts. 45 a 50, estabelece o mesmo decreto:

Art. 46. Será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante classificado em primeiro lugar.

Art. 47. O instrumento convocatório definirá o prazo para a apresentação dos documentos de habilitação.

9. O edital do certame, por seu turno, preceitua no item 2.2 que *“A data para a apresentação dos Documentos de Habilitação da Licitante vencedora será informada na sessão de abertura e julgamento da Proposta de Preços — objeto da Subseção II do multicitado decreto, quando é classificado a melhor proposta.*

10. Vale dizer, escolhido o licitante com melhor preço, haverá uma fase concomitante, o do § 2º do art. 40 do Decreto 7.581/2011, apresentação de planilhas, em data fixada pela Comissão e, ao mesmo tempo entrega dos documentos de habilitação, também em data fixada pela Comissão.

11. Assim, em princípio, não vislumbro violação às regras da legislação pertinente, uma vez que a Ata 4/2013, da reunião para o recebimento dos envelopes e julgamento das propostas de preços, fixou o dia 18/06/2013 para a apresentação dos documentos de habilitação, conforme fl. 157, os quais foram apresentados tempestivamente pelo consórcio agravante, fls. 161 e segs., porém a comissão de licitação entendeu que tais documentos não preenchiam os requisitos do edital, conforme se lê:

[...]

Encerrada a fase de lances, o Sr. Presidente convocou a licitante Consórcio Ferreira Guedes – CONVAP para que no prazo de 5 (cinco) dias úteis – item 7.2 do Edital, reelabore e apresente, por meio eletrônico, os documentos conforme o Sumário da Proposta de Preços apresentado no Anexo 01, Modelo 13, deste Edital, com os respectivos valores adequados ao lance vencedor, que será analisados pela Comissão de Licitação conforme exigências do item 7 do Edital. Em seguida, o Sr. Presidente informou que a data para a apresentação dos Documentos de Habilitação, conforme item 8 do Edital, será no dia 18.06.13, de 08:00 às 12:00 e de 14:00 às 17:00, no Setor Policial Sul, Área 5, Quadra 3, bloco F, Térreo, Sala 26, Brasília-DF.

12. Assim, apesar da possibilidade de exame, pelo Poder Judiciário, da legalidade do ato administrativo, a data do encerramento da fase de julgamento das propostas e de início dos prazos para a apresentação dos documentos para habilitação parece ser o dia 16/06/2013, e não 04/07/2013, como pretende fazer crer o agravante.

13. Ausência de comprovante essencial à qualificação das agravantes, ou seja, atestados referenciados a obras rodoviárias quando se trata de execução de obra de infraestrutura hídrica, no prazo fatal de habilitação, em tese não pode ser corrigida intempestivamente.

14. Quanto aos demais argumentos é de se adotar a fundamentação do *decisum* recorrido.

15. Sem censura, em princípio, a decisão agravada quando afirma:

[...]

Inicialmente, cabe frisar que em relação aos aspectos técnicos necessários para habilitação da impetrante, este juízo não tem condições de se manifestar. Primeiro, porque não pode usurpar à competência da Administração Pública, eis que a análise das condições estabelecidas no edital é questão pertinente à mérito administrativo. Segundo, porque não caberia tamanha análise no exame raso dos pressupostos que autorizam a medida liminar, momento em que será analisado tão somente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* da pretensão autoral, além de não caber tal análise na estreita via do mandado de segurança, eis que somente um exame pericial seria capaz de comprovar as alegações da impetrante.

Desta forma, passo a me ater tão somente em relação onde, supostamente, haveria ilegalidade, passível de apreciação deste Poder Judiciário.

Em relação à negativa de análise da documentação apresentada extemporaneamente, inexistente ilegalidade pela autoridade coatora, eis que a admissão de documentação fora do prazo fixado viola a isonomia e lisura do certame, na medida em que é vetada a complementação de documentação. Não restou demonstrado pelos impetrantes que a documentação apresentada posteriormente se referia a corrigir mero vício informal,

Informa os impetrantes que as autoridades coatoras estariam se comunicando

secretamente com a segunda colocada do certame (atual vencedora) antes mesmo de comunicar à impetrante a sua inabilitação, acusando a prática de conluio com a empresa vencedora e as autoridades impetradas.

Ocorre que o §2º, do artigo 45, do Decreto n. 7581/2011, que regulamenta o RDC estabelece que § 2º “em caso de inabilitação, serão requeridos e avaliados os documentos de habilitação dos licitantes subsequentes, por ordem de classificação”. Deste modo, não vislumbro, *prima facie*, irregularidade neste ponto. Observe-se que o argumento de eventual conluio não pode ser aferido nesta fase embrionária do feito, tampouco caberia ser processado pela via do mandado de segurança.

Em relação ao argumento de que a decisão do recurso não fora proferida por autoridade competente, nos termos do artigo 45, §6º, da Lei 12.462 e art. 13, III, da Lei 9784/99, tenho que este vício foi sanado, na medida em que a autoridade superior, o Secretário de Infraestrutura Hídrica, convalidou o ato da Comissão, ao homologar e adjudicar o certame, o que significa que a decisão da Comissão foi ratificada.

Pelo exposto, *indefiro* o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Oficie-se dando ciência à MM. juíza federal que preside o feito principal.

Já apresentada contraminuta pelas empresas integrantes do consórcio agravado, à União para contrarrazoar.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 4 de dezembro de 2013.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Suspensão de Execução de Sentença 0068109-47.2013.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Requerente: Estado da Bahia
Procuradora: Dra. Cândice Ludwig
Requerido: Juízo Federal da 8ª Vara/BA
Autor: Ministério Público Federal
Procuradora: Dra. Caroline Rocha Queiroz
Publicação: e-DJF1 de 27/11/2013, p. 5-7

Decisão

O Estado da Bahia requer a suspensão da sentença proferida em 04/10/2013, em que foi concedida antecipação de tutela, pelo MM. juiz federal substituto da 8ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, nos autos da Ação Civil Pública 18813-84.2012.4.01.3300, nos seguintes termos, que destaco (fl. 139-140):

[...] JULGO PROCEDENTES os pedidos na inicial e, assim, condeno o Estado da Bahia na obrigação de restaurar o Forte Barbalho.

Condeno, também, em conjunto, a União e o Estado da Bahia na obrigação de dar destinação ao Forte do Barbalho compatível com sua história e arquitetura, conforme orientação do Iphan, a quem deverá ser submetido previamente para aprovação qualquer projeto nesse sentido.

Condeno a União na obrigação subsidiária de ressarcir o quanto dependido pelo Estado da Bahia para restauração do Forte Barbalho, caso o ente federado demonstre, em procedimento de liquidação, que os valores assim destinados comprometeram a conservação dos demais bens constantes do acervo do patrimônio histórico e cultural sob sua administração.

Condeno o Iphan na obrigação de acompanhar o cumprimento desta decisão por parte dos demais réus, fornecendo-lhes todas as informações necessárias ao devido cumprimento da determinação acima descrita e fiscalizando seu cumprimento, de modo que o Forte do Barbalho tenha restauração e destinação adequadas.

Ante a presença dos pressupostos legais, *antecipo os efeitos da tutela definitiva*, a fim de que:

a) O Estado da Bahia, em complemento à restauração parcial realizada por força da liminar deferida, restaure totalmente o Forte do Barbalho, no prazo de 6 (seis) meses, sob pena de multa do valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) por mês de atraso;

b) O Estado da Bahia e a União façam cessar, no prazo de 10 (dez) dias, toda e qualquer atividade cultural realizada nas instalações do Forte do Barbalho que não tenham aprovação prévia e específica do Iphan, sob pena de multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de atraso;

c) Estado da Bahia e a União promovam, no prazo de 20 (vinte) dias, a desocupação do Forte do Barbalho de todo e qualquer equipamento que nele esteja de forma clandestina, inclusive os relacionados a projeto não autorizado previamente pelo Iphan, sob pena de multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de atraso.

Ainda em sede de antecipação da tutela definitiva, determino ao Iphan que, no prazo de 20 (vinte) dias, comprove a elaboração e entrega ao Estado da Bahia de parecer técnico relacionando todas as obras necessárias à integral restauração do Forte, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de atraso.

Para fins de cumprimento do quanto determinado as alíneas “b” e “c” acima, poderão a União e o Estado da Bahia se valer de força policial.

Sustenta o requerente que o imóvel sequer pertence ao Estado da Bahia, destacando os custos elevadíssimos, sem previsão orçamentária, que deverão ser despendidos pelo Erário para cumprimento da decisão e que, mesmo não sendo de sua incumbência, promoveu, na condição de cessionário, algumas medidas de conservação do prédio.

Afirma que não há omissão por parte do Estado da Bahia que justifique a imposição condenatória e que “a questão que se coloca, dentro do âmbito estreito da suspensão de segurança, é o *impacto na ordem e finanças públicas* pelo cumprimento abrupto de tal ordem judicial” (fl. 6).

Assevera que além dos

[...] prejuízos à comunidade e à população, que são incalculáveis tendo em vista que o investimento para as reformas inviabilizaria diversas ações implementadas pelo Estado da Bahia, o Erário se vê diretamente afetado com o alto custo que, em se cumprindo a decisão sujeita a recurso, vão gerar as obras emergenciais (fl. 7).

Assevera que a decisão impugnada

[...] causa grave lesão à economia e à ordem pública, seja pela inviabilidade de assunção de custos em tão curto período, seja pela impossibilidade material de remanejamento de recursos” e que “o Judiciário não teria competência para dispor a respeito do orçamento público, seja porque tal atribuição caberia apenas ao legislador por força do argumento democrático (fl. 8)

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 assentar o juízo diante da 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.)

Na hipótese, o MM. juiz *a quo*, após ouvir as partes, analisar o Parecer Técnico 19/2008, que “descreve o estado em que se encontrava o monumento” (fl. 137 – grifos nossos) e designar inspeção judicial realizada em 09/09/2013, concluiu que o bem pertence à União, embora administrado pelo Estado da Bahia, por força de contrato de cessão, em que, de acordo com a cláusula terceira, o Estado da Bahia assumiu a responsabilidade pela conservação e demais despesas de restauração e preservação do Forte do Barbalho, ressaltando que, nem por isso, a União não se tornou isenta de responsabilidade sobre a conservação e restauração do bem, uma vez que o art. 4º da Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972 impõe a obrigação do Brasil, representado pela União, de proteger, conservar e valorizar o patrimônio cultural situado em seu território.

Quanto ao argumento do Estado da Bahia de que a aplicação de mais de 6 (seis) milhões na restauração do Forte do Barbalho é desproporcional e irrazoável, asseverou o juiz *a quo* que a verba destinada à “consecução de todas as políticas públicas no desenvolvimento integrado do turismo sustentável em toda a região do Polo do Desenvolvimento, Litoral Sul, Salvador e Chapada Diamantina” é de R\$ 32.758.600,00 (trinta e dois milhões setecentos e cinquenta e oito mil e seiscentos reais), proveniente de crédito obtido perante o Banco do Nordeste, e que irrazoável e desproporcional é destinar R\$ 107, 3 milhões anuais, durante 15 anos, apenas para a construção de um estádio de futebol e alegar ausência de recursos para deixar de aplicar R\$ 6,3 milhões na restauração de bem da estatura do Forte do Barbalho” (fl. 134).

Acrescentou, ainda, que, mesmo havendo impossibilidade material causado por eventual escassez de recursos, nada impede que o Estado da Bahia se socorra da norma constante no § 1º do art. 19 do Decreto-Lei 25/1937, diante da responsabilidade subsidiária da União, “caso demonstre que a destinação de recursos à restauração do Forte venha a comprometer a manutenção ou preservação de outros bens do patrimônio histórico e cultural sob sua responsabilidade” (fl. 135).

Levou em consideração, também, para decidir quanto ao momento adequado à conclusão das obras de restauração, o fato de o empreendimento já ter iniciado por força de decisão liminar deferida anteriormente, bem como o fato de que a Cidade de Salvador sediará jogos relacionados à *Copa do Mundo*, o que recomendaria a conclusão da restauração do imóvel para visitação, “Do mesmo modo que esse evento justificou investimentos públicos bilionários em outras obras” (fl. 136).

Em relação à utilização do bem para produções artísticas, sufragou o entendimento de que, não havendo demonstração de aprovação do Iphan para o suposto projeto, a destinação que vem sendo dada ao Forte do Barbalho é inadequada e que a atividade desenvolvida no local deve estar associada ao seu passado e compatível com a arquitetura e a história do recinto.

Pois bem, sirvo-me do resumo das razões que a fundamentaram a concessão da antecipação de tutela na sentença para verificar que o magistrado colheu *impressões subjetivas*, consubstanciadas na importância histórica e cultural do bem tombado, para determinar a restauração completa do imóvel, após, ter constatado “a diferença absurda entre o valor e beleza daquela edificação em contraste com a ruína em que se encontrava antes do início da reforma parcial”, decorrente do cumprimento da liminar anteriormente deferida pela MM. Juíza Federal Nilza Reis, no sentido de realizar obras emergenciais para afastar riscos de danos como desabamento, descaracterização, infiltrações, comprometimento de estrutura no Forte Barbalho (fls. 92-93).

Na espécie é importante considerar que o Poder Judiciário, ao analisar questões relacionadas às atividades afetas à Administração Pública, passa a realizar, mesmo que implicitamente, uma análise legal sobre os atos ou omissões perpetradas pelo Poder Executivo no caso concreto, a fim de verificar a conformidade de sua atuação para concretização de suas finalidades com o arcabouço normativo.

A intervenção judicial nas políticas públicas nem sempre se mostra positiva, uma vez que o magistrado não tem à sua disposição todos os dados técnicos necessários, nem a visão macrossistêmica à análise objetiva dos critérios de conveniência e oportunidade a que estão sujeitos o administrador, para a implementação de determinação ação voltada ao interesse público e, em consequência, ao bem coletivo.

Embora seja possível a intervenção judicial em casos pontuais e concretos a fim de fazer valer direitos e garantias constitucionais, substituir-se à Administração para apontar onde e de que forma os recursos públicos devem ser empregados, visto que escassos, pode acarretar distorções de graves consequências para a ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Não é despidendo lembrar que, em atendimento ao interesse público e para garantir o uso eficiente de recursos, tem-se, como regra geral, a exigência de licitação para contratações pela Administração Pública, prevista na Lei 8.666/1993, sendo certo que os gastos com obras devem estar previstos no orçamento, o que, de acordo com o requerente, não ocorre.

Não há, pois, como exigir que, em prazo tão exíguo, vença-se todas as etapas de uma obra, que, em se tratando de imóvel de interesse cultural e de valor histórico-artístico, exige, ainda, mão de obra especializada e requer que as intervenções sejam submetidas e aprovadas pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan.

Esta Corte já teve a oportunidade de apreciar decisão que determinara obras de recuperação em imóvel tombado no Estado do Maranhão, como se pode constatar do seguinte escólio:

AGRAVO REGIMENTAL - SUSPENSÃO DE SEGURANÇA - DECISÃO QUE, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, DEFERIU LIMINAR PARA QUE O ESTADO DO MARANHÃO, NO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS, SOB SUPERVISÃO TÉCNICA DO IPHAN, INICIASSE OBRAS DE RECUPERAÇÃO DE IMÓVEL TOMBADO, COM COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA - GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS.

1 - O Superior Tribunal de Justiça, analisando questões que se adaptam perfeitamente ao caso, entendeu que “o juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público”. (RESP 52.083/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, *D.J.* 31/5/2000.) 2 - No mesmo sentido foram proferidas decisões no REsp nº 63.128, Relator Ministro Adhemar Maciel, *D.J.* 20/5/1996, e no AG nº 287.581/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, *D.J.* 24/4/2002.

3 - Situação apta a causar grave lesão à ordem e à economia públicas, uma vez que a decisão impugnada ignorou o princípio da harmonia e independência dos Poderes ao determinar a realização de obra de restauração em imóvel, que exige despesas sem dotação orçamentária, ainda que este se encontre em área tombada pelo Governo Federal.

4 - Agravo Regimental rejeitado.

5 - Decisão confirmada. (AGSS 2002.01.00.031119-0/MA, rel. Des. Federal Catão Alves, *DJ*, p. 2, de 14/04/2003.)

Por tais razões, identificando a existência, na espécie, dos pressupostos autorizadores da medida excepcional de contracautela, quais sejam, grave lesão à ordem e à economia públicas, *defiro* o pedido para determinar a suspensão da execução da medida liminar proferida nos autos da Ação Civil Pública 19255-84.2011.01.3300.

Comunique-se, com urgência.

Intimem-se. Publique-se.

Após os trâmites legais, não havendo recurso, arquivem-se os autos.

Brasília, 20 de novembro de 2013.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, presidente.

Habeas Corpus 0076137-04.2013.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro
 Impetrante: Rodrigo José Mendes Antunes
 Impetrante: José Antunes
 Impetrado: Juízo Federal da 5ª Vara/MT
 Paciente: sigiloso (réu preso)
 Publicação: e-DJF1 de 19/12/2013, p. 1.101-1.102

Decisão

Trata-se de *habeas corpus* — com pedido de liminar para “revogação da prisão preventiva” ou fixação pelo relator “daquelas medidas alternativas que forem mais adequadas ao caso concreto (fl. 30) —, impetrado por Rodrigo José Mendes Antunes e José Antunes em favor de Edson Brito de Melo, sob a alegação de que o Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso impôs ao referido paciente “constrangimento ilegal, em face da conversão da prisão temporária em decreto de prisão preventiva, nos autos da Ação Penal 2111-54.2013.4.01.3600” (fl. 2), na

qual foi denunciado “como incurso nos delitos de usurpação de bens da União (art. 2º da Lei 8.176/1991); poluição e extração de recursos minerais sem autorização do órgão competente (arts. 54 e 55, ambos da Lei 9.605/1998) e formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal)” (fl. 35), mesmo diante da “inexistência dos requisitos legais dispostos no art. 312 do Código de Processo Penal” (fl. 31).

Informam os impetrantes que o Ministério Público Federal foi favorável à substituição da custódia preventiva por outras medidas cautelares diversas da prisão (fl. 8), sendo que o paciente concorda com as condições dos itens 1 a 4, havendo oposição da defesa no que tange ao valor sugerido de fiança, por ser “absolutamente incompatível com a sua realidade, assim como na entrega da draga, por estar devidamente autorizada pelas leis do Estado do Pará e órgãos competentes (Sema e DNPM), estando à disposição para a realização de perícia” (fls. 31-32).

É o relatório, no que interessa ao exame do pedido formulado em sede de cognição sumária.

Não se vislumbra na decisão impugnada (fls. 2567-2575), que decretou a prisão preventiva do paciente e de outro investigado, dentre 33 (trinta e três) representados, flagrante ilegalidade a justificar a intervenção excepcional do relator no exame da questão, que se confunde com o próprio mérito da impetração, de competência de órgão judicial colegiado.

Com efeito, mesmo que os impetrantes não concordem com os fundamentos da decisão do Juízo *a quo* ou que seja possível a eventual substituição da prisão preventiva por outras medidas cautelares, não se pode dizer, nesse exame preliminar, que o decreto prisional não trouxe fundamentação idônea para o cerceamento da liberdade ambulatorial do paciente, conforme registrado no decreto prisional, na parte relativa ao paciente, nos seguintes termos, *verbis*:

[...]

Como se vê, a prospecção ilegal de ouro no rio Teles Pires é condição necessária para a ocorrência das demais fases da cadeia criminoso. Desse modo, a inibição da primeira fase dessa cadeia resultará no seu completo dismantelamento, e, conseqüentemente, a ordem pública e a ordem econômica estarão asseguradas. E a inibição dessa fase inicial pode ser obtida, em relação à maioria dos investigados, por medidas cautelares alternativas à prisão, tornando esta desnecessária.

Uma primeira providência nesse sentido já foi tomada: a destruição das dragas. Sem elas, é impossível fazer a prospecção do ouro. O relatório noticia, no entanto, que duas não foram destruídas em razão de os seus proprietários – Ângelo Gabriel Gatelli (vulgo Braba Roxa) e Edson Brito de Melo (vulgo Chacal) – as terem escondido. Ao buscar preservar as suas dragas esses investigados demonstram de forma inequívoca o interesse em continuar fazendo a extração ilegal do ouro, e, por isso, não há alternativa para o acatamento da ordem pública, consubstanciada aqui no risco concreto de reiteração delitiva, em relação a eles senão a prisão preventiva. Eis aí o *periculum libertatis*.

O *fumus comissi delicti* já foi exaustivamente demonstrado por mim na decisão em que decretei a prisão temporária deles, proferida nos autos 12057-32.2012, e por isso limito-me a remeter a ela em relação a esse requisito.

O requisito do inciso I do art. 313 do CPP foi cumprido, pois para ambos os investigados há indícios do cometimento de crimes cujas penas superam quatro anos de reclusão (fl. 2570).

Por sua vez, os diálogos interceptados, mencionados na peça acusatória, também indicam o grau de envolvimento do paciente na organização denunciada e a sua intenção de permanecer com a atividade delitiva, ao afirmar que: “Os índio não quer nem saber de nós. Eles só querem saber do ourinho deles. Daqueles 40 gramas, do tambor de gasolina e o de óleo e pronto. É só isso. Eles não querem que nós sai de lá. Que nós sair, eles vão perder a mamata deles? Eles são besta? Né não? (sic) – índice 24122658, p. 295-296 (fl. 106).”

Assim sendo, nesse exame inicial, não restou demonstrada pelos impetrantes flagrante ilegalidade no decreto prisional preventivo que autorize o deferimento do pedido formulado em sede de cognição sumária, sendo prudente aguardar a completa instrução do *writ*, inclusive para exame da eventual possibilidade de substituição da medida extrema decretada por outras medidas cautelares diversas da prisão.

Pelo exposto, *indefiro* o pedido de liminar.

I.

Solicitem-se as informações (prazo: dois dias).

Após, encaminhem-se os autos à PRR 1ª Região, para parecer.

Oportunamente, voltem-me conclusos.

Brasília, 13 de dezembro de 2013.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, relator.

Agravo de Instrumento 0075527-36.2013.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente
 Agravante: Varig Linhas Aéreas
 Advogados: Dr. Jorge Luiz Zanfolin Filho e outros
 Agravado: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Daniel de Jesus Sousa Santos
 Agravado: Ministério Público do Estado de Rondônia
 Procuradora: Dra. Daniela Nicolai de Oliveira Lima
 Publicação: e-DJF1 de 19/12/2013, p. 1.165-1.168

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Rondônia, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de Rondônia contra TAM Linhas Aéreas S/A e outros, em que se discute a legitimidade da elevação dos valores dos preços de passagens aéreas praticados nos meses de dezembro/2013, janeiro/2014 e julho/2014.

O juízo monocrático deferiu, parcialmente, o pedido formulado nos aludidos autos, com estas letras:

Trata-se de ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, movida pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de Rondônia em desfavor das requerentes, a fim de que as rés, Tam Linhas Aéreas S/A, VRG Linhas Aéreas, Azul Linhas Aéreas Brasileiras S/A e Oceanair Linhas Aéreas sejam condenadas a cobrar, nos meses de alta demanda, em especial dezembro/2013, janeiro/2014 e julho/2014, o valor máximo de até 50% acima das tarifas disponíveis para fevereiro/2014.

Relata a inicial, em síntese, que as requeridas chegaram a aumentar em até 900% o valor das passagens aéreas, cita tal fato exemplificando os meses de dezembro/2013 e de janeiro/2014, quando comparados com o mês de fevereiro/2014. Aduz que, no bimestre em questão, as passagens estão orçadas, por trecho, por exemplo, Porto Velho - Brasília, em até R\$ 3.503,30 (ida no dia 10 e volta no dia 12/01/2014), enquanto, um trecho de ida para o mesmo destino, no dia 15/01/2014 (quarta-feira), de menor procura, chega a custar R\$ 489,00. Alega que tal circunstância também é evidenciada em diversas outras rotas com origem ou destino a partir de Porto Velho.

Os autores afirmam, ainda, que, conforme pesquisa realizada nos sítios das próprias rés na internet, constatou-se que os voos nos quais se identificaram os altos preços ainda tinham expressiva quantidade de assentos disponíveis na data da pesquisa. Arguem que as rés estão angariando lucros abusivos em detrimento do consumidor e, por aumentar arbitrariamente seus lucros, incorreram na infração prevista no art. 36, III, da Lei 12.529/2011.

Por fim, afirmam que a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, como Agência Reguladora, deveria adotar as medidas administrativas a fim de coibir tais práticas.

Contudo, em vista da inércia do ente regulador, vêm buscar amparo no Poder Judiciário.

É o relatório. Decido.

O provimento antecipatório se sujeita à verificação conjunta da reversibilidade de seus efeitos, da verossimilhança do direito alegado, do fundado receio de dano irreparável, do abuso de direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu. Basta, portanto, que apenas um dos citados pressupostos reste inobservado para que se frustrate a possibilidade de sua concessão.

No caso, verifica-se configurada a plausibilidade das alegações dos autores.

A ordem econômica brasileira está disciplinada a partir do art. 170 da CR/1988, segundo o qual “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.”

Além disso, no mesmo texto Constitucional está disposto que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.” (CR/1988, art. 173)

Por fim, o art. 174 da CR/1988 estabelece que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Pois bem, todos esses normativos constitucionais indicam que a economia de nosso país está orientada com bases no liberalismo econômico, doutrina segundo a qual os preços dos produtos e serviços devem, a princípio, ser regulados pela “mão invisível” do mercado, a partir da lei da oferta e da procura, ou seja, quanto maior a busca do consumidor por produtos ou serviços, maior, conseqüentemente, será o preço cobrado por eles.

Todavia, uma economia orientada de forma extremada na lei da oferta e da procura, sem intervenção alguma do Estado, pode levar a ordem econômica de um país ou de vários deles a um colapso, como aconteceu na crise de 1929 na bolsa de Nova York.

Por isso, a política econômica eleita por nosso Constituinte Originário permite que o Estado, de maneira excepcional, intervenha na ordem econômica com as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, vale dizer, para nós, o Estado não deve ter o controle total do mercado, tal qual numa economia planejada, própria de regimes totalitários, mas também, não pode permitir que o mercado se autoregule tão livremente a ponto de interesses privados malferirem direitos e garantias de um corpo social.

Enfim, a ordem econômica do Brasil não se orienta na doutrina de um liberalismo radical ou extremado, mas sim, na de um liberalismo moderado, de acordo com o qual a intervenção do Estado é bem vinda para as funções acima citadas, para contornar situações de crises econômicas não superáveis apenas pela incidência pura e simples da lei de mercado e para evitar o abuso do poder econômico ou acabar com esse abuso, caso já perpetrado, defendendo, assim, os direitos dos consumidores, nesse último caso.

Quanto a essa última função do Estado em sua excepcional tarefa intervencionista na economia, qual seja, a de combater o abuso do poder econômico e a de promover a defesa dos direitos do consumidor, mais uma vez se mostra importante a citação de trechos da nossa Constituição, para atestar que, de acordo com o § 4º do art. 173 do Texto Magno, “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros,” função legislativa essa cumprida pelo Congresso Nacional com a promulgação da Lei 12.529/2011, cujo art. 1º afirma explícita e literalmente que:

“Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”

Nesse cenário, mostram-se verossímeis as alegações da parte autora quanto à necessidade do Estado, por meio do Judiciário nesse momento, reprimir as infrações à ordem econômica que estão sendo cometidas pelas empresas de transporte aéreo, ora réis, já que o Estado, através do Executivo, não foi capaz de prevenir tais infrações ou mesmo de rechaçá-las.

Isso porque, conforme apurado no procedimento preparatório 1.31.000.001363/2013-63, acostado aos autos, as empresas réis promoveram um aumento generalizado das tarifas cobradas para viagens nos meses de dezembro/2013 e janeiro/2014, o que, em tese, configura abuso do poder econômico e dano ao consumidor.

Com efeito, em cotação realizada entre os dias 14 e 18/11/2013, para viagens no dia 15/12/2013, os autores constaram, nos sites das empresas réis, as seguintes tarifas (fl. 71):

Trecho	Avianca	Azul	Gol	Tam
Porto Velho/Recife	R\$ 1.315,95	R\$ 1.796,85	R\$ 1.459,85	R\$ 1.563,95
Porto Velho/Campo Grande	R\$ 1.071,95	R\$ 1.226,85	R\$ 1.216,85	R\$ 1.877,50
Porto Velho/Curitiba	R\$ 1.281,95	R\$ 1.296,85	R\$ 932,85	R\$ 1.845,95
Porto Velho/Manaus	-	R\$ 606,85	R\$ 766,85	R\$ 1.824,95

Os mesmos trechos foram cotados com valores significativamente menores para viagens para o dia 07/02/2014, logo após o período de alta temporada, conforme se depreende da seguinte tabela (fl. 71):

Trecho	Avianca	Azul	Gol	Tam
Porto Velho/Recife	R\$ 591,95	R\$ 826,85	R\$ 598,85	R\$ 625,95
Porto Velho/Campo Grande	R\$ 516,95	R\$ 486,85	R\$ 249,85	R\$ 385,95
Porto Velho/Curitiba	R\$ 545,95	R\$ 516,85	R\$ 407,85	R\$ 375,95
Porto Velho/Manaus	-	R\$ 326,85	R\$ 421,85	R\$ 567,95

O mesmo cenário se verifica em outras datas e trechos, conforme exposto na inicial (fls. 03/19), onde foram identificadas diferenças de tarifa, até dentro do mesmo mês de janeiro, em dias de menor procura. De fato, para passagens de ida e volta, para Brasília, nos dias 10 e 12/01/2014, foram cotados os seguintes preços:

Companhia	Valor
Avianca	R\$ 1.273,50
Azul	R\$ 3.503,30
Gol	R\$ 1.643,30
Tam	R\$ 2.607,50

Por outro lado, para viagens apenas de ida, nos dias 15/01/2014 e 07/02/2014, os preços são muito abaixo da metade dos valores citados, confira-se:

Companhia	15/01/2014	07/02/2014
Avianca	R\$ 489,00	R\$ 489,00
Azul	R\$ 1.143,96	R\$ 559,90
Gol	R\$ 843,90	R\$ 328,90
Tam	R\$ 1.218,00	R\$ 346,90

Conforme se depreende das informações trazidas pela parte autora, especialmente pelas cotações realizadas nos sítios mantidos na internet pelas próprias companhias aéreas, as rés agiram de forma arbitrária e abusiva frente às suas políticas tarifárias, desconsiderando as previsões constitucionais norteadoras da atividade econômica, da proteção do direito do consumidor, malferindo a “força normativa” da Constituição de 1988.

Quanto ao “princípio da razoabilidade”, enuncia-se que a Administração (idem os seus delegatários) “terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Ed. Malheiros, 2005. p. 97).

A cobrança de tarifas que giram, por trecho, Porto Velho/RO – Brasília/DF, em R\$ 1.236,00 (dezembro/2013), quando, logo em seguida, passam para R\$ 489,00 (fevereiro/2014), é abusiva e viola os direitos dos usuários consumidores.

O “princípio da proporcionalidade” entre a oferta do serviço aéreo e o valor tarifário respectivo não foi observado pelas rés, pois, ao invés de ampliar a oferta para os meses de referência, devido à procura mais acentuada pelos usuários, limitaram-se a elevar de forma desarrazoada os preços das passagens aéreas colocando o consumidor em desvantagem exagerada.

Tal postura “é incompatível com a boa-fé objetiva”, a qual deve sempre nortear a conduta entre as partes, principalmente, quando a relação jurídica se tratar de fornecimento de serviço público aos consumidores-usuários. Ademais, o “princípio da confiança”, baliza do Estado Democrático de Direito, também está sendo violado, porquanto a norma jurídica disciplinada no art. 11 da Lei n. 8.987/95, a qual deu eficácia à previsão contida no art. 175 da Constituição Federal, preceitua que a política tarifária deve favorecer a modicidade das tarifas.

Importa ressaltar que, em uma cidade como Porto Velho, afastada dos grandes centros, o transporte aéreo é ainda mais fundamental, especialmente tendo em conta que os consumidores, muitas vezes, precisam se deslocar para tratamentos de saúde ou para cuidar de familiares que residem em outros estados. As empresas aéreas, portanto, se valem das características geográficas e históricas do nosso estado, recentemente colonizado por migrantes de todas as partes do país e distante mais de mil quilômetros das metrópoles regionais mais próximas (Cuiabá e Manaus), para aumentar abusivamente os preços de um serviço cuja titularidade é pública.

Ademais, importante ressaltar que muitas vezes as viagens para tratamento de saúde realizadas fora de Rondônia são custeadas pelo Estado, que paga as tarifas cobradas pelas rés, muitas vezes compelido pelo judiciário, sem discutir os valores, visto que em jogo estão os interesses mais caros ao ser humano, quais sejam, vida e saúde.

Forçoso concluir que toda a sociedade é afetada pela sanha das companhias aéreas por lucro, quer diretamente, pagando para viajar, quer indiretamente, quando o Estado é compelido a pagá-las à custa do dinheiro do contribuinte.

A jurisprudência do STJ é assente no entendimento de que a prestação dos serviços públicos, quando executada indiretamente por delegação, sujeita-se às disciplinas normativas do Código de Defesa do Consumidor – CDC. Neste sentido, segue julgado: “a jurisprudência desta Corte possui entendimento pacífico no sentido de que a relação entre concessionária de serviço público e o usuário final, para o fornecimento de serviços públicos essenciais, tais como água e energia, é consumerista, sendo cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor...” (AgRg no AREsp 354.991/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 05/09/2013, DJe 11/09/2013).

O art. 51, IV, §1º, do CDC dispõe:

Art. 51. são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

- I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
- II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
- III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. (sem grifos no original).

De fato, as rés agiram de forma arbitrária e abusiva frente às suas políticas tarifárias, desconsiderando as previsões constitucionais norteadoras da atividade econômica, da proteção do direito do consumidor, malferindo a “força normativa” da Constituição de 1988. Quanto ao “princípio da razoabilidade”, enuncia-se que a Administração (idem os seus delegatários) “terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Ed. Malheiros, 2005. p. 97).

Apesar de não mais vigor o intervencionismo econômico, é certo que o Estado Regulador também objetiva preservar os interesses públicos essenciais, a exemplo, da tutela dos direitos dos usuários-consumidores dos transportes públicos. É incontroverso que a atividade econômica privada gira em função da mão invisível do mercado. A oferta e a procura regulamentam a economia, o que não significa concluir que a atividade econômica não deva se pautar nas demais balizas do ordenamento jurídico.

Oportuno frisar que, a inexistência de previsão do limite tarifário disciplinado pelo órgão regulador não dá o condão para que as rés arbitrem de forma desarrazoada o valor das passagens aéreas, sob o manto protetivo de que a “mão invisível do mercado” é que deve guiar o valor da tarifa. Ora, o fato do serviço público de transporte aéreo ser prestado por ente privado não descortina a titularidade da União, e não transpassa o serviço público para particular. Inclusive, até para os serviços privados de grande relevância social, a exemplo dos planos de saúde, há política de controle de preços com o fulcro em inibir abusos, com o intuito de proteger o consumidor-usuário.

É inconteste que a regulação da atividade econômica, estabelecendo regras técnicas e administrativas, é típica do poder executivo, tanto assim, que as diversas agências reguladoras já fazem o controle dos preços em relação a outros serviços públicos, citam-se, quanto aos serviços de fornecimento de água, de energia, de telefonia, inclusive, quanto aos de transporte rodoviário de passageiros.

Contudo, diante da omissão da Anac em efetivar os comandos insculpidos nos arts. 2º c/c 8º da Lei 11.182/2005, acaba por deixar tal tarifação à álea e à deriva dos exclusivos interesses das concessionárias aéreas, em prol da política do regime de liberdade tarifária, como se o fornecimento de serviço de transporte aéreo de passageiros fosse, na sua gênese, atividade privada. Esquecendo-se que se trata de “prestação de serviço público”, e da peculiar circunstância de que a ré está a exercer a atividade empresária como longa manus da União, eis que se encontra na condição de concessionária de serviço público, nos termos do art. 21, XII, c, da Constituição Federal de 1988.

Por sua vez, a antecipação dos efeitos da tutela, cujos pressupostos gerais estão delineados no art. 273 do CPC, requer, além da prova inequívoca que possa conduzir ao convencimento da verossimilhança das alegações, a presença do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou que se demonstre o abuso do direito de defesa, bem como o claro intuito protelatório do réu.

Diante dos fundamentos acima declinados, verificam-se presentes os elementos autorizadores da concessão da tutela antecipada, nos termos do art. 273 do CPC, quanto ao pedido relacionado apenas aos meses de dezembro/2013 e de janeiro/2014. A verossimilhança das alegações pauta-se em questões de cristalina evidência, diante das várias informações colacionadas aos autos e disponíveis nos próprios sítios eletrônicos das empresas rés. O perigo na demora é evidente, porquanto já se está no mês de dezembro e muitos dos consumidores já veem lesados pela conduta abusiva das rés.

Com base em tais exposições, diante da constatação de aumentos abusivos nos preços das passagens aéreas na rota Porto Velho/RO, é oportuno que, no bimestre dezembro/2013 e janeiro/2014, as rés limitem a majoração das tarifas cobradas.

Desde já consigne-se que tal medida excepcional deverá ser aplicada diante das constatações abusivas evidenciadas no caso concreto, não sendo a hipótese de tarifação, tampouco de tabelamento tarifário, vez que o valor limite considerará os preços das passagens aéreas disponibilizados pelas próprias empresas rés em períodos adjacentes, os quais foram coletados no seu próprio sítio da internet, bem como nas informações declinadas no Procedimento Preparatório, nº 1.31.000.001363/2013/63. Ademais, as rés poderão flutuar livremente na quantificação do valor da tarifa, desde que respeite o limite a ser estipulado.

Oportuno frisar que tal medida objetiva coibir que o abuso, sobejamente constatado, não se reflita negativamente na órbita de vários consumidores, diante da gritante desproporcionalidade das tarifas aéreas cobradas na prestação do serviço público, nos meses de referência, até por que a tendência é cada vez mais a sociedade ré aumentar o valor de modo desarrazoado quando da proximidade da data de embarque.

O Ministério Público Federal requereu, como teto para o valor das passagens dos meses dezembro/2013 e janeiro/2014, o aumento, no máximo, de 50% do valor da tarifa básica, por trecho, que está sendo cobrada para o mês de fevereiro/2014.

Estes com lastro nos valores encontrados entre os dias 03 e 05/11/2013, para os dias 07, 08 e 09/02/2014, de acordo a simulações disponíveis nos próprios sítios das rés.

De fato, o parâmetro de referência dos valores das passagens no mês fevereiro/2014 é razoável, haja vista que é posterior a ambos os meses em questão, dezembro/2013 e janeiro/2014. Ora, se as entendem que o valor fixado da passagem em fevereiro/2014 é compatível com o serviço por elas oferecido, este também o é para os dois meses anteriores, até por que, o ritmo da economia atual do país pauta-se na inflação, e não na deflação.

Já quanto ao percentual de 50% de acréscimo, como limite a ser cobrado para valor máximo da passagem nos meses de dezembro/2013 e janeiro/2014, considerando as tarifas médias que estão disponíveis para fevereiro/2014, e no mês de julho, considerando as médias tarifárias de agosto/2014, nos termos já acima elencados, trata-se de majoração razoável, pois, embora haja um aumento da procura nos meses apontados, o que pela lei do mercado, induz as empresas aéreas a aumentar as tarifas, tal procura faz com que muito antes de se alcançar a lotação máxima, se cubra os custos dos vôos, não se justificando aumentos superiores ao patamar indicado.

A fim de balizar as tarifas, portanto, é preciso que se traga aos autos as tabelas demonstrando os preços médios cobrados na menor categoria disponível por cada uma das empresas para os meses de fevereiro e agosto de 2014, tal informação deverá ser prestada pelas empresas aéreas, porquanto, nos termos do art. 6º, VIII do CDC, deve ser facilitada a defesa dos direitos do consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova.

Em face ao exposto, com o fulcro no art. 273 do CPC, Defiro parcialmente o pedido da antecipação dos efeitos da tutela, para determinar às rés Tam Linhas Aéreas S/A, VRG Linhas Aéreas, Azul Linhas Aéreas Brasileiras S/A e Oceanair Linhas Aéreas, que limitem a majoração das tarifas das passagens aéreas para Brasília e todas as capitais dos estados brasileiros com origem e/ou destino para Porto Velho/RO, para os meses de dezembro/2013 e janeiro/2014, a 50% (cinquenta por cento) das médias das menores faixas tarifárias disponíveis para o mês de fevereiro/2014.

Intimem-se os autores para, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, informar os endereços dos escritórios, filiais ou sucursais das empresas requeridas no município de Porto Velho/RO.

Após, Intimem-se, incontinenti, as empresa rés, nos endereços fornecidos pelos autores para que, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas comprovem o cumprimento da decisão, mediante a juntada das tabelas demonstrativas das médias tarifárias das menores faixas disponíveis para os meses de fevereiro/2014 e agosto/2014 com origem e/ou destino de Porto Velho para Brasília e todas as capitais dos estados brasileiros, bem como as tabelas das tarifas disponíveis para os meses de dezembro/2013, fevereiro/2014 e julho/2014, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de atraso a ser imputada às rés”.

Em suas razões recursais, suscita a recorrente a preliminar de ausência de interesse de agir, ao argumento de que, na espécie, competiria à Anac regular e fiscalizar a atividade de aviação civil no País, cabendo-lhe adotar as medidas administrativas para punir os excessos cometidos pelas companhias aéreas, afastando-se, assim, a necessidade de que o Poder Judiciário interfira na matéria. No mais, sustenta que a decisão agravada estaria a violar os princípios da separação dos Poderes, da livre iniciativa, da livre concorrência e da liberdade tarifária, destacando, ainda, que inexistiria, no caso, abusividade nos valores cobrados, mas sim

[...] drástica redução dos preços praticados durante a baixa temporada em razão da necessidade de manutenção dos voos com a oferta de preços muito abaixo da média para manter as aeronaves ocupadas, viabilizando um mínimo para a ocupação da rota, que só é lucrativa e operacional em época de grande procura, mantendo-se, com isso, a cidade de Porto Velho/RO operada pela empresa agravante.

Acrescenta, ainda, que, além do irrisório prazo fixado para fins de cumprimento do *decisum* impugnado, haveria, na hipótese em comento, *periculum in mora* inverso, eis que estar-se-ia a criar uma “situação que será pior para o usuário do serviço aéreo”, eis que, com a com a diminuição drástica da receita que seria auferida pelas companhias aéreas durante o período de alta temporada, somando-se aos prejuízos suportados ao longo do ano com a baixa procura por passagens aéreas nos trechos que envolvem a cidade de Porto Velho/RO, certamente a saída das empresas será extinguir o trajeto, o que certamente causará maiores danos apenas aos consumidores”. Requer, assim, a concessão de efeito suspensivo, para sobrestar-se a eficácia da decisão agravada, até o pronunciamento definitivo da Turma julgadora.

Não obstante os fundamentos deduzidos pela recorrente, não vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 558 do CPC, a autorizar a concessão da almejada antecipação da tutela recursal postulada, na medida em que não conseguem infirmar as lúcidas razões em que se amparou a decisão agravada.

Com efeito, no que se refere à suposta ausência de interesse de agir dos suplicantes, ao argumento de que, no caso, caberia à Agência Nacional de Aviação Civil – Anac a adoção das medidas cabíveis para fins de coibir eventuais abusos por parte das companhias na fixação dos preços das passagens aéreas, tais alegações não prosperam, tendo

em vista que, conforme bem consignou o juízo monocrático, a atuação do Poder Judiciário, na hipótese em comento, se justifica, exatamente, em face da omissão da referida agência, diante da prática abusiva noticiada nos autos, diante da flagrante disparidade dos valores tarifários fixados para períodos apontados nos autos, a caracterizar, em princípio, infração não só no âmbito da ordem econômica, mas, também, ao direito do consumidor, cuja ocorrência, ou não, será objeto de exame judicial, após regular instrução do feito.

No mais, em princípio, o *decisum* impugnado também não merece reparos, na medida em que, amparado em sólidos indícios da prática abusiva adotada pelas promovidas, na definição do preço das passagens aéreas para os meses de dezembro/2013, janeiro/2014 e julho/2014, quando comparados àqueles por elas mesmas praticados em relação às tarifas cobradas para o mês de fevereiro/2014, ordenou a readequação dos reajustes em referência, os quais, inclusive, ainda se encontram numa faixa elevadíssima de majoração (até 50% do valor cobrado em relação às passagens para o mês de fevereiro/2014, tomando-se por parâmetro os preços praticados nos dias 03 e 05/11/2013), mormente em face dos índices de atualização monetária verificados em iguais períodos, a descaracterizar a alegada inviabilidade da exploração do serviço público de transporte em referência.

Ademais, não se pode olvidar que a ordem econômica e financeira, neste País, que visa à construção de um Estado Democrático de Direito, através da ação de governo republicano, em dimensão federativa, voltada para a realização de uma sociedade solidária, justa e livre, não deve desgarrar-se do princípio fundamental da tutela do consumidor (CF, arts. 3º, I, e 5º, XXXII, e 170, V, c/c o art. 2º, I, da Lei 9.472, de 16/07/1997), afigurando-se *nulas de pleno direito* as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (Lei 8.078, de 11/09/1990, art. 51, inciso IV).

Nesse contexto, em princípio, afigura-se manifestamente abusiva a prática combatida nos autos de origem, impondo-se, assim, a medida determinada pelo juízo monocrático.

Relativamente ao prazo fixado no aludido *decisum*, também não se vislumbra qualquer óbice ao seu cumprimento, por se tratar de mera redução dos valores atualmente cobrados pelas empresas promovidas.

Com estas considerações, *indefiro* o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial.

Intimem-se os agravados, nos termos e para as finalidades do art. 527, V, do CPC, abrindo-se vistas, após, à douta Procuradoria Regional da República, na forma regimental.

Publique-se.

Brasília, 13 de dezembro de 2013.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, relator.

Medida Cautelar Inominada 0066179-91.2013.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida
Requerente: José Abel Alcanfor Ximenes
Advogados: Dr. Bruno Gomes de Assumpção e outros
Requerida: Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação: e-DJF1 de 19/11/2013, p. 284

Decisão

Trata-se de ação cautelar incidental, com pedido de liminar, proposta por José Abel Alcanfor Ximenes em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Informa que o processo principal (2009.34.00.024869-6), que se encontra em sede de apelação, discute, em síntese, a legalidade e constitucionalidade do art. 3º, inciso IV, da Resolução 11/2002/ANS.

Relata que a referida resolução criou condição (pois não existe esta obrigação em nenhuma lei em sentido formal) para o exercício de cargo de administrador de operadora de planos de saúde, que não tenha profissional participando da administração de empresa que esteja em direção fiscal ou que tenha estado ou esteja em liquidação extrajudicial ou judicial, até que seja apurada a sua responsabilidade.

Ressalta que a discussão permeia justamente este tema e, a elegibilidade do requerente para cargos de direção em Operadoras de Planos de Saúde se dá em virtude do recorrente ter participado, durante um ano (2004-2005) da Direção da Operadora Aliança Cooperativista Nacional Unimed, que esteve em regime de Direção Fiscal.

Destaca que o mandato do requerente foi somente de um ano e que, diga-se, em praticamente a metade deste período foi acompanhado *in loco* pelo diretor fiscal e pela diretora técnica nomeados pela própria requerida, conforme relatado na ação principal.

Ao final da instrução, o juiz *a quo* proferiu sentença cujo dispositivo está assim redigido:

Ante o exposto, julgo os pedidos PROCEDENTES, para declarar a inexistência de relação jurídica que determine ao Autor o cumprimento do inciso IV, do art. 3º, da Resolução Normativa nº 11/2002 da ANS e para anular o ato administrativo da Ré que determinou o afastamento do Autor no cargo de Diretor-Presidente da Federação das UNIMEDs de Goiás e Tocantins – UNIMED CERRADO, sem a apuração prévia de sua responsabilidade, por ter participado da Direção da Operadora Aliança Cooperativista Nacional Unimed, que esteve em regime de Direção Fiscal.

Diante da sentença, a requerida opôs embargos de declaração (fls. 195-98 dos autos da ação principal) alegando omissão no julgado, qual seja, que a sentença deveria reconhecer o direito de dispensa do cumprimento do inciso IV, do art. 3º, da Resolução Normativa 11/2002 apenas para o exercício de cargo na operadora Unimed Cerrado, no quadriênio 2006-2010, não podendo prevalecer para outras eleições.

O juiz prolator da sentença rejeitou os embargos de declaração opostos, confirmando que na sentença está expressa a exclusão da aplicação do inciso IV do art. 3º da Resolução Normativa 11/2002, o que foi feito sem ressalvas.

Contra a sentença foi interposta apelação pela agência requerida, tendo surgido fatos que a juízo do requerente justificam o manejo desta ação cautelar, que segundo o peticionário visa resguardar a aplicação escorreita do direito invocado na ação principal, bem como evitar prejuízos irreparáveis ao requerente em caso de afastamento imediato.

Relata que foi juntado pela requerida no âmbito da ação principal relatório final de comissão de inquérito que foi instaurada para analisar os motivos que levaram à insolvência civil da operadora Aliança Cooperativista Nacional Unimed, bem como cópia do Ofício 502/2013/DIOPE/ANS (fls. 297-298 da ação principal) expedido ao requerente para que este seja imediatamente substituído do cargo que ocupa junto à Unimed Cerrado (diretor-presidente).

O relatório final da comissão de inquérito conclui por uma suposta responsabilidade dos administradores da Aliança Cooperativista Nacional Unimed, levando a requerida a novamente intentar contra a elegibilidade do requerente para cargos de administração em operadoras de planos de saúde, reaplicando a regra afastada pela sentença proferida na ação principal, conforme se vê do Ofício 502/2013/Diope/ANS.

Nos termos do referido ofício, novamente a agência requerida determina o afastamento do requerente e sua imediata substituição do cargo de diretor-presidente, para o qual foi reeleito em 2010, para mandato que findará em março de 2014.

Sustenta que a requerida pretende a imediata aplicação da regra do inciso IV do art. 3º da Resolução Normativa 11/2002, ignorando as decisões proferidas pelo Poder Judiciário e implementando sanção que a ação principal visa afastar, especialmente pelos incalculáveis prejuízos que irá redundar.

Alega que, diante da situação fática, não restou alternativa ao requerente a não ser propor a ação cautelar, que segundo afirma visa resguardar a própria discussão que ainda é realizada no âmbito da ação principal, evitando irreparáveis prejuízos ao autor e viabilizar a futura responsabilização da requerida.

Afirma que a manutenção do ato da requerida consistente em determinar a imediata substituição do requerente, com a aplicação da regra do inciso IV, do art. 3º, da RN 11/2002, simplesmente esvazia a discussão realizada no âmbito da ação principal.

Com fundamento em tal argumentação, formula o seguinte requerimento:

- a) deferir o pleito liminar almejado pelo Requerente, inaudita altera pars, para:
 - Obstar a instituição ao Requerente de sanção restritiva de direitos subjetivos que não se acha prevista em lei (sentido formal), suspendendo a força normativa do inciso IV, do Art. 3º, da RN 11/2002, até trânsito em julgado da ação principal; e
 - afastar, até trânsito em julgado da ação principal, qualquer alegação de inelegibilidade do requerente em razão da sua participação na administração da operadora Aliança Unimed.
- b) determinar a intimação imediata da Requerida para o cumprimento da liminar concedida, sob pena de multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por cada ato contrário à decisão;
- c) citar a Ré, para querendo, responder a presente ação;
- d) julgar PROCEDENTES os pedidos, confirmando a liminar concedida;
- e) a condenação da Requerida, em quaisquer das hipóteses, no pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados segundo os parâmetros gizados pelo art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil;

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em Direito admitidos, especialmente, a produção de provas orais (cujo rol será oportunamente juntado), documentais e periciais.

É o relatório do essencial.

O STJ enfrentou recentemente o mesmo tema da ação principal no julgamento do Recurso Especial 1287739, tendo concluído pelo acolhimento de ponderações assemelhadas às sustentadas pelo requerente na ação principal.

Para melhor esclarecer, transcrevo a ementa do referido julgado:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INTERDIÇÃO DE DIREITO APLICADA PELA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE - ANS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DA PENALIDADE. NÃO INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO REGULAR CONTRA A PESSOA SANCIONADA E DE PRAZO DE DURAÇÃO DA SANÇÃO. OFENSA AO ART. 2º. DA LEI 9.784/99. RECURSO PROVIDO, SEM PREJUÍZO DE ULTERIOR PROCESSO ADMINISTRATIVO, OBSERVADA A GARANTIA DO DUE PROCESS OF LAW, DE HIERARQUIA CONSTITUCIONAL.

1. O excepcional poder sancionador da Administração Pública, por representar uma exceção ao monopólio jurisdicional do Judiciário, somente pode ser exercido em situações peculiares e dentro dos estritos limites da legalidade formal, não havendo, nessa seara específica do Direito Administrativo (Direito Sancionador), a possibilidade de atuação administrativa discricionária, na qual vigora a avaliação de oportunidade, conveniência e motivação, pelo próprio agente público, quanto à emissão e ao conteúdo do ato.

2. Somente a Lei, em razão do princípio da estrita adstrição da Administração à legalidade, pode instituir sanção restritiva de direitos subjetivos; neste caso, a reprimenda imposta ao recorrente pela Agência Nacional de Saúde-ANS não se acha prevista em Lei, mas apenas em ato administrativo de hierarquia inferior (Resolução Normativa 11/2002-ANS), desprovido daquela potestade que o sistema atribui somente à norma legal.

3. É condição de validade jurídica da sanção administrativa que a pessoa sancionada tenha sido convocada para integrar o processo do qual resultou o seu apenamento, em atenção à garantia do due process of Law, porquanto os atos administrativos que independem da sua observância são somente os que se referem ao exercício do poder-dever executório da Administração, não os que veiculam sanção de qualquer espécie ou natureza.

4. Recurso provido, mas sem prejuízo da instauração ulterior de processo administrativo regular, com o estrito atendimento das exigências próprias da atividade sancionadora do Poder Público.

(AgRg no REsp 1287739/PE, rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ Acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012, DJe 31/05/2012.)

Pode ser facilmente verificado que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça considera que a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS extrapolou sua competência regulamentar ao instituir regra sancionadora não prevista em qualquer lei, ferindo a vinculação da Administração ao princípio da legalidade.

Pelo exposto, defiro o pedido de liminar para obstar a instituição ao requerente de sanção restritiva de direitos subjetivos que não se acha prevista em lei (sentido formal), suspendendo a força normativa do inciso IV do art. 3º da RN 11/2002, até trânsito em julgado da ação principal; e afastar, até trânsito em julgado da ação principal, qualquer alegação de inelegibilidade do requerente em razão da sua participação na administração da operadora Aliança Unimed.

Cite-se.

Junte-se cópia desta decisão na ação principal.

Intimem-se. Publique-se.

Brasília, 11 de novembro de 2013.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

Agravo de Instrumento 0051972-87.2013.4.01.0000/BA

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida
 Agravante: Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Agravado: Ministério Público Federal
 Procuradora: Dra. Caroline Rocha Queiroz
 Agravado: Município de Lauro de Freitas/BA
 Procuradores: Dra. Aline Cotrim Santos e outros
 Publicação: e-DJF1 de 29/11/2013, p. 300

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária da Bahia que determinou à autarquia que destaque servidores para promover inspeção sanitária em barracas de praia de Lauro de Freitas – BA, ao entendimento de que a lei que instituiu o órgão comporta a possibilidade de imposição de tal encargo, especialmente em ação civil pública destinada a proteger o meio ambiente e o uso racional do espaço público de forma saudável e protegida.

A Anvisa sustenta que a atribuição para realização de tais inspeções é das vigilâncias estaduais ou municipais, segundo o assunto a ser objeto de exame.

Afirma que deve ser observada a repartição constitucional de competências, razão pela qual requer seja suspensa a decisão em relação à obrigação que lhe foi dirigida.

Sustenta que no julgamento do AI 01183-94.2007.4.01.0000, de relatoria do eminente Des. Federal Souza Prudente, restou assentado que deve ser observada a repartição de competências entre os órgãos da federação para o exercício das questões afetas às suas obrigações.

É o relatório do essencial.

Inicialmente, recebo o recurso como agravo de instrumento interposto por terceiro, situação que com propriedade está indicada na decisão agravada.

É nesse sentido que está orientada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. TERCEIRO PREJUDICADO. INEFICÁCIA DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL EM RELAÇÃO A TERCEIRO (CPC, ART. 472). MATÉRIA PRECLUSA. ACÓRDÃO ANTERIOR TRANSITADO EM JULGADO. CABIMENTO DO MANDAMUS. SÚMULA 202/STJ. RECURSO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA.

1. “A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso” (Súmula 202/STJ).

2. A posterior simples intimação dos terceiros, já em sede de execução de sentença contra si declarada ineficaz por decisão transitada em julgado proferida em agravo de instrumento, não é suficiente para tornar obrigatória a utilização de recurso cabível para impugnar a nova decisão que, violando coisa julgada, lhes causa prejuízo (Súmula 267/STF), sob pena de violação do *due process of law* (CF, art. 5º, LIV), como claramente ocorreu na espécie.

3. Ostentando os ora recorrentes a condição de terceiros prejudicados em relação à decisão que, deliberando sobre matéria preclusa, determina, outra vez, a reintegração dos antigos proprietários na posse do imóvel e o cancelamento dos registros da arrematação e da subsequente venda do bem (fls. 133/134 e 545/546), fica-lhes facultado escolher entre a interposição de novo agravo de instrumento, com base no art. 499 do CPC, ou a impetração de mandado de segurança, máxime quando, como aqui, dispõem de coisa julgada reconhecendo sua condição de terceiros e a ineficácia, contra si, do título executivo judicial.

4. Recurso ordinário provido, com a concessão da segurança. (RMS 36.467/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 05/02/2013, DJe 14/03/2013)

Em que pese o entendimento estampado na decisão agravada declinar as razões de seu entendimento, observo que não foi contemplada a atuação dos órgãos de vigilância sanitária segundo sua gradação de obrigações segundo o sistema nacional, do qual a Anvisa é a coordenadora, não devendo, contudo, lhe ser repassadas atribuições afetas

a municípios e estados, sob pena de vulneração das competências e comprometimento do resultado técnico a ser obtido.

É muito mais efetivo e útil determinar à instância correta a realização das providências em cada uma de suas instâncias, pois a pressuposição é de utilização de profissionais mais qualificados e conhecedores dos tipos de realidade a ser examinados, obtendo resultados mais satisfatórios.

Sobre o reconhecimento da divisão de atribuições, é oportuno colacionar entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, que ainda que tratem de imposição de taxas, estabelece clara distinção entre as atribuições de cada órgão:

TRIBUTÁRIO. TAXA DISTRITAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. BITRIBUTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO DE EFETIVA FISCALIZAÇÃO. DESNECESSIDADE.

1. Hipótese em que a recorrente argumenta ser inválida a taxa distrital de vigilância sanitária. Alega: a) bitributação em relação à taxa cobrada pela União e b) cobrança do tributo sem comprovação de efetiva fiscalização.

2. À luz do art. 145, II, da CF, a competência tributária para instituir taxa de poder de polícia decorre da competência material para realizar a fiscalização.

3. Havendo duas esferas estatais (União e Distrito Federal) que exercem a fiscalização sanitária, é de reconhecer, analogamente, duas áreas de competência tributária distintas. Dito de outra forma, não há falar em bitributação, pois os fatos geradores e as respectivas competências tributárias não se confundem ou se anulam.

4. Isso porque a fiscalização sanitária é competência comum da União, Estados e Municípios no âmbito do Sistema Único de Saúde, conforme o art. 200, II, da CF.

5. A execução das ações de vigilância sanitária compete, preponderantemente, aos Estados e aos Municípios, o que implica inafastável competência material do Distrito Federal, conforme os arts. 17 e 18 da Lei do SUS (Lei 8.080/1990). Disso deflui necessariamente a competência tributária para instituir a taxa de fiscalização correspondente.

6. A jurisprudência atual do STF e do STJ reconhece que a notoriedade da fiscalização realizada pelas autoridades públicas afasta a necessidade de comprovação do efetivo exercício de poder de polícia. Por essa razão, foi cancelada a Súmula 157/STJ.

7. Recurso Ordinário não provido. (RMS 21.752/DF, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/06/2009, DJe 20/08/2009.)

Assim, entendo prudente suspender a decisão, porque a Anvisa não tem atribuição para a realização das inspeções determinadas e em razão das vigilâncias estaduais e municipais possuírem os requisitos e preparo técnico necessário para melhor auxiliar o juízo no mister demandado pela ação civil pública.

Pelo exposto, defiro o efeito suspensivo requerido, facultando desde logo ao juízo que intime as vigilâncias sanitárias estadual ou municipal para o exercício da obrigação necessária, afastando qualquer necessidade de paralisação do processo principal em razão deste agravo de instrumento.

Comunique-se ao juízo *a quo* para a adoção das providências cabíveis. (via *e-mail*)

Intime-se o agravado para, querendo, apresentar resposta.

Após, ouça-se o MPF como fiscal da lei.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 18 de novembro de 2013.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

Agravo de Instrumento 0065557-12.2013.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida
 Agravantes: Homero de Castro Ferreira e Sandro César Conde
 Advogado: Dr. Lino de Carvalho Cavalcante
 Agravado: Instituto de Seguridade Social dos Correios – Postalís
 Agravada: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT
 Publicação: e-DJF1 de 29/11/2013, p. 315-317

Decisão

Homero de Castro Ferreira e outros interpõem agravo de instrumento em face de decisão de juiz federal que declinou da competência para processar e julgar o presente feito a uma das varas do trabalho de Brasília.

Os agravantes ingressaram com uma ação ordinária perante a Justiça Federal do Distrito Federal objetivando a revisão de suplementação de suas aposentadorias, nos respectivos proventos o valor do vale-refeição/alimentação, bem como do vale cesta-alimentação, devidos no quinquênio anterior ao ajuizamento da presente demanda e dos que vierem a vencer durante o trâmite da mesma.

O Juiz da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária de Brasília/DF, em sua decisão inicial, teve por bem declinar sua competência para processar e julgar o feito original a uma das varas do trabalho de Brasília – DF, sob o fundamento que o fato gerador do direito pleiteado é oriundo da relação de trabalho.

Relatados, decido.

O pedido deduzido na ação de rito ordinário, como se extrai do presente agravo de instrumento, refere-se ao pagamento de parcelas (vales-refeição/alimentação e abono salarial devidos no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação) que deveriam ter sido incorporadas à aposentadoria dos ex-empregados da ECT que passaram para a inatividade.

Sendo o pedido relacionado a parcelas decorrentes do vínculo empregatício, a competência, em princípio, está afeta à Justiça do Trabalho, conforme orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do próprio Tribunal Superior do Trabalho. Nesse sentido, vide decisão monocrática proferida pelo Min. Ricardo Villas Boas Cueva no REsp 1346506, em 17 de outubro de 2012, publicada no DJ de 22/10/2012.

O STJ, porém, no julgamento do REsp 1207071, em caráter de recurso repetitivo nos termos do art. 543-C do CPC, tendo em vista a demanda instaurada por empregado do Banco do Brasil contra a Previ, estabeleceu que a competência para processo e julgamento de idêntica controvérsia é da Justiça Estadual.

Confira-se os termos do mencionado acórdão:

RECURSO ESPECIAL PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR - PAT. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA INDEVIDA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA. SÚMULA 98/STJ. RECURSO REPETITIVO.

1. "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório" (Súmula 98/STJ).
2. Compete à Justiça Estadual processar e julgar litígios instaurados entre entidade de previdência privada e participante de seu plano de benefícios. Precedentes.
3. O auxílio cesta-alimentação estabelecido em acordo ou convenção coletiva de trabalho, com amparo na Lei 6.321/76 (Programa de Alimentação do Trabalhador), apenas para os empregados em atividade, não tem natureza salarial, tendo sido concebido com o escopo de ressarcir o empregado das despesas com a alimentação destinada a suprir as necessidades nutricionais da jornada de trabalho. Sua natureza não se altera, mesmo na hipótese de ser fornecido mediante tíquetes, cartões eletrônicos ou similares, não se incorporando, pois, aos proventos de complementação de aposentadoria pagos por entidade de previdência privada (Lei 7.418/85, Decreto 5/91 e Portaria 3/2002).
4. A inclusão do auxílio cesta-alimentação nos proventos de complementação de aposentadoria pagos por entidade fechada de previdência privada encontra vedação expressa no art. 3º, da Lei Complementar 108/2001, restrição que decorre do caráter variável da fixação desse tipo de verba, não incluída previamente no cálculo do valor de contribuição para o

plano de custeio da entidade, inviabilizando a manutenção de equilíbrio financeiro e atuarial do correspondente plano de benefícios exigido pela legislação de regência (Constituição, art. 202 e Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001).

5. Julgamento afetado à Segunda Seção com base no procedimento estabelecido pela Lei nº 11.672/2008 e pela Resolução STJ nº 8/2008.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1207071, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, DJe 08/08/2012)

No julgado, para fins de observância das diretrizes dos recursos repetitivos, anotou que:

Para os efeitos do artigo 543-C, do CPC, foram fixadas as seguintes teses:

1) Compete à Justiça Estadual processar e julgar litígios instaurados entre entidades de previdência privada e participantes de seu plano de benefícios;

2) O auxílio cesta-alimentação, parcela concedida a título indenizatório aos empregados em atividade, mediante convenção coletiva de trabalho, não se incorpora aos proventos da complementação de aposentadoria pagos por entidade fechada de previdência privada. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrighi, Massami Uyeda, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Sustentaram, oralmente, o Dr. ADACIR REIS, pela RECORRENTE PREVI - Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil e o Dr. GUSTAVO COIMBRA, pelo RECORRIDO GILBERTO PIRES FRANCO.

É pertinente ao caso o julgamento proferido pelo Min. Sidnei Beneti no AREsp 190057, em sede de decisão monocrática, no qual foi analisada a questão específica do interesse da ECT em ação proposta contra a Postalís.

Cito, na íntegra, a mencionada decisão:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 190.057 - MG (2012/0123026-5) RELATOR: MINISTRO SIDNEI BENETI AGRAVANTE: POSTALIS - INSTITUTO DE SEGURIDADE SOCIAL DOS CORREIOS E TELÉGRAFOS ADVOGADO: MARCOS LINCOLN PADILHA DOS SANTOS E OUTRO(S) AGRAVADO: FERNANDO ALVES DO NASCIMENTO E OUTROS ADVOGADO: ROBERTO WILLIAMS MOYSES AUAD DECISÃO

1.- POSTALIS - INSTITUTO DE SEGURIDADE SOCIAL DOS CORREIOS E TELÉGRAFOS interpõe Agravo de decisão denegatória de seguimento a

Recurso Especial, fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, manejado contra Acórdão unânime do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Rel. Des. ALVIMAR DE ÁVILA), assim ementado (e-STJ fls. 683): AÇÃO DE COBRANÇA - PREVIDÊNCIA PRIVADA - PATROCINADOR - AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO - VALE-REFEIÇÃO, ABONOS ANUAIS E DE PRODUTIVIDADE - CARÁTER SALARIAL - EXTENSÃO AOS APOSENTADOS. - A empresa patrocinadora não é litisconsorte passiva necessária da ação de cobrança que busca a complementação de benefício de aposentadoria, cuja relação jurídica envolve apenas a entidade fechada de previdência privada e o aposentado. Nos termos do § 1º, do artigo 475 da CLT, os abonos e gratificações concedidos pelo empregador aos empregados ativos integram o salário e devem, portanto, ser estendidos aos aposentados.

2.- Houve a interposição de Embargos de Declaração (e-STJ fls. 695/702), que foram rejeitados (e-STJ fls. 705/709).

3.- As razões recursais indicaram violação dos arts. 535, II, do Código de Processo Civil; 3º, parágrafo único, e 6º da Lei Complementar - LCP n. 108/01; 3º, 7º, 18, 19, 21, 65 e 66 da LCP n. 109/01; 90, 105 e 110 do Decreto n. 4.942/03, além de dissídio jurisprudencial, sustentando, em síntese: a) negativa de prestação jurisdicional; b) necessidade da formação de litisconsórcio passivo necessário com a Empresa de Correios e Telegrafos - ECT, na condição de patrocinadora do fundo de previdência; c) impossibilidade do repasse das parcelas denominadas auxílio cesta-alimentação, vale-refeição, abono anual e de produtividade às complementações de aposentadoria dos recorridos.

4.- Contra-arrazoado (e-STJ fls. 847/854), o recurso foi inadmitido (e-STJ fls. 865/866), ensejando a interposição do presente Agravo (e-STJ fls. 873/895).

É o relatório.

5.- Os temas já estão pacificados pela jurisprudência firmada nesta Corte, de modo que não há necessidade de processamento do Recurso Especial e posterior envio às sobrecarregadas pautas de julgamento deste Tribunal.

6.- Embora rejeitados os Embargos de Declaração, tem-se que a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Colegiado de origem, que sobre ela emitiu pronunciamento de forma fundamentada, com enfoque suficiente a autorizar o conhecimento do Recurso Especial.

É de se salientar que, tendo encontrado motivação bastante para fundar a decisão, não fica o Órgão julgador obrigado a responder, um a um, aos questionamentos suscitados pelas partes, mormente se evidente o propósito de infringência do julgado, indo, os questionamentos além dos limites previstos para os Embargos Declaratórios (CPC, art. 535, I e II).

7.- Em relação à formação de litisconsórcio passivo necessário, cumpre assinalar que a relação existente entre os associados e a POSTALIS é de natureza civil, decorrente do contrato de previdência privada firmado entre as partes, o qual, a toda evidência,

não guarda relação direta com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, sua ex-empregadora, com quem tiveram seus contratos de trabalho extintos, justificando-se, portanto, apenas a legitimidade da entidade ré, ora agravante, para responder pela demanda. (grifei) Confirmam-se, a propósito: Ag 309.468/MG, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ 19.9.00 e AgRg no Ag 474.082/MG, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, DJ 15.9.03, esse último assim ementado:

Processual civil. Entidade de previdência complementar e bancopatrocinador. Ausência de litisconsórcio necessário. Autonomia de patrimônio e personalidade jurídica diversa. Atuação de perito. Conhecimento de cálculo atuarial. Ausência de necessidade. I – Não há litisconsórcio necessário entre entidade de previdência complementar e banco patrocinador, mas mero interesse econômico, pois cada qual tem personalidade jurídica e patrimônio distintos. Precedentes desta Corte.

II – A simples aplicação de índice de correção monetária não requer perito com conhecimento específico em cálculo atuarial. Inteligência dos arts. 4º, 5º e 6º do Decreto nº 66.408/70.

III - Agravo regimental desprovido. Esse entendimento se alinha, inclusive, com a jurisprudência pacificada nesta Corte que reconhece a competência da Justiça Estadual para processar e julgar ação que visa à complementação de benefício previdenciário, por envolver tão-somente de maneira indireta os aspectos da relação laboral.

Nesse sentido, já se decidiu:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. JUSTIÇA COMUM. PRECEDENTES. Há reiterada jurisprudência nesta Corte no sentido de que, em se tratando de reivindicação pertinente à previdência privada, como no caso de complementação de aposentadoria, é competente a Justiça Estadual.

Conflito conhecido, declarando-se competente juízo suscitado.

(CC 38.221/MG, Rel. Min. CASTRO FILHO, DJ 6.10.03).

Ainda sobre o tema: AgRg nos EDcl no Ag 868.792/DF, Rel^a. Min^a NANCY ANDRIGHI, DJ 22.10.07; AgRg no Ag 783.075/RS, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ 23.4.07; AgRg no Ag 788.928/RS, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJ 12.3.07.

E no âmbito do Excelso Pretório:

RECURSO. Extraordinário. Complementação de aposentadoria. Previdência privada. Não decorrência do contrato de trabalho. Competência. Justiça Comum. Decisão mantida. Precedentes. Agravo regimental não provido. É competente a Justiça Comum para julgar pedido de complementação de aposentadoria na órbita da previdência privada, quando não decorrente de contrato de trabalho.

2. RECURSO. Agravo. Regimental. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e

III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado.

(AgRg no Ag 441.426/RS, Rel. Min. CEZAR PELUZO, DJ 14.9.07).

8.- Quanto ao tema de fundo, a C. Segunda Seção, no julgamento do REsp 1.023.053/RS, Rel^a. Min^a. MARISA ISABEL GALLOTTI, DJe 16.12.2011, à unanimidade, pacificou a jurisprudência desta Corte no sentido de que, por ter natureza indenizatória, o auxílio cesta-alimentação não integra os proventos de complementação de aposentadoria dos inativos, de modo que a matéria não comporta mais discussão. As conclusões do julgado foram resumidas na seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR - PAT. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA INDEVIDA.

1. Compete à Justiça Estadual processar e julgar litígios instaurados entre entidade de previdência privada e participante de seu plano de benefícios. Precedentes.

2. O auxílio cesta-alimentação estabelecido em acordo ou convenção coletiva de trabalho, com amparo na Lei 6.321/76 (Programa de Alimentação do Trabalhador), apenas para os empregados em atividade, não tem natureza salarial, tendo sido concebido com o escopo de ressarcir o empregado das despesas com a alimentação destinada a suprir as necessidades nutricionais da jornada de trabalho. Sua natureza não se altera, mesmo na hipótese de ser fornecido mediante tíquetes, cartões eletrônicos ou similares, não se incorporando, pois, aos proventos de complementação de aposentadoria pagos por entidade de previdência privada (Lei 7.418/85, Decreto 5/91 e Portaria 3/2002).

3. A inclusão do auxílio cesta-alimentação nos proventos de complementação de aposentadoria pagos por entidade fechada de previdência privada encontra vedação expressa no art. 3º, da Lei Complementar 108/2001, restrição que decorre do caráter variável da fixação desse tipo de verba, não incluída previamente no cálculo do valor de contribuição para o plano de custeio da entidade, inviabilizando a manutenção de equilíbrio financeiro e atuarial do correspondente plano de benefícios exigido pela legislação de regência (Constituição, art. 202 e Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001).

4. Recurso especial não provido.

9.- Já em relação ao repasse das parcelas denominadas vale-refeição, abonos anuais e de produtividade à complementação de aposentadoria dos autores, observa-se que a questão controvertida foi solucionada nas instâncias ordinárias à luz da interpretação de cláusulas do estatuto da entidade previdenciária, bem como do exame das circunstâncias de fato pertinentes ao caso, esbarrando o acolhimento da pretensão, nos óbices das Súmulas 5 e 7 desta Corte.

Sobre o tema, já se decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. ABONO ÚNICO. SÚMULAS 5 E 7/STJ. AUSÊNCIA DE SOLIDARIEDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.

1.- É incabível a análise de tese alegada apenas em agravo regimental, por se caracterizar inovação recursal.

2.- A análise do Tribunal a quo, que reconhece como devida a parcela do abono único aos inativos decorreu da análise do conjunto probatório e de cláusulas contratuais. O acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte, o que atrai a incidência das Súmulas STJ/5 e 7.

3.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 105.714/RS, Rel. Min. SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 10.4.12). AgRg no REsp 1.095.262/RS, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 15.5.12; AgRg no Ag 1.415.615/RS, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, DJe 10.11.11; AgRg no Ag 1.408.950/RS, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe 28.10.11; Ag 1.328.820/RJ, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJ 30.9.11.

10.- Ante o exposto, com apoio no art. 544, § 4º, II, “c”, do CPC, conhece-se do Agravo e dá-se parcial provimento ao Recurso Especial, afastando da condenação a parcela correspondente ao auxílio-cesta alimentação.

Intimem-se.

Brasília, 25 de junho de 2012. Ministro SIDNEI BENETI Relator

Com efeito, em se tratando de pedido de complementação de aposentadoria, que se pretende alcance de verba relativa ao auxílio-alimentação, a legitimidade passiva é da entidade de previdência privada, não havendo interesse jurídico da ECT a justificar sua intervenção nos autos.

É elucidativo o entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal em julgamento concluído no dia 20 de fevereiro de 2013, por seu pleno, do qual apenas se pode transcrever a notícia:

Justiça Comum é competente para julgar casos de previdência complementar privada

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu nesta quarta-feira (20) que cabe à Justiça Comum julgar processos decorrentes de contrato de previdência complementar privada. A decisão ocorreu nos Recursos Extraordinários (REs) 586453 e 583050, de autoria da Fundação Petrobrás de Seguridade Social (Petros) e do Banco Santander Banespa S/A, respectivamente. A matéria teve repercussão geral reconhecida e, portanto, passa a valer para todos os processos semelhantes que tramitam nas diversas instâncias do Poder Judiciário.

O Plenário também decidiu modular os efeitos dessa decisão e definiu que permanecerão na Justiça do Trabalho todos os processos que já tiverem sentença de mérito até a data de hoje. Dessa forma, todos os demais processos que tramitam na Justiça Trabalhista, mas ainda não tenham sentença de mérito, a partir de agora deverão ser remetidos à Justiça Comum.

O ministro Marco Aurélio foi o único divergente nesse ponto, porque votou contra a modulação.

Relatora

A tese vencedora foi aberta pela ministra Ellen Gracie (aposentada) ainda em 2010. Como relatora do RE 586453, a ministra entendeu que a competência para analisar a matéria é da Justiça Comum em razão da inexistência de relação trabalhista entre o beneficiário e a entidade fechada de previdência complementar. De acordo com ela, a competência não pode ser definida levando-se em consideração o contrato de trabalho já extinto como no caso deste RE. Por essa razão, a ministra concluiu que a relação entre o associado e a entidade de previdência privada não é trabalhista, estando disciplinada no regulamento das instituições.

O RE 586453 foi interposto pela Petros contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que reconheceu a competência da Justiça Trabalhista para julgar causas envolvendo complementação de aposentadoria por entidades de previdência privada. A Petros alegou que foram violados os artigos 114 e 122, parágrafo 2º, da Constituição Federal, tendo em vista que a competência para julgar a causa seria da Justiça Comum, pois a relação entre o fundo fechado de previdência complementar e o beneficiário não seria trabalhista.

Após o voto da ministra Ellen Gracie, o ministro Dias Toffoli manifestou-se no mesmo sentido do entendimento da relatora. Na sessão de hoje, reafirmando seu voto, o ministro citou a Emenda Constitucional 20/1998, que deu nova redação ao parágrafo 2º do artigo 202 da Constituição Federal. De acordo com essa regra, “as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos e regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes”.

Dias Toffoli também destacou que a proposta trazida pela ministra Ellen Gracie “dá solução ao problema”, porque outra alternativa manteria o critério de analisar se haveria ou não, em cada processo, relação de contrato de trabalho. Esse mesmo entendimento foi acompanhado pelos ministros Luiz Fux, Gilmar Mendes e Celso de Mello. O ministro Marco Aurélio também deu provimento ao recurso, mas por fundamento diverso.

O ministro Gilmar Mendes destacou que, por envolver a questão de competência, a indefinição e insegurança jurídica se projetam sobre a vida das pessoas que buscam a complementação nos casos determinados. “Acompanho o voto da ministra Ellen Gracie reconhecendo a competência da Justiça Comum e também subscrevendo a sua manifestação no que

diz respeito à modulação de efeito, exatamente para dar encaminhamento a esses dolorosos casos que dependem, há tantos anos, de definição”, afirmou o ministro Gilmar Mendes.

Também ao acompanhar a ministra Ellen Gracie, o decano da Corte, ministro Celso de Mello, enfatizou que “é necessário estabelecer um critério objetivo que resolva a crescente insegurança e progressiva incerteza que se estabelece em torno dessa matéria”.

Voto-vista

O presidente da Corte, ministro Joaquim Barbosa, apresentou seu voto-vista na sessão de hoje e acompanhou o posicionamento do ministro Cezar Peluso (aposentado) em voto apresentado em março de 2010, no qual defendia a competência da Justiça do Trabalho para julgar os casos de complementação de aposentadoria no âmbito da previdência privada quando a relação jurídica decorrer do contrato de trabalho. Esse posicionamento ficou vencido e contou também com o voto da ministra Cármen Lúcia. O ministro Peluso era o relator do RE 583050, de autoria do banco Santander Banespa S/A contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS).

Conforme defendeu o ministro Peluso na ocasião do seu voto, caberia ao juiz da causa avaliar se determinados processos iriam tramitar na Justiça do Trabalho ou na Justiça Comum. De acordo com ele, se o processo fosse decorrente de contrato de trabalho, seria de competência da Justiça do Trabalho, mas se a matéria não estivesse relacionada ao contrato de trabalho, a Justiça Comum seria competente para análise do processo.

O ministro Joaquim Barbosa afirmou em seu voto que não vê como “segregar o contrato de previdência privada complementar das relações de direito de trabalho eventualmente existentes entre o indivíduo e o patrocinador, com repercussão no que tange à fixação da Justiça Comum como a competente para o julgamento dos conflitos decorrentes desse tipo de ajustes”.

“Refuto a tese de que o artigo 202, parágrafo 2º, poderia amparar a conclusão de que a Justiça do Trabalho não seria mais competente para decidir as ações que envolvem o pleito de complementação da aposentaria”, afirmou o presidente.

De acordo com a proclamação do julgamento, a maioria dos ministros (6x3) deu provimento ao RE 586453 e, por outro lado, negou provimento ao RE 583050, sendo que o ministro Marco Aurélio foi o único vencido neste último.

Modulação

Também na sessão desta quarta-feira, ao resolver uma questão de ordem, o Plenário do Supremo entendeu necessária a maioria de dois terços dos votos – conforme previsto no artigo 27 da Lei 9.868/99 (Lei das ADIs)* – para a modulação aos efeitos de decisões em processos com repercussão geral reconhecida. Portanto, este entendimento formado pela maioria da Corte (5x4), quanto à exigência do quórum qualificado nestes casos, foi aplicado hoje no julgamento do RE 586453 e será aplicado a partir de agora em matérias semelhantes.

Cinco ministros [Teori Zavascki, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Marco Aurélio, Joaquim Barbosa] consideraram que deve ser cumprido o quórum qualificado para modulação de efeitos em recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida. Ficaram vencidos quatro ministros: Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello, os quais entenderam ser possível a modulação, nesses casos, por maioria absoluta do Tribunal.

Confiram-se as ementas dos RE 586453/SE e RE 583050/RS:

EMENTA Recurso extraordinário – Direito Previdenciário e Processual Civil – Repercussão geral reconhecida – Competência para o processamento de ação ajuizada contra entidade de previdência privada e com o fito de obter complementação de aposentadoria – Afirmação da autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho – Litígio de natureza eminentemente constitucional, cuja solução deve buscar trazer maior efetividade e racionalidade ao sistema – Recurso provido para afirmar a competência da Justiça comum para o processamento da demanda - Modulação dos efeitos do julgamento, para manter, na Justiça Federal do Trabalho, até final execução, todos os processos dessa espécie em que já tenha sido proferida sentença de mérito, até o dia da conclusão do julgamento do recurso (20/2/13). 1. A competência para o processamento de ações ajuizadas contra entidades privadas de previdência complementar é da Justiça comum, dada a autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho. Inteligência do art. 202, § 2º, da Constituição Federal a excepcionar, na análise desse tipo de matéria, a norma do art. 114, inciso IX, da Magna Carta. 2. Quando, como ocorre no presente caso, o intérprete está diante de controvérsia em que há fundamentos constitucionais para se adotar mais de uma solução possível, deve ele optar por aquela que efetivamente trará maior efetividade e racionalidade ao sistema. 3. Recurso extraordinário de que se conhece e ao qual se dá provimento para firmar a competência da Justiça comum para o processamento de demandas ajuizadas contra entidades privadas de previdência buscando-se o complemento de aposentadoria. 4. Modulação dos efeitos da decisão para reconhecer a competência da Justiça Federal do Trabalho para processar e julgar, até o trânsito em julgado e a correspondente execução, todas as causas da espécie em que houver sido proferida sentença de mérito até a data da conclusão, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do julgamento do presente recurso (20/2/2013). 5. Reconhecimento, ainda, da inexistência de repercussão geral quanto ao alcance da prescrição de ação tendente a questionar as parcelas referentes à aludida complementação, bem como quanto à extensão de vantagem a aposentados que tenham obtido a complementação de aposentadoria por entidade de previdência privada sem que tenha havido o respectivo custeio.

(RE 586453, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2013, DJe-106 DIVULG 05-06-2013 PUBLIC 06-06-2013 EMENT VOL-02693-01 PP-00001)

EMENTA Recurso extraordinário – Direito Previdenciário e Processual Civil – Repercussão geral reconhecida – Competência para o processamento de ação ajuizada contra entidade de previdência privada e com o fito de obter complementação de aposentadoria – Afirmação da autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho – Litígio de natureza eminentemente constitucional, cuja solução deve buscar trazer maior efetividade e racionalidade ao sistema – Competência da Justiça comum para o processamento do feito – Recurso não provido. 1. A competência para o processamento de ações ajuizadas contra entidades privadas de previdência complementar é da Justiça comum, dada a autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho. Inteligência do art. 202, § 2º, da Constituição Federal a excepcionar, na análise desse tipo de matéria, a norma do art. 114, inciso IX, da Magna Carta. 2. O intérprete diante de controvérsia em que há fundamentos constitucionais para se adotar mais de uma solução possível deve optar por aquela que efetivamente trará maior efetividade e racionalidade ao sistema. 3. Recurso extraordinário não provido.

(RE 583050, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2013, DJe-109 DIVULG 10-06-2013 PUBLIC 11-06-2013 EMENT VOL-02694-01 PP-00001)

A existência de interesse jurídico que justifique a tramitação do processo perante a Justiça Federal deve ser objeto de exame, devendo, em caso de constatação da inexistência, ser proclamada tal situação e remetidos os autos ao juízo competente, em observância ao que prescreve a Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, determino a exclusão da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, em razão de sua flagrante ilegitimidade para a lide, que não é suprida, sequer, por interesse jurídico que justifique o acolhimento de possível pretensão de exercício de assistência nos termos do art. 50 do CPC.

Em razão da exclusão da empresa pública, com base no art. 113 do CPC, declaro de ofício, a incompetência absoluta da Justiça Federal para o processamento e julgamento deste agravo de instrumento e da ação de rito ordinário, determinando, por consequência, sejam os autos remetidos à Justiça do Distrito Federal e Territórios, a competente para o processo e julgamento da pretensão, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal em exame de recursos repetitivos.

Em face do exposto, dou provimento ao agravo de instrumento. (§1º-A do art. 557 do CPC)

Comunique-se ao juízo *a quo* para a adoção das providências cabíveis. (via *e-mail*)

Irrecorrida, remeta-se o processo principal à Justiça do Distrito Federal e Territórios.

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

Brasília, 19 de novembro de 2013.

Desembargadora Federal *Selene Almeida*, relatora.

Agravo de Instrumento 0069333-88.2011.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca
Agravante: Cidade Transporte Ltda.
Advogado: Dr. Bruno Domingos Viana Batista
Agravada: Fazenda Nacional
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Publicação: *e-DJF1* de 19/12/2013, p. 1.368-1.370

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Cidade Transporte Ltda. em face de decisão, proferida em sede de Medida Cautelar Fiscal 135120520114013200, na qual restou *deferida* a indisponibilidade de bens das empresas Equatorial Transportes da Amazônia e Cidade Transportes, bem como a penhora sobre 5% do faturamento das referidas empresas. (vide decisão de fls. 61-62).

Contraminuta (fls. 594-621) apresentada pela Fazenda Nacional, pelo desprovemento do agravo de instrumento quanto à indisponibilidade de bens e a penhora do faturamento. Sustenta que o recurso não deve ser conhecido quanto a outras várias questões suscitadas pela agravante que não foram objeto de análise na decisão agravada.

A agravante sustenta, em suma, a ilicitude da prova decorrente de quebra de sigilo bancário, a ineficácia da prova de existência de imóveis em nome de Nasser Abdala Fraxe e da irrelevância de tal fato para fins de caracterização da sucessão, da decadência do débito tributário, da imprescindibilidade de processo administrativo fiscal, da inexistência de sucessão tributária, da inviabilidade jurídica de existência de grupo econômico, a ilegalidade da penhora sobre faturamento, entre outros argumentos.

Pugna, assim, pela suspensão da decisão agravada em sentido amplo.

Informações prestadas pelo ilustre Juízo *a quo* (fl. 717), no sentido de que já houve o ajuizamento da execução fiscal e que, também, já houve o registro da penhora dos bens. Todavia, ainda não é possível precisar o percentual do débito que já se encontra garantido.

Despacho proferido por esse relator às fls. 709-710.

É o sucinto relatório.

O recurso não merece prosperar.

A priori, resalto que de fato, conforme sustentado pela Fazenda Nacional, a agravante se insurge quanto a diversos pontos que sequer foram objeto de apreciação pelo Juízo *a quo*, principalmente quanto à decadência, ao redirecionamento, a sucessão empresarial, a formação de grupo.

Com efeito, questão que ainda não foi analisada pelo MM. juiz federal *a quo*, não é passível de análise por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância. (in Numeração única: 0041049-41.2009.4.01.0000).

Fundamentos que, inclusive, já restaram consignados no despacho exarado às fls. 709-710.

Ademais, registre-se que tais pontos já foram apreciados nos Agravos de Instrumento 005146597220114010000 e 00665338720114010000.

Passo, pois, a análise dos pleitos relativos à *indisponibilidade de bens*, bem como a *penhora sobre o faturamento em 5%*.

Inicialmente, registre-se que para o ajuizamento da cautelar fiscal (instituída pela Lei 8.397/1992) não é necessária à constituição definitiva do crédito tributário.

Na espécie, incide a seguinte diretriz pretoriana:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR FISCAL (LEI N. 8397/92) DECRETANDO A INDISPONIBILIDADE DE BENS DO ATIVO PERMANENTE DOS AGRAVANTES PESSOAS JURÍDICAS E NATURAIS. GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA DAS PESSOAS NATURAIS CONFORME DISPOSTO NO ART. 4º DA LEI 8.397/1992 QUE PERMITE QUE SEJAM ALCANÇADOS TAMBÉM BENS DE QUEM TENHA OU TEVE PODER DE GERÊNCIA E/OU ADMINISTRAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. 1. "A medida cautelar fiscal, ensejadora de indisponibilidade do patrimônio do contribuinte, tem seu regramento na Lei nº 8.397/1992 e pode ser intentada mesmo antes da inscrição do crédito em dívida ativa, nos termos do artigo 2º, com a redação dada pela Lei 9.532/1997" (AG 2008.01.00.054934-5/MG, rel. Des. Federal Catão Alves, Sétima Turma, e-DJF1 p. 787 de 09/09/2011). 2. É cediço que "[...] A pretensão na MC cautelar é a indisponibilização de bens dos devedores até o limite da integralidade do crédito (satisfação da obrigação), como medida própria à garantia da efetividade da cobrança, não se vinculando, entretanto, a crédito determinado de execução porventura ajuizada. Tanto assim que sequer é exigida pela lei a constituição definitiva do crédito (ou sua inscrição em dívida ativa) como pressuposto da MC Fiscal, bastando para tanto, nas hipóteses autorizativas, a existência do débito (v.g. AC 2005.31.00.000599-6), o que reforça a vinculação apenas ao crédito, independentemente da existência de EFs ajuizadas, menos ainda da vara em que se encontram" (AG 0075202-32.2011.4.01.0000/BA; rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral Órgão Julgador: Sétima Turma, e-DJF1 p.540 de 30/03/2012). 3. Certo é que, uma vez evidenciada a hipótese de incidência da medida cautelar fiscal, o efeito é imediato, qual seja, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da obrigação tributária correspondente. 4. Ademais, nos termos do § 2º, art. 4º, da Lei nº 8.397/1992 "A indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador (§ 1º), desde que seja capaz de frustrar a pretensão da Fazenda Pública.". Com efeito, a medida da indisponibilidade de bens de pessoas físicas é medida, também, prevista em Lei. 5. Consoante entendimento pacífico da jurisprudência, em Ação Cautelar Preparatória contra sociedades controladas, informalmente, por um grupo econômico, incabível discussão sobre ilegitimidade passiva ad causam porque há presunção legal de responsabilidade solidária entre todos os integrantes do grupo. (Código Tributário Nacional, art. 124.)" (AC 2007.01.99.053004-9/MG, rel. Des. Federal Catão Alves, Sétima Turma, e-DJF1 p.613 de 19/12/2008). 6. "Àquele que administra bens, ai entendida a administração

da sociedade, é atribuída responsabilidade tributária solidária (subsidiária), por expressa determinação legal, apartada na letra do art. 128, que comete à lei a atribuição da responsabilidade tributária." (AG 2006.01.00.034325-0/BA, rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, DJ p.75 de 15/06/2007). Possibilidade de indisponibilização dos bens também do sócio-gerente ou administrador da empresa (art. 4º da Lei 8.397/1992). 7. Na hipótese, conforme contratos colacionados aos autos, conclui-se que as pessoas físicas agravantes exerceram e/ou ainda exercem poderes de administração em uma ou mais das empresas componentes do chamado "grupo econômico". 8. A alegação de excesso de indisponibilidade deverá ser examinada preliminarmente pelo Juízo oficiente, sob pena de supressão de instância. De qualquer modo, sobre o assunto, disse, em informações, o Magistrado a quo: "ainda não há nos autos avaliação dos bens que foram gravados com indisponibilidade. Aliás, sequer aportaram nos autos todas as respostas as ordens emanadas por este juízo. Esclareço, outrossim, que, apesar de terem ciência dos bens sobre os quais já recaiu a indisponibilidade, não cuidaram os agravantes de trazer ao feito qualquer laudo de avaliação ou congêneres que possibilite a este juízo, por ora, a aplicação do disposto no art. 4º, caput, da Lei 8397/1992" 9. Decisão mantida. 10. Agravo regimental não provido. (AGA 0029851-02.2012.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, rel. Juiz Federal Náiber Pontes de Almeida (convocado), Sétima Turma, e-DJF1, p. 665, de 23/08/2013.)

Superada, portanto, a questão preliminar da pertinência jurídica da cautelar fiscal.

Sobre a constituição do crédito e a pendência de eventuais recursos administrativos, para fins de exame da pretensão cautelar fiscal, vale a pena conferir a seguinte diretriz pretoriana:

MEDIDA CAUTELAR FISCAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO DÉBITO. INEXIGIBILIDADE. EMPRESA INCORPORADORA E CONSTRUTORA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO SUSPENSIVO PARCIAL. INDISPONIBILIDADE DE ATIVOS FINANCEIROS VIA BACEN JUD. EXCLUSÃO DOS BENS OBJETO DE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS COMERCIALIZADOS COM TERCEIROS DE BOA-FÉ.

1. Nos termos do art. 3º da Lei 9.397/1992, a pendência de recurso administrativo não impede o ajuizamento da Medida Cautelar Fiscal que dispensa a constituição definitiva do crédito, exigindo-se apenas sua constituição materializada pelo lançamento, o que, segundo orientação jurisprudencial, fixa-se quando da lavratura do auto de infração comunicado ao contribuinte.

2. Nos termos do art. 4º e § 1º da Lei 8.397/1992, "a decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação" (art. 4º) e, "na hipótese de pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, [...]".

3. A jurisprudência do STJ, "em situações excepcionais, quando a empresa estiver com suas atividades paralisadas ou não forem localizados em seu patrimônio bens que pudessem garantir a execução fiscal, [...] vem admitindo a decretação de indisponibilidade de bens de pessoa jurídica, ainda que estes não constituam o seu ativo permanente" (REsp 513.078 e 677.424).

4. Tratando-se de grupo de empresas com débitos tributários constituídos em valores que superam várias vezes seus ativos e cuja cadeia societária não se mostra transparente, é possível a decretação da indisponibilidade de bens ainda que não constituam o seu ativo permanente, ressalvando-se, contudo, a ilegalidade da constrição indiscriminada de ativos financeiros via Bacen JUD.

5. Para ressalva do direito de terceiros de boa-fé, tratando-se de empresa incorporadora e construtora imobiliária, devem ser excluídas da indisponibilidade as frações imobiliárias cujas promessas de compra e venda já foram concluídas ou iniciadas junto ao respectivo agente financeiro.

6. Agravo parcialmente provido para excluir da indisponibilidade os ativos financeiros da agravante, bem como os empreendimentos imobiliários que, mediante prova documental, tenham unidades já prometidos à venda a terceiros de boa-fé. grifei.

(AG 2008.01.00.026485-8/MG, rel. Des. Federal Carlos Fernando Mathias, Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado), Oitava Turma, e-DJF1, p. 399, de 05/12/2008).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - MEDIDA CAUTELAR FISCAL PREPARATÓRIA (LEI 8.397/1992) - INDISPONIBILIDADE DE BENS, DIREITOS E VALORES - EXIGÊNCIA DE "CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO" TRIBUTÁRIO VIA LANÇAMENTO (ART. 142 DO CTNC) QUE SE ATENDE JÁ ANTE A SÓ LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO - PRECEDENTE DO STJ.

1 - O STJ entende - vide seu mais atual precedente - que o pressuposto processual da "constituição do crédito tributário" (art. 3º, I, da Lei 8.397/1992), que autoriza o ajuizamento da Medida Cautelar Fiscal e conseqüente decreto de indisponibilidade de bens, direitos e valores do requerido resta atendido se havido o lançamento (art. 142 do CTN), exigência que a só lavratura do auto de infração já caracteriza, não se exigindo, portanto (doutrina nem jurisprudência), a constituição "definitiva" do crédito tributário, sendo impertinente levar-se em consideração, como no caso, se o processo administrativo decorrente está ou não (ainda) pendente (vide REsp 466.723/RS, DJ 22/06/2006).

2 - Afastada a preliminar, adentra-se no mérito ante o permissivo do §3º do art. 515 do CPC.

3 - A requerente pediu a indisponibilidade de bens, direitos e valores ao sabor de que o devedor (at. 2º, IX e V, da Lei 8.397/1992) dificultava ou impedia a satisfação do crédito e possuía "débitos, inscritos ou não em dívida ativa, que somados" ultrapassavam 30% do seu patrimônio conhecido, percebendo-se, ante o auto de infração acostado e à luz das presunções

que militam em prol da autora, presentes, pois, tanto o “*fumus boni iuris*” quanto o “*periculum in mora*” do risco de dissipação do patrimônio do requerido.

4 - Apelação provida: preliminar afastada e pedido procedente.

5 - Peças liberadas pelo Relator, em 10/06/2008, para publicação do acórdão. grifei.

(AC 2005.31.00.000599-6/AP, rel. Des. Federal Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1, p. 234, de 19/09/2008.)

Em relação à *indisponibilidade de bens*, registre-se que a decretação da medida cautelar fiscal acarreta, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação.

A propósito confira-se o art. 4º, § 1º, da Lei 8.397/1992:

Art. 4º A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação.

§ 1º Na hipótese de pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, podendo, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais [...].

Aliás, o Juízo *a quo* preservou os ativos financeiros da agravante e determinou somente o bloqueio dos bens de ativo permanente, conforme previsto na lei.

Com efeito, não há motivo para suspensão da decisão agravada, uma vez que se encontra correta e aplicada nos termos da lei.

Também, quanto ao *bloqueio de 5% sobre o faturamento mensal* o recurso não merece prosperar; mesmo porque houve a determinação de que tal *penhora seja efetivada somente até que se atinja o limite da dívida acatelaada*.

Sobre a temática, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO REGIMENTAL. GRUPO ECONÔMICO (INDÍCIOS SÉRIOS e CONCRETOS). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PRESUNÇÃO LEGAL. BENS NOMEADOS À PENHORA FORA DA ORDEM LEGAL PREVISTA NO ART. 11 DA LEI 6.830/1980. RECUSA JUSTA. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO: 5%. RAZOABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DESTA TRIBUNAL. 1. O entendimento jurisprudencial predominante tem sido no sentido de que é admissível a responsabilidade solidária por dívida fiscal entre componentes do mesmo grupo econômico, quando existirem provas suficientes de que as empresas integram o referido grupo, ensejando, desta forma, o redirecionamento da execução. 2. Quanto à manutenção dos demais agravantes no pólo passivo, certo é que “A responsabilização dos sócios advém do art. 134 do CTN, não constituindo, a medida, perda da propriedade, apenas restrição da disponibilidade dos bens (REsp nº 172.736/RO) com o intuito de assegurar o ressarcimento ao erário” (in AP 2009.01.00.060479-4, Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma 19/02/2010). 3. Em executivo fiscal “contra sociedades controladas, informalmente, por um grupo econômico, incabível a discussão sobre ilegitimidade passiva ad causam porque há presunção legal de responsabilidade solidária entre todos os integrantes do grupo. (Código Tributário Nacional, art. 124, e seu parágrafo único).” (AG 0046452-83.2012.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Catão Alves, Sétima Turma, e-DJF1 de 26/10/2012, p. 363). Na verdade, “havendo indícios claros de grupo econômico, preenchidos os requisitos legais do art. 3º, I, da Lei 8.397/1992 e observada as hipóteses dos incisos VI e VIII do art. 2º da Lei 8.397/1992, a indisponibilidade dos bens de todos os integrantes do grupo econômico é medida que se impõe” (in AG 0043147-91.2012.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 de 14/12/2012, p. 1422). Somente em sede de embargos, os indícios sérios e concretos de Grupo podem ser destruídos. 4. A Fazenda Pública não é obrigada a aceitar bens nomeados à penhora fora da ordem legal insculpida no art. 11 da Lei 6.830/1980 (matéria submetida ao rito dos recursos repetitivos no julgamento do REsp 1.090.898/SP, DJ. 31/08/2009). Ademais, o princípio da menor onerosidade do devedor, preceituado no art. 620 do CPC, tem de estar em equilíbrio com a satisfação do credor. (in AgRg no REsp 1350507/SP, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 21/02/2013, DJe 27/02/2013). 5. O Colendo STJ já se manifestou, inúmeras vezes, sobre a possibilidade da penhora recair sobre o faturamento da empresa, em percentual razoável (normalmente 5%) e desde que não prejudique as suas atividades (AgRg no REsp. 1.320.996/RS, rel. Min. Castro Meira, DJ de 11/9/2012, AgRg no Ag. 1.359.497/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves, DJ de 24/3/2011, AgRg no REsp. 1.328.516/SP, rel. Min. Humberto Martins, DJ de 17/9/2012 e AgRg no AREsp. 242.970/PR, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 22/11/2012). 6. Agravo regimental não provido. (AGA 0012270-37.2013.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1, p. 750, de 26/07/2013). “Negritei”.

Com efeito, correta a decisão agravada.

Por estas razões, nego seguimento ao presente agravo de instrumento, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC c/c art. 29, XXIV, RI.

Int. Dil. Legais.

Brasília, 10 de dezembro de 2013.

Desembargador Federal *Reynaldo Fonseca*, relator.

Agravo de Instrumento 0067222-63.2013.4.01.0000/PA

Relatora : Desembargadora Federal Mônica Sifuentes
Agravante: Norte Energia S/A
Advogado: Dr. Alexandre dos Santos Pereira Vecchio
Agravado: Adalberto Melo de Oliveira
Agravada: Marilena Moura Moreira
Publicação: e-DJF1 de 06/12/2013, p. 1.378 - 1.379

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Norte Energia S/A, da decisão proferida pelo Juízo Federal da Subseção Judiciária de Altamira, que, nos autos da ação de desapropriação movida em desfavor de Adalberto Melo de Oliveira e Marilena Moura Moreira, determinou a submissão do feito ao procedimento previsto no do DL 1.075/1970, com a intimação dos expropriados para manifestação sobre o valor ofertado, bem como a realização de perícia judicial, em caso de discordância, antes da apreciação da liminar de imissão na posse.

Afirma que a agravante é concessionária de serviço público federal para a implantação, operação, manutenção e exploração da Usina Hidrelétrica Belo Monte, no Rio Xingu/PA, e das instalações de transmissão e interesse restrito à central geradora, e que, consoante previsto no licenciamento ambiental do empreendimento, conduzido pelo Ibama, a agravante está desenvolvendo na área urbana do Município de Altamira um projeto de saneamento, esgotamento sanitário e destinação de resíduos sólidos.

Sustenta que seu trabalho consiste na construção de uma rede de esgoto, hoje inexistente naquele município, que servirá para circulação dos resíduos e seu direcionamento a uma estação de tratamento. Para tanto, alega ser necessária a desapropriação de alguns imóveis, com urgência, consoante Resolução Autorizativa 3.293/2011, expedida pela Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, por meio da qual foram declaradas de utilidade pública diversas áreas de terras, dentre elas as necessárias à implantação do sistema de esgotamento sanitário.

Aduz que, dentre as necessárias, encontra-se uma área com 288,96 m², localizada na Rua Coronel José Porfírio, 3845, Quadra 29, Bairro Jardim Independente II, ocupada a título de posse pelos agravados e sem registro imobiliário aparente. Informa que não obteve êxito em adquirir extrajudicialmente o bem, em razão do dissenso acerca do valor devido pela indenização e por questões de ordem documental, o que ensejou a propositura da ação de desapropriação no bojo da qual foi proferida a decisão agravada.

Afirma ter requerido a imissão na posse com base no art. 15 do DL 3.335/1941 e na referida Resolução Autorizativa 3.293/2011, a demonstrar a urgência, tendo efetuado o depósito do valor ofertado aferido administrativamente.

Alega que a decisão agravada vem a causar graves prejuízos ao interesse público envolvido, eis que a imissão na posse é necessária para cumprimento dos cronogramas de obras da UHE de Belo Monte, requisito previsto no licenciamento ambiental da usina, empreendimento que beneficiará toda a população nacional, permitindo a entrega de energia ao Sistema Integrado Nacional – SIN.

Ao argumento de que os expropriados residem no Município de Belém/PA, e que a expropriação não inviabiliza o direito de habitação, eis que o referido DL 1.075/1970 somente se aplica aos prédios urbanos ocupados pelos proprietários para fins de residência, além de não haver registro imobiliário em nome dos agravados, requer seja atribuído efeito suspensivo ao agravo de instrumento, a fim de que seja reconhecida a aplicação do DL 3.335/1941, com a imissão provisória na posse do bem.

É o breve relatório. Decido.

Ao indeferir a imissão na posse e determinar a realização da perícia, o juízo impetrado assim o fez:

No caso em tela, considerando tratar-se de desapropriação de imóvel residencial urbano aplica-se o disposto no art. 1º do Decreto-lei 1075/70, o qual impõe a manifestação prévia do desapropriado acerca do valor oferecido pelo desapropriante.

E na hipótese em questão não se pode falar em inaplicabilidade do aludido Decreto-lei, uma vez que a ausência do registro imobiliário do contrato de compra e venda não tem o condão, por si só, de desconstituir o direito de propriedade, súmulas 76, 84 e 239 do STJ. E no caso a lei protege, a residência, ou seja, o teto do munícipe, a fim de evitar que fique sem onde morar, consoante se extrai dos “considerandos” exarados no aludido texto normativo (fls. 32-33).

Por meio da Certidão de fls. 232, o oficial de justiça certifica não ter logrado êxito na intimação dos expropriados no referido imóvel, e que, em contato com o Sr. Adalberto Melo de Oliveira *informou estar residindo na Avenida Conselheiro Furtado, 2261, Bairro Nazaré/Cremação, entre as ruas Quatorze de Março e Alcindo Cacela, na cidade de Belém/PA, local no qual ele e sua esposa poderão ser intimados.*

Como se observa, o fundamento de que os expropriados deixariam de ter lugar para morar não se sustenta, pois, como afirmou o agravante, corroborado com a certidão do oficial de justiça, sua residência foi fixada na cidade de Belém/PA.

Por outro lado, acerca da urgência na imissão da posse em desapropriação por utilidade pública, assim já decidiu a egrégia Terceira Turma desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA - URGÊNCIA - IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE - DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO OU CONCORDÂNCIA DO RÉU. a) Recurso - Agravo de Instrumento. b) Decisão de origem - Deferido pedido liminar para imissão provisória na posse do imóvel. 1 - Nas Ações de Desapropriação por Utilidade Pública, havendo urgência e após o depósito da quantia arbitrada conforme o art. 685 do Código de Processo Civil, pode ser deferida a imissão provisória na posse do bem expropriado, independentemente da citação ou concordância do réu, nos termos do art. 15 do Decreto-lei nº 3.365/41. 2 - Agravo de Instrumento denegado. 3 - Decisão confirmada. (AG 0028662-52.2013.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Catão Alves, e-DJF1 p.323 de 20/09/2013).

PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE. REQUISITOS NECESSÁRIOS. PREENCHIMENTO. 1. A imissão provisória na posse de imóvel objeto de desapropriação por utilidade pública deve ser deferida quando apresentados o Memorial Descritivo juntamente com a alegação de urgência e o Decreto de Utilidade Pública válido, além do depósito do valor ofertado pela expropriante, a título de indenização. Documentos apresentados pela agravada. 2. Impossível a apreciação, em segunda instância, de questões não aventadas na decisão agravada. 3. É cabível a atuação da Defensoria Pública Estadual perante a Justiça Federal, na defesa dos hipossuficientes, quando a cidade não possuir Defensoria Pública da União. 4. Agravo de instrumento não provido. (AG 0053960-80.2012.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Tourinho Neto, e-DJF1 p.775 de 11/01/2013).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE INTERESSE PÚBLICO. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE. AVALIAÇÃO JUDICIAL. PRAZO DO § 2º DO ART. 15 DO DL 3.365/1961. I - Ambas as Turmas que integram a Segunda Seção deste Tribunal têm entendimento firmado no sentido de que, demonstrada a urgência do Poder Público em realizar a desapropriação por utilidade pública, a ausência de avaliação prévia não impede a imissão provisória na posse do imóvel. Precedentes. II - Não se mostra razoável obstar a prévia imissão na posse do bem expropriado por força tão somente do escoamento de prazo de 120 (cento e vinte) dias a que se refere o art. 15, § 2º, do Decreto-Lei 3.365/1941, porquanto tal norma vem sendo flexibilizada pela jurisprudência pátria. Precedentes da Turma. III. Agravo de instrumento desprovido. (AG 0053550-22.2012.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, e-DJF1, p. 775, de 11/01/2013.)

Com essas considerações, defiro o pedido de efeito suspensivo ativo, e determino a imissão do ora agravante na posse do imóvel objeto dos autos, caso comprovado o depósito do valor encontrado na avaliação administrativa (considerando que o documento digitalizado de fl. 228 encontra-se ilegível), nos termos do art. 15, § 1º, do Decreto - Lei 3.365/1941.

Dê-se ciência ao juízo impetrado, com urgência.

Intimem-se os agravados, no endereço localizado em Belém/PA, para, querendo, ofertar contraminuta no prazo legal.

Ao final, abra-se vista à Procuradoria Regional da República.

Publique-se.

Brasília, 19 de novembro de 2013.

Desembargadora Federal *Mônica Sifuentes*, relatora.

Agravo de Instrumento 0068726-07.2013.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques
Agravante: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Paulo Rubens Carvalho Marques
Agravado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação: e-DJF1 de 27/11/2013, p. 52-53

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal em face de decisão do juiz federal substituto da Subseção Judiciária de Tucuruí que, nos autos de ação civil manejada contra o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), indeferiu o pedido liminar com o fito de assegurar a continuidade da unidade avançada do referido instituto em Tucuruí/PA.

Consoante os fundamentos da decisão ora guerreada, a desativação da referida unidade administrativa é ato administrativo amparado pela presunção de legitimidade, não sendo necessário o debate ou consultas públicas para que o administrador tome a decisão de desativá-la. Acrescenta, ainda, que não há como afirmar que haverá retrocesso na proteção ambiental da região, haja vista o fortalecimento de outras unidades.

Irresignado, alega o agravante que:

I) não houve, no âmbito da autarquia ambiental, reunião específica para debater os motivos do fechamento do escritório em Tucuruí, existindo apenas registro de uma reunião geral entre os superintendentes, em dezembro de 2012, na qual se decidiu *“enxugar o número de unidades e redução de custos, considerando a efetividade de manutenção das mesmas em cada município/região, dentro da atuação federal do Ibama e em alinhamento com o estipulado na LC 140/2011”*;

II) a decisão de fechamento da Unidade Avançada em Tucuruí não tem lastro em ato administrativo formalmente expedido, verificando-se apenas a existência de memorandos e outros expedientes de comunicação interna, pelo que estaria prejudicado o princípio da publicidade;

III) a correta compreensão do problema ultrapassa a noção estática da separação de poderes, haja vista caber ao Poder Judiciário zelar pela não ocorrência de retrocesso socioambiental e pela observância do princípio da proporcionalidade, o que não é o mesmo que imiscuir-se nas escolhas políticas.

IV) a adoção da drástica medida de fechamento deve ser precedida de debate que leve em conta, sobretudo, as peculiaridades da região, tais como a presença de terras indígenas, de usina hidrelétrica, pesca predatória mesmo nos períodos de defeso e extração ilegal de madeira, dentre outras.

Ao final, ressalta o risco de que lesão grave e de difícil reparação se concretize caso mantido o r. ato decisório agravado, porquanto caso ocorra o fechamento do Escritório Regional em Tucuruí, a situação dificilmente poderá ser revertida, restando subtraído do Poder Judiciário o exame de seríssimas questões. Assevera a urgência do provimento do recurso mediante afirmação de que há previsão para a efetivação do referido fechamento na segunda quinzena de novembro.

Pugna pela concessão da antecipação da tutela recursal, para que seja determinado ao Ibama: i) a abstenção quanto à adoção de medidas que impliquem no esvaziamento das atividades da unidade avançada do Ibama em Tucuruí; ii) a retomada da normalidade organizacional da mencionada unidade descentralizada, com o restabelecimento das rotinas de trabalho necessárias ao fiel desempenho das competências fiscalizatórias e, iii) a retomada de todo o apoio operacional, logístico, de material e humanos para o normal funcionamento da unidade descentralizada.

Autos conclusos, *decido*.

Não obstante os relevantes fundamentos adotados pelo ilustre magistrado de primeiro grau entendo, por ora, seja mais prudente e razoável a reforma do ato decisório recorrido.

A uma porque, em exame perfunctório, próprio desse momento processual, reputo que os argumentos trazidos pelo agravante se mostram bem pautados, mormente à luz dos princípios que regem o direito ambiental, quais sejam, o da prevenção, da precaução e da vedação do retrocesso socioambiental, todos sob o manto de princípios constitucionais que a seguir, sucintamente, esposarei.

Pertinente trazer à baila, no ponto, que a região de Tucuruí, no Pará, apresenta peculiaridades que a alçam como de relevância diferenciada a merecer a proteção ambiental, tais como a presença de terras indígenas na região, os permanentes impactos decorrentes da instalação, ampliação e operação da Usina Hidrelétrica de Tucuruí, a pesca predatória (mesmo nos períodos de defeso), a extração ilegal de madeira, carvoarias, projetos de assentamento, entre outras atividades que merecem a especial atenção do Estado através do Ibama, de forma direta ou supletiva.

Ressalte-se que as atividades depredatórias demandam resposta rápida e eficaz, sendo de extrema importância a proximidade do órgão fiscalizador para a execução das medidas preventivas e corretivas.

A duas porque não se afigura razoável, tampouco proporcional, que devido à baixa produtividade da unidade avançada, a melhor opção seja o seu fechamento. Melhor seria que se propusesse o aprimoramento daquela unidade. Convém, neste pronto, frisar que o próprio Ministério Público Federal em Tucuruí compromete-se, caso sejam mantidas as atividades do órgão, a instaurar procedimento com vistas a verificar a regularidade e eficiência do serviço público federal prestado.

A garantia constitucional dos direitos fundamentais só se concretiza através de instituições fundamentais, as quais, sem a sua existência, estes direitos jamais se concretizarão. Importa dizer que quando a Constituição assegura direitos e garantias fundamentais assegura também a coexistência de instituições que efetivem concretamente estes direitos e garantias.

Os princípios básicos da atividade administrativa, inscritos no art. 37 da Constituição Federal impede que esses direitos e garantias fundamentais, institutos tão caros à sociedade, sejam violados. Mesmo em se tratando de um ato administrativo válido e perfeito, mas que, em um dado momento se verifique que deixou de ser oportuno e conveniente ao interesse público, pode esse ato vir a ser revisado pelo Poder Judiciário.

As normas constitucionais programáticas impõem um dever também ao administrador de implementar políticas públicas que deem efetividade a estas normas. Não me convence o argumento de que seja elevado o custo da preservação dos direitos sociais em voga, especialmente quando não se verifica nenhuma comprovação da limitação da disponibilidade de recursos financeiros alegados pela requerida como mote para o enxugamento das suas unidades administrativas.

A alegada proteção contra o não retrocesso socioambiental é vertente protegida pelo princípio constitucional do não retrocesso social.

Mário de Conto, na sua obra *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social*, pontua:

Em síntese, evidencia-se que uma Administração Pública, vista como dirigente e compromissária, tem como condição de possibilidade e leitura contemporizada dos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes, que rompa com as concepções metafísicas calcadas num paradigma racional-exegético. Nesse sentido, a observância do Princípio da Proibição do Retrocesso social, compreendido como corolário do Estado Democrático de Direito, a partir das noções de Segurança Jurídica e Confiança, é um imperativo de constitucionalidade e legitimação dos atos da Administração Pública. O núcleo essencial dos Direitos Fundamentais atua como um protetor contra medidas retrocessivas por parte da Administração Pública e, mais do que isso, como verdadeiro legitimador/delimitador das Políticas Públicas.

O Supremo Tribunal Federal, embora não tenha conhecido da ADI 2.065-0/DF, conquanto a maioria do tribunal considerou que, por tratar de ação a ofensa indireta à Constituição, não seria passível ser devolvida àquela Suprema Corte através do controle concentrado de constitucionalidade. Todavia, votos que enfrentaram o mérito, declararam a inconstitucionalidade de vários dispositivos da MP 1.911-9/1999 que revogaram artigos importantes da Leis 8.212/1991 e 8.213/1991 que implicavam concretização do direito à saúde, provocando a extinção dos Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social e do Conselho Nacional de Seguridade Social.

Mas a principal lição que se extrai deste julgamento é a obrigação da atuação do Poder Judiciário no sentido de controlar a constitucionalidade direta e indireta dos atos dos poderes públicos que não cumprirem o ordenamento constitucional, especialmente quando implantam políticas públicas em colisão frontal com as normas constitucionais programáticas.

O princípio da proibição ao retrocesso social funda-se na supremacia da Constituição Federal, aliada à máxima efetivação das suas normas e na construção do Estado Social, através da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Diante de todas as circunstâncias assinaladas, tenho que a desativação de um órgão federal descentralizado de fiscalização ambiental, em um momento de intensificação da exploração do meio ambiente, afigura-se, a princípio, como autêntico retrocesso de uma conquista social bem como um retrocesso na política de implementação da proteção ambiental.

Por outro lado, tenho que maior prejuízo pode advir, caso o escritório seja efetivamente fechado e, em momento posterior, tenha de ser reimplantado por força de sentença no processo originário. Neste toar, a medida que ora de defere é necessária também à preservação do resultado útil do processo, pois guarda nas suas entranhas também a possibilidade do caráter acautelatório.

Em face do exposto, *defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal* para:

I) determinar que o Ibama se abstenha de adoção de medidas, que impliquem no esvaziamento das atividades da unidade avançada em Tucuruí, até o julgamento final da ação originária ou deste recurso, o que advier primeiro;

II) determinar, caso já efetivada a desativação, a sua reativação nos moldes anteriormente existentes, bem como seja retomada a normalidade organizacional da mencionada unidade descentralizada, com o restabelecimento de rotinas de trabalho necessárias ao fiel desempenho das competências fiscalizatórias, bem como a designação de servidor para chefiar a unidade;

III) determinar retomada de todo o apoio operacional, logístico, de material (veículos, suprimentos etc) e recursos humanos para o normal funcionamento da unidade descentralizada, o que inclui o restabelecimento dos serviços de vigilância, limpeza e telefonia.

Oficie-se, com urgência, ao MM. juízo de origem (art. 527, III, do Código de Processo Civil).

Intime-se com urgência o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) para o cumprimento imediato desta decisão, bem como, querendo, a responder aos termos deste recurso, conforme previsto no art. 527, inciso V, do Código de Processo Civil.

Dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal, com fundamento no art. 82, inciso III, do CPC.

Publique-se.

Brasília, 22 de novembro de 2013.

Desembargador Federal *Kassio Marques*, relator.

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet ([www.trf1.jus.br/jurisprudencia/inteiro teor](http://www.trf1.jus.br/jurisprudencia/inteiro%20teor))

Processual Penal. Queixa-crime. Crimes contra a honra. Calúnia e difamação. Não ocorrência. Rejeição.

I. Para a configuração do crime de calúnia, é necessário que seja imputado falsamente a alguém um fato determinado, concreto, específico, definido como crime, nos termos do art. 138 do Código Penal.

II. Inexistência de crime de calúnia em cota ministerial que imputou ao advogado da causa que ele estaria “tomando e trilhando caminho perigoso ao tentar burlar a lei por vias transversas”.

III. Nos termos do art. 142, inciso I, do Código Penal, não constitui injúria ou difamação punível a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador.

IV. Inexistência de crime de difamação em cota ministerial que atribuiu a qualidade de “chicaneiro” ao advogado da causa.

V. Queixa-crime rejeitada.

Numeração única: 0035452-23.2011.4.01.0000

Petição Criminal 0035452-23.2011.4.01.0000/DF

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Néviton Guedes – Corte Especial

Publicação: *e-DJF1* de 22/11/2013, p. 312

Constitucional. Processual. Mandado de segurança. Portaria. Juiz do JEF. Estatuto dos Advogados. Resolução CJF. Honorários contratuais. Destaque. Faculdade.

I. O mandado de segurança contra ato administrativo do coordenador dos Juizados é de competência do TRF1 e não da Turma Recursal que tem competência quanto aos atos judiciais. Precedente da 1ª e 4ª Seções (*Processual Civil. Mandado de segurança. Ato de juiz coordenador de juizado Especial Federal: natureza administrativa: competência de TRF. Juizado itinerante: Prazo do art. 9º da Lei 10.259/2001: descumprimento: ausência de prejuízo. Ordem denegada.*

1. *Tribunal Regional Federal é competente para o julgamento de ato do juiz federal coordenador de Juizado Especial Federal. Atividade administrativa não afeta às Turmas Recursais.* 2. A não observância dos prazos previstos no art. 9º da Lei 10.259/2001 não importa nulidade de audiência em juizado especial itinerante, se tal não traduz prejuízo para a autarquia federal, quando as razões da defesa já se encontram sedimentadas na contestação, bem assim em razão do caráter célere desses juizados móveis. 3. *Segurança denegada.* MS 0053419-23.2007.4.01.0000 /MG, rel. Des. Federal Carlos Olavo, Primeira Seção, *e-DJF1*, p. 7, de 25/08/2010). No mesmo sentido: MS 0041345-05.2005.4.01.0000 / TO, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, Quarta Seção, *e-DJF1*, p. 23, de 10/05/2010).

II. A portaria atacada do coordenador dos JEF's do Piauí determinou o sobrestamento de todos os processos na 6ª Vara, até a juntada dos contratos de honorários, revela-se ato administrativo e impugnável mediante o *writ* de competência do TRF1.

III. A juntada do contrato de honorários é faculdade do advogado. Inteligência do § 4º do art. 22 da Lei. 8.906/1994: “§ 4º Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários[...]”. No mesmo sentido a Resolução 55, de 14 de maio de 2009 do Conselho de Justiça Federal, afirma que “se o advogado quiser destacar do montante da condenação o que lhe couber por força de honorários contratuais, na forma disciplinada pelo art. 22, § 4º, da Lei 8.906/1994, deverá juntar aos autos o respectivo contrato” (art. 5º).

IV. Não estando prevista em lei a obrigatoriedade do destaque dos honorários, afigura-se indevida a exigência inaugurada pela Portaria vergastada. Ofensa ao princípio da legalidade (art. 5º, II, CF/1988), porque portaria administrativa não pode inovar no ordenamento jurídico.

V. Pode o litigante juntar o contrato de honorários para requerer constar o valor gasto com essa verba a fim de excluí-la da incidência do Imposto de Renda, com base no art. 12-A da Lei 7.713/1988, com redação dada pela MPV 497/2010, convertida na Lei 12.350/2010.

VI. Tal juntada deve ser determinada mesmo que requerida pelo próprio contribuinte-litigante.

VII. A Portaria 8/Gajuc/JEF/PI, de 03/12/2008, que sobrestou a expedição de RPV's até que os advogados juntem aos autos os contratos particulares de honorários advocatícios, para fins de destaque obrigatório de honorários, deve ser considerada ilegal.

VIII. Segurança concedida.

Numeração única: 0006806-71.2009.4.01.0000

Mandado de Segurança 2009.01.00.009057-8/PI

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado) – 1ª Seção

Publicação: e-DJF1 de 22/11/2013, p. 315

Processual Civil. Ação rescisória ajuizada com base nos incisos V e IX do art. 485 do CPC. Julgamento extra petita. Ocorrência. Novo julgamento: gratificação eleitoral. Promotor de Justiça. Reajuste de 11,98% devido. Aplicação da diferença apenas no período de abril de 1994 a janeiro de 1995, em consonância com o entendimento do STF na ADIn 1.797-0/PE.

I. O acórdão rescindendo equivocadamente partiu do pressuposto de que a autora buscava o reajuste da gratificação eleitoral percebida pelos promotores eleitorais do Piauí em face da acumulação do IPC-r, como também entendeu que se tratava de pedido de aumento de vencimentos, vedado pelo Poder Judiciário, quando, na realidade, buscara o reajuste da referida gratificação em face da perda sofrida quando da implantação da URV, bem como a recomposição do seu valor, com a concessão do reajuste de 11,98%, cuja perda decorreu de errôneo cálculo quando de sua conversão de Cruzeiro Real para URV.

II. Restou caracterizada a violação aos arts. 128 e 460 do CPC, já que o acórdão rescindendo incorreu em julgamento *extra petita*.

III. A sentença *citra, ultra ou extra petita* pode ensejar o manejo de ação rescisória por ofensa os arts. 128 e 460 do CPC, normas que preceituam a regra de que deve haver congruência entre o pedido e a sentença, não podendo o juiz dar ao autor, menos do que pediu, mais do que pedido ou coisa diversa da pedida.

IV. O acórdão rescindendo incorreu, também, em erro de fato, pois admitiu um fato inexistente, quando baseou sua fundamentação em causa de pedir distinta da que fora apresentada na petição inicial (CPC, § 1º, art. 485, IX).

V. Configuradas as hipóteses dos incisos V e IX do art. 485 do Código de Processo Civil, seja porque houve violação à disposição expressa de lei (CPC, art. 460), seja porque a decisão se baseou em manifesto erro de fato.

VI. Em novo julgamento, impõe-se reconhecer que, em razão de o STF, no julgamento da ADIn 1.797, haver decidido que as diferenças decorrentes da conversão do Cruzeiro Real em URV são devidas aos magistrados, de abril de 1994 a janeiro de 1995, já que, em fevereiro de 1995, os Decretos Legislativos 6 e 7 estipularam novos valores para a remuneração dos ministros de Estado e membros do Congresso Nacional, com reflexos sobre toda a magistratura federal, e como a gratificação devida aos promotores era calculada com base no vencimento básico de juiz federal, tal limitação deve ser igualmente observada.

VII. O entendimento firmado na ADI 1.797-PE somente restou superado em face do julgamento dos pedidos de medida cautelar nas ADIns 2.321 e 2.323, relativamente à remuneração recebida pelos servidores públicos, e não àquela dos magistrados federais, pois a Lei 9.421/1996, que criou as carreiras dos servidores do Poder Judiciário, fixou os valores de sua remuneração e deu outras providências, não se aplica, por óbvio, aos magistrados, cuja remuneração é prevista em diploma legal diverso.

VIII. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que para os magistrados federais, juízes classistas e promotores eleitorais, os efeitos do julgamento da ADI 1.797/PE, pelo Supremo Tribunal Federal, incidem sem ressalvas, não tendo repercussão o que ficou decidido na ADI 2.323 MC/DF. Portanto, sobre as diferenças de 11,98% decorrentes da má conversão para URV sobre a gratificação eleitoral — percebida por membros do Ministério Público que exercem funções na Justiça Eleitoral —, aplica-se a limitação temporal a janeiro de 1995, sob pena de haver pagamento sem causa.

IX. Contudo, no caso concreto, pelo que consta da fichas financeiras juntadas aos autos, os promotores nominados na petição inicial passaram a receber a gratificação eleitoral em data posterior a janeiro de 1995, não tendo, portanto, direito às diferenças pleiteadas.

X. Ação rescisória julgada parcialmente procedente para desconstituir o acórdão proferido na Apelação Cível 2000.40.00.003869-3/PI e, em novo julgamento, dar provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal para julgar improcedente o pedido.

Numeração única: 0015802-68.2003.4.01.0000

Ação Rescisória 2003.01.00.019163-5/PI

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes – 1ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 04/12/2013, p. 166

Processual Penal. Inclusão de preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima. Indeferimento de prorrogação. Lei 11.671/2008 (Art. 10, § 5º). Conflito impróprio de competência (recurso de ofício).

I. Rejeitada a renovação da permanência de preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima, o juízo de origem poderá suscitar conflito de competência, que o tribunal apreciará em caráter prioritário (Lei 11.671/2008 – art. 10, § 5º).

II. Não há (firmada a situação), na realidade, nenhum conflito de competência, somente existente quando “duas ou mais autoridades judiciárias se considerarem competentes, ou incompetentes, para conhecer do mesmo fato criminoso”, ou “quando entre elas surgir controvérsia sobre unidade de juízo, junção ou separação de processos” (art. 114, I e II – CPP). Regência semelhante contém o Código de Processo Civil (art. 115).

III. O erro técnico do legislador, numa situação apenas de divergência de entendimento, sem disputa de competência, expressa a sua intenção em dispor que, rejeitada a renovação, o juízo de origem mandará o processo para o Tribunal, numa espécie de recurso de ofício, chamado pelo texto de “conflito” — na verdade, divergência de entendimento na solução de um caso concreto — para que reveja (ou não) a decisão do juiz federal corregedor do presídio.

IV. No impasse, e em face da necessidade de solucionar a questão, é de se conhecer da manifestação do juízo de origem como um “conflito impróprio de competência”, entendido, em essência, como um recurso de ofício.

V. Remessa conhecida como “conflito impróprio de competência” (recurso de ofício). Determinação para que o preso permaneça no Presídio Federal de Porto Velho/RO por mais 360 dias, até o final do prazo anterior.

Conflito de Competência 0058415-54.2013.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Olindo Menezes – 2ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 11/12/2013, p. 25

Processual Civil. Exceção de suspeição. Desembargador federal. Terceira Seção. Art. 135 do Código de Processo Civil. Hipóteses de suspeição não configuradas. Manifestação de convicção jurídica pessoal. Direito subjetivo legalmente tutelado. Inexistência de vício processual. Exceção de suspeição improcedente.

I. A configuração de suspeição de magistrado, inclusive a suspeição por apontada parcialidade na apreciação da causa, consoante o rol descrito no art. 135 do Código de Processo Civil, exige do excipiente a indicação de fatos objetivos e concretos, de forma que se permita aferir as hipóteses capazes de, potencial ou efetivamente, resultar em prejuízo na prestação da jurisdição.

II. No caso em exame, ao que se verifica dos argumentos de fato e de direito apresentados pela pessoa jurídica excipiente, as alegações de suspeição de parcialidade no julgamento da causa, dirigidas ao desembargador federal relator, ora excepto, estão fundadas, unicamente, na existência de atos decisórios que foram realizados nos autos de processo contencioso e em declarações prestadas a jornal de conteúdo jurídico, vinculando-se os dois eventos, no entanto, à questão técnica-processual, sem nenhum conteúdo que se assemelhe às hipóteses de suspeição descritas no art. 135 do Código de Processo Civil, notadamente à prevista em seu inciso V, referente ao eventual interesse “[...] no julgamento da causa em favor de uma das partes”.

III. A manifestação de convicção jurídica pessoal sobre determinado tema, aplicado nos autos de processo por meio de decisão judicial, ou mesmo fora dele, abstratamente, sem qualquer referência a caso específico, em meio público, constitui direito subjetivo que não pode ser retirado do magistrado, consoante o “princípio do livre convencimento motivado do juiz”, estabelecido, em parte, nos arts. 131 e 436 do Código de Processo Civil, e corolário do próprio instituto constitucional da prestação da jurisdição pelo Estado, que não pode ser dissociada da formação acadêmica, jurídica, técnica e filosófica do julgador.

IV. Exceção de suspeição que se julga improcedente.

Exceção de Suspeição 0071467-20.2013.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques – 3ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 18/12/2013, p. 470

Administrativo. Processual Civil. Servidor público. Férias. Acumulação. Licença para estudos no exterior. Necessidade de serviço. Caracterização.

I. A sentença julgou procedente o pedido, para decretar a nulidade da decisão proferida nos autos do Processo Administrativo 6.139/2009, oriundo da Justiça Federal de Primeiro Grau de Minas Gerais e, em decorrência, assegurar ao autor o direito de gozar as férias relativas ao período aquisitivo 2007/2008, que lhe haviam sido negadas por perda de prazo.

II. O servidor esteve afastado de suas funções para cursar mestrado em Portugal, no período de 22/10/2007 a 14/06/2010, com autorização do TRF 1ª Região.

III. A licença não se deu em exclusivo interesse do servidor, pois o TRF 1ª Região tem interesse no aprimoramento dos seus quadros, principalmente em casos de afastamento para cursar pós-graduação na área jurídica, estando, portanto, caracterizado interesse do serviço a possibilitar a prorrogação e consequente gozo das férias relativas ao período aquisitivo 2007/2008.

IV. Apelação e remessa oficial não providas.

Numeração única: 0045777-40.2010.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 0045777-40.2010.4.01.3800/MG

Relator: Juiz Federal Renato Martins Prates (convocado) – 2ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 06/11/2013, p. 111

Processual Civil. Agravo de instrumento. Desapropriação. Passivo ambiental. Dedução. Impossibilidade. Intimação do Estado da Bahia. Discussão sobre o domínio. Ação própria.

I. O entendimento reiterado da Terceira e Quarta Turma deste Tribunal perfilham no sentido de que o depósito da oferta da terra nua deve ser feito integralmente, sem nenhuma dedução a título de “passivo ambiental” quando do ajuizamento da ação de desapropriação. Precedentes desta Corte.

II. Não merece censura a r. decisão quanto ao indeferimento do pedido de intimação do Estado da Bahia, uma vez que eventual discussão sobre o domínio do imóvel expropriado, seja na fase de conhecimento ou execução, deve ser discutida em ação própria, nos termos do art. 20 do Decreto 3.365/1941.

III. Agravo desprovido.

Agravo de Instrumento 0025702-26.2013.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 29/11/2013, p. 265

Processual Civil. Administrativo. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística—IBGE. Ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa. Agente de pesquisa e mapeamento contratado temporariamente. Lançamento de informações forjadas em formulário de pesquisa mensal de emprego. Lei 8.429/1992, art. 11, caput. Multa civil. Apelações denegadas. Sentença confirmada.

I. Lançamento, por agente de pesquisa e mapeamento contratado temporariamente, de informações forjadas em formulário de pesquisa mensal de emprego realizada pelo instituto brasileiro de geografia e estatística – IBGE.

II. Alegação de ameaças não comprovadas de morte por traficantes de drogas da área de atuação do agente como impeditivo da realização do serviço não justifica a conduta confessada do réu, que configura ato de improbidade na forma descrita no art. 11, *caput*, da Lei 8.429/1992.

III. Havendo, nos autos, informação de que o réu percebia R\$ 777,80 (setecentos e setenta e sete reais e oitenta centavos) a título de remuneração mensal, fixação de multa civil no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) não é insuficiente, tendo em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que devem ser considerados na aplicação das sanções pertinentes à sua conduta.

IV. Apelações denegadas.

V. Sentença confirmada.

Apelação Cível 0029823-17.2011.4.01.3800/MG

Relator: Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado) – 3ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 19/12/2013, p. 1.073

Administrativo. Processo Civil. Improbidade administrativa. Preliminar de ausência de interesse de agir por inadequação da via eleita rejeitada. Foro privilegiado por prerrogativa de função. Não ocorrência. Indisponibilidade dos direitos. Não ocorrência dos efeitos da revelia. Julgamento antecipado da lide. Possibilidade. Superfaturamento de preço. Alteração do objeto do convênio. Não demonstração do prejuízo ao Erário. Ausência de dolo ou má-fé. Sentença reformada. Apelações providas.

I. Não há que se falar na incompatibilidade ou inadequação da via eleita, sobretudo quando se atenta para a circunstância de a probidade administrativa ter natureza de interesse difuso. Aplicação de precedentes jurisprudenciais do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

II. Não há que se cogitar em foro privilegiado por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativas ajuizadas contra prefeitos, uma vez que a questão já se encontra superada, no âmbito jurisprudencial, com o julgamento da ADIn 2.797-DF, pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, em que restou reconhecida a inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002.

III. É de se reconhecer como indisponíveis os direitos que emanam da própria personalidade e cidadania, como na hipótese das ações por ato de improbidade administrativa, não somente pela natureza e gravidade das sanções impostas ao agente ímprobo, mas também em razão do bem tutelado, qual seja, o patrimônio público.

IV. No caso, nada obstante ter o juiz sentenciante decretado a revelia da requerida Valdez Castelo Branco Martins, por ausência de contestação no prazo legal (fl. 918), verifica-se que o il. julgador não aplicou os efeitos materiais que normalmente defluem do estado processual da revelia, uma vez que firmou seu convencimento a partir da análise dos documentos acostados aos autos e não por presunção de veracidade dos fatos articulados na inicial.

V. O julgamento antecipado da lide não implica cerceamento de defesa, caso se afigure desnecessária a instrução probatória, como na hipótese dos autos. Aplicação de precedentes jurisprudenciais do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

VI. A despeito das irregularidades apontadas na petição inicial no que diz respeito ao suposto superfaturamento dos valores de esmalte sintético, bem como à utilização de lavatórios em material diverso do pactuado, não restou demonstrado, no caso dos autos, a ocorrência de prejuízo ao Erário.

VII. Consta dos documentos juntados pela ré Valdez Castelo Branco Martins, às fls. 1.012-1.019, 1.030-1.034 e 1.053-1.068 dos autos, sobretudo do parecer técnico de fl. 1.015, no qual se pode ler que “[...] não houve prejuízo ao Erário e

a obra atingiu o objetivo e está em funcionalidade, mesmo com o término da ação feita fora da vigência [...]” (fl. 1.015), o que ensejou, in casu, o parecer final da Funasa pela aprovação do convênio em questão, considerando que “[...] foi executado 100% da etapa física e com 100% de funcionalidade” (fl. 1.015).

VIII. Tem-se, ainda, na hipótese, que não logrou o autor demonstrar que a conduta dos réus, ora apelantes, tenha sido movida por dolo ou má-fé em causar lesão ao erário, circunstância que se afigura imprescindível para a configuração do ato de improbidade administrativa.

IX. Sentença reformada. Apelações providas.

Numeração única: 0006684-93.2008.4.01.4300

Apelação Cível 2008.43.00.006684-9/TO

Relatora: Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (convocada) – 4ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 07/11/2013, p. 127

Administrativo. Ação de improbidade administrativa. Ato de tortura imputado a agente da Polícia Federal. Ato de improbidade administrativa. Rejeição da inicial. Sentença mantida. Inexistência de ato de improbidade.

I. Estando a sentença devidamente fundamentada quanto à inexistência do ato de improbidade, inacolhível se torna a pretensão de recebimento da inicial para o prosseguimento da ação de improbidade (inteligência do § 8º art. 17 da Lei 8.429/1992).

II. A prática da tortura, levada a efeito por agente público, embora constitua crime e infrações administrativas, puníveis, respectivamente, na esfera penal e administrativa, não se caracteriza como ato de improbidade administrativa nos termos da Lei 8.429/1992, considerando que não se trata de um ato do agente contra a Administração Pública, mas de um ato contra particulares, embora esses particulares se encontrem sob a tutela do Estado.

III. Apelação improvida.

Apelação Cível 0038831-54.2011.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Antônio Oswaldo Scarpa (convocado) – 4ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 13/12/2013, p. 254

Administrativo e Processual Civil. Ação popular. Porto Organizado de Manaus/AM. Convênio de delegação firmado pela União Federal e pelo Estado do Amazonas. Alcance das cláusulas de reversibilidade de bem imóvel adquirido por interveniente do delegatário durante a vigência do convênio. Ausência de utilização de recursos federais em sua aquisição ou destinação à exploração de atividades portuárias. Reversão ao patrimônio da União. Hipótese não caracterizada. Dação em pagamento para fins de quitação de débitos judicialmente contraídos. Desnecessidade de aquiescência prévia da União Federal ou da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq e de prévia autorização legislativa. Regularidade da avaliação e dispensa de procedimento licitatório. Competência jurisdicional do juízo monocrático. Legitimação ativa do autor popular. Rejeição das preliminares de ilegitimidade ativa do autor popular. Nulidade processual por julgamento extra petita, violação à coisa julgada, ausência de documento indispensável ao deslinde da demanda, de interesse de agir e cerceamento de defesa. Litigância de má-fé. Não caracterização.

I. Em se tratando de ação popular, dispõe a Lei 4.717/1965 que, “conforme a origem do ato impugnado, é competente para conhecer da ação, processá-la e julgá-la o juiz que, de acordo com a organização judiciária de cada Estado, o for para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município” (art. 5º, caput).

II. No caso concreto, versando a controvérsia instaurada nos autos sobre a reversibilidade, ou não, ao patrimônio da União Federal, de imóvel adquirido por delegatária de Convênio de Delegação por ela celebrado, para fins de administração do Porto Organizado de Manaus, e, por conseguinte, da sua dação em pagamento para fins de quitação de débitos judiciais, afiguram-se competentes, para processar e julgar a demanda, os juízos da localização do imóvel ou da Seção Judiciária do Distrito Federal, por força do que dispõe o art. 109, § 2º, da Constituição Federal, não se aplicando, na espécie, a norma do art. 95 do CPC, por se tratar de ação popular em que se busca a defesa de interesses coletivos, transindividuais, na defesa do patrimônio público, que não se confundem com os interesses meramente

intersubjetivos, que caracterizam as ações fundadas em direito real, a que se reporta o aludido dispositivo legal. Rejeição da preliminar de incompetência do juízo.

III. Nos termos do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal e do art. 1º da Lei 4.717/1965, qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise à anulação de 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, devendo apresentar, para fins de demonstração dessa legitimação ativa, prova de que se encontra em situação regular perante a Justiça Eleitoral, no momento da propositura da ação, como na hipótese em comento. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada.

IV. Guardando os fundamentos do julgado recorrido com as razões que serviram de suporte à inicial e com o pedido ali formulado, como no caso, não se afigura presente, no caso concreto, a ocorrência de julgamento *extra petita*. Eventual acréscimo de fundamentos outros, no aludido decisum, representa apenas um *plus* na sua motivação, não se caracterizando, por si só, julgamento *extra petita*, mormente quando aqueles fundamentos outros seriam suficientes para o deslinde da demanda, como na espécie. Rejeição da preliminar.

V. No caso em exame, não se vislumbra qualquer nulidade processual, por suposta ausência de juntada de documento indispensável à propositura da ação, eis que, para fins de comprovação da aquisição e transferência do imóvel descrito no feito, afiguram-se suficientes aqueles carreados para os autos, notadamente a respectiva certidão de registro imobiliário. Preliminar que se rejeita.

VI. O título judicial em que se ampara a preliminar de violação à coisa julgada limitou-se a extinguir a execução constituída no aludido título, em virtude de transação realizada entre Portus – Instituto de Seguridade Social e SNPH – Sociedade de Navegação, Portos e Hidrovias do Estado do Amazonas, segundo a qual as partes propuseram a extinção do feito, mediante a quitação do débito exequendo, por intermédio da dação em pagamento descrita nos autos, nada dispondo, contudo, sobre a sua regularidade, não se confundindo, portanto, com a discussão travada nestes autos, consistente na legitimidade, ou não, da referida dação em pagamento. Preliminar que também se rejeita.

VII. À luz do art. 264 do CPC, “feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei”. Na hipótese em comento, além do aditamento à petição inicial ter-se operado em momento anterior à efetivação da citação dos promovidos, a alteração introduzida pelo autor popular, limitou-se a adequar o seu pleito à situação fática superveniente surgida após o ajuizamento da demanda, fazendo inserir o pedido de anulação da dação em pagamento do imóvel e dos respectivos registros cartorários, cuja realização era objeto do pedido inibitória inicialmente formulado. Rejeição das preliminares de ausência de interesse de agir e de cerceamento de defesa, sob tais fundamentos.

VIII. Por força do Convênio de Delegação 7/1997, celebrado entre a União Federal e o Estado do Amazonas, para fins de administração e exploração do Porto Organizado de Manaus, estipulou-se que os bens que integram o patrimônio do aludido Porto, nele incluídos aqueles adquiridos na gestão da Interveniante (no caso, a Sociedade de Navegação, Portos e Hidrovias do Estado do Amazonas – SNPH), para exploração do porto delegado, ficarão afetos ao patrimônio respectivo e reverterão à União ao término do aludido convênio, independentemente da indenização (cláusulas segunda e oitava, parágrafo segundo).

IX. No caso concreto, do conjunto fático probatório carreado para os autos, especialmente as conclusões do colendo Tribunal de Contas da União, do corpo técnico da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq e da Sociedade de Navegação, Portos e Hidrovias do Estado do Amazonas – SNPH, extrai-se que, além de encontrar-se localizado em área distante dos limites territoriais em que se encontra instalado o Porto Organizado de Manaus, o imóvel adquirido pelo Interveniante, durante a vigência do convênio, não teve, nem tem, destinação voltada para a exploração de suas atividades portuárias, não se enquadrando, por conseguinte, na cláusula de reversão inserida no aludido convênio, dispensando-se, por conseguinte, a aquiescência prévia da União Federal e da referida agência reguladora, como condição para a sua alienação.

X. Por força do que dispõe o art. 17 da Lei 8.666/1993, “a alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação” e, em se tratando de imóveis, “dependerá de autorização legislativa para órgãos da Administração direta e entidades autárquicas e fundacionais,

e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência”, dispensada esta nos caso de dação em pagamento (inciso I, alínea a), como na hipótese em comento.

XI. Justificado, na espécie, o interesse público, realizada competente avaliação oficial (em duas oportunidades distintas, pela Caixa Econômica Federal, sendo a última por determinação do Tribunal de Contas da União – TCU) e dispensada a autorização legislativa prévia, por se tratar de imóvel pertencente, na época, a empresa pública estadual, bem assim, dispensado o procedimento de licitação (Lei 8.666/1993, art. 17, inciso I, alínea a), a dação em pagamento do imóvel em referência, realizada pela Sociedade de Navegação, Portos e Hidrovias do Estado do Amazonas – SNPH, para fins de quitação de débitos judiciais, em montante superior àquele apurado no laudo de avaliação, não caracteriza lesão ao patrimônio público, a autorizar a sua desconstituição em sede de ação popular.

XII. A orientação jurisprudencial de nossos tribunais firmou-se no sentido de que “a utilização de recursos previstos em lei não caracteriza litigância de má-fé, que deve ser demonstrada, cabalmente, com provas de dolo do agente e prejuízo à parte contrária” (AC 2006.38.00.026959-8/MG, rel. Des. Federal Catão Alves, Sétima Turma, e-DJF1, p. 307, de 14/11/2008).

XIII. Na hipótese dos autos, a circunstância das promovidas J. F. de Oliveira Navegação Ltda. e Chibatão Navegação e Comércio Ltda. terem interpostos sucessivos agravos de instrumento (quatro, segundo relatado na sentença monocrática) e veiculado duas exceções de suspeição não tem o condão, por si só, de caracterizar litigância de má-fé, seja por se tratar de mero exercício de direito assegurado em nossa Carta Magna (CF, art. 5º, LV), seja por não restar caracterizada, na espécie, a ocorrência de dolo ou prejuízo à parte ex adversa. A eventual utilização de expressões supostamente injuriosas nos escritos apresentados no feito reclama, quando muito, a aplicação da norma do art. 15 e respectivo parágrafo único do CPC (determinação de riscá-las ou cassação da palavra do patrono da parte, quando proferidas em defesa oral), hipótese não ocorrida, no particular.

XIV. Sem custas e honorários advocatícios, à míngua de comprovada má-fé do autor popular.

XV. Parcial provimento das apelações interpostas por J. F. e Oliveira Navegação Ltda., Chibatão Navegação e Comércio Ltda, Estado do Amazonas e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq. Provimento dos apelos de Lucas Aires Bento Graf e Instituto de Seguridade Social – Portus.

XVI. Sentença reformada, em parte, para julgar-se improcedente a ação popular, restando, prejudicada a apelação do autor popular e afastada a condenação das promovidas J. F. e Oliveira Navegação Ltda. e Chibatão Navegação e Comércio Ltda, e de seus patronos, por litigância de má-fé.

Numeração única: 0035223-24.2006.4.01.3400

Apelação Cível 2006.34.00.036233-5/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 05/11/2013, p. 268

Responsabilidade civil do Estado. Antigos servidores da Sucam. Combate a endemias. Manipulação de DDT. Ausência de treinamento e de equipamentos adequados de proteção individual. Laudo pericial. Patologias. Ausência de constatação. Confirmação, todavia, por documentos juntados à inicial, de contaminação, por outros documentos. Pânico criado em torno das consequências da utilização de DDT. Angústia e apreensão, qualificadas, daqueles servidores. Dano moral. Indenização.

I. Na sentença, foram julgados improcedentes os pedidos em face de prescrição da contaminação anterior a 14/10/2004 (art. 269, IV, do CPC) e por ausência de prova do nexa causal relativamente ao período superveniente a 14/10/2004.

II. Considerou o juiz que: a) “o prazo prescricional só começa a correr quando o titular do direito violado toma conhecimento do fato e da extensão de suas consequências. No caso da ação de indenização ou reparação de danos, de acordo com o princípio da *actio nata*, o termo inicial do prazo prescricional é a data da ciência do interessado quanto ao fato que pretende obter a reparação civil”; b) “o direito público de demandar em juízo prestações com

esse fundamento nasceu quando o autor teve ciência inequívoca de sua intoxicação, não importando o momento em que ocorreu o acidente, ou seja, a contaminação pelo uso do DDT"; c) "o Laudo de Exame Toxicológico, subscrito em 28/09/2004, acessível ao conhecimento do autor, já apontava contaminação pelos referidos produtos químicos"; d) "considerando-se a data do ajuizamento da presente ação (14/10/2009), conclui-se pela ocorrência da prescrição da pretensão condenatória referente ao pedido indenizatório"; e) "o laudo pericial judicial concluiu por nexos causal inexistente e que 'todos os exames clínicos de confirmação da patologia apontada pelo periciando foram negativos'".

III. É presumível permanente angústia decorrente do pânico criado em torno da possibilidade de contaminação e dos efeitos do DDT no organismo. Se essa angústia é de nível tal que justifique indenização por dano moral, é questão de mérito. Não procede, por isso, a alegação de prescrição da pretensão indenizatória.

IV. De acordo com o laudo pericial, o autor: a) "apresentou somente uma eletroneuromiografia com alterações, sendo que estas alterações não foram confirmadas por exames clínicos e/ou a história clínica do periciando"; b) "não comprovou no momento nenhuma patologia advinda de uma possível contaminação aguda ou crônica". A perícia também constatou que: a) "os sintomas relatados são todos inespecíficos"; b) "todos os exames clínicos de confirmação da patologia apontada pelo periciando foram negativos".

V. Entretanto dos documentos que instruíram a inicial, já se extraía conclusão obtida pelo toxicologista Otávio Américo Brasil, ao proceder a exame denominado "Toxicológico por Cromatografias para pesquisa de Pesticidas", em material colhido do autor: "Positivo para presença de pesticidas grupo organo-clorado. DDT total=5,90ug/dl", tendo o toxicologista afirmado que "o valor normal é de até 3 ug/dl (de acordo com a Portaria 12 de 06/06/1983 da Secretaria de Segurança e Saúde no trabalho através da NR7)", como também que esse servidor "apresenta valores de DDT compatíveis com Intoxicação Exógena por pesticidas do grupo Organo Clorado".

VI. Ao que consta (cf. Consolidado de Informações sobre o Uso do DDT em Saúde Pública, elaborado pela Funasa em 2008, capítulo intitulado Estudo de Caso – Contaminação de Servidores no Estado do Pará, juntado aos autos da ApReeNec 0006726-60.2011.4.01.3000/AC), mediante contrato entre a autarquia e o laboratório *Dr. Brasil*, a realização de exames nos servidores, pelo referido laboratório, foi patrocinada pela própria Funasa.

VII. Se o autor não sofre males físicos e/ou psíquicos decorrentes da manipulação, desprotegida e sem treinamento adequado, do DDT em suas atividades, com certeza sofreu e continua sofrendo, no mínimo, a angústia causada pela contaminação e pelo pânico produzido em torno da questão, com reflexo em suas relações sociais, a começar pelas relações familiares.

VIII. Indenização por dano moral na quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais) por ano de exposição desprotegida ao DDT.

IX. "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento" (Súmula 362-STJ).

X. Quanto aos juros de mora, o autor não oferece elementos de convicção e é impossível estabelecer marco a partir do qual foi tomado pela angústia e temor que servem de base à indenização que ora lhes é deferida. Por isso, aplicando a Súmula 163/STF, é fixada a data da citação inicial para a ação.

XI. "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca" (STJ, Súmula 326).

XII. Parcial provimento à apelação do autor para condenar a Funasa a pagar indenização por danos morais no referido valor, como também honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor da condenação. A data da citação é o marco inicial de contagem dos juros moratórios e a correção monetária do valor da indenização incidirá a partir da data do presente julgamento, ou seja, desde a data do arbitramento.

Numeração única: 0015562-45.2009.4.01.3500

Apelação Cível 2009.35.00.015647-7/GO

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 05/11/2013, p. 271

Constitucional. Ação civil pública. Acesso ao ensino fundamental. Restrição. Por motivo de idade. Impossibilidade. Arts. 3º, IV e 208, I e VI, da Constituição Federal e art. 32 da Lei 9.034/1996. Preliminares rejeitadas.

I. Tendo o *decisum a quo* apreciado, como no caso, a controvérsia instaurada nos autos, decidindo a causa, fundamentadamente, de acordo com a livre convicção do juízo, inclusive, com expresse pronunciamento quanto às questões suscitadas, não prospera a preliminar de nulidade do julgado, sob o fundamento de ausência de conteúdo decisório.

II. Versando os pedidos formulados nos autos da ação civil pública sobre obrigações impostas exclusivamente à União, afigura-se desnecessário a presença do Estado de Minas Gerais e do Município de Juiz de Fora no polo passivo da presente demanda. Preliminar de litisconsórcio passivo necessário rejeitada.

III. No mesmo sentido, não há que se falar em inadequação da via eleita, eis que, “na trilha da jurisprudência do STF, o STJ admite que a inconstitucionalidade de determinada lei pode ser alegada em ação civil pública, desde que a título de causa de pedir — e não de pedido —, como na espécie em tela, pois, neste caso, o controle de constitucionalidade terá caráter incidental.” (REsp 1326437/MG, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013). Em sendo assim, verificando-se que o controle de constitucionalidade pretendido nos autos da presente ação civil pública tem caráter incidental, revela-se adequada a via eleita pelo *Parquet* Federal, na espécie.

IV. A existência de ação declaratória de constitucionalidade (ADC 17) perante o Supremo Tribunal Federal, não se afigura como argumento suficiente a determinar a suspensão do presente feito, porquanto, a ação em curso perante a Suprema Corte corresponde a processo objetivo de controle de normas, a cujo objeto refoge a resolução de qualquer questão de fato, como no caso. Ainda que assim não fosse, verifica-se, inclusive, que o eminente Ministro Ricardo Lewandowski, relator da ADC 17, indeferiu o pedido liminar, que pretendia suspender todos os processos em que se discute a matéria, ora, objeto deste processo.

V. Na hipótese dos autos, tendo a criança cumprido a etapa da educação infantil é razoável que possa ter acesso ao ensino fundamental mediante matrícula em instituição de ensino no tempo em que completar 6 anos de idade, independentemente da data de aniversário da criança, por imposição direta das normas insculpidas nos incisos I e IV do art. 208 da Constituição Federal e no art. 32 da Lei 9.394/1996, não se impondo a estipulação de um marco temporal para a efetivação da matrícula, como no caso, em que somente teriam direito à matrícula no ensino fundamental as crianças que completem 6 (seis) anos de idade até o dia 31 de março, à míngua de qualquer previsão legal ou constitucional, no particular.

VI. Em sendo assim, observa-se que as resoluções 1/2010, 6/2010 e 7/2010 da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, que fixam o direito de a criança ter acesso ao ensino fundamental somente se completar 6 (seis) anos de idade até 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula, extrapolaram o seu poder regulamentar, em razão da ausência de previsão constitucional e legal nesse sentido, caracterizando-se, assim, ilegítima a restrição estabelecida nas referidas resoluções.

VII. Ademais, não há que se falar, na espécie, em inobservância da cláusula da reserva do possível, eis que, na inteligência jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, “a cláusula da reserva do possível — que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição — encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.” (ARE 639337 AgR, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe 177, divulg. 14/09/2011, public. 15/09/2011, ement. v. 02587-01, p. 125).

VIII. Por fim, há de ver-se, ainda, que a tutela jurisdicional pretendida nos autos da ação civil pública encontra-se em sintonia com o exercício do direito constitucional à educação (CF, art. 205) e com a expectativa de futuro

retorno intelectual em proveito da nação, que há de prevalecer sobre formalismos eventualmente inibidores e desestimuladores do potencial científico daí decorrente.

IX. Agravo de instrumento desprovido.

Agravo de Instrumento 0001074-70.2013.4.01.0000/MG

Relator : Desembargador Federal Souza Prudente – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 11/11/2013, p. 93

Ação civil pública. Sistema de pesagem de veículos de carga em rodovias federais que passam pelo Estado de Minas Gerais. Ineficiência do sistema vigente. Omissão do Poder Público. Princípio da separação dos Poderes da República. Violação não configurada. Sistema de freios e contrapesos. Controle judicial dos atos administrativos. Segurança dos usuários das rodovias. Direito à vida. Garantia constitucional. Viabilidade de previsão orçamentária.

I. Norteados pelo princípio constitucional da eficiência, o juízo de origem julgou parcialmente procedente o pedido do Ministério Público Federal nesta ação civil pública, determinando ao DNIT a apresentação de plano de pesagem de veículos de carga com especificação do número de postos nas rodovias federais, condizente com a malha rodoviária pavimentada de Minas Gerais. O prazo de efetivação do aludido plano foi delegado ao próprio DNIT.

II. A divisão das tarefas legislativas, executivas e jurisdicionais entre órgãos especializados — fórmula consagrada por Montesquieu que consubstancia salutar instrumento de limitação do poder estatal e consequente garantia das liberdades individuais —, foi afirmada nas Constituições das antigas colônias inglesas da América, positivando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos, em 1787, assim como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Figura atualmente como verdadeiro dogma de Direito Constitucional, ocupando, na nossa Constituição Federal de 1988, a exemplo das Cartas precedentes, papel de destaque como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 2º), tanto que alçado à categoria de cláusula pétrea, na forma do § 4º, III, do art. 60. (José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, 36 ed., p. 111.)

III. Tais Poderes, malgrado independentes, impescindem, na busca do equilíbrio necessário à realização do bem comum e de modo a evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais dos administrados, do estabelecimento de mecanismos de controle recíprocos do exercício das respectivas funções (o chamado sistema de freios e contrapesos). Daí a adoção da cláusula “independentes e harmônicos entre si”, própria dos sistemas presidencialistas de governo, pela Constituição.

IV. A garantia da segurança dos usuários de rodovias impõe-se como medida de absoluta necessidade, na medida em que os graves acidentes automobilísticos atentam, não raro, contra a integridade física e contra a vida de condutores e passageiros. E a vida é direito constitucionalmente protegido, essencial, não podendo tal garantia ser negligenciada pelo poder público por omissão no seu dever de fiscalização das condições de veículos de transporte de cargas.

V. “Não há violação ao princípio da separação de poderes quando o Judiciário, em situações excepcionais, determina que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente essenciais” (ARE 635678, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 060, divulg. 02/04/2013, public. 03/04/2013).

VI. “O princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 142).

VII. A ineficiência do sistema de pesagem de veículos de cargas nas rodovias federais atrai a atuação do sistema de freios e contrapesos e autoriza o controle judicial ora demandado, sem danos à harmonia entre os Poderes da República.

VIII. Da forma como deferida a providência postulada pelo Ministério Público Federal, não se pode alegar violação a princípios orçamentários, pois o juízo de origem não estabeleceu prazo para efetivação do plano de pesagem. Ao contrário, delegou a fixação do prazo aos próprios apelados, de forma a viabilizar a necessária previsão orçamentária.

IX. Apelações do DNIT e da União improvidas.

Numeração única: 0010815-64.2005.4.01.3800

Apelação Cível 2005.38.00.010894-0/MG

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 13/11/2013, p. 99

Constitucional. Civil. Usucapião. Imóvel não destinado a atividade de operação ferroviária desapropriado para viabilizar permuta para atender transação em outra desapropriação. Desapropriada alocada no novo imóvel desde 1967. Reconhecimento pela União, sucessora da RFFSA nos autos sobre a transação entabulada. Imóvel que não pode ser considerado bem público. Aquisição por usucapião possível. Sentença confirmada.

I. Por norma constitucional bem público não pode ser objeto de usucapião.

II. Outra situação, contudo, é a derivada de obrigações assumidas por empresa privada que presta serviços públicos ou sociedade de economia mista quando não se trate de bens destinados ao exercício de suas atividades.

III. Não é cabível rejeitar pedido de aquisição por usucapião de imóvel que foi desapropriado com a finalidade de alocar proprietária de outro imóvel desapropriado consensualmente com a exigência de que fosse fornecido novo local para moradia e produção à proprietária original, na hipótese em que as obrigações recíprocas foram cumpridas em 1967, com o assentamento da desapropriada no terreno em questão, restando pendente apenas a escritura de permuta que não foi lavrada em razão de decreto superveniente que retirou da Cia. Mogiana a possibilidade de desapropriar terrenos para a implantação do ramal Araguari-Uberlândia da ferrovia que era por ela administrada.

IV. Ao reconhecer a existência da transação entre a particular e a empresa para a implantação do ramal no terreno daquela proprietária, o que foi efetivado, a União não deveria opor-se ao reconhecimento da necessidade de transmissão do domínio, sob pena de enriquecimento sem causa em seu favor.

V. Não sendo efetivada a providência voluntária, afigura-se possível o deferimento da pretensão de usucapião, uma vez que a posse mansa e pacífica do terreno é inequívoca, não havendo falar-se em impedimento de aquisição por tratar-se de bem público, com acentuado na manifestação do Ministério Público Federal em primeira e segunda instâncias.

VI. A fixação de honorários em 10% sobre o valor atualizado da causa, indicado em R\$ 30.000,00, atende de forma efetiva o comando do § 4º do art. 20 do CPC, não comportando a pretendida reforma veiculada pela União.

VII. Apelação e remessa oficial tida por interposta improvidas.

Numeração única: 0004553-89.2005.4.01.3803

Apelação Cível 2005.38.03.004746-9/MG

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 13/11/2013, p. 100

Constitucional. Trabalhista. Processual Civil. Responsabilidade civil. Danos morais. Demissão de servidora da ECT. Suposta prática de crime de apropriação indébita. Falha no sistema operacional da empresa apurada em procedimento administrativo. Demissão. Indenização. Fato gerador. Relação de causalidade com o vínculo laboral. Competência da Justiça do Trabalho. Sentença anulada.

I. O exame dos autos revela que a autora sofreu demissão por justa causa, em decorrência de falhas no sistema operacional da ECT, destinado a apurar lançamento de valores e produtos movimentados nas agências, tomou empréstimo para cobrir diferenças de caixa a que não deu causa e respondeu a inquérito policial, tudo em razão dos desdobramentos do evento danoso, determinando a sentença o pagamento de indenização no valor de R\$ 41.500,00 (quarenta e um mil e quinhentos reais) em relação ao dano sofrido.

II. O fato gerador do alegado dano moral (instauração de inquérito policial para apuração de suposta prática do crime de apropriação indébita), advém da relação de emprego. Sem o vínculo trabalhista, não existiria tal infortúnio; este somente ocorre no âmbito daquele.

III. A teor do inciso VI do art. 114 da Constituição Federal, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as causas que envolvam pedido de indenização por dano moral e material decorrentes da relação de emprego, considerado o vínculo laboral ao tempo do alegado evento danoso. (Cf. STF, AI 841.666-ED/MG, Primeira Turma, da relatoria da Min. Cármen Lúcia, *DJ* 27/06/2011; RE 493.485-AgR/SP, Primeira Turma, da relatoria do Min. Dias Toffoli, *DJ* 16/02/2012; AI 420.949-AgR/RJ, Segunda Turma, da relatoria do Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 1º/10/2010; AI 663.722AgR/MG, Primeira Turma, da relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* 17/10/2008.)

IV. Anulação, de ofício, da sentença e dos demais atos decisórios com o reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho.

V. Apelações da autora e da ECT conhecidas, mas dadas por prejudicadas.

Numeração única: 0005269-37.2005.4.01.3700

Apelação Cível 2005.37.00.005522-9/MA

Relator: Juiz Federal João Carlos Costa Mayer Soares (convocado) – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 17/12/2013, p. 353

Civil e Processual Civil. Nulidade de intimação para purgação da mora e de procedimento expropriatório (arts. 26, § 4º, da Lei 9.514/1997 e 31, § 1º, do DL 70/1966). Interdito proibitório. Alienação irregular de imóvel em hasta pública diante de ordem judicial proibitiva. Proteção possessória justificada. Dano moral configurado. Quantum indenizatório. Honorários de advogado.

I. É nula a intimação ou notificação no procedimento de consolidação da propriedade disciplinada pela Lei 9.514/1997 quando configurada a inobservância dos requisitos estabelecidos nos arts. 26, § 4º, da referida norma e 31, § 1º, do DL 70/1966, uma vez caracterizada a ineficácia da certidão oferecida pelo oficial do cartório atestando que o fiduciante não residia no local indicado. Isso porque a diligência cartorária foi efetuada apenas no endereço do imóvel objeto do financiamento, sem esgotar as possibilidades de localização do mutuário, uma vez que não houve diligência no endereço indicado nos autos do contrato celebrado com o agente financeiro e, tampouco, considerou a condição de servidor público estadual do fiduciante – conforme noticiado à época da contratação – hipótese que facilitaria sua localização.

II. O interdito proibitório, previsto no art. 932 do Código de Processo Civil, tem caráter inibitório e visa à proteção preventiva da posse diante de iminente receio de turbação ou esbulho. Para que seja concedido o mandado judicial proibitório é preciso comprovar a posse e sua continuação, além da ameaça ao pleno exercício dos direitos possessórios.

III. A alienação de imóvel em hasta pública em desobediência a decisão judicial que determinou a cessação dos atos expropriatórios em razão de irregularidade no procedimento de execução extrajudicial justifica a concessão de medida possessória protetiva e enseja indenização por danos morais em favor do mutuário que teve sua posse turbada e esbulhada em razão de ato comissivo do agente financeiro.

IV. O choque e a perturbação sofridos pelo autor diante da turbação e esbulho de seu imóvel protegido por decisão judicial afetaram seu patrimônio moral, merecendo reparação de natureza pecuniária. No caso, o montante fixado na sentença no importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), é suficiente para a valoração da dor moral e conforma-se com a ideia de que “A indenização por dano moral não é preço matemático, mas compensação parcial, aproximativa, pela dor injustamente provocada” (REsp 617.131/MG, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, *DJe* 25/11/2009).

V. Na condenação em honorários de advogado o julgador deve observar a regra dos §§ 3º e 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, considerando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, bem como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. O arbitramento da verba honorária em 10% sobre o valor da condenação, conforme estipulado na sentença revela-se proporcional diante da pouca complexidade da causa, devendo ser mantida a fim de remunerar o trabalho do causídico e ajustar-se à realidade dos fatos.

VI. Astreintes que se mantêm, no parâmetro fixado, por concluir ser insuficiente para inibir qualquer tentativa de descumprimento da decisão por parte da ré.

VII. Apelação da CEF e recurso adesivo do autor a que se nega provimento.

Numeração única: 0009554-97.2010.4.01.3700
Apelação Cível 2010.37.00.002457-5/MA
Relator : Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – 6ª Turma
Publicação: e-DJF1 de 10/12/2013, p. 374

Processual Civil e Administrativo. Analista de finanças e controle externo do Tribunal de Contas do Distrito Federal. Negativa do cancelamento de registro profissional e de débitos no Conselho Regional de Administração. Ausência de respaldo legal. Indenização por danos morais.

I. “A jurisprudência tem afastado a obrigatoriedade de registro em conselhos de categorias profissionais, quando se exige diploma em curso superior concluído em nível de graduação, em qualquer área, para provimento de cargo público.”(AMS 2002.38.00.015464-9/MG, rel. Des. Federal Leomar Amorim, Oitava Turma, e-DJF1, p. 492, de 08/08/2008.)

II. *In casu*, o cancelamento do registro da parte autora no conselho profissional é matéria que se impõe, haja vista que para o exercício cargo público de analista de finanças e controle externo do Tribunal de Contas do Distrito Federal não se exige a manutenção do referido registro.

III. “Com o ingresso em cargo público, o autor deixou de ser profissional liberal. Tinha, por isso, todo direito de ver cancelada sua inscrição no Conselho Regional de Contabilidade. O indeferimento de seu pedido é ilegalidade manifesta. Aliás, ainda que não houvesse tomado posse em cargo público, não estava obrigado a permanecer inscrito naquele Conselho. Por isso, é desprovida de base jurídica a cobrança de anuidades e, com mais razão, a inscrição em cadastro de inadimplentes.” (AC 1999.34.00.006110-3/DF, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1, p.1679, de 04/09/2009.)

IV. Devida indenização por danos morais, haja vista que, além dos transtornos e dissabores por ver seu nome inscrito nos cadastros de inadimplentes, a autora, sendo servidora pública, viu-se impossibilitada de exercer função comissionada, conforme consta da inicial. (Precedentes)

V. Apelação não provida. Sentença mantida.

Numeração única: 0017297-30.2006.4.01.3400
Apelação Cível 2006.34.00.017470-1/DF
Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca – 7ª Turma
Publicação: e-DJF1 de 14/11/2013, p. 1.170

Processual Civil e Administrativo. Ação ordinária. Pena de perdimento de aeronave. Antecipação de tutela. Fiança bancária no valor integral do bem. Agravo de instrumento não provido.

I. Em hipótese assemelhada, o teor de provimento cautelar do STF: “*O periculum in mora* está presente, tendo em vista o caráter irreversível que os efeitos imediatos de uma pena de perdimento poderá acarretar. A perda da posse da aeronave da Demandante poderá resultar na alienação do bem a um terceiro de boa-fé, o que prejudicaria a autora na hipótese de êxito em suas pretensões. Sob outro enfoque, o elevado custo de manutenção da aeronave da autora, estimado, segundo narrado na exordial, é de, aproximadamente, 500.00,00 dólares por ano. Impor à União — que ficaria com a custódia do bem até a sua efetiva transferência — o dever de manter e pagar os elevados custos para a sua manutenção é medida que não se revela compatível com a necessidade de preservação do interesse público. Ademais, provavelmente, o depósito do bem em um armazém da Receita Federal permitirá que aeronave fique completamente deteriorada, hipótese que poderá obrigar a União, se a autora obtiver êxito em suas pretensões, a responder civilmente.” (AC 3088 MC, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 08/03/2012, publicado em Processo Eletrônico DJe 052, divulg. 12/03/2012, public. 13/03/2012).

II. AAO objetiva anulação do PA 19482.720080/2012-18 que julgou procedente o Auto de Infração 0817700/00180/12 e determinou a aplicação da pena de perdimento à aeronave. Prestada fiança bancária no valor integral do bem (fl. 208 – Banco Bradesco S/A – R\$ 86.121.365,03), o efeito da conclusão definitiva do PA está garantido, sendo injustificável, então, que se mantenha a aeronave em solo, sujeita aos efeitos naturais da deterioração e aos elevados custos de manutenção e hangaragem.

III. Agravo de instrumento não provido.

IV. Peças liberadas pelo relator, em Brasília, 26 de novembro de 2013, para publicação do acórdão.

Agravo de Instrumento 0061593-11.2013.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Tolentino Amaral – 7ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 06/12/2013, p. 1.604

Processual Civil. Exceção de suspeição. Execução fiscal. Fraude à execução. Juiz. Cumprimento de atribuições legais. Aconselhamento. Parcialidade não configurada. Improcedência da exceção.

I. A exceção de suspeição deve fundamentar-se em uma das hipóteses constantes do art. 135 do CPC e em fatos devidamente comprovados.

II. Não se configura ato de parcialidade do juiz quando no trecho em que se alega aconselhamento, a decisão protegeu direito individual do próprio executado, ora excipiente, contrariamente aos interesses da exequente de ser decretada fraude à execução.

III. Inexiste favorecimento na hipótese de a decisão pontuar sobre os meios de prova que não ficaram demonstrados na espécie, quais sejam, diligências em cartórios de registro de imóveis e juntas comerciais, mormente quando as referidas buscas são comumente realizadas em sede de execução fiscal.

IV. Os procuradores da exequente (Fazenda Nacional) são todos concursados e qualificados, sendo que não necessitam de aconselhamento de magistrado para melhor desempenhar suas funções na preservação do erário público.

V. Ausência de fundamentos ou subsídios fáticos que permitam concluir que o magistrado agiu de forma parcial para beneficiar a exequente. Precedentes.

VI. A rejeição da exceção de suspeição não tem o condão de afastar eventual *erro in procedendo*, para o qual existe correção e recursos próprios.

VII. Exceção de suspeição que se rejeita.

Exceção de Suspeição 0000551-92.2013.4.01.3901/PA

Relator: Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado) – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 14/11/2013, p. 1.437

Constitucional. Tributário. Importação. Inexistência de fato da pessoa jurídica. Ocultação do real adquirente. Incapacidade operacional e financeira. Dano ao Erário. Perdimento das mercadorias. Constitucionalidade. Inaptidão do CNPJ. Procedimento fiscal. Ampla defesa e contraditório. Ineficácia da IN SRF 568/2005. Substituição da pena de inaptidão do CNPJ por multa. Direito de propriedade. Livre iniciativa. Retroatividade da sanção.

I. A pena de perdimento de bens, para casos de importação irregular de mercadorias, não ofende o disposto no art. 5º, XLVI, *b*, da Constituição Federal. Precedentes.

II. Para a aplicação da pena de perdimento de bens é imprescindível a observância irrestrita do devido processo legal.

III. Afastada a nulidade do processo administrativo por cerceamento de defesa, uma vez que, para decidir, a autoridade administrativa não está obrigada a examinar todos os argumentos de mérito apresentados pelo contribuinte. Basta que fundamente sua decisão, o que foi devidamente observado no caso.

IV. Em virtude da natureza complexa da atividade executiva, não há óbice a que a Administração, no curso de processo administrativo, altere a capitulação legal das condutas investigadas, contanto que dê à parte prévia oportunidade de defesa.

V. A IN RFB 568/2005 não perdeu sua eficácia em razão da não conversão em lei da Medida Provisória 258/2005. Não editado decreto legislativo para disciplinar relações jurídicas decorrentes de medida provisória não convertida em lei, os atos praticados durante sua vigência conservam-se por ela regidos (CF, art. 62, § 3º combinado com o § 11), em prestígio da segurança jurídica e da presunção de legitimidade dos atos legislativos. Precedentes.

VI. Ausência de tipificação da *inexistência de fato* afastada. O art. 81 da Lei 9.430/2006 não especificou, mas claramente previu a referida situação jurídica, e, mais, delegou ao Ministério da Fazenda definir os termos e condições para a declaração de inaptidão do CNPJ, com base nesse fundamento.

VII. A empresa considerada inexistente de fato — ante a não demonstração de capacidade financeira e operacional para realização de seu objeto, e que oculta, na importação, o sujeito passivo, mediante fraude ou simulação, inclusive interposição fraudulenta de terceiros — causa dano ao Erário e está sujeita à pena de perdimento das mercadorias e à declaração de inaptidão do CNPJ.

VIII. Impossibilidade, *in casu*, de substituição da declaração de inaptidão do CNPJ por multa. O art. 33 da Lei 11.488/2007 não incide nas hipóteses previstas no art. 81 da Lei 9.430/2007, que inclui, como causa de inaptidão, a inexistência de fato e a não comprovação da origem, da disponibilidade e da efetiva transferência de recursos empregados em operações de comércio exterior.

IX. Não há ofensa ao direito de propriedade e ao princípio da livre iniciativa ou da livre atividade empresarial, uma vez que não podem ser invocados para acobertar ilegalidades sob o manto de supostas liberdades mercantis. Os primados da ordem econômica visam a garantir o equilíbrio nas relações de comércio exterior — consideradas atividades de interesse nacional — e a higidez do sistema econômico e financeiro.

X. Salvo exceções expressamente previstas em lei, os atos administrativos, assim como a própria lei, geram efeitos para o futuro, mormente quando sancionatórios. Indevida a declaração retroativa de inaptidão do CNPJ da empresa, sob pena de alcançar atos de comércio cuja ilicitude não é objeto de discussão na lide.

XI. Apelação a que se dá parcial provimento.

Numeração única: 0003365-06.2006.4.01.3810

Apelação Cível 2006.38.10.003372-2/MG

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 14/11/2013, p. 1.366

Processual Civil e Tributário. Agravo de instrumento. Contribuição para o fomento da radiodifusão. Lei 11.652/2008. Sentença pela denegação da ordem. Conversão em renda em favor da Anatel. Decisão não impugnada a tempo e modo. Recurso não conhecido.

I. Cuida a ação originária de mandado de segurança impetrado pelo Sindicato das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel, Celular e Pessoal – Sinditelebrasil contra a gerente de arrecadação da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, tendo como litisconsortes passivas a União Federal e a Empresa Brasil de Comunicação – EBC e como assistente simples a agência nacional de telecomunicações – Anatel, com o objetivo de declaração de inexigibilidade do recolhimento da contribuição para o fomento da radiodifusão pública, instituída pela Lei 11.652/2008.

II. A sentença denegou a segurança e determinou a conversão dos valores em favor da União. Posteriormente, por decisão monocrática, o magistrado corrigiu erro material e determinou a conversão dos valores depositados pela Tim Celular em renda em favor da Anatel.

III. A decisão monocrática que determinou a conversão em renda em favor da Anatel (datada de 1º/08/2013) não foi impugnada por meio do recurso processual cabível, mas tão somente por simples petição.

IV. Registro que o próprio juiz *a quo*, por meio da decisão ora agravada, afastou a oposição da Anatel na conversão dos depósitos pela inobservância do meio processual adequado.

V. A primeira decisão que determinou a conversão dos depósitos realizados pela Tim Celular S/A em renda em favor da Anatel não foi impugnada a tempo e modo, razão pela qual o presente recurso não merece ser conhecido.

VI. Agravo de instrumento não conhecido.

Agravo de Instrumento 0059267-78.2013.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (convocado) – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 13/12/2013, p. 779

- ★ 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.

