



TRF - 2ª Região

INFO JURInformativo de
Jurisprudência**ACÓRDÃOS EM DESTAQUE**

ÓRGÃO ESPECIAL: Restituição de valores cobrados indevidamente a título de contribuição previdenciária possui natureza tributária

1ª SEÇÃO ESPECIALIZADA: “Seleção dos Poupançudos”: hipótese de marketing de emboscada em relação à marca de propriedade da CBF e à imagem da seleção brasileira de futebol

2ª SEÇÃO ESPECIALIZADA: Verbas sujeitas à incidência de contribuição previdenciária

3ª SEÇÃO ESPECIALIZADA: União estável: prova exclusiva ou predominantemente testemunhal somente é válida para fins de percepção de pensão por morte de companheira quando apoiada em início razoável de prova material

1ª TURMA ESPECIALIZADA: Medidas constritivas de bens e valores advindas da Operação Saqueador: razoabilidade do montante fixado dentro do patamar explicitado na denúncia

2ª TURMA ESPECIALIZADA: RE nº 661256 e o descabimento da desaposentação: somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciários

3ª TURMA ESPECIALIZADA: A legitimidade passiva em sede de mandado de segurança coletivo limita-se aos associados com domicílio fiscal na esfera de atribuição da autoridade apontada como coatora

4ª TURMA ESPECIALIZADA: PIS e COFINS sobre receitas financeiras: restabelecimento das alíquotas à luz do Decreto nº 8.426/15, com redação dada pelo Decreto nº 8.451/15

5ª TURMA ESPECIALIZADA: Demissão por improbidade administrativa com base em infração disciplinar ou falta grave independe de processo judicial prévio, não dispondo a Administração Pública de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa

6ª TURMA ESPECIALIZADA: Responsabilidade objetiva solidária entre as esferas da Administração Direta em virtude de demora na transferência de paciente de UPA para Unidade de Terapia Intensiva hospitalar

7ª TURMA ESPECIALIZADA: Alteração de regra licitatória exige nova publicação do ato, através do mesmo instrumento em que se deu o texto original, sendo insuficiente sua veiculação em sítio eletrônico da Administração Pública

8ª TURMA ESPECIALIZADA: Suspensão de direitos políticos decorrente de sentença penal seguida de condenação por improbidade administrativa: inexistência de bis in idem em virtude da independência de esferas

ACÓRDÃOS EM DESTAQUE

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - 0005808-76.2014.4.02.9999 (2014.02.01.005808-0)

Decisão em 05/10/2017 – Disponibilização no e-DJF2R de 16/10/2017

Relator: Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND - Órgão Especial

[volta](#)

Restituição de valores cobrados indevidamente a título de contribuição previdenciária possui natureza tributária

Trata-se de Conflito Negativo de Competência suscitado por julgador integrante da 7ª Turma Especializada em face de julgador integrante da 3ª Turma Especializada, ambos dessa Corte, proposto nos autos de ação condenatória à restituição de valores indevidamente pagos ajuizada por viúva de segurado em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

Após sentença que julgou extinto o processo em razão da prescrição da pretensão de repetição de indébito referente à alegação de recolhimento indevido de contribuições previdenciárias, autora e réu apelaram.

A primeira apelante sustentou a inexistência de prescrição, uma vez que o quinquênio para pleitear a restituição tem início na data da extinção do crédito tributário, que, nos casos de lançamento por homologação, se dá após cinco anos da ocorrência do fato gerador. O prazo seria, portanto, de 10 anos da data do pagamento indevido, não atingindo a prescrição quaisquer dos recolhimentos indébitos datados de 2006 que foram realizados a partir das instruções da autarquia ré (sendo que a ação foi ajuizada em 2012).

O INSS alegou em seu apelo que não possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda já que administrar a arrecadação das contribuições sociais destinadas à Previdência Social é atribuição da Receita Federal, cabendo à UF a titularidade da repetição objeto da ação.

As apelações foram distribuídas à 1ª Turma Especializada, sob a relatoria do Desembargador Federal Abel Gomes, que declinou da competência para as Turmas Especializadas em matéria tributária, pois, em seu entendimento, o processo não mais discutia o direito à concessão de pensão por morte ou a análise da legislação previdenciária (plano de custeio e benefícios da Previdência Social), versando, sim, sobre debate eminentemente tributário.

Os autos foram redistribuídos à 3ª Turma Especializada e remetidos ao Desembargador Federal Marcus Abraham, que também declinou da competência, ao argumento de que a controvérsia sobre a repetição de indébito teria nítida natureza administrativa.

Após nova redistribuição, então para a 7ª Turma Especializada, o Desembargador Federal Sergio Schwaitzer asseverou que a lide girava em torno da extinção do crédito tributário, inexistindo qualquer discussão acerca de matéria administrativa. Colacionou, em seu voto, diversos julgados, demonstrando que as Turmas de direito tributário desta Corte têm apreciado causas cujo objeto é conexo ao tema debatido nestes autos. Citou, ainda, jurisprudência do Órgão Especial do TRF2 no sentido de que as ações em que os contribuintes pretendem a restituição da contribuição previdenciária possuem natureza tributária, por dizerem respeito ao custeio da Seguridade Social.

Diante do exposto, suscitou conflito negativo de competência em face da 3ª Turma Especializada, a ser decidido pelo Órgão Especial.

O Desembargador Federal Marcus Abraham, a seu turno, integrante da Turma suscitada, manteve seu posicionamento sob o argumento de que a orientação dada pelo INSS à autora para fins de obtenção da pensão previdenciária não foi a de quitar integralmente as contribuições devidas e não salgadas por falecido segurado, mas a de pagar um percentual, o que remeteria ao caráter indenizatório e não tributário do valor auferido.

O Desembargador Federal Poul Erik, relator do incidente, ponderou que o cerne da controvérsia analisada é a repetição de indébito, possuindo a apelação da autora por fundamento o artigo 168 do Código Tributário Nacional, inexistindo, portanto, qualquer elemento nos autos que atraia a competência de Turma Especializada em Direito Administrativo. Citou, nesse sentido, decismos da própria 3ª Turma Especializada, em julgamento de conflito de competência, da lavra da Desembargadora Federal Tania Heine.

Colacionou, ainda, julgados do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando entendimento de que as questões relativas à repetição de indébito de contribuições previdenciárias têm natureza tributária.

O Órgão Especial decidiu, à unanimidade, conhecer do incidente, para declarar a competência da 3ª Turma Especializada, nos termos do voto do relator.

Precedentes:

STJ: AgRg no AREsp 557772 (DJe de 14/11/2014); REsp 1086935 (DJe de 24/11/2008);

TRF2: AP 000922878.2010.4.02.5101 (DJe de 15/07/2016); AP 011433632.2015.4.02.5001 (DJe de 27/09/2016);

CC 000057483.2007.4.02.5109 (DJe de 05/07/2010); CC 0005599-44.2008.4.02.0000 (DJe de 05/12/2008).

EMBARGOS INFRINGENTES - 0805184-80.2010.4.02.5101 (2010.51.01.805184-7)

Decisão em 29/08/2017 - Disponibilização no e-DJF2R de 15/09/2017

Relator: Desembargador Federal ABEL GOMES

Relator para Acórdão: Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ – 1ª Seção Especializada

[volta](#)

“Seleção dos Poupançudos”: hipótese de marketing de emboscada em relação à marca de propriedade da CBF e à imagem da seleção brasileira de futebol

Trata-se de embargos infringentes opostos pela Caixa Econômica Federal – CEF em face de acórdão proferido pela 2ª Turma Especializada desta Corte, que, por maioria, dera provimento ao apelo interposto pela Confederação Brasileira de Futebol – CBF, para reformar a sentença de piso, julgando procedentes os pedidos exordiais formulados pela autora/embargada, de modo que a Autarquia se abstinhasse, definitivamente, do uso não autorizado, em campanhas publicitárias, de marcas e signos distintivos de propriedade da Confederação - em específico no que diz respeito à promoção denominada “Seleção dos Poupançudos” -, procedendo, ainda, à devida indenização.

Na espécie, a campanha “Seleção dos Poupançudos” apresentava bonecos vestindo uniformes de futebol nas cores da bandeira nacional, em cuja blusa constava a marca da Caixa (representada pela letra “X”), emoldurada por um brasão. Ressalte-se que tal propaganda foi elaborada e veiculada por ocasião da Copa do Mundo de Futebol de 2010, não sendo a embargante, todavia, uma das patrocinadoras do evento.

O acórdão recorrido, lavrado em face da prevalência do voto divergente/vencedor, de autoria do Desembargador Federal Messod Azulay Neto, deu provimento ao recurso de apelação, conforme anteriormente mencionado, visualizando o julgador evidente hipótese de enriquecimento sem causa, configurada pelo uso desautorizado de imagem e prestígio de marca alheia, com a finalidade de com ela se associar, passando-se por patrocinador oficial, numa atitude que considerou tipicamente parasitária.

Nesse sentido, frisou que, a despeito da pura questão teórica, o que mais o impressionou, motivando sua apreciação, foi o confinamento do sinal em “X” (já utilizado pela CEF em outras propagandas) dentro de escudo idêntico ao da Seleção. Segundo o magistrado, do cotejo de imagens dos comerciais da Caixa relacionados ao tema ‘futebol’ depreende-se que ela não possui qualquer marca que se caracterize por um brasão – donde concluiu haver sido este

“ardilosamente engendrado para se assemelhar ao da CBF e imitar as características da camisa oficial da seleção brasileira, fazendo com que parecesse como se dela fosse”.

Já o voto vencido, da lavra do Desembargador Federal André Fontes, negou provimento ao apelo, prestigiando a sentença de primeiro grau, considerando que a promoção em comento não foi idealizada com base na Copa do Mundo de 2010 ou mesmo em produtos relacionados à Confederação Brasileira de Futebol (de modo a causar dúvida ou confusão ao público consumidor), e que tampouco demonstrou a autora, concretamente, o prejuízo que afirma ter sofrido.

Instaurada a divergência, a embargante pugnou pela reforma do acórdão prevalente, para que os pedidos iniciais fossem julgados improcedentes. Alegou, para tanto, a inviabilidade da apropriação do uso das cores verde e amarela pela embargada, bem como de que os anúncios com o assunto ‘futebol’ e que utilizam as cores nacionais só possam vir a ser veiculados, exclusivamente, pelos patrocinadores autorizados da CBF – implicando tais práticas, a seu ver, na restrição e supressão da livre concorrência e iniciativa.

O MPF exarou parecer, opinando pelo improvimento do recurso.

Conforme o Desembargador Federal relator, Antonio Ivan Athié, a divergência posta nos autos se restringe em saber se a mencionada campanha publicitária consubstancia uso indevido de marcas registradas e de signos distintivos de titularidade da CBF.

Com tal intuito, perfilhou os fundamentos do voto condutor do recurso de apelação, apregoando que, uma vez que o futebol constitui “uma vitrine e as camisas de futebol verdadeiros outdoors ambulantes”, frequentemente se assiste à disputa de empresas pelo privilégio de pagar somas astronômicas para ostentarem suas marcas nos grandes clubes e seleções do mundo. E, no contexto descrito – prosseguiu -, é igualmente muito comum que outras tantas empresas “peguem carona” em marcas alheias, sem a devida contrapartida do patrocínio - incidindo na prática denominada “marketing de emboscada”.

O julgador destacou, a esse respeito, o teor do REsp 1.335.624/RJ, que distingue justamente a estratégia publicitária em debate, aplicada ao futebol: utilizar-se, de modo disfarçado, de símbolos aproximados que remetem o consumidor à seleção brasileira, apropriando-se de imagens cujos direitos são reservados à CBF.

Realçou que, em hipóteses como a relatada, não há que se falar em apoderamento dos símbolos nacionais (como pretende a embargante), mas sim na sua manipulação de modo a conduzir à ideia da “Seleção Canarina”.

No mesmo diapasão, afirmou não se deixar convencer pelo argumento de que o comercial em debate, ao promover serviços de poupança, não detinha a intenção de tomar proveito do

prestígio da seleção nacional, uma vez que a “Seleção dos Poupançudos”, a despeito da tentativa de descaracterizar os personagens, representa jogadores de futebol que portam a camisa da Seleção, onde o escudo da CBF foi substituído por marca da CEF confinada em um brasão igual ao oficial, mantidos, inclusive, o mesmo formato e cores. Além disso – destacou o magistrado -, a propaganda foi elaborada e veiculada por ocasião da Copa do Mundo, o que confirma a tese, em seu entendimento, de que a Autarquia pretendia passar a impressão de tratar-se de uma das patrocinadoras do evento.

Assim, concluiu o relator pela prática de concorrência desleal decorrente do uso não autorizado de marcas e sinais distintivos alheios.

Ainda, sobre as alegações da CEF por ocasião de suas razões recursais, afastou a hipótese de restrição e supressão da livre concorrência e iniciativa, na medida em que os direitos de imagem relativos à seleção brasileira de futebol pertencem à CBF, de acordo com posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

Conforme o exposto, o Desembargador Federal Ivan Athié negou provimento aos embargos infringentes, fazendo prevalecer a proposição esposada no voto vencedor do recurso de apelação.

O Desembargador Federal Abel Gomes, a seu turno, em voto vista, pontuou, primeiramente, que o caso concreto não trata de violação à Legislação Marcária, nem tampouco à Lei Pelé, porquanto não se verificam as hipóteses de nulidade de marca ou de uso indevido de símbolos de entidade de administração do desporto ou de prática desportiva - tratando-se, antes, de violação ao direito autoral da CBF.

No mais, apreendeu que a “Seleção dos Poupançudos”, ao fazer uso de cópias/imitações da camisa da Seleção, gerando uma associação imediata da CEF à imagem da seleção brasileira, viola direito autoral garantido no art. 7º, VIII, da Lei nº 9.610/98, que determina constituírem as obras de desenho, gravuras e esculturas obras intelectuais protegidas. Além disso – ressaltou -, levando-se em conta a relação passional que o público brasileiro tem para com o futebol, não está em questão, in casu, apenas os benefícios que poderiam ser auferidos graças à divulgação da marca no uniforme da Seleção: a conduta da CEF poderia levar a crer, também, tratar-se a Autarquia de patrocinadora oficial da Copa – em aproveitamento parasitário em relação aos verdadeiros patronos contratados.

Nesse diapasão, concluiu o julgador pela ocorrência, na espécie, do chamado “marketing de emboscada”, que, em seu parecer, consiste em toda publicidade paralela e oportunista, relacionada ou associada de alguma forma a eventos, sem a autorização expressa dos realizadores, através de contrato de patrocínio exclusivo. Aduziu que tal prática encontra-se

regulamentada na Lei ° 12.663/2012, que, dispendo sobre a Copa do Mundo FIFA 2014, define, em seu art. 18, o “marketing de emboscada por associação”, e, no art. 19, o “marketing de emboscada por intrusão”.

Isto posto, o Desembargador Federal Abel Gomes negou provimento aos embargos infringentes – posicionamento este que foi adotado, à unanimidade, pelos Membros da 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos termos do voto do relator, Desembargador Federal Ivan Athié.

Precedentes:

STJ: REsp 1.335.624 (DJ de 11/11/2013);

TJ-SP: APL 10631801320138260100 (DJ de 04/08/2015).

EMBARGOS INFRINGENTES - 0003718-84.2010.4.02.5101 (2010.51.01.003718-7)

Decisão em 10/05/2017 – Disponibilização no DJF2R de 16/05/2017

Relatora: Desembargadora Federal LETICIA MELLO - 2ª Seção Especializada

[volta](#)

Verbas sujeitas à incidência de contribuição previdenciária

A Fundação Getúlio Vargas – FGV ajuizou ação declaratória e de repetição de indébito, em março de 2010, em face da União Federal, com o objetivo de ver: (i) declarada a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigasse a autora a recolher contribuição social sobre a folha de salários, bem como as contribuições para o salário-educação, SESC, SENAC e INCRA sobre os valores pagos aos seus empregados nos quinze primeiros dias de afastamento por doença ou acidente, e também a título de terço constitucional de férias, férias indenizadas, auxílio-creche, salário-maternidade e aviso prévio indenizado; (ii) reconhecido o direito à restituição dos valores indevidamente recolhidos a partir de junho de 2000, acrescidos de juros calculados com base na variação da taxa SELIC, na forma do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, ou, alternativamente, à compensação do indébito, na forma dos arts. 66 da Lei nº 8.383/91 e 74 da Lei nº 9.430/96.

Os pedidos formulados na inicial foram considerados parcialmente procedentes pelo juízo de piso, que reconheceu a inexistência de relação jurídico-tributária no que tange apenas aos valores recolhidos a título de contribuição previdenciária e de contribuição para o salário-educação sobre o auxílio-creche, e o direito à restituição dos valores indevidamente recolhidos, acrescidos da taxa SELIC, ou à sua compensação “com tributos da mesma espécie e com utilização dos mesmos acréscimos aplicados pela Receita Federal para a cobrança de valores em atraso (exceto multa), respeitando-se o art. 170-A do CTN, bem como a limitação de 30% (trinta por cento) do montante compensável”. Tendo em vista a sucumbência recíproca, não houve condenação em honorários advocatícios, nos termos do antigo art. 21 do CPC/73.

Autora e ré interpuseram apelações.

A FGV alegou, em síntese, que a contribuição previdenciária: (i) só pode incidir sobre verba salarial (art. 195, I, CF/88); (ii) não incide sobre o terço constitucional de férias, em decorrência de sua natureza indenizatória; (iii) é indevida quanto à remuneração paga pelo empregador ao empregado, durante os quinze primeiros dias de auxílio-doença/acidente, em razão de seu caráter indenizatório; (iv) não recai sobre o salário-maternidade, uma vez que este constitui benefício previdenciário; (v) é incabível, também, em relação a valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial.

A Fundação apregou, outrossim, equívoco no que concerne ao limite imposto pela sentença à compensação, pois tal medida fora revogada pela Lei nº 11.941/2009. Deixou a FGV de tratar da contribuição para o salário-educação e das contribuições para terceiros indicadas na inicial.

Por sua vez, a União requereu que todos os pedidos da FGV fossem julgados improcedentes, ao entendimento de que “o que confere à determinada verba o caráter salarial (...) não é a estrita correspondência, efetiva ou potencial, à prestação de um serviço, mas é a pré-existência do vínculo empregatício (...)”.

A 3ª Turma Especializada desta Corte, por maioria, negou provimento à remessa necessária e à apelação da União Federal e deu parcial provimento ao recurso da Fundação Getúlio Vargas.

Com o voto condutor da Juíza Federal Convocada Carmen Silvia Lima de Arruda, prevaleceu o entendimento de que não incide contribuição previdenciária sobre o auxílio-doença pago até o 15º dia pelo empregador, o terço constitucional de férias, o auxílio-creche e o aviso prévio indenizado, incidindo, todavia, sobre o salário-maternidade.

O voto divergente, proferido pela Desembargadora Federal Salete Maccalóz, negou provimento ao apelo da FGV e deu parcial provimento ao apelo da União e à remessa necessária. De acordo com o voto vencido, a contribuição previdenciária recairia sobre as seguintes verbas: auxílio-doença pago pelo empregador ao empregado nos primeiros quinze dias de afastamento, terço constitucional de férias e aviso prévio indenizado.

Ambas as partes opuseram embargos de declaração em face do acórdão que julgou a apelação e a remessa necessária.

A FGV alegou a existência de duas omissões: quanto à questão da inconstitucionalidade da exigência de contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade e quanto ao pedido de condenação da União ao pagamento de ônus sucumbenciais, notadamente honorários advocatícios.

Já a União Federal sustentou a existência de omissão no que se refere: (i) à natureza remuneratória do aviso prévio indenizado; e (ii) ao fato de o auxílio-doença pago pelo empregador nos primeiros quinze dias de afastamento do empregado consistir em verba integrante do salário de contribuição, por não constar do rol de exclusões do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91.

Negou-se provimento aos dois recursos, à unanimidade.

A Fundação Getúlio Vargas opôs dois novos embargos de declaração. A 3ª Turma Especializada, a seu turno, deu parcial provimento ao primeiro, atribuindo-lhe efeitos infringentes, para condenar a União ao pagamento de honorários advocatícios, e julgou prejudicado o segundo.

A União Federal opôs embargos infringentes, objetivando a reforma do acórdão que deu parcial provimento à apelação da FGV, pretendendo a prevalência do voto vencido, no que se refere

ao reconhecimento de que deve incidir contribuição previdenciária sobre: (i) o terço constitucional de férias, (ii) os valores pagos pelo empregador nos primeiros quinze dias de auxílio-doença; e (iii) o aviso prévio indenizado.

Argumentou, em resumo, que “todos os pagamentos efetuados ao empregado em decorrência do contrato de trabalho compõem a base de cálculo das incidências previdenciárias, com exceção, apenas, das verbas arroladas no rol taxativo do § 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91”.

Em contrarrazões, a embargada afirmou que “a contribuição não pode incidir sobre qualquer verba paga ou creditada ao trabalhador, ainda que paga com habitualidade, mas apenas sobre aquelas que configurarem rendimento do trabalho e se incorporem ao salário”. Além disso, sustentou que “a jurisprudência se firmou no sentido de não estarem sujeitas à contribuição as verbas que não assumem natureza salarial ou não se agregam a salário, como as indenizatórias e aquelas que correspondem a benefício previdenciário ou da seguridade social”.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovemento dos embargos infringentes, apontando que: (i) o terço constitucional de férias não integra o salário de contribuição para fins de incidência da contribuição previdenciária, pois não possui natureza de remuneração; (ii) não deve incidir contribuição previdenciária sobre o valor pago pelo empregador nos primeiros quinze dias de afastamento do empregado, a título de auxílio-doença, já que a verba não detém natureza remuneratória; (iii) não há que se falar em incidência de contribuição previdenciária sobre o valor do auxílio-acidente, por se tratar de um benefício previdenciário; (iv) também não incide a contribuição sobre o aviso prévio indenizado, uma vez que este não se destina à retribuição do trabalho, possuindo caráter indenizatório.

A Desembargadora Federal Leticia de Santis Mello, relatora, iniciou sua análise especificando o conceito de salário, gerado nos Tribunais do Trabalho, que engloba toda remuneração devida ao empregado como contraprestação ao uso de sua força laboral. E a partir desse delineamento, esclareceu que ficam excluídas da referida definição de salário e, por via de consequência, da sujeição à incidência de contribuição previdenciária, as verbas que não se destinam a remunerar o trabalho, tais como as indenizatórias e previdenciárias.

Como o legislador não previu todas as hipóteses de tal incidência, prosseguiu a julgadora, faz-se necessário um processo de investigação sobre a natureza jurídica de cada verba.

Colacionou precedente do Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito dos recursos especiais representativos de controvérsia, em que foi afastada a exigência da contribuição previdenciária sobre diversas verbas que não restaram expressamente excluídas do salário de contribuição pela lei.

Passou a magistrada, assim, ao exame da incidência ou não da contribuição quanto às três verbas objeto da divergência apresentada no voto da Desembargadora Salete Maccalóz, quais sejam: terço constitucional de férias; auxílio-doença/acidente pago nos quinze primeiros dias de afastamento do empregado; e aviso prévio indenizado.

Com relação ao terço constitucional de férias, asseverou que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que essa parcela possui natureza indenizatória e, portanto, não se sujeita à incidência de contribuição previdenciária, posicionamento igualmente pacificado no âmbito do STJ.

Sobre o auxílio-acidente pago nos quinze primeiros dias de afastamento do empregado, a relatora apresentou convicção de que tal importância possui natureza de verba remuneratória, mesmo sem que o segurado trabalhe nessa ocasião, já que, por força de lei, o tempo intercalado entre períodos de atividade em que o beneficiário percebe o auxílio-doença é abalizado como tempo de contribuição. Tendo em vista, contudo, haver sido uniformizada, pelo STJ, jurisprudência que afasta a incidência da contribuição sobre essa verba, a magistrada optou pela aplicação do referido entendimento.

Por fim, no concernente ao aviso prévio indenizado, entendeu possuir natureza remuneratória, já que seu propósito é remunerar o trabalho do empregado no mês final do contrato de trabalho, seja este prestado ou não. Ponderou, inclusive, que tal remuneração é considerada para fins de cálculo do benefício previdenciário (CLT, art. 487, § 1º). Ainda assim, curvou-se à compreensão do STJ sobre o tema, conforme a qual, se o empregado não laborar durante o período do aviso prévio, a respectiva verba passa a ter caráter indenizatório, afastando a incidência da contribuição previdenciária.

Diante do exposto, a relatora negou provimento aos embargos infringentes opostos pela União Federal, no que foi seguida, à unanimidade, pela 2ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Precedentes:

STF: AI 712880 AgR (DJe de 19/06/2009);

STJ: 1230957/RS (DJe de 18/03/2014); AgRg no EREsp 957.719/SC (DJe de 16/11/2010);

TRF1: AMS 1351508520004010000 (DJ de 16/12/2004);

TRF3: AMS 00131677120094036104 (e-DJF3R de 17/07/2012);

TRF4: AC 200171040049549 (D.E. de 10/01/2007).

EMBARGOS INFRINGENTES - 0103448-63.2013.4.02.5151 (2013.51.01.103448-1)

Decisão em 21/07/2017 – Disponibilização no DJF2R de 27/07/2017

Relatora: Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Relator para acórdão: Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER – 3ª Seção Especializada

[volta](#)

União estável: prova exclusiva ou predominantemente testemunhal somente é válida para fins de percepção de pensão por morte de companheira quando apoiada em início razoável de prova material

Trata-se de embargos infringentes opostos pela parte autora contra acórdão da 6ª Turma Especializada desta Corte, que, por unanimidade, negou provimento a recurso adesivo, e, por maioria, deu provimento à remessa necessária e à apelação da União Federal, nos termos do voto da Desembargadora Federal Nizete Antônia Lobato Rodrigues Carmo, para julgar improcedente o pedido de concessão de pensão por morte à suposta companheira de militar, ficando vencido o Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, que lhes dava parcial provimento.

Segundo a autora, ora recorrente, seu relacionamento com o pretendido instituidor do benefício teria se iniciado em meados do ano de 1978 e perdurado até o falecimento daquele, em 1992. Ressalte-se que, anteriormente à atual demanda, que redundou no presente recurso, a embargante requerera a pensão por morte administrativamente (1996), tendo sido seu pleito negado ao argumento de que o instituidor não havia declarado a autora como sua dependente. Ainda, em 2012, ajuizou ação de justificação, objetivando o reconhecimento da união estável, requerimento que foi homologado pela 21ª Vara Federal do Rio de Janeiro, havendo o processo transitado em julgado em 2013.

O juízo a quo julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo a união estável da recorrente com o ex militar e concedendo-lhe a pensão por morte.

O voto vencido, a seu turno, proferido pelo Desembargador Federal Guilherme Calmon, orientou-se no sentido da reforma da sentença de piso, tão somente quanto à correção monetária e os juros de mora.

Conforme o julgador, a prova testemunhal produzida pela embargante quando da ação de justificação, assim como as provas apresentadas por ocasião do presente feito, foram categóricas no sentido de comprovar a união estável.

Já a Desembargadora Federal Nizete Lobato – relatora do voto vencedor - deu provimento à remessa necessária e ao apelo da União, para reformar o decisum de piso, julgando improcedente o pedido exordial.

Com esse intuito, entendeu que as provas coligadas não persuadem da efetiva união estável, nos termos do art. 226, § 3º, da CF (que determina que, para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento), uma vez que, para a comprovação do instituto em debate, essas não podem dar ensejo à dúvida, mas, antes, ser afirmadas em fatos verossímeis da sua existência concreta - considerados imprestáveis depoimentos alegando a mera existência de vínculo amoroso, sem qualquer outra informação que delineie uma rotina familiar. Frisou, também, no mesmo sentido, que a união estável, diferentemente do casamento civil (cuja prova é apriorística, expressa por certidão), reclama das partes interessadas em seus efeitos o cuidado extremo para demonstrá-la, mediante apresentação de documentos capazes de alcançar todo o período da afirmada convivência, necessitando levar-se em consideração, igualmente, o dado subjetivo que a lei impõe, para desincumbir-se do ônus de provar a intenção de formar uma autêntica família.

Em razões recursais, a parte autora requereu a prevalência do voto dissidente, com a manutenção da sentença de piso.

O MPF, a seu turno, opinou pelo provimento do recurso.

Por ocasião do julgamento dos embargos infringentes, a Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima, relatora, circunscreveu o cerne da controvérsia ora em exame à análise da comprovação da união estável, para fins de concessão de pensão por morte.

Nesse concernente, sobrelevou que o direito ao mencionado benefício é regido pela lei vigente à época do óbito do instituidor - momento em que os requisitos legais para sua obtenção deverão estar preenchidos. E como, in casu, o falecimento do militar verificou-se em 24/04/1992 – prossegiu -, a norma vigente era a Lei nº 3.765/60, que estipula, em seu art. 7º, que “A pensão Militar é deferida em processo de habilitação, tomando-se por base declaração de beneficiários preenchida em vida pelo contribuinte”, seguidas a ordem de prioridade e condições estabelecidas no mesmo dispositivo, que situa a companheira “designada ou que comprove união estável como entidade familiar” na segunda posição, logo após o cônjuge.

Prosseguindo na análise das normativas legais que regulam o tema, distinguiu a magistrada o teor do art. 50, § 3º, “i”, da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares), que estabelece como dependente a companheira comprovada por justificação judicial, desde que

essa tenha vivido em companhia daquele por mais de 5 anos, sob o mesmo teto, e sob sua exclusiva dependência econômica, expressamente declarada na organização militar competente.

Ressaltou, ainda, demonstrar-se necessária para o percebimento da pensão pleiteada a comprovação da união estável, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.278/96 (que, ao regulamentar o § 3º do art. 226 da CF/88, afirmou ser reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família). Pontuou, outrossim, o entendimento firmado pelo STJ de que, uma vez caracterizada tal condição, não é necessária a designação prévia da condição de dependente, pelo militar, para fins de reconhecimento do direito da companheira à pensão.

No que tange ao exame da documentação acostada, a Desembargadora proferiu parecer similar a de seu par, Desembargador Guilherme Calmon, destacando a importância dos depoimentos das testemunhas (entre outros meios de prova juntados aos autos) e o fato de que um desses depoimentos foi proferido pela própria sobrinha do militar. Grifou, também, a esse respeito, manifestação exarada em voto da lavra do Ministro Mauro Campbell, quando do julgamento do AgRg no REsp 1536974/RJ, que aponta que o Tribunal de origem, ao exigir a produção de prova documental para a comprovação da união estável, está desconsiderando o valor probatório das provas testemunhais produzidas, em violação ao princípio da inexistência de hierarquia entre provas.

Alteou, outrossim, a construção jurisprudencial que reconhece à companheira de homem separado de fato ou de direito, viúvo ou divorciado, a participação nos benefícios previdenciários e patrimoniais decorrentes de seu falecimento.

Sobre as alegações de ausência de fotos do casal e de que à data do óbito o militar residia com sua irmã, esclareceu a relatora, respectivamente, tratar-se a autora de pessoa humilde, que recebe, inclusive, benefício assistencial ao idoso (LOAS), e que ficou comprovado que o instituidor da pensão residiu com a irmã tão somente nos últimos meses de vida, em virtude da proximidade do hospital em que realizava tratamento médico.

Diante desse panorama, concluiu a Desembargadora pela imperatividade da prevalência do voto vencido e da manutenção da sentença – divergindo, todavia, acerca da aplicação dos critérios de correção monetária e juros de mora fixados em primeira instância, e salientando constituírem esses tópicos matéria de ordem pública, pelo que possuem o condão de ser objeto de pronunciamento judicial de ofício, inobstante a ausência de pedido expresso formulado pela parte autora na demanda.

Em assim sendo, determinou, quanto à correção monetária, que as parcelas devidas fossem corrigidas de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal (Resolução nº 267/2013, do CJF) até o advento da Lei nº 11.960/2009 (cujo art. 5º altera o art. 1-F da Lei nº 9.494/1997, dispositivo que trata da atualização monetária nas condenações impostas à Fazenda Pública) - a partir de quando deveriam passar a ser aplicados os percentuais dos índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (também conforme o mencionado art. 5º).

Em relação aos juros de mora, a magistrada estabeleceu sua incidência, no período anterior a 24/08/2001 (data da publicação da MP nº 2.180-35/2001, que introduziu o citado art. 1-F), à taxa de 1% ao mês, a partir da citação, nos termos do art. 3º do Decreto nº 2.322/1987 (que dispõe que recairão juros, à taxa de 1% ao mês, capitalizados mensalmente, sobre a correção monetária dos créditos trabalhistas, de que trata o Decreto-Lei nº 75, de 1966), e à taxa de 0,5% ao mês a partir da referida MP, até o advento da Lei nº 11.960/2009, quando, então, deverão ser observados os critérios ali indicados.

Por tais fundamentos, a Desembargadora Vera Lúcia Lima deu parcial provimento ao recurso, para determinar a prevalência do voto vencido e manter a condenação da União Federal à concessão do benefício postulado pela autora, nos termos da sentença a quo, estabelecendo, contudo, a adequação da incidência da correção monetária e juros de mora aos critérios supracitados.

O Desembargador Federal Sergio Schwaitzer, relator para acórdão, por sua vez, principiou sua análise destacando que a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido da presunção de dependência econômica entre companheiros, sendo desnecessária sua comprovação para fins de concessão do benefício em debate.

Conforme o julgador, o cerne da divergência entre voto vencido e voto vencedor reside, entretanto, noutra questão, a saber, na comprovação da própria união estável – esta, não presumível. Embora nosso ordenamento jurídico não exija prova especial, ou específica, para a validação do instituto – servindo qualquer meio de prova idônea admitido em Direito -, a jurisprudência dominante desta Corte é no sentido de que a prova exclusiva ou predominantemente testemunhal somente é válida para fins de percepção de pensão por morte quando apoiada em início razoável de prova material, de modo a corroborar minimamente a existência da referida união, que difere de mera relação amorosa – concluiu o magistrado.

Frisou que, em razão das mudanças sociais (numa época em que “amigos dividem o mesmo teto”), e seguindo a diretriz da Súmula nº 382 do STF (que aponta que “A vida em

comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato”), o mesmo domicílio não vem sendo mais considerado como elemento essencial à configuração da união estável, mas tão somente um indício dela – cabendo ao requerente da pensão apresentar provas robustas no sentido da convivência pública e do intuito de constituir família, “com a divisão de despesas e tarefas comuns numa convivência marital, com os cuidados recíprocos que os casais têm nos atos da vida civil”.

No entender do julgador, todavia, e em consonância com os argumentos esposados no voto vencedor, as provas positivadas na espécie, por seus dados informativo-valorativos, não apontam para a existência de união estável, pelo menos à época do óbito do instituidor da pensão.

Visando a melhor fundamentar seu julgamento, enumerou os seguintes fatos controversos: (i) o ex militar consta como casado desde 1973, inclusive em sua carteira funcional, emitida à época em que se alegava haver união estável, e também na certidão de óbito; (ii) as declarações foram prestadas unilateralmente, em texto padronizado; (iii) na ação de justificação, o juiz não se pronunciou sobre o mérito da prova testemunhal, mas apenas verificou se foram observadas as formalidades legais, conforme previsto no art. 866, § único, do CPC; (iv) o falecido, no final da vida, ao adoecer, foi morar com a irmã – de acordo com afirmação da própria autora; (v) inexistência de elementos acerca do ânimo de constituir família, inclusive nada que demonstre a participação dos filhos da autora, que supostamente teriam convivido com o servidor durante a infância e a adolescência.

Comungou, também, o Desembargador da compreensão da Magistrada Nizete Lobato quanto à inexistência de fotografias do casal. Destacou, nesse sentido, que não é a quantidade de fotos que se discute, mas a total ausência delas. Segundo o senso comum – inferiu -, em se tratando de união estável sempre existe um mínimo de prova documental a corroborá-la, e, nas palavras da referida magistrada, “é no mínimo estranho um relacionamento amoroso de 13 anos sem ao menos uma fotografia do casal”.

Por fim, concluiu que os descontos em folha para a pensão militar não são facultativos, mas obrigatórios, independentemente da existência de dependentes, consoante determinação do art. 1º da Lei nº 3.765/60, de modo que não há que se falar em intenção do falecido servidor de beneficiar a embargante com o benefício, na condição de companheira.

Isto posto, o Desembargador Federal Sergio Schwaitzer negou provimento ao recurso.

Outrossim, a 3ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria de votos, negou provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Desembargador Sergio Schwaitzer, vencidos a relatora e os Desembargadores Ricardo

Perlingeiro, Marcello Granado e o Juiz Federal Convocado Vigdor Teitel, que lhe davam provimento.

Precedentes:

STF: RE 397762 (DJe de 11/09/2008); RE 870947 (DJe de 08/11/2017); Súmula nº 382;

STJ: AgRg nos EDcl no REsp 1354629 (DJe de 18/11/2013); REsp 1307576 (DJe de 25/04/2012); REsp 1235994 (DJe de 03/11/2011); AgRg no REsp 1536974 (DJe de 18/12/2015); Ag 1426512 (DJe de 08/02/2012); RMS 30414 (DJe de 24/04/2012); REsp 674176 (DJe de 31/08/2009); REsp 1112524 (DJe de 30/09/2010); AgInt no REsp 1274738 (DJe de 19/12/2016);

TRF2: AC 0030697-78.2013.4.02.5101 (e-DJF2R de 01/07/2015); AC 00044586820124025102 (e-DJF2R de 02/06/2016); AC 00163700720084025101 (e-DJF2R de 05/07/2012); AC 00165314620104025101 (e-DJF2R de 15/02/2016); AC 00048974419964025101 (e-DJF2R de 30/03/2012); AC 0810973-60.2010.4.02.5101 (e-DJF2R de 15/02/2016).

APELAÇÃO CRIMINAL - 0506552-90.2016.4.02.5101 (2016.51.01.506552-7)

Decisão em 29/09/2017 - Disponibilização no e-DJF2R de 03/10/2017

Relator: Desembargador Federal ABEL GOMES - 1ª Turma Especializada

[volta](#)

Medidas constritivas de bens e valores advindas da Operação Saqueador: razoabilidade do montante fixado dentro do patamar explicitado na denúncia

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Diretor Executivo da empreiteira DELTA CONSTRUÇÕES LTDA., seu Supervisor de Licitações, 2 Diretores Executivos Regionais da firma no Rio de Janeiro, 2 Diretores Executivos Regionais de São Paulo, pelo Conselheiro Administrativo e gestor financeiro da empresa, e pela titular de sua área financeira contra decisão proferida nos autos de cautelar concedida pela 7ª Vara Federal Criminal da SJRJ, através da qual foi determinada a tomada de medidas assecuratórias de valores e de bens móveis e imóveis dos apelantes, em virtude dos fatos relacionados à denominada “Operação Saqueador”.

Os recorrentes, todos funcionários da empreiteira, teriam se associado para realizar negócios de dissimulação de valores provenientes, direta e indiretamente, de crimes contra a Administração – notadamente fraudes em licitações e obras públicas -, valendo-se, para tanto, da DELTA e de empresas “fantasma”, e gerando um prejuízo ao erário estimado em R\$ 370.400.702,17. As atividades ilícitas realizavam-se a partir da utilização de contratos fictícios, de modo que o montante arrecadado era sacado em espécie e depositado nas contas de empresas constituídas apenas formalmente (“laranja”), destacando-se que 96% do faturamento do Grupo DELTA é originário de verbas públicas federais, na maior parte provenientes do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte - DNIT.

Quanto à “Operação Saqueador”, esta deu prosseguimento a outras, que também investigavam esquemas de lavagem de dinheiro envolvendo organizações diversas, e desdobrou-se em novas operações - todas “braços” da denominada “Operação Lava Jato”, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

Em razão do exposto, os ora apelantes foram denunciados como incursos no art. 288 do CP (associação criminosa) e no art. 1º, V e VII, c/c § 4º, da Lei nº 9.613/98 (crime de “lavagem” com aumento de pena em detrimento de organização criminosa). E diante da presença dos pressupostos autorizadores (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), o juízo a quo determinou a concessão das mencionadas medidas assecuratórias de bens e valores (art. 4º da Lei nº

9.613/98), tendo em vista o disposto, ainda, no art. 125 e seguintes do CPP e nos arts. 3º e 4º do Decreto-Lei nº 3.240/41 (normas essas relacionadas ao sequestro de bens).

Os recorrentes, em conjunto ou separadamente, pugnaram pela revogação do sequestro imposto a seus bens, sob a alegação de: (i) origem ilícita; (ii) ausência do periculum in mora e do fumus boni iuris; e (iii) desproporcionalidade das constringências, providências ou tutelas infligidas.

A defesa da titular da área financeira da DELTA apregou que a medida violaria direitos fundamentais daquela e de sua genitora, já que estaria impactando o sustento e tratamento de saúde de ambas.

Um dos Diretores Regionais no Rio de Janeiro, por sua vez, aduziu: a inexistência de prova mínima de relação entre os bens sequestrados e os crimes imputados; ausência de discriminação e individualização dos bens, bem como de indícios veementes de que esses foram produto de crime, a justificar seu sequestro; que, dentre as finalidades da apreensão judicial, não consta o ressarcimento de danos; e arbitrariedade da decisão ao fixar como patamar máximo da constringência o valor de 2 vezes o prejuízo apontado na denúncia.

O Supervisor de Licitações, finalmente, requereu nulidade da decisão recorrida, ante sua suposta falta de fundamentação (art. 93, IX, da CF/88 c/c art. 381, III, do CPP).

O MPF contrarrazoou os recursos e, enquanto custos legis, opinou pelo seu não provimento.

Por ocasião do voto, o Desembargador Federal Abel Gomes, relator, iniciou sua análise salientando o fato de que, em contrarrazões, o Ministério Público Federal havia se manifestado pelo não conhecimento dos apelos, sob o argumento de que os recorrentes deveriam ter submetido seus pedidos ao juízo de piso via embargos ou pedidos de restituição de coisas apreendidas, para, só após, em caso de indeferimento e contraditório estabelecido na origem, veicularem as apelações, frisando, ainda, o caráter provisório da decisão impugnada.

Nesse concernente, apregou concordar com o referido posicionamento no que atine a terceiros não indicados na denúncia e afetados pelas constringências em debate, pontuando, todavia, que, com relação aos acusados/denunciados afetados direta e nominalmente pelas medidas assecuratórias, estas podem, sim, ser aferidas desde já, nos aspectos de seus requisitos legais, bem como de sua razoabilidade e proporcionalidade.

Outrossim, ressaltou o julgador que, devido ao fato de as referidas apelações criminais vincularem-se à cautelar assecuratória da ação penal, não caberia, na hipótese, o aprofundamento na análise de elementos de prova que compõem a ação, senão para verificar, a partir deles, a presença, suficiência e proporcionalidade dos requisitos das tutelas cautelares

aplicadas - sem perder de vista, porém, que tais medidas sujeitam-se à cláusula rebus sic stantibus, de modo que persistem sendo apreciadas, também, na origem, em face de novos pedidos submetidos e fatos supervenientes.

Após tais ressalvas, o magistrado conheceu dos recursos, e rejeitou a preliminar de nulidade apresentada pelo Supervisor de Licitações, sob o entendimento de que o decisum ora recorrido foi devidamente fundamentado, contextualizando a imputação proposta em face dos agentes atingidos pela constrição - de modo a demonstrar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (este último dentro do necessário) -, quantificando o valor a ser constricto e explicitando a base legal para as medidas utilizadas.

No mérito, tratou, primeiramente, da prova da existência dos fatos imputados aos apelantes.

Para tanto, destacou o Desembargador que toda a farta descrição da própria decisão recorrida possui embasamento em elementos de convicção múltiplos, originados de diversas operações, pelo que afastou a possibilidade levantada por alguns recorrentes de que as condutas a eles imputadas não estariam, direta ou indiretamente, ligadas a expressivo prejuízo imposto à Fazenda Pública. Ainda, frisou que da representação ministerial também provém uma série de referências, envolvendo o grupo DELTA, a termos de colaboração e leniência e à quebra de sigilo bancário e fiscal, referências essas advindas de análises dos bancos de dados das empresas envolvidas, de laudos contábeis, de análise de material apreendido, de provas testemunhais e documentais e de mensagens de e-mails obtidas de computador apreendido na residência da tesoureira da DELTA (confirmando a ligação da empreiteira com os “operadores” das empresas “fantasma”) - tudo numa profundidade mais do que suficiente, em seu entender, para demonstrar a existência dos fatos, legitimando a adoção das medidas constrictivas.

No que concerne aos indícios de envolvimento dos apelantes, constatou, em primeiro lugar, que todos ocupavam, em momentos convergentes com os dos fatos imputados, posições de gestão administrativa e/ou financeira na empresa DELTA, posições essas que lhes conferiam plena capacidade para atuar na exata dimensão do que lhes foi atribuído na denúncia – da qual emana, segundo sua compreensão, o envolvimento ora em debate. Pontuou, também, a proporção e especificidades das operações, que requeriam a participação integrada de agentes variados.

Além disso, apregou ser impossível infirmar, a partir de uma análise superficial em sede de apelação no bojo de medida assecuratória assessória (imprópria ao aprofundamento da análise da autoria), a avaliação judicial proferida no âmbito da ação penal originária – momento

em que a justa causa da acusação já foi apreciada e confirmada, inclusive, em pelo menos duas oportunidades.

Quanto à fundamentação legal da medida infligida, o relator realçou que os requisitos das medidas assecuratórias circunscrevem-se à conjugação da prova dos fatos com os indícios suficientes de autoria (*fumus boni iuris*), bem como à demonstração da necessidade e suficiência da medida para evitar que os agentes atingidos utilizem ou transfiram o produto ou proveito do crime, dilapidando o patrimônio de modo a afetar sua capacidade de reparação dos danos ou de pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal (*periculum in mora*).

Sublinhou que uma das bases legais em questão, o Decreto-Lei nº 3.240/41, impõe medida mais gravosa de tratamento às medidas assecuratórias, de modo que a constrição recaia sobre todo o patrimônio do indiciado, incluindo os bens em poder de terceiros (desde que tenham sido adquiridos dolosamente ou com culpa grave), e sem que haja distinção quanto à origem do bem (se lícita ou ilícita) – o que desabona a argumentação de várias das defesas, de acordo com o magistrado.

Explicitou o julgador, também, sobre a supracitada norma, que, segundo orientação pacífica do STJ, o Decreto-Lei nº 3.240/41 não foi revogado pelo Código de Processo Penal, e, ainda, que ele dispensa a presença do *periculum in mora*.

Já com relação à constrição aplicada com base na Lei nº 9.613/98, o Desembargador salientou que o *periculum in mora* possui por fundamento o risco de que, ao tempo da possível condenação, o patrimônio dos agentes não seja bastante para fazer frente ao ressarcimento. E, no caso concreto – prosseguiu -, esse risco se faz absolutamente palpável, tendo em vista a magnitude dos valores envolvidos (em torno de 400 milhões), bem como a complexidade, abrangência e articulação do *modus operandi* das operações.

Outra questão trazida pelos apelantes, aduziu o relator, foi a da razoabilidade/proporcionalidade das medidas para os fins propostos.

No aspecto da razoabilidade, inferiu que, uma vez que a denúncia foi explícita ao estimar o montante do prejuízo gerado em R\$ 370.400.702,17, valores dentro desse patamar são, a seu ver, razoáveis para os fins pretendidos.

Sobre a sustentação de arbitrariedade do decisum ao fixar como valor máximo da constrição o de 2 vezes o prejuízo apontado na denúncia, o julgador defendeu aplicar-se aos réus/pessoas físicas o mesmo critério já definido em relação às empresas no julgamento, por esta Corte, do MS nº 0011102-65.2016.4.02.0000 - que fixou o montante da constrição em R\$

370.400.702,17. Segundo ele, se o juízo a quo já promoveu a readequação em relação às empresas, não há razão para que essa não se dê, também, para as pessoas físicas.

No que pertine ao argumento de que a decisão não teria indicado precisamente sobre quais bens a medida deveria recair, apreendeu que esse grau de especificidade não consiste em requisito das medidas assecuratórias, sobretudo quando dirigidas ao ressarcimento do prejuízo, cabendo ao juiz a quo, apenas, a quantificação fundamentada de seu valor e o reconhecimento do modo de execução da cautela e da espécie de patrimônio sobre a qual deve ela incidir, o que consta, segundo sua concepção, do decisum. Evidenciou, inclusive, que, no mais das vezes, precisar com exatidão o patrimônio de cada réu é tarefa absolutamente inviável.

O magistrado frisou, ainda, que o fato de o valor a ser constricto não ser alcançado não é algo que favoreça as defesas, e que a circunstância da constrição incidir sobre imóvel residencial ou veículos de uso familiar em nada induz desproporcionalidade, na medida em que os recorrentes não estão privados do domínio desses bens, mas apenas impedidos de transferi-los (alienação).

No que tange à alegação específica da titular da área financeira da DELTA em relação à afetação de seu sustento e de sua genitora, depreendeu, igualmente, por sua improcedência, tendo em vista ser o valor constricto muito inferior ao dano estimado e a ausência da juntada da íntegra das declarações de rendimentos da apelante (o que prejudica a avaliação dos fatos alegados), além do fato dessa possuir fonte outra de renda identificada.

Finalmente, destacou o julgador que, em respeito à cláusula rebus sic stantibus, as análises mais profundas com relação a bens e suas avaliações para permitir eventual readequação da constrição, assim como afirmações acerca da evolução e efeitos das medidas assecuratórias, são questões que devem ser avaliadas na origem, de acordo com os requerimentos apresentados pelas partes no desenrolar da instrução.

Isto posto, o Desembargador Federal Abel Gomes deu parcial provimento aos recursos, unicamente para que a constrição dos bens seja efetuada apenas até o montante de R\$ 370.400.702,17, mediante avaliação, se for o caso, de imóveis – no que foi seguido, à unanimidade, pela 1ª Turma Especializada desta Corte.

Precedentes:

STJ: AgRg no REsp 1530872 (DJe de 17/08/2015);

TRF2: MS 0011102-65.2016.4.02.0000 (DJF2R de 03/04/2017).

APELAÇÃO CÍVEL 0085717-83.2015.4.02.5101- (2015.51.01.085717-6)

Decisão em 28/07/2017 - Disponibilização no e-DJF2R de 03/08/2017

Relator: Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO - 2ª Turma Especializada

[volta](#)

RE nº 661256 e o descabimento da desaposentação: somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciários

Cuida-se de apelação interposta por segurado do INSS contra sentença que julgou liminarmente improcedente pedido de desaposentação.

A Autarquia defendeu a tese de que o instituto da desaposentação não é admitido no ordenamento jurídico pátrio, além de sustentar que o pedido formulado na ação em análise fora objeto de outra demanda, ajuizada perante o 11º Juizado Especial Federal do Rio de Janeiro, devendo, portanto, ser reconhecida a existência de coisa julgada.

Quando da apreciação do recurso, o Desembargador Federal Messod Azulay Neto, relator, afastou de pronto a alegação de coisa julgada. Para tanto, procedeu à diferenciação do pleito da parte autora na ação anterior e na atual: enquanto antes fora demandada a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição mediante a conversão de vínculos laborados em condições especiais – com o reconhecimento de tal direito em sentença, relativamente ao período de 1991 a 2011 -, na presente ação o autor pretende, antes, proceder à renúncia ao benefício previdenciário da aposentadoria por tempo de contribuição e que lhe seja concedido novo benefício, a saber, aposentadoria especial – além da desconsideração de qualquer limitador ao teto previdenciário e o pagamento das diferenças daí advindas, contabilizadas desde a data da concessão do primeiro benefício.

Adentrando a questão de fundo, que se refere ao cabimento ou não da desaposentação, o julgador principiou por definir o referido instituto como o desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadora, seja no mesmo ou em outro regime previdenciário, em conformidade com o teor da Lei nº 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social), art. 11, § 3º, c/c art. 18, § 2º.

Asseverou, também, que, da análise desses dispositivos, infere-se que o aposentado que retorna à atividade é alçado à categoria de contribuinte, sendo que o período contributivo posterior à concessão de seu benefício não pode ser utilizado na concessão de outro.

Pontuou, ainda, o magistrado que tais disposições legais respeitam os princípios da solidariedade e da universalidade do sistema previdenciário, uma vez que a contribuição previdenciária é dirigida ao fundo de custeio geral do mencionado sistema, sendo os recursos utilizados em prol da seguridade, não se destinando a compor fundo privado de contas individuais.

Diante dessas considerações verificou que o instituto da desaposentação possui expressa vedação legal, sob pena de subversão para um sistema individualista/patrimonialista que não se compatibiliza com os fundamentos da seguridade social.

Por fim, o Desembargador informou que a controvérsia referente à tese da desaposentação teve seu término a partir da análise constitucional da validade jurídica do instituto em questão, nos autos do RE nº 661256 (publicado em 28/09/2017), que fixou proposição nos seguintes termos: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”.

Diante do exposto, o relator negou provimento ao recurso e condenou a parte autora ao pagamento de honorários recursais em favor do INSS, à base de 1% do valor atualizado da causa – no que foi seguido, à unanimidade, pela 2ª Turma Especializada.

Precedentes:

STF: RE 661256 (DJe de 28/09/2017).

APELAÇÃO CÍVEL - 0026150-24.2015.4.02.5101 (2015.51.01.026150-4)

Decisão em 04/10/2017 - Disponibilização no e-DJF2R de 11/10/2017

Relatora: Desembargadora Federal CLAUDIA NEIVA - 3ª Turma Especializada

[volta](#)

A legitimidade passiva em sede de mandado de segurança coletivo limita-se aos associados com domicílio fiscal na esfera de atribuição da autoridade apontada como coatora

A Associação Nacional dos Contribuintes de Tributos - ANCT interpôs apelação de sentença que indeferiu a exordial, nos autos de mandado de segurança coletivo impetrado contra ato do Delegado da Delegacia Especial de Maiores Contribuintes – DEMAC no Rio de Janeiro. Através do remédio constitucional a ANCT requereu a suspensão liminar, em relação aos seus filiados, da exigibilidade das contribuições sociais de intervenção no domínio econômico de interesse das categorias profissionais ou econômicas, em especial as denominadas “sistema S” (SENAR, SENAC, SESC, SERCOOP, SENAI, SESI, SEST, SENAT, SEBRAE), que não adotam a base de cálculo, prevista na Constituição Federal, com lastro na Emenda Constitucional nº 33, de 2001 (referente ao art. 149, § 2º, III, “a” da CF/88).

Inicialmente, a juíza de piso afastou qualquer ato abusivo que desse azo ao mandamus, por não ter vislumbrado a existência do justo receio de violação ao direito líquido e certo. Na oportunidade, a magistrada determinou que a autora emendasse a inicial, o que não foi atendido, gerando a inépcia daquela e ensejando à extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, I, do CPC/73.

Em sede apelatória, a recorrente sustentou, em síntese, que a ação mandamental se deu em razão da ameaça resultante do dever legal da autoridade administrativa de efetuar lançamento e promover glosa das compensações desejadas pelos filiados da impetrante. Aludiu que o objetivo do referido instrumento foi minimizar a carga tributária e assegurar o direito de restituição dos valores recolhidos indevidamente, e que, conforme a Súmula nº 213 do STJ, o mandado de segurança é via legítima para a compensação tributária, bem como para coibir cobranças arbitrárias ou evitar a exigibilidade de tributos considerados indevidos.

Afirmou, também, que a lei impugnada teria efeitos concretos em desfavor dos membros da ANCT, em função do não recolhimento dos tributos, alegando, ainda, possuir legitimidade extraordinária, por via do writ, para atuar em nome próprio na defesa dos interesses de seus associados - consoante a interpretação da Suprema Corte. Aduziu que, por se tratar de substituição

processual, não relacionou seus beneficiários, e que, embora seus fundadores residissem em Brasília, a Instituição atua com representatividade em âmbito nacional.

A Associação Nacional dos Contribuintes de Tributos justificou, finalmente, deter o pedido formulado a finalidade de garantir o direito de seus filiados à compensação dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores à propositura da ação e no decorrer desta.

A União Federal/Fazenda Nacional manifestou-se pelo improvimento do apelo.

Como custos legis, o MPF opinou pelo provimento do recurso.

Em análise à apelação, a Desembargadora Federal Claudia Neiva, relatora, destacou que, embora seja prescindível a autorização e a relação nominal dos integrantes da ANCT para a impetração do mandado de segurança coletivo, existe a necessidade de identificar os beneficiários com domicílio no âmbito de atribuição da autoridade impetrada - que estariam sofrendo o risco de serem fiscalizados e autuados por parte desta, que, no exercício de sua atividade vinculada, lançaria e cobraria tributos com a base de cálculo em desacordo à EC nº 33/01.

Ratificou, outrossim, o entendimento da juíza de primeiro grau, que não identificou evidência de qualquer lesão ou perigo de lesão ao direito invocado, tampouco a distinção de, ao menos, um único ato administrativo ilegal, hábil a amparar o aludido remédio constitucional, deixando de justificar-se, portanto, a necessidade e a utilidade do instrumento pretendido, assim como de sua atuação em defesa dos interesses dos membros da ANCT ou de seus associados, configurando ausência do interesse de agir.

Nesse sentido, a relatora apresentou jurisprudência do STJ, TRF2, TRF4 e TRF5.

Concluiu seu voto assinalando que o pedido formulado na petição inicial veicula uma pretensão de cunho genérico.

Diante da inexistência de demonstração de qualquer lesão ou perigo de lesão ao direito invocado, negou provimento ao apelo, no que foi acompanhada, à unanimidade, pela 3ª Turma Especializada desta Corte.

Precedentes:

STF: RE 573.232 (DJe de 19/09/2014);

STJ: RO 22668 (DJe de 24/02/2010);

TRF2: AC 20155102024655-0 (DJe de 21/10/2015);

TRF4: AC 5091758-75.2014.4.04.710 (DJe de 11/04/2016); AC 5004758-79.2015.4.04.74-7107 (DJe de 21/09/2016);

TRF5: AC 0805983-97.2014.4.05.8400 (DJe de 26/11/2015).

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO - 0104587-79.2015.4.02.5101 (2015.51.01.104587-6)

Decisão em 22/09/2017 - Disponibilização no e-DJF2R de 27/09/2017

Relator: Desembargador Federal FERREIRA NEVES - 4ª Turma Especializada

[volta](#)

PIS e COFINS sobre receitas financeiras: restabelecimento das alíquotas à luz do Decreto nº 8.426/15, com redação dada pelo Decreto nº 8.451/15

Trata-se de remessa necessária e apelação cível interposta pela União Federal/Fazenda Nacional contra sentença que, nos autos de mandado de segurança, concedeu ao impetrante, Instituto Brasileiro de Qualidade Nuclear - IBQN, declaração de inexigibilidade das contribuições para o Programa de Integração Social - PIS e para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, nos termos do Decreto nº 8.426/15, com redação dada pelo Decreto nº 8.451/15, que versa sobre sua incidência e respectivas alíquotas.

A União Federal apelou, sustentando o não cabimento de mandado de segurança contra lei em tese, com base na Súmula nº 266 do STF, e que o Decreto supracitado possui respaldo em lei, não ultrapassando os limites nela determinados.

O Desembargador Federal relator, Ferreira Neves, ressaltou, inicialmente, o teor declaratório do mandamus, além de ressaltar seu caráter preventivo no caso em questão. Assim, afastou o argumento de impetração de MS contra disposição legal, visto que o remédio constitucional visava a obstar à futura aplicação da lei em lançamento tributário.

No mérito, apontou que o centro da controvérsia consiste em verificar a legalidade do restabelecimento das alíquotas das contribuições para o PIS e para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) incidentes sobre receitas financeiras auferidas por meio de ato do Poder Executivo (Decreto nº 8.426/15) por pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não cumulativa.

O julgador esclareceu que as Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 instituíram o regime não cumulativo para o PIS e a COFINS, com incidência sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, às alíquotas de 1,65% (PIS) e 7,6% (COFINS). Com o advento da Lei nº 10.865/04, porém, a possibilidade do desconto de créditos calculados em relação às despesas financeiras deixou de ser prevista em lei para passar a ser definida pelo Poder Executivo, até os aludidos percentuais, nos termos de seu art. 27, § 2º. Com base neste permissivo legal, foi editado, então, o Decreto nº 5.164, de 30 de julho de 2004, que reduziu a zero as alíquotas das contribuições para o PIS e para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS)

incidentes sobre as receitas financeiras, excluindo aquelas decorrentes de juros sobre capital próprio e de operações de hedge - o que veio a ser alterado, contudo, num segundo momento, quando da edição do Decreto Federal nº 5.442, de 9 de maio de 2005, que incluiu essa redução às receitas originadas de operações para fins de hedge.

Ademais, elucidou que o Decreto nº 8.426/2015 (que encontra seu fundamento de validade no § 2º do artigo 27 da Lei nº 10.865/04), respeitando o princípio da anterioridade nonagesimal, revogou o Decreto nº 5.442, restabelecendo a incidência do PIS e da COFINS, às alíquotas de 0,65% e 4%, respectivamente, sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não cumulativa.

Nesse concernente, avaliou o Desembargador não se tratar de majoração de alíquotas, mas sim de reestabelecimento dessas, anteriormente previstas em lei, incorrendo alteração acima do legalmente previsto (ao limite de 1,65% para o PIS e de 7,6% para a COFINS). Ressalte-se, finalmente, que a referida amplitude evidencia a extrafiscalidade das contribuições em comento.

Quanto a uma possível inconstitucionalidade na modificação da alíquota por decreto (com obediência aos limites fixados na lei instituidora do tributo e naquela que outorgou tal delegação), o relator asseverou que a alíquota zero que a apelada pretendia ver restabelecida tampouco seria aplicável. Isto porque o decreto que a previu e aquele que a restabeleceu possuem o mesmo fundamento legal, tendo uma eventual declaração de inconstitucionalidade o efeito de tornar a ambos inexistentes. Declarou, também, a ausência de qualquer ofensa à legislação ou à Constituição Federal pelas normas executivas impugnadas.

Dado o exposto, decidiu o relator dar provimento à apelação e à remessa necessária, para reformar a sentença e denegar a segurança, no que foi seguido, à unanimidade, pela 4ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Precedentes:

STF: RE 573.232 (DJe de 19/09/2014);

STJ: RO 22668 (DJe de 24/02/2010);

TRF2: AC 20155102024655-0 (DJe de 21/10/2015);

TRF4: AC 5091758-75.2014.4.04.710 (DJe de 11/04/2016); AC 5004758-79.2015.4.04.74-7107 (DJe de 21/09/2016).

APELAÇÃO CÍVEL - 0136410-71.2015.4.02.5101 (2015.51.01.136410-6)

Decisão em 11/10/2017 - Disponibilização no e-DJF2R de 16/10/2017

Relator: Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES - 5ª Turma Especializada

[volta](#)

Demissão por improbidade administrativa com base em infração disciplinar ou falta grave independe de processo judicial prévio, não dispondo a Administração Pública de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa

Trata-se de apelação cível interposta por ex Procurador Federal contra sentença que julgou improcedentes seus pedidos de reconhecimento de direito à reintegração ao antigo cargo na Advocacia Geral da União - AGU e de recebimento de indenização por danos morais.

O apelante, então Procurador Federal Especializado perante o INSS – PFE/INSS, foi designado para ocupar a função gratificada de Chefe da Seção de Consultoria e Assessoramento da Seccional de Petrópolis/RJ. Não havendo, todavia, promovido sua mudança de domicílio, requereu, ainda assim, ajuda de custo nesse sentido, forjando, inclusive, para tanto, documentação falsa – com visível intuito de apropriação irregular de dinheiro público. O esquema foi revelado mediante processo administrativo disciplinar – PAD e culminou na demissão do recorrente.

A comissão do PAD concluiu pelo indiciamento do autor por infração aos arts. 116, II (dever de lealdade à instituição a que servir) e 117, IX (proibição de valimento do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função pública), ambos da Lei nº 8.112/90.

A autoridade julgadora, a seu turno (Procurador Chefe da Divisão de Assuntos Disciplinares), entendeu pela responsabilidade disciplinar do ex servidor quanto à infringência dos incisos III e IX do referido art. 116 (dever de observar as normas legais e regulamentares e dever de manter conduta compatível com a moralidade administrativa, respectivamente) e também pela prática de improbidade administrativa, decorrente de grave mácula ao princípio da moralidade e aos deveres de honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições, nos termos do art. 11, caput, da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa, LIA) – implicando na necessidade de demissão do apelante.

O magistrado de primeiro grau proferiu sentença no sentido da improcedência dos pedidos autorais, ressaltando o disposto no art. 117, IX, da Lei nº 8.112, pontuando a correção do enquadramento da conduta do recorrente como ato de improbidade administrativa e determinando a incidência da pena de demissão prevista no art. 132, IV e XIII, da mesma norma (demissão em virtude de improbidade administrativa e de transgressão às proibições contidas nos incisos IX a

XVI do art. 117). Ressaltou, ainda, que a existência de uma parecer contrário ao sugerido pela comissão processante do PAD não demonstra irregularidade ou excesso de pena, porquanto o Procurador Geral possui o condão de acolher ou não as penalidades preconizadas.

Em suas razões de recurso, o apelante apregouo que o juízo de primeiro grau teria deixado de analisar a duração razoável do processo; o requerimento da tutela de urgência; o pedido de indenização, e a ausência de provas do ilícito, aduzindo, outrossim, a regularidade do requerimento administrativo de ajuda de custo (apesar do lapso na documentação acostada), ante a mudança de residência do Rio de Janeiro para Petrópolis, e que só se caracteriza como ato ímprobo a infração aos princípios da Administração Pública que decorram de conduta de agente público no exercício de suas funções, o que não inclui a juntada dos recibos ditos fraudulentos para a percepção do benefício em debate. Impugnou, ainda, a anexação do Despacho do Procurador Chefe da Divisão de Assuntos Disciplinares ao parecer da comissão processante, por ter este introduzido a tese da improbidade administrativa e se manifestado no sentido da demissão do autor, temas não aventados pela referida delegação.

Em parecer, o MPF manifestou-se pelo desprovimento do apelo, tendo em vista a razoabilidade do prazo da sentença (1 ano e 7 meses após a instauração da demanda) e a impossibilidade de concessão de tutela antecipada quando presentes provas insofismáveis da conduta ímproba do autor (caso da documentação falsa visando a atestar a mudança de domicílio). Aduziu, também, quanto à conduta do Procurador Chefe da Divisão de Assuntos Disciplinares, encontrar-se a autoridade julgadora respaldada pela legislação, que dispõe sobre a estrutura, organização e atribuições dos órgãos de direção da PGF, e que a pena de demissão seria razoável, diante do ato de infidelidade praticado pelo ex servidor, que se valeu do cargo para apropriar-se de dinheiro público.

Por ocasião do voto, o Desembargador Federal relator, Aluisio Mendes, frisou, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o cabimento da análise pelo Poder Judiciário da regularidade do procedimento administrativo disciplinar (aplicação do contraditório e ampla defesa) e da legalidade da pena aplicada, o que não deve ser confundido com a análise do mérito administrativo (perquirição acerca da justiça da decisão imposta administrativamente).

Prosseguiu, registrando que a ação foi ajuizada em 07/11/2015 e a sentença, prolatada em 26/05/2017, revelando, assim, a seu ver, prazo razoável “ante as centenas de milhares de processos em trâmite no Judiciário”.

Acerca do requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, o julgador lembrou ser cediça a necessidade da presença dos pressupostos autorizadores (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) para a concessão da medida, o que não se verificou, contudo, em face da suficiência de provas

da improbidade da conduta do autor, tornando improvável seu direito, no entender do magistrado, e gerando a possibilidade de proferimento de decisão de cognição exauriente - que negou todas as questões suscitadas, nos termos do inciso IV do parágrafo 1º do art. 489 do CPC/2015 (que dispõe não se considerar fundamentada qualquer decisão judicial que não enfrente todos os argumentos, deduzidos no processo, capazes de infirmar, em tese, a conclusão adotada pelo julgador).

Sobre a comissão do PAD, pontuou que essa possui competência para, mediante instrução do feito (art. 155 da Lei nº 8.112/90), apurar a responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, e também para proceder à elaboração de relatório minucioso (art. 165 da Lei nº 8.112/90), que deverá ser acatado por ocasião do julgamento, salvo quando contrário às provas dos autos (art. 168 da Lei 8.112/90). Distinguiu, ainda, que, na espécie, a comissão se manifestou pela presença de recibos de mudança com conteúdo falso, em nome do recorrente e de seus dependentes, e comprovou a não efetivação da alteração de residência, chamando a atenção, também, para o fato de que o investigado tampouco negou a apresentação do pedido de ajuda de custo ou compareceu a qualquer depoimento, mesmo havendo sido regularmente notificado.

Evidenciou o relator, nesse diapasão, que a afronta praticada pelo ex Procurador não pode ficar limitada à legislação que disciplina a concessão do benefício de ajuda de custo e à Lei nº 8.112/90, abarcando, antes, todas as normas constitucionais e princípios prescritos no art. 37 da CF/88, bem como a legislação que disciplina a atuação do Procurador Federal, inclusive o Estatuto da Advocacia.

De outro giro, acerca da controvérsia relativa à manifestação do Procurador Chefe da Divisão de Assuntos Disciplinares, anteriormente relatada, destacou que o parágrafo único do art. 168 da Lei nº 8.112/90 determina que, quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta.

Destarte, salientou a ocorrência de improbidade administrativa sempre que houver violação a qualquer dos princípios fixados no caput do art. 37 da CF/88 ou no art. 4º da Lei nº 8.429/92 (que determina que os agentes públicos são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos), e que a Lei nº 8.112/90 prevê a aplicação da penalidade disciplinar máxima de demissão aos casos pormenorizados em seu art. 132, constituindo a improbidade administrativa uma das hipóteses (art. 132, IV).

Assim, prosseguiu o julgador, a demissão por improbidade administrativa independe de processo judicial prévio, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não dispondo a

Administração Pública de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa nos casos em que a conduta do investigado se amolde a dos artigos supramencionados.

Em outras palavras, segundo o Desembargador, em virtude da independência entre as esferas administrativa, cível e penal, o fato de o ato demissório não defluir de condenação do servidor exarada em processo judicial não implica em ofensa aos ditames da Lei nº 8.492/1992 (que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública) nas hipóteses em que a citada sanção disciplinar for aplicada como punição a ato que possa ser classificado como de improbidade administrativa, mas que não esteja expressamente tipificado no mencionado diploma legal, devendo, nessas situações, preponderar a regra prevista na Lei nº 8.112/1990.

Inferiu o magistrado, destarte, que, in casu, havendo restado devidamente comprovada a existência de prática dolosa de infração legislativa por parte do apelante, não há que se falar em excesso de severidade da pena de demissão, eis que o art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90, é taxativo quanto à aplicação de tal penalidade à prática de improbidade administrativa que atente contra os princípios da Administração (art. 11 da Lei nº 8.429/1992), em especial no que se refere a ato visando a fim proibido em lei (inciso I). Além disso, concluiu, uma vez que a liberdade de atuação do administrador circunscreve-se ao enquadramento dos fatos em regular processo administrativo disciplinar, aquele não possui a prerrogativa de escolher outra pena, vinculado que está ao princípio da legalidade.

Finalmente, em considerando a inexistência de ilegalidade na condução do PAD e na penalidade de demissão aplicada, o julgador afastou a possibilidade de incidência, também, de danos morais.

Isto posto, o Desembargador Federal Aluisio Gonçalves negou provimento aos apelos – no que foi seguido, à unanimidade, pela 5ª Turma Especializada desta Corte.

Precedentes:

STJ: AgRg no RMS 42.555 (DJe de 20/03/2014); MS 14.981/DF (DJe de 23/08/2013); MS 14.938 (DJe de 02/10/2015); MS 14.140 (DJe de 08/11/2012); MS 12.536 (DJe de 26/09/2008).

APELAÇÃO CÍVEL - 0005027-19.2015.4.025117 (2015.51.17.005027-1)

Decisão em 06/10/2017 – Disponibilização no DJF2R de 10/10/2017

Relator: Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA - 6ª Turma Especializada

[volta](#)

Responsabilidade objetiva solidária entre as esferas da Administração Direta em virtude de demora na transferência de paciente de UPA para Unidade de Terapia Intensiva hospitalar

A União Federal, juntamente com o estado do Rio de Janeiro e o município de São Gonçalo, interpuseram apelações cíveis contra sentença proferida nos autos de ação por danos morais proposta em razão da demora na transferência de paciente (genitora da recorrida) de Unidade de Pronto Atendimento - UPA para Unidade de Terapia Intensiva - UTI hospitalar, com base na responsabilidade objetiva do Estado.

Na inicial, a autora alegou haver conduzido sua mãe à UPA de São Gonçalo/RJ, devido a um possível Acidente Vascular Cerebral – AVC. Confirmado o diagnóstico, foi detectada a necessidade de transferência urgente da enferma para UTI, mas, como não havia vaga disponível em nosocômio próximo, a recorrida viu-se obrigada a valer-se do Judiciário, através de pedido de tutela antecipada, esta deferida de pronto pelo juiz de piso. Mesmo mediante a liminar, entretanto, o traslado só ocorreu após 48h, fato que, segundo a autora, resultou no óbito da paciente, motivando sua postulação por danos morais no valor de 200.000,00 reais.

O magistrado de primeiro grau deu provimento parcial ao pedido e condenou os réus, solidariamente, ao pagamento de indenização no valor de 20.000,00 reais, acrescidos de juros e correção monetária, a partir da data da sentença, de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal. Ponderou, para tanto, que a medicina não é uma ciência exata e que seria temerário afirmar que a demora na transferência da UPA para a UTI, somada à idade avançada da paciente e ao seu quadro clínico, contribuíram para o óbito, assim como que a transferência imediata resultaria na recuperação da enferma. Inegável, a seu ver, todavia, foi a falha na prestação do serviço, por parte da Administração, que resultou em grande sofrimento para a autora e sua mãe.

Em sede recursal, a União sustentou que o falecimento da genitora teve como causa a gravidade da doença adicionada a seus 82 anos de idade, mas não a recusa de atendimento ou sua internação em local distante. Afirmou, ainda, que o valor da condenação seria excessivo.

O estado do Rio de Janeiro aludiu não ter havido negligência, imprudência ou imperícia por parte da equipe médica, eis que a paciente foi acompanhada passo a passo, com a realização

de diversos procedimentos. Argumentou, também, que a mãe da autora ingressou na UPA com um grave quadro de saúde, em virtude de AVC, tendo sido mantida em ventilação mecânica e recebido todos os cuidados necessários durante o período em que aguardou vaga em rede pública, sendo posteriormente transportada para o Hospital de Vassouras, que detinha leito disponível em UTI com melhor estrutura. Ressaltou, finalmente, que o valor da indenização não poderia ser fonte de lucro e, com base nisso, defendeu sua redução.

O município de São Gonçalo, por seu turno, afirmou que caberia ao estado do Rio de Janeiro a regulação de vagas e liberação para internação hospitalar. Ademais, não haveria nos autos qualquer prova de que teria contribuído para o dano. Ressaltou, outrossim, que seria imprescindível evidenciar a culpa em caso de omissão, o que não ocorreu e, a exemplo da União e do Estado, irressignou-se com o valor arbitrado e pugnou por sua redução.

Em apreciação ao recurso, o Desembargador Federal relator, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, frisou que a sentença merecia ser reformada tão somente no que se refere aos critérios de fixação dos juros e correção monetária, por se tratar de matéria de ordem pública. Explanou que o Sistema Único de Saúde - SUS é composto e financiado por todos os entes federados, sendo solidária a responsabilidade entre esses no cumprimento da prestação de saúde à população e que, portanto, todos os recorrentes possuem legitimidade passiva em causas que versem sobre atendimento médico a pacientes do SUS.

Aduziu inexistir remessa necessária, in casu, haja vista ter sido o decisum proferido em setembro de 2015, aplicando-se, por conseguinte, o art. 475, § 2º, do CPC de 1973, vigente à época, que dispunha sobre a não sujeição ao duplo grau de jurisdição obrigatório das sentenças cujo valor da condenação não excedessem a 60 salários mínimos.

Apregou o magistrado que a Constituição Federal consagrou, em seu art. 5º, X, o direito à indenização pelo dano moral, e que tal direito decorre da própria dignidade, não só da pessoa humana, mas daquela inerente à personalidade da pessoa natural ou jurídica. Prosseguiu, afirmando que a teoria da responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º), fundada no risco administrativo, tem como requisitos: a existência de ação ou omissão por parte do agente público ou terceiro por quem o imputado responda; a ocorrência de dano (seja ele qual for, material ou moral); e o nexo de causalidade. Apontou, ainda, que é permitido ao Estado afastar sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexo causal (fato exclusivo da vítima), força maior e fato exclusivo de terceiro.

Salientou que a reparação civil do dano moral não visa a recompor a situação jurídico-patrimonial, mas sim à definição de valor adequado, em razão de alguma das violações às dimensões da dignidade da pessoa humana, compreendendo o conceito supracitado quanto ao

direito da pessoa natural e jurídica, sendo certo que o objetivo da teoria em análise não seria apagar os efeitos da lesão, mas reparar os danos.

Em sua ilustração, o julgador apontou que a configuração do dano moral, em várias situações, decorre apenas da prática do ato com repercussão na personalidade da vítima, tratando-se de hipótese que independe de comprovação de abalo a bem jurídico extrapatrimonial, e que os danos morais, diferentemente dos danos materiais, advêm da lesão a algum dos aspectos relacionados à dignidade da pessoa humana. A consequência dessa lesão, asseverou, nem sempre é de fácil aferição, contudo, tal é a gravidade do fato, segundo a ordem constitucional, que se admite presumível, independentemente do lastro probatório.

O relator adentrou no mérito, afirmando que restou plenamente configurada a responsabilidade solidária, haja vista os documentos juntados, em especial o boletim do atendimento médico realizado pela UPA, contendo toda a narrativa do acometimento e da necessidade de transferência imediata da paciente.

Demarcou, ainda, o deferimento da antecipação da tutela pelo juízo singular, que determinou a remoção da enferma a hospital privado, pelo tempo que fosse necessário ou até que se obtivesse vaga na rede pública – para onde aquela deveria retornar desde que tal deslocamento não lhe causasse risco, sob pena de multa diária de 5.000,00 reais, até o limite de 200.000,00 reais, em caso de descumprimento.

Atestou o Desembargador que o juízo monocrático apreciou devidamente as provas existentes nos autos e que seria fora de propósito duvidar que a autora não tivesse sofrido pela falha na prestação de serviço da Administração Pública. Aludiu que a irresponsabilidade da mencionada conduta contribuiu para o óbito da genitora, sem que houvesse culpa concorrente da vítima, restando inequívoco o dever de indenizar.

Acerca do quantum debeatur, manifestou-se sobre o acerto do juiz monocrático em estabelecer o método bifásico para a aferição do dano reparatório, nos moldes sustentados pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no RESP nº 959.780-ES, em que o julgador confere um montante econômico à agressão de um bem jurídico sem essa natureza.

Visando a corroborar seu entendimento, o Desembargador reproduziu as palavras do Ministro: “na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos)... Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes), com base nas suas

circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso até se alcançar o montante definitivo”.

O relator esclareceu que esta Corte, ao arbitrar indenizações em casos semelhantes, vem oscilando entre 20.000,00 e 70.000,00 reais. Deste modo, concluiu ter sido razoável e proporcional a fixação do quantum de 20.000,00 reais, em favor da autora.

Por fim, ressaltou que a questão relativa à correção monetária nas condenações impostas ao Erário é de ordem pública. Elucidando acerca da alteração sofrida pelo art. 1º- F da Lei nº 9.494/97 - com o advento da Lei nº 11.960/09 -, dispôs que, na situação supracitada, haverá, até o efetivo pagamento, uma única incidência dos índices da caderneta de poupança, nos juros moratórios. Determinou, ainda, que a correção monetária restasse calculada de acordo com o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial – IPCA-E, frisando que a forma de atualização monetária não foi objeto dos recursos de apelação, não ensejando, pois, conforme Informativo nº 464 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *reformatio in pejus*.

O Desembargador votou por denegar as apelações e determinou, de ofício, a retificação do cálculo, nos moldes da referida Lei.

Precedentes:

STF: ADIn 4.357 (DJe de 26/09/2014); ADIn 4.425 (DJe de 19/12/2013); RE 870.947 (DJe de 27/04/2015);

STJ: REsp 959.780 (DJe de 06/05/2011);

TRF2: AC 201450011010065 (DJe de 13/03/2015).

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO - 0078889-71.2015.4.02.5101 (2015.51.01.078889-0)

Decisão em 09/10/2017 - Disponibilização no e-DJF2R de 13/10/2017

Relator: Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAUJO FILHO - 7ª Turma Especializada

[volta](#)

Alteração de regra licitatória exige nova publicação do ato, através do mesmo instrumento em que se deu o texto original, sendo insuficiente sua veiculação em sítio eletrônico da Administração Pública

Trata-se de remessa necessária e apelações cíveis interpostas por FURNAS CENTRAIS ELÉTRICAS S/A e SIMPRESS COMÉRCIO, LOCAÇÃO E SERVIÇOS S/A contra sentença que concedeu a segurança à empresa MICROCIS – CONSULTORIA, INFORMÁTICA E SERVIÇOS LTDA., ora apelada, declarando-a vencedora de procedimento licitatório.

Na espécie, FURNAS promovera pregão eletrônico do tipo menor preço global, visando à contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de outsourcing de impressão, através da conjugação e articulação de ações e serviços direcionados à geração de impressos no escritório central e em todas as áreas regionais. Durante o processo licitatório, porém (aproximadamente 1 mês antes da abertura dos lances), foi publicado no sítio eletrônico COMPRASNET esclarecimento no sentido de que, quando o atestado de qualificação técnica não apresentasse o número de usuários atendidos, deveria obrigatoriamente ser evidenciada quantidade mínima de equipamentos superior a 350 impressoras corporativas.

Assim, após ofertar o melhor lance, a impetrante/recorrida encaminhou documentos de habilitação e proposta de preços, havendo sido esta recusada, sob o argumento de que alguns dos atestados de qualificação técnica continham somente a volumetria impressa, enquanto outros não atendiam ao mínimo de 350 impressoras corporativas, em violação ao disposto na Seção III, item 3.3 (Documentação relativa à Qualificação Técnica), do instrumento convocatório. Em decorrência, foi contratada a segunda colocada, SIMPRESS, que deu início à implantação e execução dos serviços.

O juízo a quo entendeu que a autoridade coatora não poderia ter alterado as regras do edital sem antes divulgar as mudanças, pelo mesmo instrumento em que se deu a publicação do texto original, e sem reabrir prazo para os licitantes se adequarem à nova diretriz, nos termos do art. 20 do Decreto nº 5.450/2005, norma que regula o Pregão.

Em suas razões, FURNAS sustentou, preliminarmente, a inadequação da via mandamental, eis que o ato impugnado consistiria em procedimento de gestão, violando,

portanto, o disposto no art. 1º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009 (que estabelece o não cabimento da medida contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público), e a ausência de interesse de agir da apelada, porquanto o ajuizamento da demanda foi posterior à adjudicação do objeto licitado à vencedora do certame - além de que o contrato fora celebrado antes do deferimento da medida liminar. No mérito, aduziu que: (i) a inabilitação da apelada se deu em razão de ter deixado de apresentar documento de qualificação técnica exigido no edital de abertura do procedimento licitatório; (ii) um mês antes do certame, os licitantes foram informados, por meio da publicação de resposta a esclarecimento formulado, acerca da quantidade mínima de equipamentos que deveriam ser apresentados no somatório dos atestados de capacidade técnica da licitante vencedora; (iii) tal esclarecimento não ensejou alteração na essência do edital de abertura que afetasse a formulação das propostas, o que atrairia a incidência das exceções previstas nas partes finais do art. 20 do Decreto nº 5.450/2005 e do art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93; (iv) ainda que se admitisse a existência de alteração no edital, esta teria recaído sobre os critérios da documentação necessária para a habilitação dos licitantes, e não sobre os parâmetros para apresentação de proposta de preço; (v) houve tempo suficiente para a reformulação das propostas entre os esclarecimentos e a reabertura do Pregão; (vi) a apelada não alegou a suposta ausência de publicidade consignada na sentença; (vii) a exigência de que o atestado comprovasse o mínimo de 350 equipamentos não extrapola o escopo do fornecimento solicitado no edital, mas apenas assegura a experiência e capacidade comprovada em projetos da mesma natureza realizados em outras empresas; (viii) o serviço licitado está sendo adequadamente prestado desde 31/07/2015 pela SIMPRESS; (ix) a manutenção da ordem mandamental concedida em favor da recorrida evidenciaria risco de prejuízo a FURNAS infinitamente superior àquele eventualmente sofrido pela apelada em caso de denegação da ordem requerida, impondo-se, ainda, a prevalência do interesse público sobre o privado.

A SIMPRESS, por sua vez, alegou, preliminarmente, a perda do objeto da ação, em razão de o certame ter sido homologado, e que já realizou investimentos na ordem de aproximadamente R\$ 500.000,00. No mérito, apregou que a MICROCIS, ao abster-se de apresentar atestados de capacidade técnica hábeis a atender às exigências do edital, deixou de comprovar sua expertise mínima para executar o objeto daquele, o que não poderia ser ignorado pela Administração. Afirmou, também, que as exigências constavam do instrumento editalício, e destacou a aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório aos procedimentos de licitação, asseverando, também, que os questionamentos e esclarecimentos

foram publicados e disponibilizados a todos os licitantes, mais de um mês antes da realização do certame, dando ciência acerca da quantidade mínima de equipamentos a serem apresentados no somatório dos atestados de capacidade técnica da empresa vencedora e da declaração de fabricante do fornecedor. Por fim, afirmou não ter havido alteração que afetasse a formulação das propostas.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovisionamento dos recursos.

Ainda, houve juntada, pela SIMPRESS, de documentos, para fins de demonstração dos gastos efetuados para implantação e execução do serviço objeto da demanda.

Entendeu o Desembargador Federal relator, Luiz Paulo da Silva Araujo Filho, pelo desprovisionamento das apelações, sublinhando, primeiramente, que a documentação juntada pela SIMPRESS não exerce influência sobre o deslinde da controvérsia.

No mais - pressupondo que os atos praticados em processo licitatório constituem feitos de autoridade -, afastou a possibilidade de enquadramento dos atos exercidos em sede de procedimento licitatório como de mera gestão comercial, na medida em que, nos termos da Súmula nº 333/STJ, “Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública.”.

Rechaçou o julgador, outrossim, as preliminares de falta de interesse de agir e de perda do objeto, eis que, a seu ver, a adjudicação e a homologação do objeto licitado, por si só, não obstam a possibilidade de apreciação judicial dos atos administrativos relacionados ao procedimento licitatório a fim de se apurar as alegações de ilegalidade no certame.

Chamou a atenção para os requisitos de qualificação técnica descritos no item 3.3 do edital: “3.3.2. A licitante deverá apresentar atestado(s) de capacidade técnica, emitido(s) por pessoa(a) jurídica(s) de direito público ou privado que comprove(m) que o licitante possui experiência anterior em trabalhos, em andamento ou totalmente concluídos, de serviço de outsourcing de impressão, com tempo de prestação superior a 12 meses, em empresas nacionais.”.

Nesses termos, destacou o magistrado terem sido apresentados pela apelada 14 atestados de capacidade técnica, nos quais é possível identificar o cumprimento de todas as exigências previstas no referido item 3.3.

Verificou, também, que, no item 3.3.2.1, consta apenas exigência quanto à referência da “Volumetria mensal de impressão” – razão pela qual o esclarecimento posterior prestado pela Administração através do COMPRASNET, estabelecendo que o atestado de qualificação técnica deveria apresentar, obrigatoriamente, o número de usuários atendidos ou número mínimo de

equipamentos superior a 350 impressoras corporativas, implica nova definição de um critério relevante de avaliação da qualificação técnica, inexistente no texto originário do edital.

Ademais, compreendeu o Desembargador pela necessidade de ter havido nova publicação do ato convocatório, a teor do art. 20 do Decreto nº 5.450/2005, que estabelece que qualquer modificação no edital exige divulgação pelo mesmo instrumento de publicação em que se deu o texto original, exceto quando a alteração não afete a formulação das propostas. No mesmo diapasão, destacou, é o texto do § 4º do art. 21 da Lei nº 8.666/93.

Frisou que, mesmo que se entendesse pela incidência da parte final dos dispositivos mencionados (“exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas”), melhor sorte não assistiria às apelantes, uma vez que os documentos juntados aos autos não comprovam sequer a publicação de tais esclarecimentos no citado sítio eletrônico, ao contrário do alegado. E sendo as respostas aos pedidos de elucidações consideradas partes integrantes do edital (vinculando, portanto, a Administração e os licitantes) – prosseguiu -, era imprescindível que todos os interessados fossem comunicados da resposta dada pela Administração, sob pena de violação aos princípios da isonomia e da publicidade.

Inferiu o relator, com base no exposto, que a inabilitação e consequente desclassificação da apelada basearam-se em critérios que, além de não previstos originalmente no edital, não tiveram, tampouco, a necessária publicidade.

Destarte, e tendo sido a suposta não conformidade com o item 3.3 da Seção III do edital o único fundamento utilizado pela Administração para apregoar a inabilitação da recorrida, concluiu o magistrado pela necessidade de prevalência da regra editalícia tal como divulgada originalmente e pelo descabimento da invocação de novos motivos para inabilitar a impetrante.

Por fim, salientou a configuração de cerceamento de defesa, eis que não oportunizado à apelada manifestar-se acerca do suposto descumprimento do item editalício relativo à carta de credenciamento.

Isto posto, o Desembargador Federal Luiz Paulo da Silva Araujo Filho negou provimento aos apelos, no que foi seguido, à unanimidade, pela 7ª Turma Especializada desta Corte.

Precedentes:

STJ: CC 71.843 (DJe de 17/11/2008); EDcl no RMS 48.678 (DJe de 08/03/2017); Súmula nº 333.

[APELAÇÃO CÍVEL - 0004734-34.2014.4.02.5101 \(2014.51.01.004734-4\)](#)

Decisão em 03/10/2017 – Disponibilização no DJF2R de 06/10/2017

Relator: Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA

Relator para acórdão: Desembargador Federal GUILHERME DIEFENTHAELER - 8ª Turma Especializada

[volta](#)

Suspensão de direitos políticos decorrente de sentença penal seguida de condenação por improbidade administrativa: inexistência de bis in idem em virtude da independência de esferas

Trata-se de recurso de apelação interposto por ex servidor do Instituto de Puericultura e Pediatria Martagão Gesteira – IPPMG contra sentença que, nos autos de ação civil pública proposta pelo MPF, ora recorrido, condenou o réu a 5 anos de suspensão de direitos políticos e pagamento de multa civil de 50 vezes o valor da última remuneração percebida, conforme disposto no art. 12, III, da Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa, LIA -, em razão da prática de ato visando a fim proibido em lei, em franca violação aos princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11, caput e inciso I, da mesma norma. O apelante foi condenado, também, ao pagamento de indenização no valor de R\$ 20.000,00, a título de danos morais.

O réu/recorrente foi demitido do cargo de Técnico de Enfermagem do IPPMG – pertencente ao Centro de Ciências da Saúde da Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ - graças à decisão em processo administrativo disciplinar e à sentença penal condenatória (proferida pela 4ª Vara Criminal do Rio do Janeiro no processo nº 049280-07.2005.4.02.5101), após ter exposto, ilegal e dolosamente, pacientes infantis à intoxicação exógena, através do emprego de medicamentos inadequados e sem prescrição médica, o que resultou no óbito de 4 crianças e em complicações do quadro de saúde de outras tantas. Ressalte-se que, na esfera penal, tais atividades renderam-lhe condenação por homicídio doloso consumado 4 vezes e tentativa de homicídio.

O Ministério Público Federal, a seu turno, ajuizou a mencionada ACP, tendo em vista que os crimes cometidos pelo apelante se deram na condição de ocupante de cargo público e dele valendo-se.

Em primeiro grau de jurisdição, o magistrado de piso acolheu a pretensão autoral, entendendo haver restado comprovada a prática de atos que visavam a fins proibidos em lei, assim como suas imputações administrativas, e a violação aos princípios da Administração Pública, em especial os da legalidade e da lealdade à instituição autárquica.

Por ocasião do recurso, o réu postulou a reforma da sentença apenas no que tange às penalidades aplicadas, sustentando, para isso, que, havendo o somatório de suas penas privativas de liberdade alcançado mais de 110 anos de prisão – o que lhe renderia, na melhor das hipóteses, em caso de progressão do regime prisional, 30 anos de cárcere -, faz-se inócua a suspensão de seus direitos políticos na presente ação civil, bem como impossível o pagamento da prestação pecuniária, após tão longo período sem trabalhar.

O MPF, em seu parecer, opinou pelo provimento do apelo, ao argumento de ocorrência de bis in idem no concernente à condenação na esfera administrativa, uma vez que o réu já teria sido penalizado de forma idêntica na esfera criminal, tanto em relação à suspensão dos direitos políticos, quanto em relação ao dever de indenizar o Estado ou a família das vítimas. Já por ocasião da sessão de julgamento, o membro do Ministério Público nela presente posicionou-se de forma diversa, defendendo, antes, a inoccorrência do bis in idem.

O Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva, relator, destacou, primeiramente, a necessidade de análise da ocorrência ou não de prescrição, ainda que tal tema não tenha sido aventado em recurso, por se tratar de matéria de ordem pública.

Assim, trouxe a baila o teor do art. 142 da Lei nº 8.112/91, que determina, em seu inciso I e § 2º, respectivamente, que a ação disciplinar prescreverá em 5 anos, quanto às infrações puníveis com demissão, e que os prazos prescricionais previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

Desse modo, concluiu o julgador que, in casu, o prazo prescricional a ser considerado é o que a legislação prevê para o crime de homicídio, ou seja, 20 anos, de acordo com o art. 109, I, do CP, que institui que a prescrição, antes do trânsito em julgado da sentença, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada à transgressão, devendo verificar-se no referido lapso temporal se esse máximo for superior a 12 anos.

Assim, tendo os fatos imputados ao réu ocorrido 2005 e em havendo a presente demanda sido ajuizada em 2014, afastou o magistrado a intercorrência da prescrição e, conseqüentemente, a necessidade de proceder ao exame da questão relativa à suposta imprescritibilidade da pena de ressarcimento ao erário.

Outrossim, destacou não ser o caso de se manter a ação suspensa em aguardo ao julgamento do RE 852.475, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral pelo STF quanto à “controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, em face de agentes públicos, em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa”.

Acerca do recurso interposto, pontuou o relator que atos ilícitos praticados por agente público possuem o condão de acarretar responsabilização em searas diferentes, conforme tratamento

expresso fornecido pelo art. 12 da LIA, mas que tal circunstância não afasta a possibilidade de ocorrência de bis in idem, como na hipótese, já que sanções previstas para a prática de improbidade administrativa podem vir a coincidir com medidas aplicáveis criminalmente. Frisou tratar-se a perda da função pública de um desses casos, uma vez ter sido determinada pela sentença penal condenatória, bem como a suspensão dos direitos políticos - que, conforme deliberação do art. 15, III, da CF/88, decorre de condenação criminal transitada em julgado.

Com base em tais argumentos, entendeu pela obrigatoriedade de acolhimento do apelo do réu na parte em que visa a impugnar a condenação à suspensão de seus direitos políticos por 5 anos, uma vez que, tendo sido condenado, criminalmente, por sentença já transitada em julgado, à pena de aproximadamente 115 anos, aquele já terá, necessariamente, tais direitos suspensos, por período superior, até, ao fixado na ACP.

No que tange ao dano moral estabelecido a título de indenização, entendeu o julgador que este deve ser mantido. Isso porque, a seu ver, a sentença criminal não tornou certa a obrigação do réu de ressarcir a Autarquia de eventuais prejuízos, sendo o mencionado efeito restrito às vítimas diretas da ação criminosa e a seus herdeiros, que poderão se valer de ação civil ex delicto para obter a reparação do dano decorrente da infração penal praticada.

Quanto ao montante ajustado, determinou sua manutenção, tendo em vista não ter havido recurso do MPF nesse sentido. Ressalvou, todavia, que, em sua compreensão, o quantum de R\$ 20.000,00 é, na verdade, muito baixo, se considerada a gravidade dos atos praticados e a repercussão negativa à imagem da UFRJ.

Por fim, no que se refere à multa aplicada, apregou o magistrado tratar-se de medida plenamente razoável, em face da magnitude da atuação do réu, e que o simples fato de o apelante encontrar-se preso em virtude de cumprimento de sentença penal e, portanto, impossibilitado de auferir renda, não é suficiente para afastar a referida condenação, já que não há nos autos qualquer documento apto a demonstrar que, apesar de sua situação atual, não possui bens dos quais possa dispor.

Sublinhou, ademais, que o pagamento de multa não possui caráter indenizatório, não devendo ser confundido com o ressarcimento ao dano, anteriormente mencionado.

Visando a melhor abalizar seus argumentos, o Desembargador colacionou a doutrina de Emerson Garcia e Rogério Pacheco, in *Improbidade Administrativa*, 7ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 673: “deverá ser destinado (o numerário relativo à multa) ao sujeito passivo do ato de improbidade, vale dizer, à pessoa jurídica prejudicada e que ensejou a aplicação da referida Lei ao caso. Essa conclusão preserva a harmonia do sistema, pois o art. 18 da Lei nº 8.429/1992 dispõe que ‘a sentença que julgar procedente a ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos

bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito”.

Concluiu, destacando restar ao campo da improbidade administrativa apenas a salvaguarda dos interesses da pessoa jurídica de direito público diretamente atingida pela ação de seu agente, e que, para tanto, é suficiente a condenação a reparar o dano causado e a proceder ao pagamento da multa civil fixada – a despeito de medidas mais drásticas a serem tomadas na seara criminal.

Isto posto, o Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva deu parcial provimento ao recurso de apelação, tão somente para afastar a condenação da parte ré à suspensão de seus direitos políticos.

Em voto vogal, a Desembargadora Vera Lúcia Lima, acompanhando o relator, defendeu a inocuidade e conseqüente superação processual da tese relativa à suspensão de direitos políticos por 5 anos - uma vez que o réu já vinha suportando tal limitação em virtude da condenação criminal.

O Desembargador Federal Guilherme Diefenthaeler, relator para acórdão, a seu turno, consignou posicionamento no sentido da incoerência de bis in idem no que se refere ao mesmo tema, haja vista tratarem-se as esferas penal e administrativa de esferas independentes, com trâmites, peculiaridades e conseqüências próprias: enquanto a condenação por improbidade administrativa possui cumprimento estrito, sem espaço para discussão acerca da pena e sem necessidade de um procedimento de execução – exemplificou -, a sentença criminal, pelo contrário, abre espaço para uma série de questões e benefícios que podem ser suscitados, além de abarcar uma lei de execução. Assim, concluiu o julgador, não há que se falar em 2 suspensões de direitos políticos, mas sim em 2 comandos de naturezas distintas.

Diante da divergência constituída, e com base na determinação do art. 942 do NCPC (julgamento ampliado do Colegiado), a sessão teve prosseguimento, tornando-se minoritário o entendimento do relator do recurso, Desembargador Marcelo Pereira.

Acompanharam o relator para acórdão os Desembargadores Federais Sergio Schwaitzer e José Antônio Neiva.

Nesses termos, decidiu a 8ª Turma Especializada desta Corte, por maioria, em quórum ampliado, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Desembargador Federal Guilherme Diefenthaeler, vencido o relator e a Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima, que o acompanhava.