



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

PRESIDENTE:

Desembargador Federal Valmir Peçanha

VICE-PRESIDENTE:

Desembargador Federal Frederico Gueiros

CORREGEDORA-GERAL:

Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA:Desembargador Federal Sergio Feltrin – *Presidente*

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

Desembargador Federal André Fontes

DIRETOR GERAL:

Luiz Carlos Carneiro da Paixão

**DIRETOR:**

Desembargador Federal Sergio Feltrin Corrêa

COORDENADOR:

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

PROJETO EDITORIAL:

Secretaria de Documentação e Produção Editorial (SED)

Assessoria de Comunicação Social (ACOS)

COORDENAÇÃO DE PRODUÇÃO:

Secretaria de Documentação e Produção Editorial (SED)

COORDENAÇÃO DE MATÉRIAS:

Assessoria de Comunicação Social (ACOS)

Seção de Divulgação de Jurisprudência (SEDJUR)

COORDENAÇÃO TÉCNICA:

Divisão de Jurisprudência (DIJUR/SED)

REVISÃO:

Assessoria Técnica da SED (ATED)

DIAGRAMAÇÃO E IMPRESSÃO:

Divisão de Produção Gráfica e Editorial (DIGRA/SED)

PERIODICIDADE: quinzenal**TIRAGEM:** 1.900 exemplares

NESTA EDIÇÃO

PELAS SESSÕES

2ª Turma	02
3ª Turma	02
5ª Turma	03
6ª Turma	04

ACÓRDÃOS EM DESTAQUE

Plenário	05
1ª Seção	07
2ª Seção	11
1ª Turma	17
2ª Turma	19
3ª Turma	21
4ª Turma	22
5ª Turma	24
6ª Turma	26

EMENTÁRIO TEMÁTICO

1ª Turma	30
2ª Turma	30
3ª Turma	31
4ª Turma	31
5ª Turma	32
6ª Turma	32

Este informativo não se constitui em repositório oficial da jurisprudência do TRF – 2ª Região.

Para críticas ou sugestões, entre em contato com jornalinfojur@trf2.gov.br

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Rua Acre, nº 80 – Centro – Rio de Janeiro/RJ

Cep.: 20081-000 – Tel.: (21) 2276-8000

www.trf2.gov.br

PELAS SESSÕES

2ª Turma

2ª Turma do TRF garante benefício do INSS para irmãos que sofrem de doença neuro-degenerativa

DECISÃO ANTECIPA TUTELA ATÉ JULGAMENTO DE MÉRITO NA JUSTIÇA FEDERAL DE NITERÓI

A 2ª Turma do TRF-2ª Região concedeu uma antecipação de tutela em favor de dois irmãos que são portadores de uma grave doença degenerativa física e mental, determinando que o INSS pague um salário mínimo para cada um. A decisão vale até que a 1ª Instância da Justiça Federal de Niterói julgue o mérito de uma ação ordinária na qual é pedido que seja confirmada a concessão dos benefícios vitalícios. Segundo informações dos autos, eles não se locomovem, não falam e não se alimentam e nem são capazes de fazer sozinhos a higiene pessoal. A decisão da 2ª Turma foi proferida nos autos de uma apelação cível apresentada pela irmã e curadora dos interessados, contra a sentença de 1º Grau que havia extinguido o processo sem julgamento do mérito. A ação foi ajuizada na Justiça Federal pela mãe de F., de 54 anos, W. de 39, e R., que faleceu em outubro de 2003 com 40 anos. Segundo a defesa dos irmãos, o INSS teria informado que eles só teriam direito a um salário mínimo, que deveria ser dividido entre os três mensalmente.

A mãe, empregada doméstica, havia se casado com um primo em primeiro grau, motorista, e teve, ao todo, nove filhos, dos quais apenas os três desenvolveram a síndrome degenerativa. Segundo dados da ação, até cerca de quinze anos de idade, os rapazes, que não frequentaram a escola, eram normais, participavam das brincadeiras infantis e ajudavam a lavar a terra em um pequeno sítio onde até hoje vivem os dois irmãos sobreviventes com sua família, em Pendotiba, região oceânica de Niterói. A doença começou a se manifestar como uma fraqueza progressiva nos membros inferiores, que primeiro os levou a usar muletas, depois cadeiras de rodas e, por fim, os prendeu ao leito. Uma perícia médica juntada aos autos atesta que eles sofrem de desorientação no tempo e no espaço, não conseguem articular a fala, têm de usar fraldas descartáveis e se expressam apenas através de “risos imotivados, afetos pueris, limitando-se aos sentimentos de prazer e desprazer, e apresentam déficit no controle dos impulsos, instintos e cognição”.

Com a morte da mãe em outubro de 2001, a irmã dos interessados foi nomeada pela Justiça Estadual sua curadora. A defesa argumenta que o artigo 203 da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 8.742, de dezembro de 1993, asseguraria a assistência social a quem dela necessitar, tendo contribuído ou não para a seguridade social. O mesmo artigo, sustentou ainda o advogado da família, garantiria um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Em seu voto, o relator do processo na 2ª Turma do TRF, Desembargador Federal Sergio Feltrin Corrêa, lembrou que há informação na apelação de que a falecida mãe dos autores chegou a requerer, junto ao INSS, um salário mínimo para ajudar nas despesas com seus filhos, mas o pedido foi negado com a alegação de que ela já recebia um benefício em seu próprio nome, que, para a Previdência, seria suficiente para manter as quatro pessoas. Mas, mesmo sem tentar previamente a via administrativa, afirmou o magistrado, ainda em seu voto, a Constituição Federal assegura ao cidadão o direito de recorrer à Justiça: “*Face ao princípio da inafastabilidade de jurisdição, insculpido na Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso 35, é forçoso concluir no sentido de que o prévio pleito administrativo não é requisito essencial à propositura da ação que visa à concessão de benefício assistencial*”.

O desembargador ponderou, ao conceder a antecipação de tutela, que ficou comprovado nos autos o grave estado de necessidade em que se encontram os dois irmãos: “*Vê-se não ser ambiciosa a pretensão aqui deduzida. Existem hoje diversos aparatos tecnológicos e modernos tratamentos desenvolvidos com vista a propiciar uma melhor qualidade de vida às pessoas portadoras de deficiência, os quais, obviamente, podem ser altamente custosos. Não obstante, pedem os autores o benefício no valor de um salário mínimo, que o próprio Estado se obriga a fornecer, e o qual, impossível negar, é suficiente apenas para garantir a subsistência dos mesmos*”.

► Proc. 2001.51.02.003063-2

3ª Turma

3ª Turma julga mérito de agravo e mantém liminar que impede que CEF exija fiador para alunos que ingressarem no FIES

A 3ª Turma do TRF decidiu, por maioria, manter a liminar que assegura o ingresso de alunos carentes no

Fundo de Financiamento do ensino superior - Fies sem apresentar fiador. A decisão foi proferida no julgamento

de dois agravos internos (um da Caixa Econômica Federal e outro da União) apresentados para tentar cassar a liminar concedida pelo relator do processo no Tribunal, Desembargador Federal Chalu Barbosa. O magistrado assinou a liminar nos autos de um outro agravo anteriormente proposto pelo Ministério Público Federal.

O MPF apresentou o agravo de instrumento ao TRF quando o juízo de 1º grau negou, em 14 de agosto de 2003, o pedido de liminar para assegurar a inscrição dos alunos no Fies sem fiador, até o julgamento do mérito da ação civil pública proposta pela própria Procuradoria da República, o que ainda ocorrerá na 1ª Instância da Justiça Federal. A liminar, segundo os procuradores, serviria para garantir o ingresso de alunos no fundo ainda no 1º semestre de 2004, evitando que os candidatos sofressem dano irreparável ou de difícil reparação (uma das pré-condições para a concessão de qualquer liminar).

A ação civil pública foi proposta na 1ª Instância da Justiça Federal em 17 de julho de 2003, a partir de uma

carta com 547 assinaturas encaminhadas ao Ministério Público pela ONG Educafro. A causa se deve à exigência, formalizada na Portaria nº 1725, de 2001, do MEC, de que os candidatos ao Fies apresentem fiador ou fiadores cujas rendas somadas correspondam ao dobro do valor da mensalidade da faculdade. A Caixa Econômica alega que a Lei nº 10.260, também de 2001, que instituiu o Fundo de Financiamento de Ensino Superior - Fies, estabeleceria que os inscritos no fundo devem apresentar garantias para a futura quitação do financiamento, por parte do aluno. Já o MPF afirma que essa condição limitaria muito o acesso dos estudantes mais carentes ao Fies. Segundo o MPF, 16,9% das famílias brasileiras têm renda até um salário mínimo, mas apenas 3,63% dos inscritos no financiamento possuem esse nível de renda. O órgão disse ainda que 60% dos participantes do Fies têm renda familiar superior a 3 salários mínimos.

► *Proc. 2003.02.01.010789-4*
Decisão: 14/04/2004

5ª Turma

5ª Turma considera crise econômica para absolver camelô

RÉU FOI DENUNCIADO POR TRAZER MERCADORIAS DO PARAGUAI SEM NOTA

Um camelô que foi denunciado pelo Ministério Público Federal por ter sido flagrado com mercadorias provenientes do Paraguai, sem nota fiscal, obteve a confirmação de sua absolvição através de decisão unânime da 5ª Turma do TRF/2ª Região. O Desembargador Federal Alberto Nogueira, relator do processo, ao adotar como fundamento da absolvição o princípio da insignificância (do crime) – também conhecido no meio jurídico como princípio da bagatela – destacou o conteúdo do parecer do Ministério Público Federal (que embora seja o acusador, possui um órgão, à parte, que atua como representação da sociedade, emitindo pareceres nos processos judiciais):

“Devemos avaliar a conduta do acusado diante de sua reprovabilidade pela sociedade, que é, em última análise, para quem são feitas as normas. Ora, sob esse prisma todos conhecem e toleram (inclusive as autoridades) a venda em bancas de camelô de mercadorias de origem estrangeira que foram internalizadas em nosso país sem o cumprimento das formalidades alfandegárias... Extrai-se o valor insignificante que deveria ser recolhido à Receita Federal, para concluirmos que o ilícito praticado pelo acusado foi mera infração fiscal, já punida com aplicação da pena de perdimento, não podendo sofrer reprimenda na esfera criminal... Há que se ter em conta os fatores

sociológicos e de política criminal sem que com isso estejamos praticando a apologia da impunidade.”

O ambulante retornava do exterior, quando o ônibus em que viajava foi interceptado pela Polícia Federal, em maio de 1996, no município de Marechal Floriano/ES. Natural de Aroeira/PB, o acusado disse, em seu depoimento no inquérito policial, que foi ao Paraguai para comprar mercadorias estrangeiras, com a finalidade de revendê-las na cidade de Cariacica/ES, onde montaria uma banca de camelô. O valor aproximado dos produtos apreendidos era de R\$ 4.300,00 (cifra da época).

O processo se iniciou na 4ª Vara Federal Criminal do Espírito Santo, onde o camelô já tinha sido absolvido. Inconformado com a sentença, o Ministério Público Federal apelou para o TRF, que se posicionou no sentido de que o delito praticado e confessado pelo réu não tem relevância a merecer condenação criminal, diante da crise econômica que leva inúmeras pessoas a tentar garantir a subsistência no mercado informal e em virtude de o acusado ter perdido os bens adquiridos no Paraguai para o Estado, punição suficiente no campo tributário para casos como este (delito tecnicamente chamado de descaminho de bens). Dependendo da quantia importada sem pagamento de impostos, o Fisco está desobrigado de exercer a cobrança, nos termos da lei. Segundo a doutrina do Promotor e Professor Fernando Capez, “na hipótese de crime de descaminho de bens, em que o débito tributário e a multa não excederem determinado

valor, a Fazenda Pública se recusa a efetuar a cobrança em juízo, nos termos da Lei nº 9.579/97, sob o argumento de que a irrisória quantia não compensa a instauração de um executivo fiscal, o que levou o Superior Tribunal de Justiça a considerar atípico o fato, por influxo do princípio da insignificância. De acordo com o art. 20 da Lei

nº 10.522, de 19 de julho de 2002, as execuções fiscais da União de débitos iguais ou inferiores a R\$ 2.500,00 serão arquivadas pela Procuradoria da Fazenda Nacional, sem cobrança, dada a insignificância do valor da dívida.”

► Proc. 2000.02.01.059243-6

6ª Turma

Britânicos não poderão continuar a trabalhar em navios que prestam serviço à Petrobrás

6ª TURMA DO TRF CONSIDERA QUE ESTRANGEIROS EMBARCADOS NO “TOISA PERSEUS” E NO “BUCENTAUR” ESTÃO IRREGULARES NO BRASIL

Duas empresas que prestam serviços especializados à Petrobrás não conseguiram garantir a permanência de técnicos estrangeiros que trabalham nas embarcações ‘Toisa Perseus’ e ‘Bucentaur’, atuantes na área de construção submarina e que se encontram na bacia de Campos (norte fluminense). A 6ª Turma do TRF/2ª Região confirmou a sentença de 1ª instância, que havia indeferido o pedido de permanência dos técnicos, formulado por Subsea 7 do Brasil Serviços Ltda e DSDN Consub S.A. no mandado de segurança impetrado contra ato da Polícia Federal. O juiz de 1º grau ordenou que os empregados dessas empresas, todos britânicos, saíssem do território nacional, além do pagamento de multa no valor de R\$ 67.048,02.

As empresas, que têm ligação direta com a Halliburton (multinacional do ramo petrolífero, de origem americana), afretaram os dois navios, segundo elas, para cumprir contratos de serviço firmados com a Petrobrás. As companhias justificaram que a contratação de trabalhadores de outro país seria regular - pois teriam sido atendidas todas as exigências do Conselho de Imigração - e necessária para o exercício de suas atividades, em razão da apurada especialização exigida pela utilização de equipamentos de lançamentos e recolhimentos de dutos e flexíveis.

O argumento de que os técnicos ingleses estariam em situação regular no país, pois atenderiam às normas do Conselho Nacional de Imigração, não convenceu a 6ª Turma. Os Desembargadores Federais entenderam que a Resolução Normativa nº 31 de 1988 e a Resolução Recomendada nº 1/99, ambas do Conselho, estariam em desacordo com o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80). Para ingressar no território nacional como trabalhador temporário, o estrangeiro deve, segundo a Lei nº 6.815/80, ter deferido um visto consular, cujos requisitos de concessão são aferidos pelo Ministério das Relações Exteriores - MRE. As empresas teriam se valido

do fato de que o art. 9º da citada Resolução Normativa nº 31 prevê a regularização da situação dos técnicos por simples emissão de protocolo do Ministério do Trabalho, sem o requerimento de visto temporário junto ao Ministério das Relações Exteriores.

O Relator do processo, Desembargador Federal Sergio Schwaitzer, destacou a importância do caso, por envolver, entre outras coisas, a defesa do trabalhador nacional e a soberania brasileira. Na sua análise quanto à legalidade do ato da Polícia Federal, concluiu que, “em nenhum momento, a legislação de regência atribuiu competência ao Conselho de Imigração para regular ingresso e permanência de estrangeiro, mas tão-somente para estabelecer normas de seleção de mão-de-obra de nacionais de outros países, havendo-se de entender neste sentido a competência atribuída pela alínea ‘d’, do inciso 4º, do art. 6º, da Lei nº 8.422/1992.”

O Magistrado acrescentou que a competência do Conselho Nacional de Imigração – CNI (órgão do Ministério do Trabalho) é restrita à verificação de requisitos para a entrada dos estrangeiros em nosso país, sendo a concessão do visto atribuição apenas do MRE:

“O visto é atribuição exclusiva de autoridade consular, sem o qual não pode o estrangeiro entrar ou permanecer no país, exigindo-se, das autoridades, maior rigor na concessão quando se tratar de ingresso de estrangeiro para trabalho, vez que - repise-se - a função precípua do CNI é de conferir proteção ao mercado de trabalho brasileiro... A autorização para trabalho de estrangeiro é formalidade precedente à concessão de visto, não satisfazendo, por si só, as condições para ingresso e permanência no País. Inversamente à determinação legal, o Conselho Nacional de Imigração normatiza a matéria, não só em contrariedade ao seu escopo, como, também, em afronta ao art. 26 da Lei nº 6.815, 19/08/1980, usurpando competência que lhe não fora atribuída, vale dizer, autorizar ingresso estrangeiro sem prévio visto de autoridade consular, ilegalidade da qual não se podem aproveitar os impetrantes.”

► Proc. 2002.51.01.490226-1

ACÓRDÃOS EM DESTAQUE

Mandado de Segurança

Proc. 2003.02.01.008971-5 – Publ. no DJ de 31/03/2004, pg. 29

Relator: Des. Fed. ALBERTO NOGUEIRA

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

1 – O critério de arredondamento fixado pelo Supremo Tribunal Federal para definição do “quinto constitucional” não é adequado para a hipótese dos autos, que se exaure no critério de classificação, e não no de “composição” da Corte.

2 – No caso em exame, há dois princípios, em sede constitucional, a serem considerados: o primeiro é de aplicação geral, do Art. 37, inciso I. Sua generalidade significa que todos os brasileiros (que atendam aos requisitos legais) têm direito à ocupação de cargos, empregos e funções públicas (todos: portadores e não portadores de deficiência física). O segundo, do art. 37, inciso VIII, é específico. Há que se conjugar os dois princípios, na medida em que o último deles deve-se integrar no primeiro, e não invalidá-lo. O candidato não deficiente não pode ser prejudicado pelo deficiente, e vice-versa.

3 – O percentual de vagas para deficientes foi de 5% “das vagas oferecidas e as que vierem a surgir durante a validade do concurso” (Edital nº 1, de 13.11.2002, cláusula 3.9); o número de vagas ofertado para a especialidade (odontologia) indicada pelo Impetrante foi o de duas 5% de 2 é igual a 10%, percentual que se contém dentro do limite fixado em lei (limite máximo de 20%); ora, pelo critério sustentado na interpretação do Autor, reservada para os deficientes uma vaga num total de duas, o percentual passa ser de 50%, duas vezes e meio o do fixado (art. 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90), o que não encontra guarida no princípio “específico” do art. 37, VIII, da Carta Magna. Bem ao contrário, estar-se-ia, nessa interpretação, vulnerando o princípio “geral” de acesso aos cargos, empregos ou funções públicas, malferindo o sagrado direito da litisconsorte passiva, que, por não ser deficiente, passaria a disputar, na classificação geral, não uma vaga em duas, mas apenas uma (50% das vagas existentes).

4 – A circunstância de não ter sido ainda provida a 2ª vaga ofertada (eis que a nomeação da litisconsorte recaiu sobre outra, surgida com a Resolução nº 09/2003) em nada altera o contexto dos autos, nem para melhor, nem para pior (a posição do Impetrante e da litisconsorte), posto que a previsão do Edital incluía as vagas existentes e as futuras (todas oferecidas).

5 – A avaliação pela Comissão Multidisciplinar é mero “pressuposto” para a nomeação (como, ademais, o atendimento de outras exigências legais: regularidade eleitoral, declaração de patrimônio, exame médico, etc.).

6 – Segurança denegada. Decisão por maioria.

POR MAIORIA, DENEGADA A SEGURANÇA.

Plenário

CONCURSO PÚBLICO – DEFICIENTE FÍSICO – RESERVA DE VAGA

Deficiente físico, aprovado em concurso para o cargo de Analista Judiciário/Odontologia para a Justiça Federal, impetrou Mandado de Segurança contra ato do Presidente do TRF-2 que nomeou para o Quadro de Pessoal deste Tribunal a 2ª colocada no concurso (classificação geral) ao invés do impetrante (19º lugar na classificação geral, mas 1ª na listagem de deficientes físicos).

Em seu arazoado, argumentou que o concurso aberto para a especialidade de Odontologia oferecia um total de 5 vagas, assim discriminadas: duas na Seção Judiciária (já existentes) e três nesta Corte (ainda por serem criadas). Logo após a homologação do resultado do certame foram nomeados os dois primeiros classificados na listagem geral: o primeiro, para o Quadro de Pessoal da Justiça

Federal de Primeira Instância, e a segunda para o Quadro de pessoal deste TRF. A vaga aberta no TRF-2 foi criada logo após a homologação do concurso, através da transformação de um cargo de Analista Judiciário sem Especialidade, com base na Lei nº 10.475/2002. Sustentou o Impetrante que “nomeado o primeiro da lista dos não deficientes e havendo duas vagas, o critério de alternatividade, pode-se dizer, que constitui pressuposto lógico para o cumprimento da exigência constitucional da ordem classificatória, contida no Princípio da Impessoalidade, nos termos do art. 37, II, CF.”

Por maioria, o Plenário denegou a segurança, nos termos do voto do Des. Fed. Alberto Nogueira, cujo trecho final transcrevemos na sequência:

“No caso em exame, não vejo dificuldade na interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais, legais e regulamentares.

Há dois princípios, em sede constitucional, a serem considerados: o primeiro é de aplicação geral, a saber:

‘Art. 37, inciso I: os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.’

Sua generalidade significa que todos os brasileiros (que atendam aos requisitos legais) têm direito à ocupação de cargos, empregos e funções públicas (todos, repito: portadores e não portadores de deficiência física). O segundo é específico, como se lê:

‘Art. 37, inciso VIII: a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.’

Há que se conjugar os dois princípios, na medida em que o último deles deve-se integrar no primeiro, e não invalidá-lo.

O candidato não deficiente não pode ser prejudicado pelo deficiente, e vice-versa.

E é por este caminho que me volto para a situação concreta dos autos. Nessa linha, pontualmente, destaco:

a) o percentual de vagas para deficientes foi de 5% ‘das vagas oferecidas e as que vierem a surgir durante a validade do concurso’ (Edital nº 1, de 13/11/2002, cláusula 3.9);

b) o número de vagas ofertado para a especialidade (odontologia) indicada pelo Impetrante foi o de duas 5% de 2 é igual a 10%, percentual que se contém dentro do limite fixado em lei (limite máximo de 20%);

c) ora, pelo critério sustentado na interpretação do Autor, reservada para os deficientes uma vaga num total de duas, o percentual passa ser de 50%, duas vezes e meio o do fixado (art. 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90), o que não encontra guarida no princípio ‘específico’ do art. 37, VIII, da Carta Magna. Bem ao contrário, estar-se-ia, nessa interpretação, vulnerando o princípio ‘geral’ de acesso aos cargos, empregos ou funções públicas, malferindo o sagrado direito da litisconsorte passiva, que, por não ser deficiente, passaria a disputar, na classificação geral, não uma vaga em duas, mas apenas uma (50% das vagas existentes). Esse mesmo raciocínio e com outras palavras, está bem exposto nas informações prestadas pela digna autoridade impetrada, como segue:

‘Ora, na situação trazida à baila, a vaga pretendida pelo Impetrante, dentro do universo de vagas oferecidas pelo Concurso, resultaria

em um percentual de 50%, uma vez que os candidatos ao cargo de Analista Judiciário/Odontologia estavam concorrendo a duas vagas.

Para que seja respeitada a norma do art. 37 do Decreto 3.289/99, sem que haja colisão com norma superior, qual seja, a Lei nº 8.112/90 (art. 5º, parágrafo 2º), deveria o candidato aguardar a décima vaga, a qual seria destinada ao portador de deficiência.

Isto porque, nesta hipótese (10 vagas), tendo em vista a previsão do edital de 5% de vagas destinadas aos deficientes, haveria respeito ao limite de 20% previsto na lei, bem como chegasse-ia a uma fração de 0,5 (5% de 10 vagas), a qual elevada para o primeiro número inteiro subsequente, de acordo também com o Decreto, teríamos uma vaga destinada ao Impetrante. Acontece que a previsão do edital foi de apenas 2 vagas. Assim, restaria consolidada patente ilegalidade, ao nomeá-lo para uma das duas primeiras vagas do concurso.’

Por último, e tendo em conta as informações suplementares da ilustrada Presidência (fl. 156/157), observo que a circunstância de não ter sido ainda provida a 2ª vaga ofertada (eis que a nomeação da litisconsorte recaiu sobre outra, surgida com a Resolução nº 09/2003) em nada altera o contexto dos autos, nem para melhor, nem para pior (a posição do Impetrante e da litisconsorte), posto que a previsão do Edital incluía as vagas existentes e as futuras (todas oferecidas). Tampouco vejo maior relevo no argumento (correto) de que o suposto direito da Impetrante seria o de ‘garantir sua avaliação pela Comissão Multidisciplinar’, já que, obviamente, tal configuração é mero ‘pressuposto’ para a nomeação (como, ademais, o atendimento de outras exigências legais: regularidade eleitoral, declaração de patrimônio, exame médico, etc.). Assim sendo, denego a segurança.”

Acórdãos pertinentes ao tema localizado na pesquisa de jurisprudência:

- STJ:
 - ⇒ RESP 331688/RS (DJ de 09/02/2004, pg. 211)
 - ⇒ ROMS 16431/RJ (DJ de 29/09/2003, pg. 282)
 - ⇒ AC 2000.02.01.014009-4 (DJ de 04/09/2001)
 - ⇒ MS 2000.04.01.097455-6 (DJ de 14/03/2001, pg. 231)

Embargos Infringentes em Recurso Criminal

Proc. 97.02.24249-5 – Publ. no DJ de 04/02/2003, pg. 128

Relator: Des. Fed. ALBERTO NOGUEIRA

PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM RECURSO CRIMINAL. DECISÃO QUE, AO FUNDAMENTO DE EXISTÊNCIA DE CRIME EM TESE, RECEBEU A DENÚNCIA. DESCABIMENTO.

1 – A mera “possibilidade” de ter havido a prática de crime não configura, nessa linha, “existência de crime em tese”. A denúncia deve conter os elementos completos em ordem a demonstrar “em tese” a prática do delito. Fora disso, a expressão “em tese” se prestaria a legitimar qualquer denúncia mesmo que desprovida dos elementos previstos no art. 44 do CPP.

2 – “Falta de recolhimento” de tributo, ao contrário da orientação seguida pelo voto condutor, significa exatamente o oposto: a inexistência, em tese, de crime, decorrência do princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII).

3 – A denúncia deve necessariamente indicar qual o ato ou os atos praticados, por ação ou omissão, com vistas a fraudar a ordem tributária.

4 – Com ou sem processo administrativo, é ônus da acusação apontar o ato ou os atos que configurem, ainda que “em tese”, o propósito de fraudar a ordem tributária. Como isso não se fez, pois, no caso concreto, a denúncia se limita a registrar a falta de recolhimento, carece de justa causa a ação intentada.

5 – Mora, em princípio, é ilícito civil, somente alcançando a esfera penal mediante típica definição legal relativa à conduta do agente. O que pretende a denúncia é substituir a execução fiscal, inclusive sobre os possíveis responsáveis, pela ação penal.

6 – Embargos providos para manter a decisão de primeiro grau, que rejeitou a denúncia.

POR MAIORIA, PROVIDOS OS EMBARGOS.

1ª Seção

RECEBIMENTO DE DENÚNCIA – DESCABIMENTO

O fato ensejador da lide é descrito no relatório:

“Trata-se de embargos infringentes opostos por WALTER RODRIGUES FERREIRA FILHO E OUTROS em face do r. acórdão de fl. 719, que, por maioria, deu provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal, para determinar o recebimento da denúncia oferecida em face dos embargantes, pela prática de crime descrito no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, c/c art. 71 do Código Penal, na forma do voto condutor da lavra do eminente Des. Fed. Cruz Neto.

O MM. Juiz a quo rejeitou a denúncia por entender não haver justa causa, por estar pendente recurso administrativo contra o lançamento, uma vez que se a exigibilidade do crédito tributário está suspensa por força de recurso, não haveria omissão imputável, considerando-se a base especial do tipo penal – ‘deixa de recolher, no prazo legal, valor de tributo...’

*Inconformado, o Ministério Público Federal impetrou recurso em sentido estrito (fls. 654/668).
Contra-razões às fls. 674/681.*

Parecer do MPF (fls. 700/702), opinando pela manutenção da r. sentença.

A Egrégia Segunda Turma deste Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso em sentido

estrito, na forma do voto condutor. Ficou vencido o relator, Exmo. Sr. Des. Fed. Dr. Espírito Santo, que negava provimento ao recurso, por entender que estavam ausentes, na peça acusatória, os requisitos a embasar o oferecimento da denúncia. Tendo em vista que a exordial não apresentava um mínimo de suporte para a sua aceitação, levando em consideração que a exigibilidade do crédito em questão ainda se encontrava em face de questionamento. Entendeu, ainda, o eminente relator que não foi comprovada a existência do elemento subjetivo (dolo) para a caracterização do crime sub exame.

Admitidos os embargos infringentes (fl. 794), foi aberta vista ao Ministério Público (fls. 801/803), que requer seja negado provimento aos embargos infringentes.”

Por maioria, vencido o Des. Fed. Ney Fonseca, foram providos os embargos infringentes, na forma do voto do Des. Fed. Alberto Nogueira, assim expresso:

“Crime ‘em tese’ significa a descrição de uma conduta que infrinja, sem dúvida, o tipo penal.

A mera ‘possibilidade’ de ter havido a prática de crime não configura, nessa linha, ‘existência de crime em tese’.

A denúncia deve conter os elementos completos em ordem a demonstrar ‘em tese’ a prática do delito. Fora disso, a expressão ‘em tese’ se prestaria a legitimar qualquer denúncia mesmo que desprovida dos elementos previstos no art. 44 do CPP.

'Falta de recolhimento' de tributo, ao contrário da orientação seguida pelo voto condutor, significa exatamente o oposto: a inexistência, em tese, de crime, decorrência do princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII).

A denúncia deve necessariamente indicar qual o ato ou os atos praticados, por ação ou omissão, com vistas a fraudar a ordem tributária.

*O mero inadimplemento não configura, de **pre se**, ato criminoso, ainda que 'em tese'.*

*Não se trata, pois, de condição de procedibilidade, o exaurimento do processo administrativo. Com ou sem processo administrativo, é **ônus** da acusação apontar o ato ou os atos que configurem, ainda que 'em tese', o propósito de fraudar a ordem tributária.*

Como isso não se fez, pois, no caso concreto, a denúncia se limita a registrar a falta de recolhimento, carece de justa causa a ação intentada.

'Deixar de recolher' é conduta típica precisa, não podendo ser confundida com 'falta de recolhimento'.

Mora, em princípio, é ilícito civil, somente alcançando a esfera penal mediante típica definição legal relativa à conduta do agente.

No caso dos autos, a denúncia não ofendeu os elementos fáticos, de interesse penal, que justifiquem a instauração do processo.

Pretende, à evidência, substituir a execução fiscal, inclusive sobre os possíveis responsáveis, pela ação penal.

Dou, pois, provimento aos embargos para manter a decisão de primeiro grau, que rejeitou a denúncia".

Por oportuno, segue-se a íntegra do voto vencido, do Des. Fed. Ney Fonseca:

"Como visto no douto Relatório, trata-se de embargos infringentes opostos por Walter Rodrigues Ferreira Filho e outros em face do v. acórdão de fl. 719, que, por maioria, deu provimento a recurso em sentido estrito do Ministério Público Federal para determinar o recebimento de denúncia oferecida em face dos embargantes, pela prática do crime descrito no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, c/c art. 71 do Código Penal, na forma do voto condutor, da lavra do eminente Desembargador Federal Cruz Neto.

O Juízo a quo decidiu pela rejeição da denúncia, por entender não haver justa causa, em virtude de pender recurso administrativo contra o lançamento, o que suspenderia a exigibilidade do crédito tributário. Interposto recurso em sentido

estrito pela Justiça Pública atacando essa decisão, ao mesmo foi dado provimento por maioria de votos para que a denúncia fosse recebida, prosseguindo-se com a ação penal.

Divergi do entendimento do douto Relator, que deu provimento aos presentes embargos infringentes para desconstituir o acórdão embargado e manter a decisão de primeiro grau, que rejeitou a denúncia, por entender presentes razões para que a denúncia fosse aceita e a ação penal tivesse seu curso.

É sabido não depender o Ministério Público, para oferecimento de denúncia, de conclusão de procedimentos administrativos. A ação para os crimes contra a ordem tributária é pública, do tipo incondicionada, cabendo ao Ministério Público a averiguação de fatos que levem à possibilidade de existência de crime para oferecimento de denúncia, sem prévio exaurimento do processo administrativo, com fincas no princípio da autonomia das esferas penal, administrativa e civil, força da Súmula 609 do Supremo Tribunal Federal, assim ementada:

'É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal'.

Deve, então, o Ministério Público, proceder com vistas à apuração do ilícito tributário sempre que entender estar este configurado, utilizando-se dos meios necessários para tanto, como se depreende da redação do artigo 129 e incisos da Constituição Federal. Logo, o exaurimento do processo administrativo não é condição de procedibilidade da ação penal.

*Ademais, no caso vertente, em sede de recurso administrativo se discute o **quantum** devido e cuja decisão final, mesmo que favorável ao embargante, jamais afastaria a ocorrência de infração penal, pois se trata de falta de recolhimento ao Tesouro Nacional de importâncias relativas a Imposto de Renda descontadas na fonte. Conforme bem assinalou o eminente Desembargador Cruz Neto no voto de fls. 713/716, condutor do julgado ora impugnado, a tipicidade no caso decorre da disponibilidade do numerário deixado de recolher, a teor da Lei nº 8137/97, que passou a caracterizar a conduta como crime omissivo.*

Por essas razões, votei vencido, negando provimento aos embargos infringentes, para que fosse mantido íntegro o acórdão hostilizado."

Acórdãos correlatos, encontrados nesta Corte na pesquisa de Jurisprudência:

⇒ HC 98.02.07916-2 (DJ de 22/06/99) – Segunda Turma – Rel. Des. Fed. CASTRO AGUIAR: *PENAL E PROCESSUAL PENAL. NÃO-RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS (LEI Nº 8.212/91, ART. 95, 'D', E §§ 1º E 3º). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA INOCORRENTE. EXISTÊNCIA DE CRIME EM TESE.*

I – COMPROVADO O NÃO-RECOLHIMENTO, PELA EMPRESA, DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, DESCONTADA DO SALÁRIO DOS EMPREGADOS, HÁ CRIME EM TESE, PELO QUAL RESPONDEM OS DIRETORES DA EMPRESA, NÃO SE PODENDO COGITAR DE ATIPICIDADE DA CONDUTA.

II – NOS CHAMADOS ‘CRIMES SOCIETÁRIOS’ PRESCINDE-SE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DE CADA DIRETOR. PRECEDENTES DO STJ.

III – O MOMENTO OPORTUNO PARA QUE SE PERQUIRA ACERCA DO DOLO É POR OCASIÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL, SALVO NOS CASOS DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE (CP, ART. 23).

IV – DENÚNCIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS, NÃO HAVENDO, PORTANTO, QUE SE FALAR EM INÉPCIA.

V – ORDEM DENEGADA.”

⇒ ACR 1992.51.02.114865-9 (DJ de 25/04/2003, pgs. 201/202) – Quarta Turma – Rel. Des. Fed. BENEDITO GONÇALVES:

“PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 514. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA EM CASO DE CRIME FUNCIONAL. DESNECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO EM CASO DE INQUÉRITO POLICIAL. NULIDADE RELATIVA PELA FALTA DE NOTIFICAÇÃO.

– O entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores se encontra sedimentado no sentido de prescindir-se de notificação do acusado, funcionário público, quando a ação penal estiver instruída com inquérito policial em que se constataram a ocorrência de indícios de autoria e de crime em tese.

– Como, na espécie, a denúncia se baseou em inquérito policial instaurado sob o nº 01/93 (Proc. nº 92.0114865-8/1ª Vara Federal de Niterói/RJ), com o devido interrogatório e qualificação, em sede inquisitorial, do ora apelante (fls. 458/459), não há falar em nulidade processual.

– Ademais, trata-se de nulidade relativa, sendo imprescindível para seu reconhecimento a alegação em tempo oportuno e a demonstração de prejuízo, inexistentes na hipótese. Precedentes: RSTJ 100/266, RT 611/392.

– Recurso improvido.”

⇒ HC 2002.02.01.020224-2 (DJ de 2/09/2002, pg. 78) – Quinta Turma – Rel. Des. Fed. RALDÊNIO BONIFÁCIO:

“PENAL – PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS – PEDIDO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL ANTE A INEXISTÊNCIA DE DELITO – DENÚNCIA EXIGIRIA OUTRA TIPIFICAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA.

I – Conforme entendimento manifestado em outros julgamentos por esta Egrégia Turma, e nos ensinamentos de Mestre Tourinho Filho o trancamento da ação penal é medida excepcional somente cabível quando através de uma superficial observação, se constata a inexistência de crime em tese. O writ não é remédio legal para se aferir a tipicidade da conduta do réu, ou muito menos a capitulação legal do delito, o que deverá ser realizado no correr da instrução criminal.

II – Para que haja o trancamento da ação penal por falta de justa causa é necessário que exista uma desconformidade entre a acusação e os elementos probatórios em que a mesma se lastreou. Na espécie, a elucidação do caso demanda exame minucioso e aprofundado de prova dos autos, o que é impossível na via estreita do Habeas Corpus.

III – A denúncia ofertada pelo Parquet Federal, à vista do disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, veio instruída com os elementos indispensáveis a sua admissibilidade – exposição do fato criminoso, com suas circunstâncias, e indícios de autoria, de modo a permitir a apuração do crime em tese e o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

III – Apresenta-se razoável a imputação posta na denúncia, de forma que a exata capitulação dos ilícitos poderá merecer alteração, cabendo ao MM Juízo de primeiro grau aferi-la em virtude do resultado obtido na colheita de provas.

IV – Em recentes julgados o STJ decidiu que se a alegação de ausência de justa causa para ação penal merece, para sua confirmação, um cotejo mais apurado, não se podendo utilizar do habeas corpus.

V – Neste norte, denega-se a ordem.”

⇒ HC 2002.02.01.008439-7 (DJ de 25/10/2002, pg. 380) – Sexta Turma – Rel. Des. Fed. POUL ERIK:

“HABEAS CORPUS – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – SONEGAÇÃO FISCAL – ART.1º, II, DA LEI Nº 8.137/90 – AÇÃO PENAL – JUSTA CAUSA – TRANCAMENTO – IMPOSSIBILIDADE – ILEGITIMIDADE PASSIVA – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – INÉPCIA DA DENÚNCIA – ART. 41, DO CPP – DESCABIMENTO – PENDÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – QUESTÃO DE PROCEDIBILIDADE – INOCORRÊNCIA – AUTONOMIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA – PROCESSO PENAL – DEFLAGRAÇÃO – POSSIBILIDADE – ART.129, I, DA CF – INTELIGÊNCIA DO ART.83, DA LEI Nº9.430/96 – PRECEDENTES.

– É o **Habeas Corpus** remédio processual apropriado para fazer cessar toda e qualquer ameaça ou positivo constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, garantindo o direito de ir, vir e ficar diante de decisão que não se coadune com os preceptivos constitucionais previstos no art. 5º, LXI, da Carta Magna.

– No entanto, aludido remédio constitucional pode, em hipóteses excepcionais, ser utilizado com finalidade diversa da apontada em epígrafe, como por exemplo para trancar inquérito policial ou a própria ação penal, desde que se verifique prontamente a ausência de tipicidade do fato, que o paciente não seja evidentemente o autor do mesmo, ou que já tenha ocorrido alguma causa de extinção da punibilidade. Em havendo, pelo menos em tese, adequação típica dos fatos narrados na denúncia, forçoso é o reconhecimento da existência do **fumus boni iuris** para a tramitação de processo criminal.

– Inviável, portanto, a utilização do remédio heróico como meio para se obstaculizar o manejo da ação penal, o que só é admitido excepcionalmente naquelas hipóteses estritas que não se apresentam no caso em exame, para tanto devendo a falta de justa causa ser evidenciada **prima facie**, pela simples enunciação dos fatos, tendo em vista a impossibilidade de realizar qualquer dilação probatória, eis que, vedado o exame aprofundado de provas por este meio.

– Inviável a apreciação na hipótese, da assertiva de ilegitimidade do paciente para figurar no pólo

passivo, face à sua pretensa condição de ‘empregado’ da pessoa jurídica, eis que, patente a necessidade de dilação probatória, o que é incabível em sede deste remédio constitucional, verificando-se, de pronto, a incompatibilidade desta ação penal de caráter liberatório em aprofundar os seus diversos ângulos.

– **In casu**, a argumentação alinhada entrosou-se com situação fática a ser melhor apurada e decantada no estuário da instrução criminal, não se amoldando a mesma, em qualquer das situações autorizadoras e excepcionais, que informam a concessão do **habeas corpus**, com a finalidade de extinção da ação penal, por esta via, com julgamento do mérito.

– Noutro eito, tem-se que para a instauração da ação penal exigível se mostra a presença de um mínimo de elementos acerca da autoria, bem como a respeito da existência do crime em tese, assim necessário se faz vir a denúncia, peça proemial da ação penal pública revestida de justa causa, tanto formal, quanto material para que se mostre apta a triangularizar a relação jurídica processual, sob pena de configurar-se coação ilegal reparável, inclusive por concessão de **habeas corpus** de ofício.

– Dessa forma, para que seja a denúncia apta a deflagrar ação penal, necessário se faz a presença dos requisitos do art.41 do CPP – conter tanto a descrição de uma conduta típica acompanhada de todas as suas circunstâncias, quanto de suporte mínimo probatório –, e que, não estejam presentes as hipóteses impeditivas do art.43, do mesmo diploma legal.

– Improperável, portanto, no caso em exame, o argumento de inépcia da exordial acusatória, porquanto, de sua leitura, infere-se que vem esta revestida da justa causa formal, descrevendo fato típico e antijurídico, consagrado no ordenamento jurídico pátrio, quanto material.

– A conclusão do procedimento administrativo fiscal não é condição de procedibilidade das ações penais instaurados por crime contra a ordem tributária (STF, ADIMC1571/DF, Rel. Min. Neri da Silveira, Pleno, un., DJ25/09/98), mas, sim, destina-se o dispositivo a definir disciplina para os procedimentos da Administração Fazendária (STF, HC75723-5/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, T2, un., DJ 06/02/98), sobretudo, levando-se em conta a autonomia das instâncias penal e administrativa.

– Precedentes.

– Ordem denegada.”

Revisão Criminal

Proc. 2001.02.01.022453-1 – Publ. no DJ de 10/07/2003, pg. 225

Relator: Des. Fed. ROGÉRIO CARVALHO

Relator para acórdão: Des. Fed. CRUZ NETTO

PENAL E PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 95, § 1º, DA LEI Nº 8.212/91. NÃO RECOLHIMENTO.

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA (SUPERVENIENTE). NÃO-OCORRÊNCIA. CRIME OMISSIVO PURO. INFRAÇÃO DE SIMPLES CONDUTA (STF – HC 76.978-RS). CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE. NÃO-CONFIGURADA.

1 – Não decorrido lapso superior a 4 (quatro) anos entre nenhum dos marcos interruptivos previstos em lei, quais sejam, data do fato, recebimento da denúncia, sentença e julgamento do recurso pelo tribunal, descabe cogitar-se da ocorrência de prescrição.

2 – A impossibilidade de pagamento que justifica a absolvição, sob o fundamento da inexigibilidade de conduta diversa, não é a simples dificuldade financeira, mas sim a situação de insolvência total, ou seja, a absoluta impossibilidade de recolhimento dos tributos ou contribuições.

3 – Não obstante se admita a prova emprestada, a documentação constante dos autos, além de referir-se a perícias judiciais contábeis realizadas em 1999 e 2000, posteriores, pois, à própria condenação dos réus, não comprova a impossibilidade de pagamento das contribuições previdenciárias. Acresce que a empresa, a despeito das alegadas dificuldades, estava funcionando e comprometia com a folha de pagamento apenas 15% de sua receita.

4 – Pleito revisional improcedente.

POR MAIORIA, JULGADO IMPROCEDENTE O PLEITO REVISIONAL.

2ª Seção

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – NÃO RECOLHIMENTO

Empresários do setor açucareiro, condenados por sentença de primeiro grau na 1ª Vara Federal de Campos e confirmada por este Tribunal após acórdão proferido em apelação criminal, ajuizaram o pedido de revisão criminal.

No arrazoado em que apresentaram seus fundamentos, os revisandos alegaram que no decurso da ação fiscal para apuração de eventuais contribuições previdenciárias não recolhidas à Previdência Social no período de 07/1992 a 07/1993 pela Usina São João B. Lysandro, da qual faziam parte da direção, não foi realizada prova pericial contábil, o que era sempre indeferido pelo Juízo, a não ser por força de recursos em sentido estrito interpostos pelos mesmos; que nessas perícias, finalmente realizadas por instância dos revisandos, foram cabalmente comprovadas as dificuldades econômico-financeiras da empresa, no período de 1989 a 1995, motivo pelo qual em outras ações penais propostas pela Justiça pública os suplicantes foram absolvidos.

O Relator, Des. Fed. Rogério Carvalho, atendeu o pleito revisional ao final das considerações expendidas em seu voto, concluindo desta maneira:

“A mim parece ser suficiente observar que a sua condição de empresários que, embora atingidos por dificuldades presentes na economia como um todo, tenham teimado, tenham insistido em não se sujeitar a uma condição de condenados indevidamente suportada, como já de antemão se

*repointava da análise de outros feitos, dos quais poderiam ser extraídos elementos aptos a comprovar a insubsistência do decreto condenatório, evidentemente que justificaria a busca de instrumento que facilitasse o seu reerguimento direcionado a uma atividade produtiva, ainda que diversa da anteriormente exercida, instrumento este materializado em um título judicial calcado, por seu turno, naqueles pronunciamentos emitidos pelo judiciário, que em outras demandas já fez por absolvê-los de forma a restabelecer o seu **status dignitatis** quanto a casos que as provas ensejadoras de absolvição, providas desses outros para estes autos, como se viu, atestam que o caso analisado na presente via, juntamente com aqueles, poderiam compor uma única situação de continuidade delitiva, porém, toda provocada por dificuldades financeiras, como apontado pela defesa na inicial da revisão criminal.*

Mas, ainda que não se tratasse de hipótese como a aventada acima, não vejo como não se poderia deixar de atender aos anseios de quem estimulado pela existência de provas que lhe favoreçam, reconhecidas em outros processos como válidas para o mesmo efeito alforriador buscado através da revisão criminal, tenha se amparado em um socorro judicial prévio, que afastasse os inconvenientes de uma condenação fadada à revogação.”

Só o Des. Fed. Ivan Athié acompanhou o voto do Relator.

A posição vencedora foi a dos que julgaram improcedente o pedido revisional, sendo Relator para acórdão o Des. Fed. Cruz Netto, que assim fundamentou o seu voto:

*“O relator, Desembargador Federal Rogério Vieira de Carvalho, vota preliminarmente pelo reconhecimento da extinção da punibilidade dos requerentes devido à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade superveniente, antes que o trânsito em julgado do **decisum** condenatório ocorresse.*

Com a devida vênia, discordo de S.Exa.

A ação penal refere-se a fatos ocorridos no período de julho de 1992 a julho de 1993, tendo a denúncia sido recebida em 20 de abril de 1994.

A sentença condenatória, que data de 25 de julho de 1996, foi confirmada pelo tribunal em 23 de junho de 1999, ou seja, antes de transcorridos os quatro anos, prazo prescricional tendo em vista a pena aplicada as réus, que foi de 2 (dois) anos de reclusão (CP, art. 109-V).

Portanto, o prazo prescricional interrompeu-se com o recebimento da denúncia e, depois, novamente, com a sentença condenatória que foi confirmada pelo tribunal.

Tenho adotado a data em que o tribunal profere o julgamento como marco interruptivo da prescrição. No caso em questão, sentenciado o feito em 25 de julho de 1996 e julgado o recurso pelo tribunal, em 23 de junho de 1999, ou seja, antes de transcorridos os quatro anos, entendo que não é caso de prescrição.

Discordo, pois, do entendimento do Desembargador Federal Rogério Vieira de Carvalho, que entende que o prazo se conta a partir do trânsito em julgado do acórdão da turma que confirmou a sentença – é o trânsito em julgado para o Ministério Público Federal, no caso.

No mérito, o il. relator vota pela procedência do pleito revisional.

Acolhe a tese de inexigibilidade de conduta diversa apresentada pela defesa, fundando-se, ainda, numa outra tese, a qual sustenta que vem ganhando força no seio desta Corte, qual seja, a de ser exigível prova da intenção do agente, dito criminoso, de se apropriar de valores correspondentes a contribuições previdenciárias descontadas dos salários de empregados, o que, inclusive, suplanta aquela primeira constatação.

Peço vênia para novamente discordar de S.Exa.

No tocante à inexigibilidade de conduta diversa, tenho sim a adotado em alguns casos. Observo, contudo, que a impossibilidade de pagamento que

justifica a absolvição dos réus nesse caso não é a simples dificuldade financeira, mas sim a impossibilidade de pagamento dos tributos ou contribuições. Isto porque, na verdade, é um dever de todos pagar em primeiro lugar suas obrigações, notadamente as de caráter previdenciário.

Assim, quando a empresa está na situação de insolvência total, ou seja, diante da absoluta impossibilidade de efetuar o recolhimento dos tributos, tem-se admitido, evidentemente, a absolvição dos seus administradores, mesmo porque a condenação de alguém por não ter como pagar não se sustenta diante do ordenamento jurídico pátrio. Mas, volto a afirmar, há que se estar atento quanto à existência, de fato, de uma situação de grave dificuldade financeira.

No caso destes autos, ao que me parece, não é isso que ocorre.

Com efeito, relativamente aos laudos, com base nos quais os requerentes afirmam que estão por comprovar a precária situação da empresa, além de referirem-se a perícias realizadas em 1999 e 2000, ou seja, perícias posteriores à própria condenação dos réus, que foi nos idos de 1996, não comprovam a impossibilidade de pagamento da contribuição previdenciária.

Note-se que a ação é de 1994 e a condenação de 1996, portanto, referidas perícias constituem, realmente, uma prova emprestada, mas que não pode ser considerada, no caso, visto não ser contemporânea dos fatos delituosos pelos quais os requerentes foram condenados.”

(...)

“Acho que a prova apresentada pelos requerentes não demonstra a impossibilidade de a empresa cumprir com a obrigação de recolher as contribuições previdenciárias. Mostra, sim, que a empresa tinha dificuldades, como a grande maioria ainda tem hoje dificuldades financeiras, mas não vejo, com a máxima vênia do Relator, um motivo que justifique o não-recolhimento das contribuições. É uma usina de álcool, quer dizer, é uma empresa de grande faturamento. Não vejo porque essa prova possa justificar a absolvição dos requerentes, sobretudo por ter sido produzida em 1999 e 2000 enquanto o período de apuração relativo às contribuições previdenciárias é de julho de 1992 a julho de 1993. Ademais, a própria sentença foi proferida em 1996, muito antes, portanto, do referido laudo.

Ora, se em 1994 a empresa estava funcionando normalmente, inclusive comprometendo apenas 15% da sua receita na folha de pagamento, era

sinal de que, provavelmente, em 1993 a situação era menos grave. O perito afirma que a situação vem se agravando, quer dizer, isto ocorreu ao longo dos anos, o que não significa impossibilidade de pagamento das obrigações tributárias em anos anteriores.

Diante de todo o exposto, embora eu considere brilhante o voto do eminente Desembargador Rogério Vieira de Carvalho, que foi profundo dentro da sua convicção, peço a máxima vênua a Sua Excelência, mas na minha interpretação não está provado, nos autos, que a empresa não poderia recolher a contribuição previdenciária, razão pela qual voto pela improcedência do pleito revisional.”

No estudo comparativo de jurisprudência, foram encontrados os seguintes acórdãos assemelhados:

- STF:
 - ⇒ RHC 80123/SP (DJ de 17/11/2000, pg. 33)
- STJ:
 - ⇒ RESP 444146/SC (DJ de 04/08/2003, pg. 462)
- TRF-1:
 - ⇒ ACR 2002.01.00.016036-0 (DJ de 19/12/2003, pg. 113)
- TRF-2:
 - ⇒ ACR 98.02.38175-6 (DJ de 11/07/2002, pg. 155) – Primeira Turma – Rel. Des. Fed. RICARDO REGUEIRA:

“PENAL. CRIME PREVIDENCIÁRIO. NÃO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUTORIA E MATERIALIDADE NÃO COMPROVADAS. PERÍCIA CONTÁBIL NÃO REALIZADA. EMPRESA EM TOTAL ESTADO DE INSOLVÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOLO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO DECRETADA.

 - *Como é sabido, incumbe a acusação provar os fatos alegados, demonstrando de forma escorreita a autoria e materialidade delituosas.*
 - *Assim, não tendo **Parquet** Federal coligido, de forma precisa, a matéria fático-probatória, a fim de sustentar a imputação feita ao apelante, impossível prosperar o decreto condenatório.*
 - *Ademais, o ora apelante afirma, na fase instrutória, a insustentável situação financeira por que passava a empresa, não podendo de outro modo agir, atestando, de forma cabal, a ausência de dolo em suas ações.*
 - *Atipicidade da conduta.*
 - *Recurso provido.”*

⇒ ACR 2000.02.01.054803-4 (DJ de 28/05/2003, pg. 76) – Segunda Turma – Rel. Des. Fed. PAULO ESPIRITO SANTO:

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO RECOLHIMENTO. INFRINGÊNCIA AO ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI Nº 9.983/2000. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL.

– *Recurso ministerial, objetivando a reforma da decisão absolutória de primeiro grau.*

– *Reconhecida a existência de provas nos autos suficientes para o decreto condenatório do réu, pela prática da conduta delitativa prevista no artigo 168-A do Código Penal.*

– *Autoria e materialidade comprovadas nos autos, uma vez que o réu, na qualidade de administrador da empresa, deixou de recolher, à época própria, as contribuições descontadas dos salários de seus empregados.*

– *O crime omissivo, segundo a melhor doutrina, configura-se como omissão de uma determinada ação que o agente tinha a obrigação de fazer, bem como podia realizá-la.*

– *Dificuldades financeiras alegadas para justificar o não recolhimento de contribuições previdenciárias devem ser plenamente provadas de forma a permitir a exclusão da culpabilidade, em razão da inexigibilidade de conduta diversa, o que não restou demonstrado, **in casu**.*

– *Fixada a pena privativa de liberdade, levando em conta as características subjetivas do réu, substituindo-a por duas restritivas de direito, a teor do disposto no artigo 44 do Código Penal.*

– *Sentença absolutória reformada.”*

⇒ ACR 98.02.18958-8 (DJ de 25/11/99) – Terceira Turma – Rel. Juiz Conv. LUIS ANTONIO SOARES:

“PROCESSUAL PENAL. NÃO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA E IN DUBIO PRO REU. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. AUSÊNCIA DE DOLO.

I – Tempestividade. Réu revel. Nomeação de defensora, a qual atuou no processo. Intimação de pessoa diversa da nomeada para tomar ciência da sentença. Conclusão pela tempestividade do recurso interposto.

II – Atuação da defesa, processo em que nenhuma prova foi produzida em juízo. Opção do defensor pela não produção de provas a pedido da defesa. Relevância da opção porque não se justifica a

condenação baseada em provas exclusivamente obtida no inquérito policial. Função do defensor de apresentar ao Órgão Jurisdicional tudo quanto, legitimamente, possa melhorar a condição processual do imputado e que possa, honestamente, contribuir para dirimir sua responsabilidade. Não caracterização de estado de deficiência da defesa. Preliminares rejeitadas.

III – A decisão condenatória apoiada em provas obtidas, exclusivamente, no inquérito policial, contraria o princípio constitucional do contraditório. A prova testemunhal, colhida no inquérito policial, somente adquire valor jurídico mediante sua jurisdicionalização, o que só ocorre na instrução criminal. Precedentes do STF.

IV – Princípio do estado de inocência (art. 5º, LVI da Constituição). Direito e garantia fundamental assegurado ao cidadão com status constitucional. A regra processual da insuficiência de provas determinante da absolvição (art. 386, VI, do Código de Processo Penal) reafirma esse direito individual. O princípio da verdade formal pode ser aplicado em caso de absolvição criminal.

V – Necessidade de observância do princípio da verdade real para que ocorra a condenação. A alegação da defesa de que o déficit financeiro da empresa inviabilizou o recolhimento das contribuições dos empregados constitui elemento indiciário relevante para o julgamento, pois importa em inexistência de conduta diversa, ou não. Inexistência de perícia contábil para infirmar a alegação do réu.

VI – Princípio do ônus da prova. Necessidade de sua harmonização com o princípio processual penal consagrado na regra *in dubio pro reu*. Insuficiência de provas nos autos para atribuir a realização da conduta incriminada ao acusado e sustentar a condenação.

VII – Ausência de recurso para efetuar o pagamento. Circunstância de fato determinante da inexigibilidade de conduta diversa, nos casos em que o agente não pode atuar de outro modo, o que afasta a culpabilidade, pressuposto da punibilidade. Possibilidade de produção de prova neste sentido a pedido do Ministério Público ou por determinação, de ofício, pelo Juiz.

VIII – Prova pericial para comprovação do déficit financeiro de empresa. Necessidade da produção de prova. Inadmissibilidade da conclusão de que a culpa se presume. Impossibilidade da inversão do ônus da prova em face da obrigação imposta ao juiz de destituir o defensor em caso de insuficiência ou deficiência da defesa.

IX – Dolo. Elemento subjetivo do tipo. Ausência. Impossibilidade de realização da conduta desacompanhada do dolo. Necessidade de sua comprovação para justificar a condenação criminal. O não recolhimento das contribuições, que se classifica como crime omissivo, pressupõe a conduta inicial consistente na arrecadação voluntária do recurso existente (de que se dispõe).

X – Empresa, priorização de pagamentos. Medida que se justifica pelo princípio de que a empresa tem função social. Aceitação da conduta que confere prioridade aos pagamentos de empregados e fornecedores comparados com os pagamentos dos tributos. Exemplo da função social da empresa extraído do contexto dos deveres e responsabilidades dos administradores da sociedade anônima. Estado de necessidade, em face do interesse na manutenção da atividade empresarial. **Jus est art boni et aequi.**

XI – Insubsistência do raciocínio de que cumpre ao réu comprovar a alegação no sentido de que não recolheu a contribuição previdenciária dada como descontada do empregado, em virtude de impossibilidade que se deveu a déficit financeiro da empresa, relevante e determinante da inexistência do recurso.

XII – Recurso provido para absolver o réu, com base no art. 386, VI do CPP.”

⇒ ACR 2001.02.01.043458-6 (DJ de 25/07/2002, pg. 42) – Quarta Turma – Rel. Des. Fed. BENEDITO GONÇALVES:

“PENAL. DEIXAR DE RECOLHER CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO REALIZAÇÃO DE PERÍCIA CONTÁBIL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. SÚMULA 352 DO EG. STF. DIFICULDADES FINANCEIRAS DEMONSTRADAS. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE.

– Não há falar em nulidade do processo, quando a realização da perícia contábil se torna impossível em face da conduta omissiva da própria defesa. Aplicação do art. 565 do CPP c/c Súmula 352 do Pretório Excelso.

– Impõe-se a absolvição do acusado quando restar cabalmente comprovada a dificuldade financeira da empresa, como causa excludente de culpabilidade.

– Recurso provido para, reformando a sentença, julgar improcedente a pretensão punitiva, com base no art. 386, IV, do CPP.

⇒ RCCR 2000.02.01.061106-6 (DJ de 03/05/2001) – Quinta Turma – Rel. Des. Fed. CHALU BARBOSA:

“PENAL – RECURSO CRIMINAL – RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

I – O ônus da prova sobre a impossibilidade de recolhimento do montante devido à Previdência Social cabe ao réu. Em nenhum momento, a decisão considerou os elementos de provas concretas de tal impossibilidade de recolhimento das contribuintes previdenciárias, somente caracterizados em caso de falência, concordata ou de graves dificuldades financeiras evidenciadas em perícia contábil.

II – Recurso provido, para que seja recebida a denúncia.”

⇒ ACR 99.02.00253-6 (DJ de 23/06/2003, pgs. 240/241) – Sexta Turma – Rel. Des. Fed. POUL ERIK DYRLUND:

“PENAL – NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – LEI 8.212, ART.95, “D” E ART. 168-A, §1º, INCISO I, DO CP – ÓBITO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – ART. 107, I, DO CP – DOLO – ANIMUS DE FRAUDAR – ESPECIAL FIM DE AGIR – COMPROVAÇÃO – DESNECESSIDADE – REAL CAPACIDADE DE AGIR – DIFICULDADES FINANCEIRAS – INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA – CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE – NÃO COMPROVAÇÃO – PROVA – ÔNUS DO RÉU – SUFICIÊNCIA DA APURAÇÃO PELO ÓRGÃO ARRECADADOR – ESTADO DE NECESSIDADE – NÃO CONFIGURAÇÃO IN CASU – PENA – FIXAÇÃO – CRITÉRIOS – ART.S 59 E 68, DO CP – CONTINUIDADE DELITIVA – ART. 71/CP – MAJORAÇÃO – NÚMERO DE INFRAÇÕES – PRECEDENTES.

– Em tendo ocorrido o óbito de co-réu, presente causa de extinção da punibilidade em relação ao mesmo, sendo impositiva sua decretação, nos termos do inciso I do artigo 107 do CP.

– Revogando a Lei nº 9.983/2000, expressamente, o art.95, da Lei nº 8.212/91, e dispondo no Código Penal os mesmos tipos penais mencionados na lei previdenciária (Súmula nº 69/TRF4), o tipo penal, que guarda pertinência a nossa análise, se refere ao artigo 168-A, §1º, inciso I.

– Decorre do tipo penal, que se trata de crime omissivo próprio ou puro, cuja caracterização verifica-se pela inércia do agente, qual seja, os

dirigentes da empresa, sendo irrelevante ser sócio minoritário; que omite uma ação, oriunda de uma norma de comando/determinação, emanando um dever jurídico, cuja consumação efetiva-se com o não repasse das contribuições ao INSS pelo empregador, lesionando o bem jurídico que é a seguridade social, e não a função estatal de recolher verbas ao Erário, como d.v., se supõe, o que afasta a idéia de prisão civil (Súmula nº 65/TRF4).

*– No que concerne ao tipo subjetivo se esgota no dolo, não havendo exigência que se comprove especial fim de agir – **animus rem sibi habendi** -, apresentando-se como tipo congruente, prescindir o animus de fraudar, porquanto não se trata de estelionato, pelo que, deixando de praticar o que a lei determina, impreterivelmente se lesiona o bem jurídico.*

– Neste passo cabe destacar-se, passe-se o truísmo, inadmita-se, perante o ordenamento jurídico pátrio, a responsabilidade penal objetiva, o que implica dizer, a teor do artigo 156, do Código de Processo Penal, que cabe ao Ministério Público ‘...as alegações relativas ao fato constitutivo da pretensão punitiva...’ (“Instituições de Processo Penal”, Hélio Tornaghi, vol. IV, Forense, 1ª ed., 1959, pág. 232), em outros termos, que o agente se omitiu de realizar uma ação emanada de um dever jurídico, com a possibilidade de agir daquele modo determinado.

– No delito em tela, havendo uma norma de comando, ou determinação dirigida àquele agente, e, que omissor tenha deixado de recolher, no prazo legal, as importâncias descontadas, já traduz, por si só, que tinha condições de agir do modo imposto juridicamente, dada a posse do numerário.

*– Não há que se confundir, de molde a transferir o encargo probatório, que pertence ao réu, para o Ministério Público, eventuais fatos impeditivos, ou extintivos da pretensão punitiva, **in casu** dirimentes, calcadas em inexigibilidade de conduta diversa, que são ônus do réu, que procurem justificar o não recolhimento, ou impossibilidade de recolhimento da exação, com o que se afasta a responsabilidade penal objetiva, se distinguindo, outrossim, o inadimplente do sonegador.*

– As dificuldades financeiras aptas a ensejar o acolhimento de excludente de culpabilidade – inexigibilidade de conduta diversa –, são aquelas decorrentes de circunstâncias imprevisíveis ou invencíveis que tenham comprometido ou ameaçado, inclusive, o patrimônio pessoal do sócio-gerente, e quando episódicas eis que, em perdurando tal

situação no tempo, integrando-se à vida financeira da empresa e ao modo de sua administração, afastada resta a atipicidade da conduta por restar evidente que se trata de opção do contribuinte, assim entendida a atividade gerencial que opta pelo não pagamento dos tributos, com priorização de débitos outros, sendo imprescindível sua contemporaneidade ao próprio fato criminoso.

– No campo da materialidade, o exame pericial ou mesmo inquérito policial não se mostram imprescindíveis, sendo suficiente a apuração realizada pelo órgão arrecadador, não acarretando nulidade ausência de exame de corpo de delito.

– **In casu**, inacolhíveis os fundamentos do **decisum** atacado, a uma, porque não é a falta de possibilidade de agir elemento integrativo do tipo penal em comento, mas sim, causa supralegal de exclusão da culpabilidade, e como tal, incumbe o ônus de sua prova àquele que a alega, **in casu**, a parte apelada, cabendo ao órgão acusatório, tão somente, a prova da realização do fato, ou seja, da omissão; a duas, porque insuficiente, para não se dizer inexistente, a prova produzida das alegadas dificuldades financeiras; e a três, porque devidamente comprovada a responsabilidade da parte apelada pelos recolhimentos, por sua condição de diretor vice-presidente financeiro da empresa (fls.28/32; 33).

– Isto porque, a consumação nos delitos omissivos próprios se dá com o mero descumprimento de um dever de agir, implicitamente determinado pela norma, sendo seu pressuposto a concreta possibilidade de realização da conduta, eis que, em tendo havido o desconto dos valores, a capacidade de agir se apresenta **ipso facto**, face à efetiva existência do numerário.

– Na hipótese, nenhuma prova foi produzida no que pertine às dificuldades financeiras acenadas, tendo a defesa se quedado inerte, não requerendo qualquer diligência, não trazendo qualquer prova documental aos autos ou arrolando qualquer testemunha. Ao revés, o que se vê dos autos é a higidez financeira da empresa gerida pelo recorrido, sobretudo face ao aumento de capital levado à efeito durante o período sob apuração, como se vê da Ata da AGE acostada às fls. 28, em que, segundo a tese defensiva, encontrava-se em inafastáveis dificuldades financeiras que impedia o recolhimento das contribuições previdenciárias, efetivamente descontadas dos salários dos empregados.

– Noutro eito, insustentável a tese defensiva, reiteradamente apresentada, no sentido do não exercício da gestão da empresa pelo apelado, eis que estaria afastado daquela desde 1993, com a vinda,

inclusive, dos documentos de fls. 228/235, já em sede recursal, a uma, porque do documento de fls. 31 – Ata da AGE de 27/07/1994 –, que se refere ao período sub examen, se tem a prova de sua condição de diretor vice-presidente da empresa à época dos fatos; a duas, pela sua confissão em sede policial (fls.33), já no ano de 1996, no sentido de ser sócio-gerente da empresa; a três, porque o documento de fls. 228 – Ata da AGE –, refere-se a período em muito posterior, ou seja, 1998, não havendo nele qualquer menção a seu afastamento e; a quatro, porque os documentos de fls. 230/232, são documentos de circulação interna da empresa e unilateralmente produzidos, sendo de se indagar que, se existentes os mesmos desde 1993, por que só vieram aos autos após a interposição do recurso pelo órgão acusatório?

– Patente, portanto, que o não recolhimento, no caso, decorreu de livre arbítrio do recorrido, de um ato volitivo seu, que, consciente e voluntariamente deixou de repassar à Previdência os valores descontados, não se tratando, portanto, de mero não pagamento de débito civil no vencimento, mas sim de figura típica, de efetivo desconto dos salários e não repasse dos valores à Autarquia Previdenciária, pelo que, não há que se falar em responsabilidade objetiva.

– Provadas, portanto, a materialidade do delito bem como a autoria e, inexistindo quaisquer causas excludentes de ilicitude, ou culpabilidade, imponível o veredicto condenatório, o que deságua no acolhimento do recurso.

– Precedentes citados.

– Recurso a que se conhece e a que se dá provimento, para condenar HÉLIO JACQUES DA SILVA, a 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em regime inicial aberto, e 50 (cinquenta) dias-multa, como incurso no artigo 95, alínea 'd' e §1º, da Lei nº 8.212/91, c/c arts.5º, da Lei nº 7.492/86, na forma do art.71, **caput**, do Código Penal, com determinação de substituição da pena privativa de liberdade, nos termos em que disposto no voto, declarando-se extinta a punibilidade de VICTOR COELHO BOUÇAS face ao óbito (art. 107, I, CP).

- TRF-3:
⇒ ACR 2001.03.99.046158-2 (DJ de 30/09/2003, pg. 232)
- TRF-4:
⇒ ACR 2000.71.07.000239-7 (DJ de 14/01/2004, pg. 477)
- TRF-5:
⇒ RCCR 96.05.17817-6 (DJ de 24/11/2000, pg. 169)

Agravo de Instrumento
Proc. 2000.02.01.058230-3 – Publ. no DJ de 05/02/2003, pg. 63
Relator: Des. Fed. CARREIRA ALVIM
Relatora para acórdão: Des. Fed. JULIETA LUNZ
PROCESSO CIVIL – HONORÁRIOS PERICIAIS – FIXAÇÃO DO VALOR – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

I – Trata-se, em verdade, de uma perícia de levantamento de sobrevida de pessoa vitimada, por ato que lhe ocasionou a incapacidade, para que ela venha a ser indenizada por conta da União Federal.

II – Os honorários fixados em quase sete mil reais, no caso, extrapolam até mesmo o valor desta indenização. Penso que o perito há de se orientar pelo salário de um trabalhador para, dentro daquela faixa de sobrevida daquele termo, em que se daria a vida útil da pessoa incapacitada, vitimada por ato ilícito praticado pelo preposto da União. Não vejo, porém, também, como compatibilizar o valor desses honorários, dando-lhe uma proporcionalidade, quase que o caráter de uma verba advocatícia incidente sobre a verba, que será, em verdade, o valor final da indenização.

III – Perícia de levantamento de valor indenizatório de uma sobrevida não é tão complexa a ponto de justificar os honorários de quase sete mil reais.

IV – Honorários em dez salários mínimos.

POR UNANIMIDADE, FOI JULGADO PREJUDICADO O AGRAVO INTERNO E POR MAIORIA, FOI DADO PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.
1ª Turma
HONORÁRIOS PERICIAIS – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

O Des. Fed. Carreira Alvim expõe em seu breve relatório:

“Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, atacando a decisão a quo que determinou à UNIÃO que deposite em juízo no prazo de 5(cinco) dias os honorários do perito, pretendendo também a redução do valor fixado.

Alega a agravante que não foi ela a requerente da perícia, ficando desobrigada de antecipar quantia, face a regra do art. 33 do CPC, os quais devem ser pagos ao final da execução por meio dos precatórios.

Foi negado o pedido de concessão de efeito suspensivo à decisão a fls. 39/40.

Desta decisão a UNIÃO interpôs agravo regimental (fls.43/47).”

Entendeu o Relator negar provimento ao agravo, sob o fundamento de que o valor da remuneração do Perito deve ser aquele fixado pelo Juiz, não bastando à parte contrária (no caso, a União), para obter a correção, discordar do quantum fixado, simplesmente por não considerar o exame de extrema dificuldade. E afirmou enfático:

“Quem impugna uma perícia, tem que dar elementos concretos para dizer por que ela considera que a perícia não é complexa, por exemplo, deveria ter apresentado outros peritos que fariam aquela perícia por um valor menor.”

Entendimento diverso teve a Des. Fed. Julieta Lunz, cujo voto se tornou maioria, e no qual foi dado provimento ao agravo da União:

“Sr. Presidente, trata-se, em verdade, de uma perícia de levantamento da sobrevida de pessoa vitimada, por ato que lhe ocasionou a incapacidade,

para que ela venha a ser indenizada por conta da União Federal.

Entendo que os honorários fixados em quase sete mil reais, no caso, extrapolam até mesmo o valor desta indenização. Penso que o Perito há de se orientar pelo salário de um trabalhador para, dentro daquela faixa de sobrevida daquele termo, em que se daria a vida útil da pessoa incapacitada, vitimada por ato ilícito praticado pelo preposto da União... Não vejo, porém, também, como compatibilizar o valor desses honorários, dando-lhe uma proporcionalidade, quase que o caráter de uma verba advocatícia incidente sobre a verba, que será, em verdade, o valor final da indenização.

*Em verdade, o Processo já se alonga por um certo tempo, vez que o prolator da Decisão recorrida é um Colega contemporâneo meu de concurso. Vejo, então, que a última pessoa que está sendo assistida aqui é a Parte, é a vítima, que até hoje está à mercê não só do resultado dessa Ação, e já agora, seguramente, sendo onerada, por via indireta, com os honorários que entendo não serem compatíveis, **data venia** do entendimento monocrático – e bem por isso existiu o Agravo manejado pela União.*

Entendo, então, que uma perícia de levantamento de valor indenizatório de uma sobrevida não é tão complexa a ponto de justificar os honorários de quase sete mil reais.

Dou provimento ao Agravo da União.”

Entre os acórdãos correlatos ao assunto, foram selecionados os subseqüentes:

- STF:
 - ⇒ RE 81242/SP (DJ de 06/08/76, não constando pg.)
- TRF-1:
 - ⇒ AC2001.01.00.001895-0(DJ de 19/12/2003, pg.110)

● TRF-2:

⇒ AC 89.02.00761-8 (DJ de 30/10/90) – Segunda Turma – Rel. Des. Fed. ALBERTO NOGUEIRA:

“CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESABAMENTO DE ESTRADA SOBRE CONJUNTO RESIDENCIAL DE LAZER. INDENIZAÇÃO.

1 – CARACTERIZADA A RESPONSABILIDADE DO DNER, EM FACE DAS FALHAS TÉCNICAS, NO QUE TANGE A CONSTRUÇÃO DA ESTRADA, EXPLICITADAS NO LAUDO PERICIAL.

2 – A FALTA DE MELHOR INDICAÇÃO DA PARTE DOS ASSISTENTES, PREVALECE A VERBA INDENIZATÓRIA APURADA PELO PERITO DO JUÍZO.

3 – CABÍVEL A REPARAÇÃO TAMBÉM QUANTO AOS LUCROS CESSANTES, PELO VALOR LOCATIVO.

4 – MANTIDOS OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, EIS QUE FIXADOS EM BASE RAZOÁVEL.

5 – NEGADO PROVIMENTO AO APELO DO DNER; RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO.”

⇒ AC 89.02.00313-2 (DJ de 21/12/89) – Terceira Turma – Rel. Des. Fed. VALMIR PEÇANHA: “DESAPROPRIAÇÃO – INDENIZAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DÉCUPLO DAS CUSTAS – VALOR INDENIZATÓRIO FIXADO EM CONSONÂNCIA COM O APURADO EM PERÍCIA.

– HONORÁRIOS RAZOAVELMENTE FIXADOS.

– O ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO PREVÊ CONDENAÇÃO EM DÉCUPLO DAS CUSTAS.

– USO DE FACULDADE ASSEGURADA EM LEI – (RECORRER) NÃO CARACTERIZA MÁ FÉ DO APELANTE QUE ENSEJE CONDENAÇÃO POR DANO PROCESSUAL.

– APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS.”

⇒ AC 1999.02.01.047671-7 (DJ de 28/01/2003) – Rel. Des. Fed. POUL ERIK DYRLUND: “AÇÃO INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ADVOGADO CONTRATADO INSS.

1 – Na condição de advogado contratado do INSS, o autor objetiva a condenação do Réu de honorários advocatícios relativos às ações de beneficiários de Justiça Gratuita, julgadas improcedentes, favoráveis ao INSS, calculados com base no valor que estaria o mesmo obrigado a

pagar caso fosse vencido, incidindo sobre esse valor o percentual de 10%.

2 – A Resolução INPS –022.9 de 17/03/88, ao estabelecer o item 3.2 que os honorários de cada feito corresponderá a um salário-mínimo de referência, estabeleceu a citada norma limitação do valor dos honorários por feito, limite que deve ser observado nos honorários devidos pelo INSS também em caso de improcedência da ação de beneficiário de Justiça Gratuita.

3 – Considerando que as normas que versam sobre honorários de advogados credenciados sempre estabeleceram limites máximos ao valor pago pelo INSS a título de honorários, não se poderia chegar à conclusão diversa que certamente ofenderia o princípio da razoabilidade da moralidade e os demais princípios que regem a Administração Pública destinados ao atendimento do interesse público, cabendo à lei estabelecer os limites da atuação administrativa, especialmente, no que se refere ao comprometimento de verbas públicas. No mais, afigura-se inaceitável a interpretação conferida pelo autor à referida norma, eis que tal interpretação levaria à absurda situação de auferimento de benefícios remuneratórios pelos advogados credenciados bastante superiores aos dos Procuradores autárquicos concursados.

4 – Ainda que se considerasse correta a interpretação do autor sobre o pagamento de honorários, em caso de improcedência da ação da Justiça Gratuita, o cálculo só poderia abranger as verbas devidas relativas ao período compreendido entre o dia da juntada do laudo pericial em juízo até o momento da prolação da sentença e não o período compreendido pelo autor, nos cálculos apresentados.

5 – Com efeito, a teor de uma interpretação sistemática, norteadas pelos princípios da legalidade, e da razoabilidade, o resultado alvitado pelo Ministério Público Federal é o mais consentâneo com a realidade dos autos, o que deságua no desprovimento do recurso interposto pelo autor, e provimento do recurso do INSS e da remessa necessária.

6 – Recursos conhecidos, porém para negar provimento ao recurso do autor, dar provimento ao recurso do INSS e remessa necessária, para julgar improcedente o pedido, condenando o autor nas despesas processuais e em honorários advocatícios de R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais).”

● TRF-4:

⇒ REO 96.04.47006-0 (DJ de 29/07/98, pg. 487)

Agravo de Instrumento
Proc. 2001.02.01.025530-8 – Publ. no DJ de 29/04/2003, pg. 150
Relator: Des. Fed. SERGIO FELTRIN CORRÊA
TRIBUTÁRIO. LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS IMPORTADAS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DA LEI Nº 2.770/56.

– Envolvendo o cerne da lide a comprovação da regularidade formal da empresa agravante, não se encontram presentes os requisitos para antecipação de tutela, exigidos pelo art. 273, do CPC, quando ausente prova robusta capaz de demonstrar a inadequação de procedimento administrativo da Fazenda Nacional que resultou em sua Declaração de Inaptidão de Pessoa Jurídica.

– É vedada a concessão de medidas preventivas ou liminares em ações judiciais de qualquer natureza, que tenham por objeto a liberação de mercadorias procedentes do estrangeiro. Entendimento da Lei nº 2.770/56.

– Agravo de instrumento provido.

– Agravo interno prejudicado.

POR UNANIMIDADE, PROVIDO O AGRAVO DE INSTRUMENTO E PREJUDICADO O AGRAVO INTERNO.
2ª Turma
**LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS
IMPORTADAS**

A Fazenda Nacional interpôs agravo de instrumento face a decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal do Espírito Santo que deferiu pedido de antecipação de tutela para imediata liberação de mercadorias importadas pela agravada.

Em sua alegação, afirmou que a Lei nº 2.770/56 veda a concessão de medida preventiva ou liminar em casos como o objeto deste comentário e que a inscrição da empresa no CNPJ foi declarada inepta.

Deferido o pedido de efeito suspensivo, foi interposto agravo interno.

Unanimemente, a Segunda Turma deu provimento ao agravo de instrumento e julgou prejudicado o agravo interno. Assim se manifestou o Relator, Des. Fed. Sergio Feltrin, em seu voto:

“A meu juízo, as alegações da empresa no sentido de que a administração pública violou a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, bem como o seu intuito de demonstrar sua regularidade formal, envolvem o cerne da lide principal. E, pelos elementos fornecidos, não encontro prova robusta para, nos moldes do artigo 273, do CPC, possibilitar a antecipação da tutela. Ademais, as Leis nºs 2.770/56 e 8.437/92 vedam a concessão de medidas preventivas ou liminares em casos como o presente.”

Citou ainda o Relator o RE 1998.00.42065-7, julgado pela 2ª Turma do STJ (DJ de 13/08/2001) e o AGMS 92.04.11634-0, o julgado pela 1ª Turma do TRF-4 (DJ de 02/09/92), ambos com decisão unânime, como precedentes jurisprudenciais da sua decisão.

Outros acórdãos encontrados na pesquisa de jurisprudência:

● TRF-1:

⇒ AG 2000.01.00.007859-5 (DJ de 09/11/2001, pg 71)

● TRF-2:

⇒ AG 2001.02.01.047707-0 (DJ de 23/07/2002, pg. 73) – Primeira Turma – Rel. Des. Fed. NEY FONSECA:

“PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA – ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL – LIBERAÇÃO DE EQUIPAMENTO IMPORTADO ISENTO DE IMPOSTOS SEM CONDIONAR À APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE JUNTO À PREVIDÊNCIA SOCIAL E AO FGTS.

I – Há verossimilhança do direito à imunidade tributária quanto ao pagamento de impostos sobre equipamento que vem a se constituir em patrimônio de instituição de assistência social, a teor do art. 150, inc. VI, alínea ‘c’, da Constituição Federal;

II – O receio de dano irreparável ou de difícil reparação se evidencia face à natureza do equipamento importado, um esterilizador a ser utilizado em grandes cirurgias;

III – Também são verossímeis as alegações quanto ao descabimento de condicionar o desembaraço do equipamento à apresentação de certidões de regularidade junto à Previdência Social e ao FGTS, vez que a Administração Previdenciária possui meios para fiscalizar a regularidade da situação dos contribuintes, sem obstar o desembaraço de mercadoria isenta de impostos, ainda mais em se tratando de equipamento a ser utilizado no único hospital conveniado ao SUS na cidade de Petrópolis;

IV – Reformado o indeferimento agravado para se conceder a tutela antecipada, permitindo o desembaraço alfandegário do equipamento, isento de impostos, referente à Licença de Importação nº 00/1282597-0, sem apresentação das certidões de regularidade junto à Previdência Social e ao FGTS;

V – Agravo de instrumento provido.”

⇒ AG 2001.02.01.008399-6 (DJ de 16/01/2004, pg. 36) – Primeira Turma – Rel. Des. Fed. RICARDO REGUEIRA:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIBERAÇÃO DE MERCADORIA IMPORTADA. EXIGÊNCIA DE GARANTIA INDEVIDA.

– Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que deferiu parcialmente a liminar pleiteada em sede mandamental, com visos à liberação das mercadorias importadas pela ora agravada, independentemente do pagamento de depósito ou garantia em relação à diferença tributária discutida.

– As leis ordinárias e demais atos normativos que condicionam a liberação de mercadorias à exigência de garantias, tais como caução, fiança ou depósito em dinheiro, representam óbice ao exercício da atividade empresarial da agravada, sobretudo se considerado o teor da Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para o pagamento de tributos e multas que o fisco julga devidos.

– Ademais, a impetrante impugnou administrativamente o lançamento efetuado, pelo que, nos termos do art. 151, III, do Código Tributário Nacional, a exigibilidade do crédito está suspensa, até que seja proferida decisão definitiva na esfera administrativa.

– Agravo de instrumento improvido.”

⇒ AG 2001.02.01.038707-9 (DJ de 13/11/2002, pg.317) – Terceira Turma – Des. Fed. FREDERICO GUEIROS:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – LIBERAÇÃO, POR LIMINAR, DE MERCADORIAS IMPORTADAS: IMPOSSIBILIDADE, POR MANIFESTA OFENSA AO ART. 1º DA LEI Nº 2.770, DE 04 DE MAIO DE 1956.

I – ‘Nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente, importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa’ (Lei nº 2.770, de 04 de maio de 1956, art. 1º).

2 – Agravo de instrumento improvido. Decisão mantida.”

⇒ AG 2002.02.01.004570-7 (DJ de 18/10/2002, pg. 207) – Quarta Turma – Rel. Des. Fed. ROGÉRIO DE CARVALHO:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DE LIMINAR. LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS. ATENDIMENTO ÀS EXIGÊNCIAS FORMULADAS. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS IMPRESCINDÍVEIS AO CONHECIMENTO DA CONTROVÉRSIA. PEÇA NECESSÁRIA. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO

RECURSO. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO.”

⇒ AGTAG 2001.02.01.041979-2 (DJ de 06/09/2002, pgs. 449/450) – Sexta Turma – Rel. Des. Fed. SERGIO SCHWAITZER:

“PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – DEFERIMENTO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO – LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS IMPORTADAS – APLICAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO – CONTROVÉRSIA ACERCA DOS ATOS CONSTITUTIVOS DA EMPRESA IMPORTADORA – VEDAÇÃO DA LEI Nº 2.770/56 – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

I – Inexiste óbice a que se defira efeito suspensivo ativo ao agravo de instrumento, concedendo antecipação de tutela indeferida pelo juízo **a quo**. Trata-se, em verdade, de regular exercício do direito de acesso à instância recursal, o qual, aliás, veio a ser literalmente prestigiado na alteração operada no CPC pela Lei nº 10.352/01, com a nova redação dada ao inciso III do art. 527.

II – A exegese do art. 1º da Lei nº 2.770/56 requer a observância do princípio da proporcionalidade, de forma que, diante de dois interesses em conflito, e sendo possível a concessão de provimento judicial que contemple apenas um deles, cabe ao magistrado tutelar aquele mais relevante ou emergencial.

III – A efetivação da pena de perdimento das mercadorias, enquanto se discute a respeito da idoneidade dos atos constitutivos da empresa importadora, poderia acarretar lesão de difícil reparação, tendo em vista o inadimplemento com os destinatários finais, bem como a incidência das despesas de armazenagem.”

⇒ AG 2002.02.01.006399-0 (DJ de 29/07/2002, pg. 82) – Sexta Turma – Rel. POUL ERIK DYRLUND:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DESEMBARÇO ADUANEIRO. FASCÍCULOS DE CURSO DE ELETRÔNICA ACOMPANHADOS DE DEMONSTRATIVO PRÁTICO. ALEGAÇÃO DE IMUNIDADE. ARTIGO 150, VI, D, DA CF.

I – Inicialmente, não cabe a preliminar da União Federal quanto à falta de autenticação nos documentos trazidos pela agravante. Esta Egrégia Turma já teve a oportunidade de apreciar a matéria quando do julgamento da Apelação Cível nº 2000.02.01.053178-2 cujo o Relator foi o ilustre Desembargador Federal Sergio Schwaitzer. Naquela ocasião a Turma se pronunciou no sentido de que o fato da parte apresentar cópias sem

autenticação não pode ensejar o indeferimento da inicial ou a extinção do processo sem julgamento do mérito, eis que, em regra, tal apresentação não se revela indispensável à propositura da ação, à luz do Código de Processo Civil.

2 – O Supremo Tribunal Federal já firmou seu entendimento no sentido de que a imunidade prevista no artigo 150, VI, d, da CF só alcança o papel destinado aos livros, jornais e periódicos, não admitindo interpretação extensiva ou analogia para a concessão do benefício.

3. *In casu*, negada a liminar, determinou o juiz *a quo* a comprovação do depósito do montante integral do tributo devido para proceder à liberação das mercadorias. Para evitar prejuízo às

atividades da empresa, devido à urgência na liberação, concedeu-se, parcialmente, o efeito ativo para liberação, mediante a comprovação do depósito nos termos legais, decisão que ora é mantida. Sem prejuízo para a agravada que, ao final, terá o depósito convertido em renda.

4 – Agravo de instrumento parcialmente provido. Agravo regimental rejeitado.”

- TRF-3:
⇒ AG 96.03.033273-9 (DJ de 18/12/96, pg. 98325)
- TRF-4:
⇒ AGMS 95.04.33470-9 (DJ de 13/09/95, pg. 61114)
- TRF-5:
⇒ AMS 2001.81.00.016329-6 (DJ de 28/08/2003)

Agravo Interno em Agravo de Instrumento

Proc. 2003.02.01.006541-3 – Publ. no DJ de 03/10/2003, pg. 407

Relatora: Des. Fed. TANIA HEINE

Relator para acórdão: Des. Fed. PAULO BARATA

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO OFÍCIO 023/2003/PVCP/SP, DA ANATEL, QUE FIXOU NOVO VALOR DE USO DA REDE MÓVEL (VU-M) DE UMA DAS CONCESSIONÁRIAS – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA INDEFERIDA PELO JUIZ A QUO – PODER GERAL DE CAUTELA.

1. Trata-se de agravo interno interposto pela ATL – Algar Telecom Leste S/A, contra o ato que concedeu parcialmente o efeito suspensivo ativo no agravo de instrumento interposto por Telemar Norte Leste S/A e TNL PCS S/A – OI Celular, objetivando a antecipação da tutela denegada pelo juízo de origem, a qual foi requerida para o fim de sustar o ato da ANATEL que autorizou a ATL a praticar novo valor de uso de sua rede móvel (VU-M).

2. Atividade regulada e complexa.

3. A antecipação da tutela é ato que se insere no Poder Geral de Cautela do magistrado e, no presente caso, seu indeferimento pelo juiz *a quo* não se afigura, a princípio, abusivo, teratológico ou flagrantemente ilegal, tendo dado aos fatos e à lei razoável interpretação, o que recomenda sua manutenção até o julgamento do agravo de instrumento, quando a questão aqui versada, de alta complexidade, poderá ser melhor analisada.

4. Agravo interno provido.

POR MAIORIA, PROVIDO O AGRAVO INTERNO.

3ª Turma

TELEFONIA MÓVEL: EFEITO SUSPENSIVO ATIVO – PODER GERAL DE CAUTELA

A Algar Telecom Leste S.A. – ATL – interpôs agravo interno contra decisão que concedeu parcial efeito suspensivo ativo em agravo de instrumento.

O agravo de instrumento fora interposto contra decisão que indeferiu antecipação de tutela em ação ordinária visando à suspensão dos efeitos do Ofício Circular 023/2003/PVCP/SP, ANATEL, de 6/02/2003.

A questão se refere à interconexão entre redes fixas e móveis de telefonia, que teve aumento de 12,3% no valor da cobrança aos assinantes da Telemar e de 48,1% na tarifa devida à ATL.

Sustentou a ATL ser *extra petita* e, por isso mesmo, nula a decisão que determinou o repasse apenas do mesmo percentual cobrado dos assinantes da Telemar. Sustentou ainda que os itens que compõem o valor final das tarifas são absolutamente distintos e não houve

majoração de tarifa, pois o valor da VU-M da ATL fixado pelo Ofício 023/2003 é relativo ao Serviço Móvel Pessoal, uma nova espécie de serviço, já que o que existia antes era o VU-M no Serviço Móvel Celular.

Por maioria, vencida a Relatora, a Terceira Turma deu provimento ao recurso, mantendo a decisão de Primeiro Grau, mantida, portanto, a tabela tarifária fixada pela ANATEL, sendo Relator para acórdão o Des. Fed. Paulo Barata.

Acórdãos sobre o mesmo tema localizado no estudo comparado de jurisprudência:

- TRF-2:
⇒ EDAG 2000.02.01.069156-6 (DJ de 08/07/2002) – Sexta Turma – Rel. Des. Fed. SERGIO SCHWAITZER:
“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – TELEFONIA FIXA COMUTADA –

PLANO BÁSICO DO SERVIÇO LOCAL – REAJUSTAMENTO DE TARIFA – CLÁUSULA CONTRATUAL EXPRESSA – VERIFICAÇÃO DA REGULARIDADE DA ATUAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA – ESTREITEZA DA VIA DO AGRAVO – EXCEPCIONALIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA POSITIVA PELO TRIBUNAL, NEGADA NA ORIGEM – EFEITO MODIFICATIVO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

I – Da Cláusula 11.1 do Contrato de Concessão de Serviço Público de Telefonia Fixa Comutada, firmado entre, de um lado, a ANATEL, e, de outro lado, a TELEMAR (TELERJ S/A), com fundamento na Lei nº 9.472, de 16/07/1997, observa-se que, de fato, os critérios de reajustamento das tarifas concernentes ao Plano Básico do Serviço Local restaram expressamente estipulados na avença administrativa, fixado o fator multiplicador de 1,09 sobre a variação do IGP-DI apurada no período de referência como limite teto dos reajustes a serem efetuados, observada a fórmula naquela Cláusula estabelecida.

II – Se os critérios de reajustamento foram estatuídos no Contrato de Concessão de Serviço Público, evidente negócio jurídico, bilateral, forçosamente conclui-se pela inexistência de estipulação unilateral, no caso.

III – Não há como se verificar, de modo apriorístico, na presente via estreita de agravo, se os novos valores referentes (a) às taxas de habilitação de terminais residenciais, não residenciais e de troncos, (b) aos pulsos, e (c) às assinaturas residenciais, não residenciais e de troncos, tomados isolada ou conjuntamente,

revelam-se em descompasso com as regras estatuídas no contrato de concessão em tela.

*IV – À falta de robusta evidência de irregularidade pela atuação da concessionária de serviço de telefonia na execução do contrato de concessão, regularmente firmado, notadamente no que tange à sistemática de reajustamento de tarifas cobradas aos usuários, não há como, *in casu*, suspender a exequibilidade da Cláusula 11.1 do Contrato de Concessão de Serviços de Telefonia Fixa Comutada em tela, mormente por intermédio de excepcionalíssima concessão, pelo Tribunal, de medida positiva, negada na origem.*

V – Tanto a atribuição de efeito suspensivo ao agravo quanto a reforma mesma, pelo Tribunal, da decisão proferida em primeiro grau de jurisdição devem ser limitadas às hipóteses em que o ato judicial hostilizado é capaz de causar dano de difícil ou impossível reparação, observada a plausibilidade jurídica do pedido, sob risco de prejulgamento da causa, bem como de indevido desprestígio da atividade jurisdicional desempenhada pelo Juízo ordinário da causa.

VI – Lícita é atribuição de excepcional eficácia infringente aos embargos declaratórios para, modificando o Acórdão embargado, denegar a liminar concedida pela Turma, em sede de agravo de instrumento, como requerida na origem.

VII – Embargos de declaração acolhidos.”

- TRF-4:
⇒ AGA 2000.04.01.039038-8 (DJ de 24/01/2001, pg. 381)

Conflito de Competência

Proc. 2002.02.01.006073-3 – Publ. no DJ de 29/10/2002, pg. 342

Relator: Des. Fed. BENEDITO GONÇALVES

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSO PENAL. APLICAÇÃO DA REGRA GERAL PREVISTA NO ART. 69, I, E 70, DO CPP. PREVALÊNCIA. DELITOS PRATICADOS, EM TESE, NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO.

– No processo penal, a regra geral da competência é pelo lugar da infração, segundo a reza do art. 69, I, e art. 70, *caput, verbis*: “a competência, de regra, é determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução”. Constitui o critério *rationi loci* e prevalece sobre os demais enumerados nos incisos II a VII, do art. 69 do CPP.

– Na espécie, conforme verificou o órgão ministerial, em razões de fls. 128/139, os crimes, em tese, contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária, corrupção ativa/passiva, foram praticados no Município do Rio de Janeiro, local este onde está sediada a empresa em questão e onde foram efetuados os pagamentos indevidos à servidora pública, Fiscal do Trabalho, a qual teve determinada a quebra de sigilo bancário e onde se encontram as empresas bancárias envolvidas.

– Não há falar em aplicação do art. 75, parágrafo único, do CPP, como sustentado pelo MM. Juízo suscitado, por ter o MM. Juízo suscitante deferido a quebra de sigilo bancário de Fiscal do Trabalho (oriunda de conduta delituosa, em tese, praticada na cidade do Rio de Janeiro; fls. 114/119, do apenso 01, vol. II), vez que somente é aplicado em se tratando de dois Juízos com a mesma competência territorial, o que não é o caso.

– Conflito conhecido para declarar competente para apreciar e julgar o presente feito o MM. Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.

POR UNANIMIDADE, CONHECIDO O CONFLITO DE COMPETÊNCIA.

4ª Turma

REGRA GERAL DE COMPETÊNCIA: O LUGAR DA INFRAÇÃO

Estabeleceu-se conflito negativo de competência entre a 4ª Vara Federal de Niterói e a 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro em face de Processo Administrativo-Criminal, instaurado na Procuradoria da República em Niterói.

Na apuração de delitos praticados, em tese, pelos responsáveis legais de uma empresa do ramo de fotografia, o Ministério Público Federal requereu a quebra de sigilo bancário de um Fiscal do Trabalho, pedido este deferido pelo MM. Juízo da 4ª Vara Federal de Niterói.

Posteriormente, o MPF verificou que a *“empresa em questão está sediada no município do Rio de Janeiro, local onde então foram consumados eventuais delitos de sonegação; este também seria o local da consumação do eventual delito de corrupção, pois tanto os pagamentos pretensamente indevidos, quando as agências bancárias envolvidas estão situadas naquele município” (...)* razão pela qual requer a declinação de competência em favor de uma das Varas Federais localizadas no município do Rio de Janeiro” (fls. 100/101).

Com base nessas razões, a Juíza Federal Substituta da 4ª Vara de Niterói declinou da competência, em favor de uma das varas federais criminais da cidade do Rio de Janeiro. Após a distribuição, os autos foram remetidos ao Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.

O Juízo da 7ª Vara também declinou da competência, argumentando que a decisão da quebra de sigilo deferida pelo Juízo da 4ª Vara de Niterói significou a aceitação da competência por parte daquela Vara.

Por unanimidade, acolhendo o voto do Des. Fed. Benedito Gonçalves, a Quarta Turma conheceu do conflito, declarando competente o Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. Em sua fundamentação, o Relator começou estabelecendo a regra geral da competência, no processo penal, que é o lugar da infração (art. 69, I, e art. 70 do CPP). Referiu-se à competência do foro da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, explicitada no art. 45 do Provimento nº 01/2001 da Corregedoria Geral da Justiça Federal da 2ª Região. Enfatizou que, consoante verificação do MPF, os crimes, em tese, contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária, de corrupção ativa/passiva, foram praticados no Município do Rio de Janeiro, local onde está sediada a empresa em questão e onde foram efetuados os pagamentos indevidos à Fiscal do Trabalho, a qual teve determinada a quebra de sigilo bancária.

Concluiu o Des. Fed. Benedito Gonçalves:

“Ademais, não há falar em aplicação do art. 75, parágrafo único, do CPP, como sustentado pelo MM. Juízo suscitado, por ter o MM. Juízo suscitante deferido a quebra de sigilo bancário de Fiscal do Trabalho (oriunda de conduta delituosa, em tese, praticada na Cidade do Rio de Janeiro, fls. 114/119, do apenso 01, vol II), ver que somente é aplicado em se tratando de dois

Juízos com a mesma competência territorial, o que não é o caso.”

Acórdãos assemelhados encontrados na pesquisa de jurisprudência:

- STF:
 - ⇒ CJ 2767 (DJ de 14/04/65, não constando a pg)
- STJ:
 - ⇒ CC 39405/SP (DJ de 19/12/2003, pg. 318)
- TRF-1:
 - CC 2003.01.00.09241-4 (DJ de 16/09/2003), pg. 28
- TRF-2:
 - ⇒ CC 91.02.15270-3 (DJ de 07/04/92, pg. 8304)
 - Primeira Turma – Rel. Des. Fed. CHALU BARBOSA:
 - “*PROCESSUAL PENAL – CONFLITO DE COMPETÊNCIA.*
 - I – A COMPETÊNCIA EM MATÉRIA PENAL E DETERMINADA PELO LUGAR ONDE SE CONSUMA A INFRAÇÃO.*
 - II – ALTERADA A JURISDIÇÃO TERRITORIAL DA VARA FEDERAL DE NITERÓI, EX VI DO DISPOSTO NO PROVIMENTO Nº 1/91, DESTE TRIBUNAL, A COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO PENAL QUE VIER A SER INSTAURADA É A DO JUÍZO DE CAMPOS, QUE PASSOU A TER JURISDIÇÃO SOBRE O LUGAR EM QUE FOI PERPETRADO O CRIME.*
 - III – CONFLITO NEGATIVO JULGADO IMPROCEDENTE, DETERMINANDO A REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO FEDERAL DE CAMPOS.”*
- ⇒ CC 2002.02.01.016934-2 (DJ de 14/11/2002, pg. 437) – Segunda Turma – Rel. Des. Fed. PAULO ESPIRITO SANTO:
 - “*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO-FISCAL. INQUÉRITO POLICIAL PARA APURAR CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DISTRIBUIÇÃO A DOIS JUÍZOS DIFERENTES.*
 - *Conflito negativo de competência suscitado pelos Juízos da 5ª e 7ª Varas Federais da Seção Judiciária do Espírito Santo.*
 - *Configurada a inexistência de prevenção do Juízo suscitado, ao qual foi distribuído mandado de segurança previamente ao Inquérito Policial instaurado para apurar a prática de crime contra a ordem tributária, distribuído ao Juízo suscitante.*
 - *Declarada a competência do Juízo suscitante uma vez reconhecida a independência entre as esferas administrativa e penal.”*
- ⇒ CC 2000.02.01.024560-8 (DJ de 28/06/2001) – Terceira Turma – Rel. Des. Fed. PAULO BARATA:
 - “*CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INSTALA-*

ÇÃO DE VARA FEDERAL POSTERIOR AO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA PERPETUAÇÃO DA JURISDIÇÃO – ART. 87 DO CPC C/C ART. 3º DO CPP.

1 – O Município de Resende, onde os fatos criminosos ocorreram, nunca foi abrangido pela jurisdição da Vara Federal de Volta Redonda (Resoluções nºs 4, de 29/05/96 e 9, de 29/03/99, da Presidência deste Tribunal).

2 – De regra, determina-se a competência do foro pelo lugar em que se consumou a infração (art. 70, caput, primeira parte, CPP).

3 – Existência de lacuna na lei processual penal que não disciplina se, depois de recebida a denúncia, a competência deve ser ou não modificada na hipótese de instalação de Vara Federal com jurisdição no lugar de consumação do delito.

4 – Aplicação, por analogia, do art. 87 do CPC, que consagra o princípio da perpetuação da jurisdição, em face do disposto no art. 3º do CPP.

5 – Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 6ª Vara Federal Criminal – RJ.”

⇒ CC 2000.02.01.026641-7 (DJ 22/03/2003, pg. 186) – Quinta Turma – Rel. Des. Fed. ALBERTO NOGUEIRA:

“PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.

– Recebida a denúncia, no MM. Juízo Suscitado, em razão de delito cometido no Município de Resende, que jamais foi compreendida na competência, em razão do lugar, do MM. Juízo Suscitante, e em data anterior à instalação da Vara Federal de Resende, a competência para o feito é do MM. Juízo Suscitado. Jurisprudência sumulada do Egrégio Tribunal Regional Federal da Segunda

Região, compendiada na Súmula nº 10. Conflito negativo de competência procedente, declarada a competência do MM. Juízo Suscitado.”

⇒ PET 95.02.14320-5 (DJ de 22/10/96, pg. 80011) – Plenário – Rel. Des. Fed. CELSO PASSOS: “PROCESSUAL PENAL – COMPETÊNCIA – ART.69, INCISO I E VII DO CPP – CONFLITO NEGATIVO.

– COMPETENTE PARA CONHECER DOS FATOS INDISCRIMINATÓRIOS QUE ENVOLVEM A PROCURADORA MILITAR Dra. NADIR BISPO FARIAS, CONFORME NOTICIADO NESTES AUTOS, É O EG. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO.

– EMBORA EXERCENDO SUAS FUNÇÕES JUNTO À 5ª AUDITORIA DA 1ª CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA MILITAR NESTE ESTADO, OS FATOS SE PASSARAM NO ESTADO DE SÃO PAULO, CUJO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, 3ª REGIÃO, É O COMPETENTE PARA CONHECER DO PROCESSO, PORQUANTO É O QUE TEM JURISDIÇÃO SOBRE O LUGAR DA INFRAÇÃO (ART.69, INCISOS I E VII DO CÓD. DE PROC. PENAL).

– SUSCITADO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA, NA FORMA DO DISPOSTO NO ART.105, I, ‘D’ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.”

- TRF-3:
 - ⇒ CC 2003.03.00.000652-9 (DJ de 05/08/2003, pg. 479)
- TRF-4:
 - ⇒ ACR 96.04.50923-3 (DJ de 04/03/98, pg. 486)
- TRF-5:
 - ⇒ CC 2001.05.00.037552-0 (DJ de 30/07/2002, pg. 1471)

Apelação Cível

Proc. 2000.02.01.027757-9 – Publ. no DJ de 2/10/2003, pg. 140

Relator: Juíza Federal Convocada NIZETE LOBATO RODRIGUES

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESSARCIMENTO DE DANOS. CORREÇÃO MONETÁRIA DE DUPLICATAS PAGAS COM ATRASO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA SUCEDIDA PELA UNIÃO FEDERAL. PRAZO PRESCRICIONAL. AGRAVO RETIDO. PROVA PERICIAL. IRREGULARIDADES FORMAIS SUPRIDAS. PRAZO RAZOÁVEL PARA PAGAMENTO.

1 – Ação proposta na Justiça Comum estadual, em 09/07/93, pela Companhia Carbonífera de Urussanga originalmente contra a extinta Companhia Auxiliar de Empresas Elétricas Brasileiras (CAEEB), sociedade de economia mista vinculada ao Ministério das Minas e Energia, responsável pela guarda e manutenção dos estoques de carvão mineral energético, pleiteando diferenças de correção monetária e juros moratórios por atraso no pagamento de duplicatas no período de maio de 1987 a outubro de 1989.

2 – A União, sucessora da CAEEB, sujeita-se ao prazo prescricional trienal próprio às duplicatas emitidas contra aquela sociedade (art. 18 da Lei nº 5.474/68, com redação dada pela Lei nº 6.458/77), mas a ação ordinária de ressarcimento de danos, hipótese dos autos, prescreve em vinte anos (Súmula 39 do STJ). Por outro lado, o lapso quinquenal estabelecido a favor da União (Decreto nº 20.910/32) não se implementou entre o momento da edição da Lei nº 8.209, de 12 de abril de 1990, e o da propositura da ação (julho de 1993). A Companhia foi extinta em 20/08/93, após a propositura desta ação e a sua citação, em 02/08/93. Inocorrente, por conseguinte, qualquer lapso prescricional, até então.

5ª Turma

3 – Agravo retido improcedente. As irregularidades formais da perícia foram posteriormente supridas, sem prejuízo à União e, tal como se encontra, pode ser aproveitada, até em obséquio ao princípio da economia processual e da efetiva entrega da prestação jurisdicional, para evidenciar, no processo de conhecimento, as datas de apresentação das faturas. Eventual cálculo complementar para aplicar a correção monetária segundo os critérios ora fixados poderá ser feito no processo de execução.

4 – Acordo previamente celebrado entre a CAEEB e as siderúrgicas justifica a emissão de duplicatas em nome destas, para serem honradas por aquela. Por outro lado, há necessidade de se consumir algum prazo na operacionalização dos pagamentos, ainda que se tenha em mente o contexto inflacionário de então, cujos efeitos, a par da dificuldade operacional, eram elementos conhecidos e certamente considerados quando da fixação do preço do mineral. Portanto, a correção monetária só é devida em pagamentos efetuados em prazo superior a 10 (dez) dias a contar da data de vencimento/apresentação.

5 – A Administração tem o dever de corrigir valores pagos com injustificado atraso, porque a atualização resulta do princípio que veda o enriquecimento sem justa causa.

6 – Agravo retido improvido. Apelação parcialmente provida.

POR MAIORIA, NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E PROVIDAS, PARCIALMENTE, A APELAÇÃO E A REMESSA NECESSÁRIA.

RESSARCIMENTO DE DANOS – CORREÇÃO MONETÁRIA

Cuida o acórdão em comento de remessa necessária e apelação interposta contra sentença monocrática que, julgando procedente o pedido, condenou a União Federal a pagar à Companhia Carbonífera de Urussanga a correção monetária entre as datas de vencimento e as de efetivo pagamento de faturas relativas à venda de carvão à extinta Companhia Auxiliar de Empresas Elétricas Brasileiras (CAEEB), no período de maio de 1987 a outubro de 1989, além de juros de mora de 6% ao ano, a contar do vencimento, honorários de 10% sobre o valor da condenação e reembolso de custas e despesas de perícia.

Ao apelar, a União, preliminarmente, ratificou o agravo retido contra decisões que: nomearam o perito; aprovaram seus honorários sem intimá-la pessoalmente, através da AGU e, inclusive, autorizaram o levantamento de cinquenta por cento da quantia. No mérito, sustentou que, não tendo havido notificação do devedor, não pode a credora exigir juros ou correção monetária por se tratar de contrato comercial; que, nos créditos cobrados da União não podem incidir índices expurgados por planos econômicos e, quanto aos juros de mora, se admitidos, que fossem computados a partir da citação.

Por maioria, vencido o Juiz Federal convocado Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a Quinta Turma negou provimento ao agravo retido e deu parcial provimento à apelação e à remessa, nos termos do voto da Relatora:

Ao examinar a questão objeto do agravo retido, a Des. Fed. Nizete Rodrigues considerou que a falta de intimação da União não lhe gerou prejuízo demonstrável, pois, embora tardiamente, teve oportunidade de se pronunciar sobre o laudo pericial e formular quesitos, que foram respondidos. Também, a seu juízo, não ficou comprovado prejuízo alegado pela União pela ausência de intimação para indicar assistente técnico e opinar sobre a proposta de honorários periciais.

Sobre os laudos periciais e sua necessidade assim se manifestou no voto:

“A anulação da perícia, para que ‘a nova expertise apure cabalmente, com base na escrita da Autora, as operações de duplicatas emitidas em nome de terceiros e o valor dos endossos’, como quer o Ministério Público, só faz sentido se, a par do afastamento da prescrição quinquenal e trienal, rejeitarem-se os seguintes argumentos: inexistem débitos tal como concluiu o TCU; a autora recebeu os valores sem qualquer ressalva, desonerando a CAEEB; as duplicatas que instruem a lide não possuem a Ré como sacada, e seu endosso, por se tratar de verbas públicas, exige a apuração contábil das operações realizadas com terceiros beneficiados, os quais teriam, até, de integrar a lide (fls. 599). É que a prova pericial, no processo de conhecimento, só se justifica quando o julgamento da causa depende de conhecimentos técnicos de que o Magistrado não dispõe.”.

Quanto ao mérito, concluiu a Relatora, após o exame de toda a documentação, que as duplicatas foram pagas, mas com atraso. A partir daí, conceitua:

“Impende, pois, precisar o marco inicial do atraso, sendo certo que não se poderia exigir da CAEEB a liquidação de títulos de crédito com a mesma celeridade observada nas operações comerciais entre particulares. Tanto é assim que no próprio memorando de entendimento retro aludido fora previsto ‘o dia 10 do mês subsequente ao mês seguinte do fornecimento como data de vencimento da duplicata ...’, sendo que se tais pagamentos não fossem efetivamente realizados no dia 10, as duplicatas sofreriam correção, a título de mora.”
(...)

“Com tais considerações, reconheço como devida a atualização monetária somente a partir do décimo-primeiro dia de atraso, a contar da apresentação

da fatura, pois, a teor da Súmula 43 do Colendo STJ, o termo inicial da correção monetária sobre dívida por ato ilícito incide a partir do efetivo prejuízo. A ilicitude do ato da CAEEB se vislumbra no atraso injustificado do pagamento das faturas/duplicatas, repito, em prazo superior a dez dias a contar da data de vencimento/apresentação.”

Acórdãos assemelhados localizados na pesquisa de jurisprudência:

- STF:
 - ⇒ ACO 412/SP (DJ de 25/10/2002, pg. 23)
- TRF-2:
 - ⇒ 99.02.24003-8 (DJ de 25/03/2003, pg. 62) – Quarta Turma – Rel. Juíza Convocada VALÉRIA ALBUQUERQUE:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. CORREÇÃO MONETÁRIA DE PARCELAS PAGAS ADMINISTRATIVAMENTE COM ATRASO. HONORÁRIOS. ART. 20, § 4º, DO CPC.

– O pagamento de benefício previdenciário, vencimentos, soldos, salários, proventos e pensões, feito, administrativamente, com atraso, está sujeito à correção monetária desde o momento em que se tornou devido.

– Prescrição interrompida na data do requerimento administrativo.

– Os juros representam o ressarcimento pelos danos causados pelo atraso.

– Honorários advocatícios mantidos segundo o critério disposto no artigo 20, parágrafo 4º do CPC.

– Recurso e remessa necessária aos quais se nega provimento.”

⇒ AC 94.02.19488-6 (DJ de 30/08/2002, pg. 370) – Sexta Turma – Rel. Juiz Conv. JOSÉ FERREIRA NEVES NETO:

“PREVIDENCIÁRIO – BENEFÍCIO PAGO A MENOR – DIFERENÇAS DEPOSITADAS ADMINISTRATIVAMENTE SEM CORREÇÃO MONETÁRIA – SÚMULA 71/TRF – JUROS – REEMBOLSO DAS CUSTAS PROCESSUAIS – CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1 – As prestações continuadas dos benefícios previdenciários, pagas em atraso, sujeitam-se à atualização monetária, tendo por termo inicial a data em que se tornaram devidas (deveriam ser pagas).

2 – Correção monetária não se confunde com mora. Enquanto esta penaliza o atraso no pagamento, aquela atualiza da moeda circulante, ajustando-a em relação ao seu poder aquisitivo. A incidência da correção monetária não se fundamenta na mora, e sim na possibilidade de aplicar a indexação, em face da política pública do nominalismo/monetarismo.

3 – Os juros representam o ressarcimento pelos danos causados pelo atraso, ressalvando-se que o caso em tela trata de débito de natureza alimentar. Consoante precedentes do STJ, devem ser de 1% ao mês, a partir da citação.

4 – As autarquias devem reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora, conforme estabelecia o art. 10, § 4º, da Lei nº 6.032/74 e dispõe o art. 4º, § único, da Lei nº 9.289/96.

5 – Redução dos honorários advocatícios para 5% sobre o valor da causa.

6 – Apelação parcialmente provida.”

Apelação em Mandado de Segurança

Proc. 96.02.42869-4 – Publ. no DJ de 05/03/2002, pg. 196

Relator: Des. Fed. ANDRÉ FONTES

ERRO NA INDICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA. POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO DO PÓLO PASSIVO. PRINCÍPIOS DA DEMANDA E DA ECONOMIA PROCESSUAL.

I – O mandado de segurança deve ser entendido, interpretado e admitido *cum granus salis*, com vistas à ampliação de sua incidência, e não à imposição de obstáculos à sua tramitação.

II – A extrema complexidade da estrutura da Administração Pública foi criada para atender aos princípios da descentralização e da especialidade, sendo a competência de seus agentes elemento fixado por lei, constituindo, pois, questão de direito, proporcionando o conhecimento *ex officio* do tema pelo magistrado.

III – O erro na indicação da autoridade coatora, em razão da natureza objetiva do critério de fixação da competência dos atos administrativos, há de ser considerado vício sanável, tendo em vista que, no campo do direito público, a indicação do pólo passivo da relação processual não está subordinada às vicissitudes fáticas dos casos comuns, onde os personagens da lide surgem de situações concretas e casuísticas e, portanto, submetidas ao exclusivo ônus de indicação pelo autor.

IV – Descabida a extinção do feito sem a apreciação do mérito, cabendo ao magistrado, em homenagem ao princípio da economia processual, determinar a abertura de vista ao impetrante para nova indicação.

V – Provimento parcial do recurso, com o retorno dos autos à vara de origem para regular processamento do feito.

POR MAIORIA, DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

6ª Turma

ERRO NA INDICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA – POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO – PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

A SOMABEL – SOCIEDADE MAGEENSE DE BEBIBAS LTDA impetrou mandado de segurança contra ato do Delegado da Receita Federal no Rio de Janeiro em que pretendia, liminarmente, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário referente a IRPJ e encargos pertinentes, na conformidade de auto de infração lavrado pela fiscalização de Niterói.

Indeferido o requerimento de liminar, a decisão foi mantida após rejeitado o pedido de reconsideração do feito pela impetrante.

Ao prestar informações solicitadas, o Delegado da Receita Federal no Rio de Janeiro disse ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da relação processual, alegando encontrar-se a impetrante sob a jurisdição final da Delegacia da Receita Federal em Niterói, solicitando fosse diretamente oficiado o titular da mesma.

Pelo motivo exposto, o MPF opinou pela extinção do processo sem julgamento do mérito, face a ilegitimidade passiva da autoridade coatora. E essa foi efetivamente a medida adotada pelo Juiz da 14ª Vara Federal do Rio de Janeiro, “*não cabendo ao magistrado mandar substituir o sujeito passivo do mandado de segurança, chamando a Juízo a verdadeira autoridade coatora, e sim declarar os impetrantes carecedores do direito de ação.*”

No julgamento da apelação, a Sexta Turma, por maioria, proveu parcialmente o recurso, nos termos do voto do Relator, Des. Fed. André Fontes, vencido o Des. Fed. Poul Erik Dyrland. Afirmou o Relator:

*“Conforme acima esclarecido, a autoridade indicada nos autos como coatora não é aquela competente para a prática do ato objetado. Conquanto se deva nutrir respeito pela opinião de que o erro na escolha da suposta autoridade tida como coatora possa gerar a extinção do feito sem apreciação do mérito em razão do princípio da demanda, que atribui ao autor o ônus da escolha do réu, entendo ser possível e necessária a correção do endereçamento do **mandamus**, sempre que ficar evidenciado um erro na escolha da autoridade que praticou o ato ilegal e abusivo.”*

“(…)

Pelo exposto, voto pelo provimento parcial do recurso, determinando a remessa dos autos ao juízo de origem, abrindo-se vista à impetrante para, caso demonstre interesse, requeira a notificação da nova autoridade, em homenagem aos princípios da demanda e da economia processual.”

Divergiu o Des. Fed. Poul Erik, expondo seus argumentos em fundamentação lastreada em precedentes doutrinários e jurisprudenciais:

“(…)

“Autoridade coatora é aquela que ordena ou omite

a prática do ato impugnado, determinando ou executando-o, e, por conseqüência, a que pode corrigi-lo, e não o superior que baixa as normas para sua execução, pelo que é ela aquela que, concretamente, tem a responsabilidade de praticar o ato, e a competência para suspendê-lo, assumindo, portanto, suas conseqüências, ou seja o responsável pelo ato lesivo.

Dessa forma, tem-se que o critério essencial para que seja a mesma identificada é a sua competência para corrigir a lesão do direito líquido e certo apontado.

‘PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – AUTORIDADE COATORA – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

– DISPÕE DE LEGITIMIDADE PASSIVA PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DE MANDADO DE SEGURANÇA A AUTORIDADE QUE PRATICOU O ATO INQUINADO DE ILEGAL E DETÉM PODERES PARA CORRIGIR A ILEGALIDADE.

– PRECEDENTES.

– RECURSO PROVIDO.’

(STJ, Resp.140534/SC, Rel.Min.Felix Fischer, T5, un., DJ30/11/98) (verbis/grifamos)

Indicada, portanto, erroneamente a autoridade coatora, afetada resta uma das condições da ação, configurando-se a ilegitimidade passiva, que deverá ser conhecida de ofício pelo magistrado, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição (art.267, §3º, CPC), eis que, em sendo matéria de ordem pública, incorre preclusão (TRF1, AC1997.010.00.59984-2/MG, Rel.Juiz Luciano Tolentino Amaral, T1, un., DJ 28/09/98).”

(…)

*“In casu, como se infere das informações acostadas às fls.70, esclarece o impetrado que deixa de prestar informações, tendo em vista ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo do **mandamus**, informando, outrossim, a quem realmente compete a execução do ato impugnado, ou seja, ao Delegado da Receita Federal em Niterói, tendo em vista encontrar-se o domicílio fiscal da parte recorrente em Magé, fato este expressamente por ela reconhecido no item VII de sua peça de irrisignação, ao admitir haver incidido em **error in procedendo**, ao impetrar o presente **writ** em face do impetrado.*

Assim, tem-se que a impetrante, ora apelante, indicou equivocadamente como autoridade coatora o Sr. Delegado da Receita Federal do Rio de Janeiro, e não o Delegado da Receita Federal de Niterói, a cuja jurisdição fiscal está submetido, face ao seu domicílio fiscal – Magé (fls.2). Ante a ausência de precisa indicação do ato passível de correção, resulta a inexistência de uma das condições da ação, qual seja, a legitimidade. Assim sendo, deve-se aplicar a regra de que a errônea

indicação da autoridade coatora gera carência da ação mandamental, o que deságua, inequivocamente, na extinção do processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.”.

Jurisprudência citada no voto vencedor (Des. Fed. André Fontes):

● TRF-1:

⇒ AMS (falta o ano)01.00.013328-0 (DJ de 05/05/2000, pg. 509)

Jurisprudência citada no voto vencido (Des. Fed. Poul Erik), além daquela já anteriormente referida:

● STF:

⇒ RMS 21362 (DJ de 26/06/92, pg. 10104)
⇒ MS 21647-6/DF (DJ de 1/07/94)

● STJ:

⇒ MS 5863/DF (DJ de 05/6/2000)
⇒ CC 29765/PB (DJ de 27/11/2000)
⇒ CC 30306/AL (DJ de 02/04/2001)
⇒ MS 7186/DF (DJ de 11/12/2000)
⇒ MS4647 (DJ de 22/03/99)
⇒ MS4645/DF (DJ de 16/06/97)

● TRF-2:

⇒ AMS 94.02.20563-2 (DJ de 04/07/2000) – Primeira Turma – Rel. Des. Fed. RICARDO REGUEIRA:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ERRÔNEA INDICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA. CARÊNCIA DA AÇÃO. – A errônea indicação da autoridade coatora gera carência da ação mandamental, pois resulta a inexistência de uma de suas condições, qual seja, a legitimidade.

– Recurso a que se nega provimento, por unanimidade.”

⇒ AMS 2001.02.01.010405-7 (DJ de 09/05/2001) – Quarta Turma – Rel. Des. Fed. ROGÉRIO CARVALHO:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ERRÔNEA INDICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

Não tendo a autoridade impetrada meios para corrigir o ato tido por ilegal, já, inclusive, tendo se manifestado nesse sentido em processo administrativo, não possui legitimidade passiva ad causam para figurar no polo passivo da demanda. Apelo improvido.”

⇒ MS 91.02.05049-8 (DJ de 25/04/91) – Primeira Turma – Rel. Des. Fed. CLÉLIO ERTHAL:

“PROCESSUAL CIVIL. ERRO NA INDICAÇÃO DA AUTORIDADE IMPETRADA E DO FATO

QUE ENSEJOU OPEDIDO. CARÊNCIA DA SEGURANÇA.

– Insurgindo-se o impetrante contra ato praticado por juiz que não é o indicado na inicial, pretendendo censurar ato que também não é o nela descrito, impõem-se a extinção do mandamus sem apreciação do mérito, por carência do direito de ação.”

Outros acórdãos pesquisados, em estudo comparado de jurisprudência:

● STF:

⇒ MS 22970/DF (não constando a publicação)

● STJ:

⇒ ROMS 11076/RS (DJ de 04/08/2003, pg. 423)

● TRF-1:

⇒ AMS 1996.01.36242-8 (DJ de 04/09/2003, pg. 79)

● TRF-2:

⇒ 2001.02.01.032693-5 (DJ de 5/11/2002, pg. 171)

– Primeira Turma – Rel. Juíza REGINA COELI PEIXOTO:

“HABEAS CORPUS. ILEGITIMIDADE DA AUTORIDADE INDIGITADA COATORA. EXTINÇÃO DO FEITO. DILIGÊNCIA BASEADA EM FUNDADAS RAZÕES.

– Habeas Corpus cujo objeto é a expedição de salvo-conduto, para proibir que seja realizada qualquer medida cautelar de busca e apreensão, no escritório do paciente.

– Ilegitimidade da autoridade indigitada coatora para figurar no pólo passivo do presente feito, visto ser o mesmo incompetente para, em caso de concessão da ordem, dar-lhe cumprimento nos termos do pedido.

– A medida cautelar de busca e apreensão é uma diligência que pode ser realizada antes ou durante o inquérito policial, desde que haja fundadas razões para sua implementação, onde se pretende a colheita de provas para demonstrar a verdade do caso.

– No caso, não logrou o impetrante, de forma convincente, demonstrar a ausência de fundadas razões para a realização da diligência que se pretende impugnar, sendo certo, pelo contrário, as alusões do representante do Ministério Público Federal – diga-se erroneamente indigitado autoridade coatora – atestam que a efetividade da medida.

– Ordem denegada.”

⇒ HC 2002.02.01.025236-1 (DJ de 29/04/2003, pg. 1600 – Segunda Turma – Rel. Des. Fed. CRUZ NETTO:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE IMPETRADA. INDICAÇÃO EQUIVOCADA. INDEFERIMENTO DA INICIAL.

I – A autoridade apontada como coatora não tem competência para corrigir o ato supostamente

ilegal, que não foi praticado por ela nem por outra autoridade de sua jurisdição fiscal. É o que se depreende da Portaria nº 242, da Secretaria da Receita Federal, ao estabelecer a jurisdição fiscal da 7ª Região. Embora seja aplicável ao mandado de segurança a regra do art. 284 do CPC, em se tratando de indicação equivocada da autoridade coatora, não está o juízo obrigado a oportunizar ao impetrante a emenda à inicial, podendo indeferir-la, de plano.

II – Se o juízo perante o qual foi impetrado o mandado de segurança não exerce a jurisdição na circunscrição da autoridade legitimada para o pólo passivo da ação, como no presente caso, com muito mais razão deve ser extinto o processo sem julgamento do mérito, pois a emenda a inicial tornaria incompetente o juízo.

III – Apelação improvida.”

- ⇒ AMS 96.02.22973-0 (DJ de 10/11/2003, pg. 221) – Terceira Turma – Rel. Juiz ALBERTO NOGUEIRA JUNIOR:

MANDADO DE SEGURANÇA – SALDO DE CONTA VINCULADA DO FGTS – ABATIMENTO DE PRESTAÇÕES – FUTURAS DO FINANCIAMENTO JUNTO À PREVI-CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL – ILEGITIMIDADE PASSIVA.

I – O presidente da CEF, em qualquer das esferas, não pode ser apontado como autoridade coatora em todas as ações mandamentais, visto que a estrutura administrativa é organizada de forma a que cada qual tenha um cargo e este as atribuições, sendo responsáveis diretos por seus atos. No **writ of mandamus** a indicação errônea da autoridade que ordenou a prática do ato acarreta a ilegitimidade passiva, com extinção da ação. Não se pode modificar o pólo passivo da impetração, depois de já completada a relação processual.

II – Apelação a que se nega provimento.”

- ⇒ AMS 2000.02.01.012367-2 (DJ de 16/05/2003, pg. 153) – Quinta Turma – Rel. Des. Fed. VERA LUCIA LIMA:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – SOCIEDADE CIVIL PRESTADORA DE SERVIÇOS MÉDICOS – IMPORTAÇÃO DE BEM PARA USO PARTICULAR – NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS – PRECEDENTE DO STF – ALEGADA NULIDADE DO PROCESSO – INOCORRÊNCIA.

– O ICMS incide sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, nos termos do art. 155, IX, ‘a’, da CRFB. Entretanto, por força da parte final da cláusula constitucional mencionada, que alude a estabelecimento destinatário da **mercadoria**, o

Supremo Tribunal Federal entendeu que o ICMS não incide sobre qualquer entrada de bem no país (RE nº 203.075-9/DF). Neste acórdão, o Ministro MOREIRA ALVES sintetizou bem a questão, ao assinalar no seu voto que ‘o art. 155, IX, ‘a’, da Constituição não abarca o destinatário da mercadoria importada do exterior, quando for ele **não-comerciante**.’ Neste sentido, sendo a apelada Sociedade prestadora de serviços médicos, não se sujeita ao recolhimento da sobredita exação.

– Inexiste nulidade do processo, seja porque o Juízo **a quo**, ao apreciar esta alegação, afirma que todos os argumentos aduzidos nas informações foram abordados pela sentença, seja pelo fato de o próprio julgador de 1ª instância assentar ser adepto da tese esposada pela Fazenda, só tendo decidido em sentido contrário em função da recente decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal acerca do tema. Ainda neste aspecto, é válido frisar que a mera mudança da autoridade coatora não acarreta propriamente a alteração do pólo passivo da demanda, já que a ré não deixou de ser a União Federal.

– Apelo e remessa desprovidos.”

- ⇒ AMS 2000.02.01.071938-2 (DJ de 15/10/2002, pg. 196) – Sexta Turma – Rel. Des. Fed. SERGIO SCHWAITZER:

ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO – PROVENTOS PERCEBIDOS A MAIOR – ERRO NO SISTEMA – DEVER DE REPOSIÇÃO AO ERÁRIO.

I – Não é parte ilegítima para figurar no pólo passivo de mandado de segurança a autoridade apontada como coatora que, ao ser notificada do deferimento de liminar, dá cumprimento integral à referida decisão, promovendo o desfazimento do ato inquinado de ilegal.

II – Os servidores públicos ativos, inativos e os pensionistas estão obrigados a restituir ao Erário os valores percebidos indevidamente, ainda que de boa-fé.

III – Sob o pálio do poder de autotutela da Administração Pública, bem como à luz do art. 46 da Lei nº 8.112/90, dispensável a instauração de procedimento administrativo para que se proceda aos descontos nos vencimentos/proventos do servidor público a título de reposição ao Erário, bastando, tão-somente, mera comunicação prévia.

IV – Recurso e remessa oficial providos.”

- TRF-3:
⇒ AMS 93.03.092454-1 (DJ de 1/08/2002, pg. 195)
- TRF-4:
⇒ AMS 94.04.07267-7 (DJ de 20/05/98, pg. 703)
- TRF-5:
⇒ AMS 2000.05.00.026857-6 (DJ de 27/06/2003, pg. 628)

EMENTÁRIO TEMÁTICO

Benefício previdenciário - União estável

1ª TURMA - TRF-2ª RG

APELAÇÃO CÍVEL

Proc. 2001.02.01.015307-0

Publ. no DJ: 23/05/2003, pag. 364

Relatora: Juíza Conv. SIMONE SCHREIBER

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRA. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. ART. 226, § 3º, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

1 – O fato de ser o servidor ainda casado não impede o reconhecimento da união estável existente, uma vez que a legislação e a jurisprudência evoluíram no intuito de conceder proteção à família constituída, sendo esta a *mens legis* adotada na Lei nº 9.278/96, que regulamentou o disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

2 – Também o fato de a apelada não ter sido designada como beneficiária do servidor junto à Administração não é suficiente para restringir sua equivalência de condição no que se refere aos direitos conferidos ao cônjuge, assegurada constitucionalmente.

3 – Uma vez comprovada a convivência *more uxorio* por lapso significativo de tempo entre a apelada e o instituidor da pensão, deve ser reconhecido o direito em questão, devendo a companheira receber, em concorrência com a esposa do servidor falecido, o benefício da pensão por morte.

4 – Apelações e remessa necessária a que se nega provimento.

2ª TURMA - TRF-2ª RG

APELAÇÃO CIVEL

Proc.: 1999.51.04.402318-7

Publ. DJU de 14/04/2004, pág. 125

Relator: Des.Fed.PAULO ESPIRITO SANTO

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - LEI N. 8.213/91 - ART. 16 - COMPANHEIRA - UNIÃO ESTÁVEL - JUROS DE MORA - PRESCRIÇÃO - NULIDADE DA SENTENÇA - FILHOS COMUNS - CONVIVÊNCIA MORE UXORIO - DESIGNAÇÃO.

- Em se tratando de ação previdenciária, na qual a parte interessada visa assegurar a implantação de pensão pela morte de seu companheiro, falecido no ano 1994, não há que falar em prescrição, já que a segurada requereu administrativamente em 1998 o benefício (pensão) e ajuizou a ação em 1999, portanto, de qualquer maneira, não havia, ainda, passados os 5 anos, devendo ser afastada a alegada prescrição suscitada pelo INSS;

- A arguição de nulidade da sentença, que teria julgado em contradição com as provas colacionadas, confunde-se com o próprio mérito da demanda, haja vista que a convicção que se faz do acervo probatório se traduz na convicção do juízo sobre a própria questão de fundo;

- Vários são os documentos juntados pela parte interessada que conduz a conclusão de, efetivamente, o de cujus e ela viveram em união estável, devendo-se destacar os quatro filhos comuns havidos durante o período de convivência do casal;

- Fixa-se o termo inicial para o pensionamento a contar do óbito do instituidor da pensão, pois que este faleceu na vigência da precedente redação do art. 74 da Lei nº 8.213/91;

- Embora a Autarquia Federal sustente não tenha havido designação da demandante pelo falecido, na CTPS seu nome foi consignado com este objetivo, revelando a intenção do *de cujus* em dar publicidade da convivência *more uxorio*;

- A sentença deve ser mantida quanto aos juros de mora (6% ao ano), já que de acordo com o entendimento desta Eg. Turma (art. 1062 do Código Civil de 1916);

- Os honorários de advogado, por se tratar de causa singela, devem ser reduzidos de 15% para 5% do valor dado à causa.

3ª TURMA - TRF-2ª RG

APELAÇÃO CÍVEL

Proc.: 2001.51.01.008563-6

Publ. DJU de 28/01/2004, pág. 11

Relator: Des. Fed. TANIA HEINE

ADMINISTRATIVO. PENSÃO MILITAR. DIVISÃO ENTRE A EX-ESPOSA E A EX-COMPANHEIRA. INEXISTÊNCIA DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

I – Diante da Justificação Judicial e documentação acostada aos autos, restou sobejadamente demonstrada a relação de união estável de Berenice Mendes de Medeiros com o militar falecido.

II – Entretanto, para efeito de percepção da pensão por morte, não basta a convivência *more uxore* comprovada entre a postulante e o *de cujus*, sendo necessária, cumulativamente, a existência de dependência econômica.

III – No caso, inexistente tal dependência, uma vez que a autora recebe aposentadoria advinda do Município do Rio de Janeiro e que o ex-militar sequer contribuía para a aquisição do imóvel do casal, tendo a demandante adquirido este bem unicamente com seu esforço próprio.

IV -Apelação improvida.

4ª TURMA - TRF-2ª RG

APELAÇÃO CÍVEL

Proc.: 2001.51.01.018573-4

Publ. no DJU de 20/02/2004, pág. 222

Relator: Des. Fed. ARNALDO LIMA

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. COMPANHEIRA. PENSÃO POR MORTE. INCIDÊNCIA DO PERCENTUAL DE 28,86% E ANUËNIOS.

I - Desnecessidade de designação expressa, pelo instituidor, da companheira como beneficiária da pensão, bastando, apenas, a comprovação da união estável entre o servidor e sua companheira, para

assegurar-se o direito à pensão por morte daquele. Precedente do eg. STJ.

II - Na espécie, a união estável restou devidamente comprovada, conforme se dos documentos acostados à inicial, dentre eles as declarações de fls. 09, 10 e 11, esta última firmada pelos filhos do instituidor, bem como da demonstração de conta bancária conjunta (fls. 21 e 22), ressaltando-se, inclusive, que “o conteúdo probatório apresentado pela requerente e não elidido pela parte ré, a quem caberia comprovar a existência de fato extintivo do direito postulado (artigo 333, I, do Código de Processo Civil), supre a inexistência de designação, pelo servidor, da autora como sua companheira”, como bem consignado pelo MM. Magistrado (fl.72).

III - No que tange à aplicação do percentual de 28,86%, decorrente do reposicionamento concedido pela Lei nº 8.627/93, o mesmo é devido, tendo em vista o regramento do § 4º, do mencionado art. 40, da CF/88 (redação anterior à EC 20/98), e atual § 8º, do mesmo artigo, que dispõe sobre a revisão do benefício na mesma data e na mesma proporção sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade. A incidência do referido percentual, contudo, deverá ser compensada com eventuais aumentos concedidos pela própria Lei nº 8.627/93. Nesse sentido, precedentes desta Corte e do eg. TRF-1ª Região.

IV - Quanto ao cômputo dos anuênios, a sentença deve ser mantida, vez que conforme previsto no art. 215, da Lei nº 8.112/90, a pensão mensal vitalícia por morte do servidor deverá corresponder ao valor da respectiva remuneração ou provento. Tal determinação está prevista, também, na Constituição Federal de 1988, que em seu art. 40, § 7º dispõe que o benefício da pensão por morte “será igual ao valor dos proventos do servidor falecido..”, observado o disposto no § 3º.”

V - Sentença parcialmente reformada, tão-somente para determinar a compensação do percentual de 28,86% com eventuais reajustes concedidos pela própria Lei nº 8.627/93.

VI - Apelação da União Federal e remessa oficial conhecidas e parcialmente providas.

5ª TURMA - TRF-2ª RG

APELAÇÃO CÍVEL

Proc.: 2003.02.01.008533-3

Publ. no DJU DATA de 10/12/2003, pág. 109

Relator: Des. Fed. ALBERTO NOGUEIRA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. DECLARAÇÃO DE EXISTÊNCIA DA SOCIEDADE DE FATO. VALIDADE DAS PROVAS: CONJUNTO PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS É SUFICIENTE E EVIDENCIA A UNIÃO ESTÁVEL

1. No que se refere à validade das provas, é de todo infundada a alegação de serem estas “declarações unilaterais”, haja vista ter sido o INSS devidamente citado, por carta precatória, tendo apresentado contestação, e, embora não tendo comparecido à audiência declaratória, obteve vistas do processo e apresentou memoriais.

2. Quanto à existência de união estável, ficou esta demonstrada através dos diversos documentos acostados aos autos. A prova testemunhal, somada à prova documental, atestam a convivência *more uxório* da Apelada-Autora com o *de cujus*, de acordo com o entendimento jurisprudencial dominante.

3. Presentes, portanto, os elementos que caracterizam a sociedade de fato, estando correta a sentença que declarou procedente o pedido.

4. Negado provimento à remessa necessária e à apelação do INSS. Decisão unânime.

6ª TURMA - TRF-2ª RG

APELAÇÃO CÍVEL

Proc.: 2002.02.01.033576-0

Publ. no DJU de 01/04/2004, pág. 140

Relator: Des. Fed. SERGIO SCHWAITZER

ADMINISTRATIVO. PENSÃO MILITAR. COMPANHEIRO SEPARADO DE FATO. UNIÃO ESTÁVEL. DIVISÃO DO VALOR ENTRE COMPANHEIRA E ESPOSA PENSIONADA DE ALIMENTOS. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA REJEITADA.

I - Rejeita-se a preliminar de incompetência absoluta da Justiça Federal suscitada pela União, ante a firme e

atual jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em local onde haja juiz federal, compete à Justiça Federal processar e julgar a ação, caso se pretenda precipuamente o reconhecimento da união estável com o intuito de obter benefícios perante entidades federais, como ocorre, no caso em tela, em que a autora busca tal reconhecimento para que possa fazer jus à pensão junto ao órgão militar. Prejudicado, assim, o prequestionamento dos art. 109 da Constituição Federal, art. 9º da Lei 9.278/96, art. 78 da Lei 5.774/71 e art. 267, IV do CPC.

II - Cabível a concessão da cota da pensão à companheira do militar, eis que a companheira tem o direito de concorrer com outros dependentes ao benefício, sem que haja prioridade na ordem de preferência, havendo nessa direção o extinto Tribunal Federal de Recursos cristalizado a matéria no verbete da sua Súmula 253; máxime restando comprovado nos autos, notadamente através de prova documental e testemunhal, que o militar falecido encontrava-se separado de fato da esposa e mantinha um vínculo permanente com a companheira, em tudo se assemelhando à união estável a que alude o art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988. Precedentes do STJ: RESP 134.332/RS e RESP Nº 280.464-MG.

III - Demonstrada a união e sendo esta reconhecida como entidade familiar, não se há que exigir que um integrante da relação dependa economicamente do outro, sendo atualmente compreensível que ambos contribuam para o sustento da família. Da mesma forma, inaplicáveis os óbices dos art. 78 da Lei 5.774/71 e art. 50 da Lei 6.880/80, porquanto, com a edição da Lei 9.278/96, não se pode mais constituir em obstáculo, para a caracterização da união estável, o estado civil do convivente ou a necessidade de um lapso temporal mínimo de cinco anos de convivência. Infringência ao art. 460 do Código de Processo que não se vislumbra na r. sentença recorrida.

IV - Correta, ainda, a concessão do benefício a partir da data do falecimento do militar, pois proposta a ação dentro do lustro prescricional e porque “o direito à pensão nasce com o óbito do contribuinte”, a teor do disposto no art. 28 do Decreto 49.096/60 - que regulamentou a Lei 3.765/60 (Lei de Pensões Militares). De outro tanto, cuida-se de pretensão estranha à lide o requerimento para que a ex-esposa do *de cujus* proceda ao ressarcimento dos valores recebidos além do devido.

V - Apelações e remessa necessária desprovidas.