


**TRIBUNAL REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO**
PRESIDENTE:

Desembargador Federal Valmir Peçanha

VICE-PRESIDENTE:

Desembargador Federal Frederico Gueiros

CORREGEDOR GERAL:

Desembargador Federal Ney Fonseca

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

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

Desembargador Federal André Fontes

DIRETOR GERAL:

Luiz Carlos Carneiro da Paixão

**DIRETOR:**

Desembargador Federal Sergio Feltrin

COORDENADOR:

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

PROJETO EDITORIAL:Secretaria de Documentação e Produção Editorial (SED)
Assessoria de Comunicação Social (ACOS)**COORDENAÇÃO DE PRODUÇÃO:**

Secretaria de Documentação e Produção Editorial (SED)

COORDENAÇÃO DE MATÉRIAS:

Assessoria de Comunicação Social (ACOS)

COORDENAÇÃO TÉCNICA:

Divisão de Jurisprudência (DIJUR/SED)

REVISÃO:

Assessoria Técnica da SED (ATED)

DIAGRAMAÇÃO E IMPRESSÃO:

Divisão de Produção Gráfica e Editorial (DIGRA/SED)

PERIODICIDADE: quinzenal**TIRAGEM:** 1.900 exemplares**ESTA EDIÇÃO****PELAS SESSÕES**

2ª Turma	02
6ª Turma	03

ACÓRDÃOS EM DESTAQUE

Órgão Especial	04
1ª Seção	06
2ª Seção	07
1ª Turma	10
2ª Turma	14
3ª Turma	16
4ª Turma	18
5ª Turma	21
6ª Turma	26

*Este informativo não se constitui em repositório
oficial da jurisprudência do TRF - 2ª Região.
Para críticas ou sugestões, entre em
contato com jornalinfojur@trf2.gov.br*

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

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

Cep.: 20081-000 - Tel.: (21) 211-4000

www.trf2.gov.br

PELAS SESSÕES

2ª Turma

Acidente causado por buraco em rodovia federal assegura direito a indenização por danos materiais e morais

A 2ª Turma do TRF-2ª Região determinou que o Departamento Nacional de Estradas e Rodagem – DNER pague uma indenização de 140 salários mínimos por danos morais, mais R\$ 3.097 como indenização por danos materiais, a uma família de Medina (MG), que sofreu um acidente de carro após bater em buraco de 3,60m de comprimento por 1,70m de largura na rodovia federal BR 356, que liga Belo Horizonte a São João da Barra (litoral norte fluminense). Nos termos da decisão, os valores deverão ser corrigidos monetariamente desde a data do acidente, ocorrido em maio de 2000, além de terem um acréscimo de juros de mora de 0,5%.

Segundo informações dos autos, o automóvel do juiz da comarca de Medina, no vale do Jequitinhonha, após chocar-se com um buraco próximo ao município de Itaocara (RJ), a 730 quilômetros de Medina, ficou desgovernado, atravessou a pista, bateu em um barranco e capotou. No carro, estavam, além do juiz, sua esposa e dois filhos de 5 e 7 anos de idade. Todos saíram com ferimentos leves do acidente. O juiz, que conduzia o veículo, ajuizou uma ação de responsabilidade civil contra o DNER, pedindo a indenização por danos materiais e morais. Foi contra a sentença de 1ª Instância, que concedeu as indenizações, que o DNER apresentou a apelação julgada pela 2ª Turma. A vítima do acidente também apelou contra a decisão do Juízo de 1º Grau, que reduziu o valor da indenização por danos morais para 10% do que foi pedido. Em sua petição, o autor da causa havia requerido o ressarcimento dos danos morais no total de 1400 salários mínimos.

Segundo dados do processo, o automóvel, com apenas três mil quilômetros rodados e 27 dias de uso quando ocorreu o acidente, teve perda total. O carro tinha seguro e a companhia reembolsou o seu dono no exato valor da nota fiscal. Em sua petição, a vítima pediu que o DNER fosse condenado a pagar R\$ 3.097,00 por danos materiais, valor correspondente aos acessórios instalados no carro e aos custos com seguro, emplacamento, impostos e documentação do novo automóvel que o proprietário foi obrigado a adquirir. A vítima sustentou que não havia placa de

sinalização dando conta do defeito na pista, apesar de, segundo a Polícia Civil de Itaperuna, o buraco já existir ali há vários dias. O motorista disse que estaria guiando o carro dentro do limite de velocidade estabelecido. Ele teve escoriações na cabeça e hematomas no corpo, sua esposa escoriações no pé esquerdo e hematomas, e o filho mais novo dor torácica e escoriações na mão direita, sendo todos medicados no Pronto-Socorro de Itaperuna. O juiz de Medina alegou que sua esposa e seus filhos teriam ficado muito traumatizados, recusando-se a enfrentar novamente a estrada e, por conta disso, só voltaram para casa após 20 dias do acidente, ausentando-se a esposa do trabalho e os filhos da escola.

Em sua defesa, o DNER sustentou que não teria ficado provado nos autos a relação de causa e efeito entre o acidente e o buraco na pista. A vítima não teria indicado o local exato onde ocorreu o acidente e não haveria como averiguar, inclusive, que o acidente foi de fato causado por um buraco, quanto mais aquele buraco específico apontado pelo autor da causa. Além disso, para o DNER, não houve prejuízo material, pois o valor do automóvel foi ressarcido pela seguradora, não havendo responsabilidade civil do órgão. Também alegou que a família teria sofrido pequenos ferimentos e, portanto, não poderia ter ficado traumatizada, como alegado, não ocorrendo, nesse caso, danos morais.

O relator do processo na 2ª Turma, Desembargador Federal Sergio Feltrin, entendeu que o artigo 37 da Constituição Federal estabelece o dever da Administração Pública de responder pelos danos que seus agentes eventualmente causarem a terceiros, mesmo que eles não tenham sido causados intencionalmente. Assim, como explicou o desembargador em seu voto, os prejuízos causados ao cidadão por falhas nos serviços públicos, seja por omissão ou por uma atuação ineficiente, devem ser ressarcidos. O magistrado afirmou que o prejudicado só precisa provar que o dano realmente aconteceu e que foi decorrente da falha no serviço prestado pela administração pública, como, para o relator ocorreu no

caso: “Uma vez provado o nexo de causalidade entre a falha do serviço, ou seja a manutenção deficiente de determinado trecho da referida rodovia federal, e o acidente, cujas provas encontram-se nos autos, resta irrepreensível, neste ponto, a respeitável sentença recorrida”.

Dr. Sergio Feltrin lembrou que o artigo 5º, também da Constituição Federal, estabeleceu como direito

fundamental o de ser ressarcido por danos morais eventualmente sofridos pelo cidadão, mas que a indenização, nos termos da CF, deve ser razoável e proporcional ao prejuízo infligido, para impedir o enriquecimento sem causa. O desembargador ponderou que este ressarcimento justo foi assegurado na sentença de 1ª Instância.

► *Proc. 2000.02.01.029122-2*

6ª Turma

Traficantes italianos condenados pela 6ª Turma do TRF

GRUPO TINHA 197 QUILOS DE COCAÍNA ENTERRADOS EM PRAIA CAPIXABA

A 6ª Turma do TRF-2ª Região condenou três italianos e um brasileiro, presos no Espírito Santo por tráfico internacional de drogas. Em poder dos réus foram encontrados 197 quilos de cocaína, armas, munição, maconha e quase US\$ 200 mil que seriam usados para adquirir mais entorpecentes. Pela decisão da Turma, um dos réus italianos terá de cumprir treze anos e sete meses de reclusão por guardar e transportar drogas e por associação para o tráfico. Os outros dois foram condenados a seis anos de reclusão, também por associação para a prática do crime. O brasileiro foi condenado a treze anos de reclusão, mas está foragido.

A denúncia contra os acusados foi apresentada pelo Ministério Público do Espírito Santo à Justiça Estadual. Eles foram condenados em 1ª Instância, mas ganharam um recurso proposto ao Tribunal de Justiça do Estado. Contra esta decisão, o MPE/ES recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, que entendeu que a competência para julgar o crime de tráfico internacional de entorpecentes é da Justiça Federal. Por conta disso, o STJ determinou que o processo fosse novamente julgado, desta vez pelo TRF do Rio. Foi neste julgamento que a 6ª Turma condenou os acusados.

Segundo informações dos autos, o táxi onde viajavam os italianos PP, PS e FC e o brasileiro JTS foi parado numa blitz de rotina por um policial rodoviário, no município de Vila Velha (ES). Vistoriando a sacola de JTS, o policial achou US\$ 199.750. Ainda de acordo com o processo, os acusados tentaram suborná-lo, sem sucesso, oferecendo US\$ 20 mil. Em seu depoimento,

o brasileiro JTS alegou que o dinheiro seria de PP e serviria para a compra de cocaína em Rondônia, que seria transportada em um fundo falso no caminhão de JTS para o Espírito Santo. Dali, a droga seria embarcada para a Itália, onde seria vendida a consumidores. Durante as investigações, a polícia achou, na casa do italiano PP, que se declarou comerciante em Vila Velha, um revólver calibre 32, uma pistola 7,65 mm, munição e maconha. Interrogado, PP confessou a existência de 197 quilos de cocaína, que já haviam sido obtidos através do esquema, e que estavam enterrados em um matagal na Praia do Sol, em Vila Velha.

A Justiça Estadual do Espírito Santo condenou os réus pelo crime associação para o tráfico de drogas, previsto pelo artigo 14 da Lei nº 6.368, de 1976. Além disso, PP e JTS foram condenados pelo crime de adquirir, transportar, exportar, comercializar e guardar substâncias entorpecentes, nos termos do artigo 12 também da Lei nº 6.368. Em suas alegações, os réus sustentaram que não poderiam ter sido enquadrados no artigo 14, que teria sido revogado pelo artigo 8º da Lei nº 8.072, de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos). No entendimento do relator do processo na 6ª Turma, Desembargador Federal André Kozłowski, na verdade, o artigo 14 da Lei nº 6.368/76 ainda vigora para descrever a conduta criminosa (associação para o tráfico de entorpecentes), mas a pena é estipulada pelo artigo 8º da Lei dos Crimes Hediondos (de três a seis anos de reclusão).

► *Proc. 98.02.32687-9*

ACÓRDÃOS EM DESTAQUE

Mandado de Segurança

Proc. 2002.02.01.019915-2 - Publ. no DJ de 14/11/2002, pág. 95

Relator: Des. Fed. VALMIR PEÇANHA

AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – MAGISTRATURA FEDERAL – PROVA ORAL – MAJORAÇÃO DE NOTA – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA – RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – EXTINÇÃO DO FEITO – ART. 267, VI, DO CPC.

I - A não-comprovação de direito líquido e certo de plano importa falta de condição específica para o exercício do direito de impetrar ação de mandado de segurança. Na hipótese, o Impetrante sequer trouxe aos autos o Edital e a Resolução do aludido concurso, para que se pudesse aferir a possibilidade de arredondamento de notas, em caso de eventual previsão na lei interna do certame.

II - A atribuição de nota a um candidato, por ocasião de exame oral, é ato eminentemente discricionário, incluído no âmbito da reserva de administração.

III - A discricionariedade administrativa, em si mesma, não está sujeita ao controle jurisdicional, mas tão-somente o ato ilegal ou ilegítimo, vale dizer, o que é praticado ao arrepio da lei ou que desborda dos parâmetros da razoabilidade e da discricionariedade, o que, no caso, não se vislumbra. Impossibilidade jurídica do pedido;

IV - Processo extinto, sem o exame do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

POR UNANIMIDADE, JULGADO EXTINTO O PROCESSO, SEM EXAME DO MÉRITO.

Órgão Especial

CONCURSO PÚBLICO – MAGISTRATURA FEDERAL – PROVA ORAL: MAJORAÇÃO DE NOTA

Candidato regularmente inscrito no 8º Concurso Público para provimento do cargo de Juiz Federal Substituto no TRF da 2ª Região impetrou mandado de segurança contra o Presidente da Comissão Organizadora que, sob o fundamento de não haver previsão de recurso nessa fase do concurso, não conheceu o recurso apresentado pelo impetrante no intuito de majorar a nota que lhe fora atribuída no exame oral – última etapa do certame – possibilitando a sua aprovação.

Em suas razões alegou que a resolução do concurso, ao não prever a possibilidade de interposição de recurso para impugnar a etapa oral, afronta os Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Alegou ainda que, tal como as duas primeiras etapas escritas do certame, a fase oral é também eliminatória e dotada de conteúdo subjetivo, porquanto são gravadas e filmadas todas as perguntas e respostas nela formuladas, pelo que afirma não se justificar a previsão de recurso tão-somente para as etapas escritas.

Por unanimidade, os membros do Órgão Especial julgaram extinto o processo, sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VI, do CPC, na forma do voto do Relator, Des. Fed. Valmir Peçanha, a seguir transcrito:

“Sinale-se, primeiramente, que o concurso em comento já teve seu resultado homologado, bem como já foram nomeados e empossados os candidatos nele aprovados, tendo sido, portanto, desconstituída a Banca Examinadora que teria

competência para apreciar o recurso cujo não-conhecimento está sendo impugnado por meio do presente writ.

Destarte, já não se apresenta possível o adiamento da homologação do certame e nem mesmo a apreciação do mencionado recurso por aquela Banca Examinadora, pedidos principais, feitos em caráter liminar, neste *mandamus* e negados na decisão de fls. 49.

De tal sorte, a matéria a ser apreciada, no juízo de cognição que ora se faz, cinge-se ao pedido subsidiário formulado pelo impetrante, a saber: a majoração, em três décimos, da nota atribuída ao impetrante no exame oral do VIII Concurso para Provimento de Cargo de Juiz Federal Substituto da 2ª Região, com base no Princípio da Isonomia.

Inicialmente, passo a tecer considerações sobre o cabimento da via processual eleita para impugnar o ato administrativo cuja ilegitimidade se sustenta. Consoante o art. 11, II, do Regimento Interno desta Corte, compete ao Órgão Especial processar e julgar os mandados de segurança contra atos das Comissões Examinadoras de Concurso para Juiz Federal Substituto.

Não se pode olvidar, entretanto, que a comprovação do direito líquido e certo junto com a exordial é condição específica para o exercício do direito de impetrar ação de mandado de segurança, daí ser uma via exígua que não comporta dilação probatória.

Diante dessas considerações, ressalta cristalino que a pretensão do impetrante, tal como deduzida na inicial, não se coaduna ao conceito de direito líquido e certo consagrado na doutrina e jurisprudência

pelas sábias palavras de Hely Lopes Meirelles ('Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**', 14ª edição, Malheiros Editores, págs. 25 e 26):

'Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano.'

Ressalte-se, a este respeito, que o impetrante sequer trouxe aos autos o edital e a resolução do aludido concurso, para que se pudesse aferir a possibilidade de arredondamento de notas, em caso de eventual previsão na lei interna do certame.

Ainda que assim não fosse, faltaria à presente ação de pedir segurança uma condição genérica, qual seja, a possibilidade jurídica do pedido, porquanto entendendo que a atribuição de nota a um candidato,

por ocasião de exame oral, é ato eminentemente discricionário, incluído no âmbito da reserva de administração.

É cediço que a discricionariedade administrativa, em si mesma, não está sujeita ao controle jurisdicional, mas tão-somente o ato ilegal ou ilegítimo, vale dizer, o que é praticado ao arrepio da lei ou que desborda dos parâmetros da razoabilidade e da discricionariedade, o que, no caso, não se vislumbra.

A Banca Examinadora é constituída e habilitada para examinar e valorar o desempenho de cada um dos concursandos no certame, não podendo o Judiciário substituí-la, sob pena de usurpação de função e de ofensa ao Princípio da Independência e Harmonia dos Poderes.

Sinale-se que não estamos diante de uma hipótese em que houve erro de cálculo na nota do Impetrante-candidato, esta, sim, autorizaria a ingerência do Poder Judiciário.

Em face do exposto, julgo extinto o processo, sem o exame do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC."

Encontrados no estudo comparado de jurisprudência, em concurso público para juiz federal substituto:

- TRF-1:
⇒ MS 2000.03.00.016571-4 (DJ de 02/10/2000, pg.1)
- TRF-3:
⇒ MS 91.03.018260-6 (D.O. de 03/08/93, pg. 95)
- TRF-4:
⇒ MS 91.04.07083-6 (DJ de 27/11/91)

Embargos Infringentes em Apelação Cível

Proc. 98.02.29933-2 - Publ. no DJ de 25/02/2003, pág. 150

Relator: Des. Fed. ALBERTO NOGUEIRA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 114 DA LEI Nº 8.213/91.

I - Entende-se que afastada a cláusula de cessão de crédito previdenciário, por força do art. 114 da Lei nº 8.213/91, e não havendo qualquer vício legal para que aceite a procuração outorgada pela parte beneficiária à PREVI-BANERJ, é possível a existência de tal mandato (art. 1.288 do CC).

II - Sobre o mandatário recai várias obrigações dispostas no art. 1.300 e seguintes do CC, que por si sós controlam os poderes outorgados.

III - Matéria semelhante já julgada. Primeira Seção – TRF-2ª Região. Embargos improvidos.

POR MAIORIA, NEGADO PROVIMENTO AOS EMBARGOS.

1ª Seção

CESSÃO DE CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO

Este é o relatório do Des. Fed. Alberto Nogueira:

"O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS opôs embargos infringentes em face do v. acórdão de fls. 100:

'Processual Civil. A revisão da aposentadoria é direito constitucional. Capacidade pos-

tulatória. Cláusula nula. Regularização da procuração é condição de prosseguimento da ação.

A Constituição Federal, em seus arts. 194, IV, e 201, V, §§ 2º e 3º, garante a manutenção do valor real do benefício previdenciário.

A representação da parte em Juízo, de acordo com o art. 36 do CPC, está limitada, apenas,

pela exigência de ser advogado legalmente habilitado, sem outra vedação normativa à escolha do profissional competente.

A nulidade de uma cláusula específica não necessariamente contamina o inteiro teor de um documento, devendo a lei processual adaptar-se à lei substantiva, no caso, ao art. 153 do CC, viabilizando a prestação jurisdicional e a rápida solução do litígio, consonante o art. 125, II, CPC.

A cláusula de cessão de crédito previdenciário em instrumento procuratório é nula de pleno direito, ferindo frontalmente o art. 114 da Lei nº 8.213/91, e condiciona o prosseguimento do recurso parcialmente provido.'

Alega a autarquia, em resumo, embora seja possível o mandato em causa própria regida pelo Direito Civil; no caso do Direito Previdenciário é vedado, conforme dispõe o art. 114 da Lei nº 8.213/91. Argumenta, diante do texto legal previdenciário, que 'deve prevalecer o voto-vencido, já que nulos o mandato e a procuração que o instrumentaliza, conforme estipula expressamente a lei, mantendo-se, assim, a sentença de fls. 14/16. O r. voto-vencido, da lavra do Exmo. Sr. Des. Fed. Ney Fonseca, extinguiu o feito sem julgamento do mérito, à vista da impossibilidade jurídica do pedido, a teor do art. 267, VI, do CPC. Impugnação dos embargos (fls. 189/193) no sentido de que a representação outorgada pelo segurado à Previ-Banerj para que esta lhe constitua advogado, é legal – art. 1288 do CC."

Na seqüência, a transcrição do voto do relator:

"Entendo que afastada a cláusula de cessão de crédito previdenciário, por força do art. 114 da Lei nº 8.213/91, e não havendo qualquer outro vício legal para que se aceite a procuração outorgada pela parte beneficiária à Previ-Banerj, é possível a existência de tal mandato (art. 1.288 do CC).

Certo é que sobre o mandatário recai várias obrigações dispostas no art. 1300 e segs. do CC, que por si sós controlam os poderes outorgados. Esta Eg. 1ª Seção já teve oportunidade de julgar matéria semelhante:

'PROCESSO CIVIL – EMBARGOS INFRINGENTES – ART. 114 DA LEI Nº 8.213/91 – REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL VÁLIDA E LEGITIMIDADE DA PARTE – PREVALÊNCIA DO VOTO-VENCIDO.

I - O INSS é parte legítima para responder a ação de revisão e benefício previdenciário, ainda que o segurado tenha percebido complementos pagos pela Previ-Banerj,

entidade de previdência complementar, já que tal fato não libera a Previdência Social do vínculo que mantém com o mesmo.

II - No que diz respeito à cláusula de cessão contida na procuração acostada aos autos, há de se considerar que, com instrumento de representação judicial, é inquestionável sua validade, que não pode ser maculada a pretexto da existência de cláusula que se mostra de duvidosa juridicidade.

III - Os atos contendo mais de um objetivo devem ser apreciados por sua destinação específica, e na hipótese voltando-se à representação judicial com tal há de sem reservas ser aceito.'

Em face do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso."

Da maioria, divergiu o Des. Fed. Ney Fonseca, que assim apresentou seus argumentos em seu voto-vencido:

"Divergi do eminente relator, pelos mesmos fundamentos do voto-vencido na apelação cível (fls.70/72), que prolatei como relator na 1ª Turma deste Tribunal.

*Acrescento nesta oportunidade que o acórdão embargado, que admite a nulidade da cláusula de cessão de crédito previdenciário na procuração não dá seqüência a esse entendimento, visto que a PREVI-BANERJ é mantida como litisconsorte ativo. A presença desta instituição nos autos, como parte, só se explica com base em cláusula nula, que lhe assegura o repasse do produto da revisão do benefício previdenciário, portanto, contraditório o **decisum**.*

Por essas razões, dou provimento aos embargos infringentes."

Acórdãos pertinentes localizados na pesquisa de jurisprudência:

- STJ:
 - ⇒ ERESP 42581/RJ (DJ de 30/06/2003, pg. 131)
 - TRF2:
 - ⇒ AC 2000.02.01.036247-9 (DJ de 17/01/2003, pg. 85) – Rel. Simone Schreiber (Primeira Turma)
- "PROCESSUAL CIVIL - PROCURAÇÃO VÁLIDA - CLÁUSULA NULA - OFENSA AO ART. 114 DA LEI Nº 8.213/91.*
- 1. A procuração outorgada pelo segurado que recebe complementação de aposentadoria à Previ-Banerj para que tal entidade constitua advogado com o fim de ajuizar ação de revisão de benefício previdenciário é válida.*
 - 2. Firmou-se entendimento de que cláusula aposta em tal procuração, na qual o segurado cede à Previ-Banerj os valores que venha a receber em caso de*

procedência da ação é nula, por ofensa ao art. 114 da Lei nº 8.213/91.

*3. A nulidade daquela cláusula, entretanto, não invalida a outorga de poderes para representação **ad judicium**.*

4. Apelação a que se dá provimento.”

● TRF2:

⇒ AC 2000.02.01.028318-0 (DJ de 03/12/2002, pg. 425) – Rel. Sergio Feltrin (Segunda Turma)

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. SÚMULA Nº 18, TRF/2ª REGIÃO. ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL.

O segurado da Previdência Social oficial que recebe complementação do benefício de entidade de Previdência Privada está legitimado a propor ação em face do INSS, pretendendo a revisão de seu benefício previdenciário, de acordo com o entendimento cristalizado pela Súmula nº 18 desta E. Corte. Tal fato impõe, por outro lado, que seja permitido ao autor, com fulcro no art. 284 do CPC, regularizar sua representação processual, constituindo novo procurador para o patrocínio da demanda. Exigência que enseja extinção do processo, se, após intimação pessoal, não for cumprida. Quanto à Caixa de Previdência Privada, apesar de complementar os valores recebidos pelo aposentado, não detém pertinência subjetiva para figurar no pólo ativo desta relação processual, vez que não possui relação jurídica estabelecida com a autarquia previdenciária-ré. Extinto o feito sem julgamento do mérito em relação à Previ-Banerj. Apelação da segurada não provida.”

⇒ AC 1999.02.01.041946-1 (DJ de 07/05/2003, pg. 226) – Rel. Frederico Gueiros (Terceira Turma)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO NO ACÓRDÃO – OCORRÊNCIA – PREVI-BANERJ – REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL - ISENÇÃO DE CUSTAS – LEI Nº 8.213/91.

1 - Restou omissa a decisão embargada ao não se pronunciar sobre a existência de possível colisão entre a cláusula existente na procuração outorgada pelo segurado à Previ-Banerj e o disposto no art. 114 da Lei nº 8.213/91, bem como quanto à isenção de custas prevista no art.128 da Lei nº 8.213/91.

2 - Esta Egrégia Turma, em várias oportunidades, vem decidindo do sentido de inexistir qualquer irregularidade na procuração outorgada pelo segurado à Previ-Banerj capaz de afrontar as normas do Código Civil e da Lei nº 8.213/91.

3 - A isenção prevista no art. 128 da Lei nº 8.213/91 tem como destinatário o segurado da Previdência Social, não alcançando a Previ-Banerj, entidade privada capaz de suportar as despesas processuais.

4 - Embargos de declaração providos, para que seja suprida a omissão apontada.”

⇒ AC 97.02.36008-0 (DJ de 14/05/2003, pg. 98) - Rel. Lana Regueira (Quarta Turma)

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADE INEXISTENTE. LEGITIMIDADE. EXTINÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Não constitui ilegalidade o contrato celebrado entre o segurado do INSS e a Previ-Banerj, estando presentes os pressupostos necessários ao andamento da ação.

2 - Tanto o segurado/ beneficiário quanto a Previ-Banerj possuem legitimidade ativa para requerer a revisão do benefício previdenciário. A Previ-Banerj, que complementou anteriormente o benefício, é legítima credora do reajuste que vier a se efetivar; quanto ao segurando, não há mais controvérsia sobre a questão, diante da Súmula nº 18 deste E. Tribunal.

3 - Recurso provido.”

⇒ AG 2001.02.01.005490-0 (DJ de 23/10/2002, pg. 340) Rel. Vera Lúcia Lima (Quinta Turma)

“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ART. 114 DA LEI Nº 8.213/91 – CELEBRAÇÃO DE CONTRATO CONTRA LEGEM - ILEGITIMIDADE DA PREVI-BANERJ.

- Por caracterizar uma cessão de direitos, não deve ser considerada a procuração outorgada pelo segurado à Previ-Banerj .

- Deve a parte ser representada por advogado regularmente constituído pela mesma, sob pena de burla ao art. 6º do CPC.

- A norma do art. 114 da Lei nº 8.213/91 salvaguarda os direitos de natureza previdenciária, expressando índole garantista da intangibilidade do benefício previdenciário e de sua expressão pecuniária, vedando, em regra e amplamente, qualquer sorte e modalidade de cessão e/ou constituição de ônus por sobre aqueles direitos.

- Precedentes desta Corte e do STJ citados.

- Agravo improvido.”

⇒ AGTAC 96.02.01145-9 (DJ de 04/02/2003, pg. 203) Rel. Poul Erik Dyrland (Sexta Turma)

“PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PREVI-BANERJ – ILEGITIMIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO – EQUIVALÊNCIA SALARIAL.

1 - A entidade de Previdência Privada não mantém qualquer vínculo com a Previdência Social e não pode postular, em nome próprio, direitos que socorrem apenas ao segurado, na medida em que as relações jurídicas havidas por referidas instituições com o beneficiário são diversas e não se confundem: uma tem natureza contratual privada, e a outra, natureza institucional pública.

2 - A matéria atinente ao reajustamento e à manutenção do valor real dos benefícios está sujeita à reserva de lei em sentido estrito, consoante o disposto no art. 201, § 2º, atual § 4º, da Carta Fundamental, descabendo ao Judiciário legislar

positivamente, para criar norma, a fim de substituir ou complementar a existente.

3 - Descartado o período de vigência do art. 58, ADCT – quando houve a vinculação dos benefícios ao mesmo número de salários mínimos que tinham na data de

sua concessão –, impõe-se observar que a vinculação do salário mínimo é vedada para qualquer fim, consoante o disposto na parte final do inciso IV do art. 7º do Texto Básico.

4 - Agravo desprovido.”

**Embargos Infringentes em Apelação Criminal
Proc. 96.02.34222-6 - Publ. no DJ de 12/04/2002**

Relator: Des. Fed. FERNANDO MARQUES

Relator p/acórdão: Des. Fed. IVAN ATHIÉ

2ª Seção

MANDADO DE SEGURANÇA. LITISPENDÊNCIA. COISA JULGADA.

I - A decisão negatória em mandado de segurança não impede o conhecimento da apelação criminal, cujo espectro, por ser muito mais amplo, adentra exame de provas produzidas, e não apenas verifica se presente direito líquido e certo.

II - Embargos Infringentes a que se dá provimento.

POR MAIORIA, FORAM PROVIDOS OS EMBARGOS.

**MANDADO DE SEGURANÇA –
LITISPENDÊNCIA – COISA JULGADA**

O Des. Fed. FERNANDO MARQUES nos oferece as motivações do recurso em seu relatório:

“Trata-se de recurso de embargos infringentes interposto por CARLOS AUGUSTO CYPRIANO, CARLOS RIBEIRO GRIJÓ e OSÉAS COUTINHO BORGES, ora embargantes, pois objetivam a prevalência do voto vencido de fls. 136/137, proferido no julgamento da Apelação Criminal nº 96.02.34222-6 pela Egrégia 4ª Turma desta Corte, cuja ementa agora se transcreve, *in verbis*:

‘CRIMINAL – SEQÜESTRO E HIPOTECA LEGAL DOS BENS – REPARAÇÃO DE DANO RESULTANTE DE DELITO.

I - Apelação criminal com idêntica pretensão fundada nos argumentos utilizados em mandado de segurança, denegado à unanimidade por essa Turma (cf. MS nº 96.02.12796-1, Rel. Juíza Conv. Nizete Rodrigues).

II - Incabível a sua reiteração em sede de apelação criminal, seja em face da litispendência ou da coisa julgada.

III - Apelação criminal não conhecida (fls. 142).’

Os mencionados embargantes interpuseram recurso de apelação (razões às fls. 104/108 – art. 600, § 4º, do CPP) contra decisão proferida nos autos da Ação Penal nº 96.0001816-2 (5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo – decisão fls. 55/67), que acolheu requerimento de especialização e inscrição de hipoteca legal, bem como, previamente, o seqüestro de bens descritos em requerimento formulado pelo **Parquet** (cf. fls. 09/14). Os apelantes, ora embargantes, alegaram que o órgão **a quo**, ao deferir as medidas assecuratórias

antes mencionadas, violou os Princípios do Devido Processo Legal e do Contraditório.

O voto-condutor do julgamento da apelação criminal dos ora embargantes concluiu pelo não conhecimento desse recurso, ao argumento de que os mesmos impetraram mandado de segurança contra o ato judicial que determinou o malsinado seqüestro, veiculando a apelação criminal idêntica pretensão, fundada nos mesmos argumentos que constituíram objeto do **mandamus** (cf. voto-condutor de fls. 140/141).

O voto vencido de fls. 136/137 apenas conclui, com base em precedente jurisprudencial da Excelsa Corte, que cabe apelação de decisão judicial que decreta seqüestro de bens em processo-crime, razão por que conhece do apelo.

Alegam os embargantes, em suma, que eventual identidade dos temas veiculados no writ e no apelo jamais ensinaria o não conhecimento deste recurso, pois desafiaria dicção de prejudicialidade.

Como **custos legis**, opina o **Parquet** pelo improvimento do recurso, sob a alegação de que neste apelo repete-se toda a discussão suscitada no mencionado mandado de segurança, sendo ou caso de litispendência ou coisa julgada (fls. 163/164).

Questão de ordem suscitada pela presente Relatoria às fls. 167/169, a fim de que fosse acostada aos autos a documentação necessária para que se pudesse concluir pela existência ou não de repetição de demanda; questão de ordem acolhida, à unanimidade, pela Egrégia Segunda Seção desta Corte (certidão – fls. 170).

Às fls. 172/189, petição inicial do mandado de segurança.

Às fls. 190/195, relatório, voto, ementa e acórdão do julgamento do referido writ pela Egrégia 4ª Turma desta Corte.

Às fls. 207/208, decisão monocrática do eminente ministro do STJ, Min. Vicente Leal, Relator do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8.926, não conhecendo desse recurso, decisão essa não recorrida, consoante certidão de fls. 210.”

Em seu voto preliminar, o Relator não conheceu do recurso, justificando:

‘Por maioria de votos, a Egrégia 4ª Turma desta Corte não conheceu da apelação criminal de fls. 104/108, em razão de litispendência ou coisa julgada, relativa à anterior impetração de mandado de segurança.

(...)

Os institutos da litispendência e da coisa julgada são considerados pressupostos processuais objetivos, fatos impeditivos do direito do autor, e integram, juntamente com as condições da ação, os pressupostos recursais (objetivos: cabimento e adequação do recurso, tempestividade, regularidade procedimental, inexistência de fato impeditivo ou extintivo subjetivos: legitimidade e interesse).

Enquanto a douta maioria não conhecia da apelação criminal por ausência de pressuposto recursal (litispendência ou coisa julgada), o voto-vencido externou opinião no sentido de encontrar-se presente outro pressuposto recursal, qual seja, o do cabimento e adequação do recurso.

Sustento que não houve, efetivamente, divergência quanto à admissibilidade recursal: não houve divergência quanto ao cabimento e à adequação do apelo criminal’.”

Não obstante os argumentos oferecidos, a maioria dos integrantes da 2ª Seção acompanhou o voto do Des. Fed. IVAN ATHIÉ, que assim se manifestou:

*“Eu acho que há divergência porque se a apelação criminal não foi conhecida, **data venia**, ela não adentrou no mérito. Embora conste da ementa, não pode produzir qualquer valor, ela tem de ser conhecida para negar, ou dar provimento à apelação. É o que eu modestamente entendo. Em havendo divergência e em concluindo que a divergência reside exatamente nesse ponto – em caber ou não apelação criminal de decisão que decreta o seqüestro e hipoteca legal de bens – em, **data venia** do eminente relator, entendo que há expressa previsão legal para isso e, pedindo mais uma vez vênias a Vossa Excelência, divergindo do seu entendimento, voto no sentido de dar provimento aos embargos.*

(...)

Está certo, senhor Presidente. Conheço dos embargos.”

Superada a preliminar, o relator ofereceu seu voto de mérito:

*“Senhor Presidente, eu, então, uma vez vencido, mas não convencido, sou obrigado a passar à análise do mérito que me parece também, de muita simplicidade, uma vez que o voto-condutor do julgamento da apelação traz como argumento que os ora embargantes impetraram mandado de segurança contra o ato judicial que determinou o seqüestro, veiculando na apelação criminal idêntica pretensão fundada nos mesmos argumentos que constituíram o objeto dos **mandamus**. E, assim sendo, incabível sua reiteração em sede de apelação criminal, seja em face de litispendência, seja em face de coisa julgada.*

Portanto, o meu voto, com essas simples considerações, é no sentido de negar provimento a esses embargos infringentes.”

Mais uma vez foi vencido pela maioria dos integrantes da Seção, cabendo ao Des. Fed. IVAN ATHIÉ o voto-condutor como relator para acórdão:

“Senhor Presidente, pedirei vênias ao eminente relator para, mais uma vez, divergir de Sua Excelência em sua relação à conclusão. Faço-o porque em mandado de segurança, até em matéria penal, o que se examina é se houve uma ilegalidade, ou abuso de poder da autoridade contra quem se volta o mandado de segurança, claro que com provas documentais e pré-constituídas. Já em sede de apelação criminal nos autos o conhecimento do Recurso é amplo, examina-se as provas, examina-se, até mesmo, a justiça do decreto, ou não, daquela medida drástica, que é um seqüestro, hipoteca legal de bens. Possivelmente, também, razão de atos drásticos praticados pelos réus.

Por essa razão, Senhor Presidente, peço vênias ao eminente relator para votar em sentido divergente, entendendo ser cabível a apelação criminal, para que o processo retorne à Turma, para seja decidido o recurso”.

Acórdãos assemelhados localizados na pesquisa de jurisprudência:

- STJ:
 - ⇒ RESP 2002.02.00.0077450-2 (DJ de 05/05/2003 - pg. 226 - rep. no DJ de 23/06/2003, pg. 250)
- TRF-1:
 - ⇒ MS 2002.01.007261-5 (DJ de 22/04/2003, pg. 45)
 - ⇒ 1999.01.00.004981-6 (DJ de 16/12/99, pg. 5)
- TRF-4:
 - ⇒ MS 2000.04.01.089226-6 (DJ de 17/10/2001, pg. 1070)
 - ⇒ ACR 2000.72.01.004038-4 (DJ de 13/02/2002, pg. 79)

Agravo de instrumento
Proc. 99.02.30144-4 - Publ. no DJ de 23/06/2003, pág. 185
Relator: Des. Fed. RICARDO REGUEIRA
Relator p/acórdão: Des. Fed. CARREIRA ALVIM
1ª Turma

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – LITISCONSÓRCIO.

I - Não viola o Princípio do Juiz Natural o litisconsórcio quando estabelecido antes da citação.

II - Agravo de instrumento improvido. Agravo interno prejudicado.

POR MAIORIA, IMPROVIDO O AGRAVO DE INSTRUMENTO É PREJUDICADO O AGRAVO INTERNO.
**LITISCONSÓRCIO
ANTERIOR À CITAÇÃO**

A União Federal interpôs agravo de instrumento face à decisão do Juízo da 30ª Vara Federal que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela para determinar o pagamento à parte agravada das diárias/paciente auferidas pelos serviços prestados ao SUS, desde a data de ajuizamento da ação. A decisão judicial abrangeu não apenas a autora original – uma clínica de repouso – como os demais litisconsortes incluídos a partir do aditamento ofertado.

A agravante sustentou que a admissão dos litisconsortes ativos em momento posterior ao ajuizamento e distribuição da ação tornou evidente a violação ao princípio do juiz natural e ao dispositivo inscrito no art. 46 do CPC.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido, sendo interposto agravo regimental pela União.

Convocada para cobrir a vaga do relator original – afastado momentaneamente – a Juíza Regina Coeli Peixoto ofereceu seu voto, julgando, inicialmente, prejudicado o agravo regimental da União e deu parcial provimento ao agravo instrumento.

O Des. Fed. Ney Fonseca, que presidiu o julgamento, pediu vista.

Em seu voto, que se tornou o voto-condutor, porque a Juíza Regina Coeli Peixoto reformulou seu voto anterior, dando unanimidade à decisão, o Des. Fed. Carreira Alvim julgou prejudicado o agravo interno e negou provimento ao agravo de instrumento por considerar que o litisconsórcio quando estabelecido antes da citação não viola o princípio do juiz natural:

“Para mim, Juiz natural é Juiz constitucional. A distribuição é um problema ligado à racionalização do trabalho. É para isso que se distribui. Para não sobrecarregar o juiz.

Juiz natural, todos são. O que é juiz natural? Juiz natural é o juiz constituído antes de ocorrer o fato para que possa julgar. Isso é que juiz natural. Todos foram constituídos antes; todos fizeram concurso; todos foram nomeados. Então, todos são.

Agora, o problema da distribuição é o critério da racionalização do trabalho.

Eu acho que esse procedimento não é um procedimento ilícito; é um procedimento que, inclusive, garante a uniformidade do entendimento. Se o juiz concedeu, eu acho que o recurso que vier para esse Tribunal vai permitir ao Tribunal fazer uma análise conjunta para saber se mantém, ou

não. Então, eu acho que dá segurança às partes e dá segurança também à própria jurisdição.”

Acórdãos pertinentes localizados na pesquisa jurisprudência:

- STJ:
⇒ RESP 106888/PR (DJ de 05/08/2002, pg. 196)
- TRF-1:
⇒ AG 1991.01.03144-9 (DJ de 13/05/91, pg. 10339)
- TRF-2:
⇒ AG 2000.02.01.065789-3 (DJ de 27/01/2003, pg. 146) – Rel. Regina Coeli Peixoto (Primeira Turma) **“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SEBRAE. PRESTADORA DE SERVIÇO. PESSOA JURÍDICA NÃO REVESTIDA DE NATUREZA DE MICRO OU PEQUENA EMPRESA. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. PEDIDO DE INGRESSO NA AÇÃO NA CONDIÇÃO DE LITISCONSORTE FACULTATIVO ATIVO ANTES DA CITAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.**
- *Trata a hipótese de agravo de instrumento, interposto em face de decisão que deferiu antecipação dos efeitos da tutela, pleiteada objetivando o impedimento, por parte da agravante, de impor às recorridas sanções e penalidades, executá-la judicialmente, inscrevê-la no Cadastro de Inadimplente e de indeferir a expedição de CND (Certidão Negativa de Débito), relativamente às parcelas recolhidas a título de contribuição para o SEBRAE compensadas com prestações devidas a título de outras contribuições sociais.*
- *A contribuição para o SEBRAE tem como objetivo primordial apoiar o desenvolvimento, tão-somente, das micro e pequenas empresas por meio de projetos que visem o seu aperfeiçoamento técnico, racionalização, modernização e capacitação pessoal dos seus empregados.*
- *No caso em tela, salvo entendimento em contrário, basta um superficial exame para se chegar à conclusão de que o objeto social dos agravados (empresa prestadora de serviço) não guarda qualquer relação com as entidades classificadas como beneficiárias, quais sejam as micro ou pequenas empresas atuantes no comércio ou indústria, estas sim sujeitos passivos da contribuição para o SEBRAE.*
- *Quanto à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de contribuição ao SEBRAE com tributos devidos à Previdência Social, descabe a*

discussão sobre sua espécie ou destinação constitucional, pois a natureza jurídica de um tributo indevido ou a maior, ilegítimo ou inconstitucional, é a de um indébito cobrado como se tributo fosse. - Não há violação ao princípio do juiz natural quando o pedido de ingresso na condição de litisconsorte ativo se dá antes da citação e, até mesmo, do deferimento da antecipação de tutela.

- Agravo de instrumento improvido.”

⇒ AG 96.02.16824-2 (DJ de 20/03/97, pg, 16) - Rel. Paulo Espirito Santo (Segunda Turma)
 “*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO.*

- RECURSO VISANDO À INCLUSÃO, ANTES DA CITAÇÃO DO RÉU, DE MAIS 3 LITISCONSORTES ATIVO FACULTATIVO.

- ADITAMENTO CABÍVEL (ART. 294 DO CPC), CONSIDERANDO-SE O PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL.

- PROVIMENTO AO AGRAVO.”

⇒ AGIAG 2001.02.01.029467-3 (DJ de 30/10/2001) - Rel. Sergio Schwaitzer (Sexta Turma)

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO – DEFERIMENTO APÓS A DISTRIBUIÇÃO DA AÇÃO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL – COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SEDE LIMINAR

– NÃO-APLICAÇÃO DE SANÇÕES – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 212 DO STJ – AUSÊNCIA DE PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO.

I - A admissão do litisconsórcio ativo facultativo após a distribuição da ação é medida incompatível com o princípio do juiz natural, sendo irrelevante o fato de o deferimento ter ocorrido antes da citação, pois já se sabia quem era o juiz da causa.

II - A determinação no sentido de não serem aplicadas sanções em função do procedimento compensatório caracteriza o próprio reconhecimento da legitimidade deste.

III - A teor da Súmula nº 212 do STJ, descabe o deferimento de compensação tributária em sede liminar.

IV - Inexiste risco de dano irreparável ou de difícil reparação que justifique o deferimento da compensação tributária por liminar.

V - Agravo desprovido.”

● TRF-3:

⇒ AG 2001.03.00.019218-3 (DJ de 07/06/2002, pg. 399)

● TRF-4:

⇒ EDAG 2000.04.01.05584-5 (DJ de 30/05/2001, pg. 290)

● TRF-5:

⇒ AMS 99.05.50850-3 (DJ de 18/06/2002, pg. 829)

Apelação Cível

Proc. 2001.02.01.000647-3 - Publ. no DJ de 14/03/2003, pg. 209

Relator: Des. Fed. CRUZ NETTO

2ª Turma

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. PRODUTOS SUJEITOS A ALÍQUOTA ZERO. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS RELATIVAMENTE ÀS MATÉRIAS-PRIMAS, PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS E MATERIAIS DE EMBALAGEM. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. ART. 153, § 3º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI Nº 9.779/99.

I - A Lei nº 9.779/99, em seu art. 11, não afasta expressamente a possibilidade de utilização dos créditos do IPI relativos a operações anteriores à sua vigência, sendo que a referida lei é norteadada pelo Princípio da Não-Cumulatividade inserido na Constituição Federal (art. 153, § 3º, II).

II - Desde a promulgação da atual Carta Magna até o momento, a redação do art. 153, no tocante ao IPI, não sofreu modificação. Assim, se a lei apenas explicita uma norma constitucional que é auto-aplicável (princípio da não-cumulatividade do IPI e a conseqüente compensação, na forma do art. 153, § 3º, II) não há razão lógica nem jurídica que justifique tratamento diferenciado entre situações fáticas absolutamente idênticas, só porque uma concretizou-se antes da lei e outra depois. Afinal, o que deve prevalecer, no caso, é a norma maior, que assegura o direito ao crédito do tributo, mesmo porque, repita-se, o dispositivo constitucional em foco é auto-aplicável.

III - A Instrução Normativa nº 33/99 da Secretaria da Receita Federal está em desacordo com a Lei nº 9.779/99 tanto na parte em que determina o estorno dos créditos relativos ao IPI decorrente da aquisição de matéria-prima, produtos intermediários ou material de embalagem, quando destinados à industrialização de produto “não tributado” (§ 3º do art. 2º), quanto na limitação temporal constante de seu art. 4º, que só admite a utilização dos créditos de IPI a partir de 01/01/99.

IV - Segundo está claro no art. 11 da Lei 9.779/99, só é possível a utilização do saldo credor do IPI na forma prevista nos artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/96, quando o contribuinte não puder compensá-lo com o IPI devido na saída de outros produtos. Tem-se, pois, que a regra é a compensação com o próprio IPI, quando isso seja possível, como no presente caso, eis que a autora fabrica outros produtos que estão sujeitos à incidência do IPI.

V - A prescrição rege-se pela regra geral do Decreto nº 20.910/32, estando prescritos os créditos tributários da autora, anteriores a 5 (cinco) anos do ajuizamento da ação, eis que no presente caso não se questiona a legalidade do tributo e nem se trata de repetição de indébito, mesmo porque a apelante pretende creditar-se sobre produtos comercializados à alíquota zero.

VI - Apelação parcialmente provida.

POR MAIORIA, PROVIDA PARCIALMENTE A APELAÇÃO.

IPI: COMPENSAÇÃO – PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE

Indústria química interpôs apelação contra sentença que julgou improcedente o pedido de declaração do direito à fruição dos créditos do IPI provenientes da aquisição de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, para efeito de compensação com quaisquer outros tributos administrados pela Receita Federal, em face da violação aos Princípios Constitucionais da Legalidade, da Igualdade e da Não-Cumulatividade, pela restrição ao direito da autora constante no art. 4º da Instrução Normativa nº 33/99, editada pelo Secretário da Receita Federal, que, extrapolando seu poder regulamentar, em ato absolutamente dissociado do art. 11 da Lei nº 9.779/99, vedou a fruição dos créditos.

A sentença monocrática julgou o pedido improcedente por entender que a alegação de que a vedação à utilização dos créditos do IPI, oriundos da aquisição de insumos utilizados na fabricação de produtos isentos, ou sujeitos à alíquota zero, estabelecida na legislação em vigor antes da Lei nº 9.779/99, viola o Princípio da Não-Cumulatividade é absolutamente insustentável. Considerou, ainda, que inexistiu ofensa ao princípio da legalidade e a qualquer outro princípio constitucional na Instrução Normativa nº 33/99.

Por maioria, vencido em parte o Des. Fed. Paulo Espirito Santo, a 2ª Turma deu parcial provimento à apelação, na forma do voto do relator, Des. Fed. Cruz Netto, cujos trechos principais a seguir transcreveremos.

“(…)

A situação me parece semelhante à compensação de créditos tributários autorizada pela Lei nº 8.383/91. Até então, salvo alguns poucos casos, como o próprio IPI, não havia previsão legal para tais compensações.

Pois bem, uma vez editada a lei, todos os contribuintes que tinham créditos tributários decorrentes de pagamentos indevidos, ainda que esses créditos fossem constituídos antes da referida lei, passaram a ter direito de compensá-los com débitos futuros. Quer dizer: aplicou-se a Lei nº 8.383/91 retroativamente quanto aos créditos já existentes. Quanto a isso não houve nenhuma dúvida, sendo pacífica a jurisprudência de todos os tribunais pátrios.

Não vejo razão para não se proceder da mesma forma com a Lei nº 9.779/99.

Assim, a Instrução Normativa nº 33/99 da Secretaria da Receita Federal está em desacordo

com a Lei nº 9.779/99 tanto na parte em que determina o estorno dos créditos relativos ao IPI decorrente da aquisição de matéria-prima, produtos intermediários ou material de embalagem, quando destinados à industrialização de produto ‘não tributado’ (§ 3º do art. 2º), quanto na limitação temporal constante de seu art. 4º, que só admite a utilização dos créditos de IPI a partir de 01/01/99. Saliente-se que há precedentes em Tribunais Regionais Federais consagrando o entendimento de que, mesmo antes da Lei nº 9.779/99, os contribuintes já tinham direito ao crédito do IPI em situações como a destes autos.

(…)

Por isso, entendo que a pretensão da apelante, quanto ao creditamento do tributo, encontra guarida tanto na referida lei quanto na jurisprudência mais recente.

Definida a questão sobre esse aspecto, impende examinar a pretensão de se efetuar a compensação do IPI com quaisquer outros tributos administrados pela Receita Federal, na forma da Lei nº 9.430/96. Nesse ponto não vejo como acolher o pedido.

É que, segundo está claro no art. 11 da Lei nº 9.779/99, só é possível a utilização do saldo credor do IPI na forma prevista nos artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/96, quando o contribuinte não puder compensá-lo com o IPI devido na saída de outros produtos. Tem-se, pois, que a regra é a compensação com o próprio IPI, quando isso seja possível.

No caso, a autora/apelante afirma, na inicial, que ‘alguns dos seus produtos de beleza e higiene são comercializados com alíquota zero’. Portanto, ela fabrica outros produtos que estão sujeitos à incidência do IPI. Logo, ela não se enquadra na exceção contida no art. 11 da Lei nº 9.779/99, que admite a compensação com outros tributos, visto que pode efetuar a compensação com o IPI incidente sobre os seus outros produtos sobre os quais incide o referido imposto.

Outra questão relevante, no caso, diz respeito à prescrição que a União sustenta ser quinquenal, enquanto a sentença considerou que seria decenal por se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação.

Também neste particular entendo que a sentença está equivocada.

Com efeito, a tese de que o prazo prescricional, relativamente aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, só começa a fluir 5 (cinco) anos depois do recolhimento, caso não haja, antes disso, homologação expressa, só se aplica, a meu ver,

nas hipóteses em que o próprio contribuinte de direito tenha recolhido o tributo e ele mesmo pretenda a restituição ou compensação por ser indevido.

Este não é o caso da autora, visto que o direito que ela busca nesta ação não diz respeito a tributo indevido ou maior que o devido. Ao contrário, trata-se de imposto regularmente cobrado nas matérias-primas, produtos intermediários ou material de embalagem que ela adquiriu. Não se questiona, pois, sobre a legalidade do tributo e nem se trata, aqui, de repetição de indébito, mesmo porque, é bom lembrar, a apelante pretende creditar-se sobre produtos comercializados à alíquota zero. Portanto, ela não recolheu aos cofres públicos nenhum tributo. Apenas suportou a carga tributária cujo contribuinte de direito foi o seu fornecedor.

(...)

Sabe-se que a prescrição rege-se pelo princípio da actio nata, segundo o qual no momento em que surge o direito de ação começa a fluir o prazo prescricional.

Assim, a prescrição, neste caso, rege-se pela regra geral do Decreto nº 20.910/32, segundo o qual prescreve em 5 (cinco) anos todo e qualquer direito ou ação contra a União. Portanto, os créditos tributários da autora, anteriores a 5 (cinco) anos do ajuizamento da ação estão prescritos. Como a ação foi ajuizada em 20/06/2000, só poderão ser utilizados os créditos relativos ao período de 20/06/95 a 31/12/98, porque a partir de janeiro de 1999 a autora passou a creditar-se na forma da Lei nº 9.779/99.”

Acórdãos pertinentes encontrados na pesquisa de jurisprudência:

- STJ:
⇒ EDRESP 395466/PR (DJ de 07/04/2003, pg. 228)
 - TRF-1:
⇒ AC 1999.34.00.027240-8 (DJ de 23/05/2003, pg. 123)
 - TRF-2:
⇒ AC 2000.02.01.060372-0 (DJ de 07/05/2003, pg. 177) Rel. Ney Fonseca (Primeira Turma)
- “TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO, NÃO-INCIDÊNCIA OU ALÍQUOTA ZERO SOBRE OS INSUMOS. DIREITO DE CREDITAMENTO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE.**
- Trata-se de remessa necessária e de apelação cível interposta pelas partes em face de sentença que julgou o pedido procedente, para assegurar o direito da parte autora aos créditos de IPI gerados nas aquisições de*

insumos beneficiados com isenção, não incidência ou alíquota zero, observada a prescrição quinquenal.

- O prazo prescricional, nos casos de tributo objeto de lançamento por homologação, começa após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, computados a partir data em que se deu a homologação tácita.

- A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da não-cumulatividade para o IPI (art. 153, § 3º, II) e também para o ICMS (art. 155, § 2º, II), estabelecendo, quanto a este último, a restrição segundo a qual a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito para compensação com o montante devido na operação ou prestação seguinte.

- Contudo, no caso do IPI há um silêncio eloqüente quanto à restrição acima mencionada, o que nos leva a concluir que, no caso desta espécie tributária, o crédito das operações anteriores são aproveitáveis em ocorrendo isenção, não incidência ou alíquota zero. - Assim, vedado é ao legislador infra-constitucional estabelecer qualquer sorte de restrição a este regime de creditamento, sendo, portanto, ilegítimas as disposições ínsitas no art. 82, do Decreto nº 87.981/82.

- Precedente do STF (RE nº 212.484-2/RS (Rel. p/acórdão: Min. Nelson Jobim, DJ de 22/11/98).

- Recurso da parte autora provido.

- Recurso e remessa da União Federal improvidos.”

⇒ AG 2002.02.01.038006-5 (DJ de 24/03/2003, pgs. 237 e 238) – Rel. Castro Aguiar (Segunda Turma)

“TRIBUTÁRIO – IPI – ISENÇÃO – PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE – COMPENSAÇÃO.

I - Negar a compensação, na hipótese de isenção do IPI, representa a mesma coisa que negar a própria isenção, pois a manutenção do crédito e a concessão do crédito presumido ou simbólico são conseqüências inerentes à própria não-cumulatividade, de tal modo que a isenção, concedida em uma etapa da produção industrial, sem a concessão do crédito presumido correspondente, compensável na fase seguinte, ofende esse princípio e onera os agentes econômicos da industrialização e comercialização. Há razão para o entendimento segundo o qual, havendo isenção numa das etapas da industrialização, deve haver o crédito correspondente, nos impostos não-cumulativos, sob pena de, em se negando o crédito presumido ou simbólico, romper-se a cadeia débito/credito própria dos impostos não-cumulativos, cumulando-se o imposto e impondo-se ao consumidor final ônus igual ou superior ao que teria, se não houvesse a isenção.

II - Agravo provido.”

⇒ AC 1999.02.01.055367-0 (DJ de 29/11/2002, pg. 404) - Rel. Frederico Gueiros (Terceira Turma)

“TRIBUTÁRIO – LANÇAMENTO A CRÉDITO DE VALORES CORRESPONDENTES AO IPI INCIDENTE SOBRE PRODUTOS TRIBUTADOS NAS OPERAÇÕES DE SAÍDA À ALÍQUOTA ZERO – COMPENSAÇÃO COM QUAISQUER TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES ADMINISTRADAS PELA SRF – PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE - INAPLICABILIDADE.

1. O Princípio da Não-Cumulatividade previsto na Constituição Federal, em seus arts. 153, § 3º, II e 155, § 2º, I, estabelece que não se pagará de novo, no processo sucessivo de industrialização ou comercialização, o mesmo imposto sobre a substância econômica que já tenha suportado a sua incidência.

2. O pagamento do tributo na operação final é pressuposto para manutenção do crédito de IPI. Se nada há de ser pago na operação subsequente, não se pode dizer que tenha havido cumulação de tributos capaz de ensejar a aplicação do referido princípio constitucional.

3. A regra inserta no art. 153, § 3º, II, da Constituição de 1988 é clara quando estabelece que o imposto previsto no inciso IV será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores.

4. Inexiste contrariedade à regra constitucional da não-cumulatividade a negativa ao direito do crédito relativo ao IPI incidente sobre embalagens destinadas ao acondicionamento de produto sujeito à alíquota zero no momento da saída do estabelecimento.

5. Não havendo, portanto, recolhimento de tributo na saída de produtos na alíquota zero, inexistente qualquer diferença, muito menos diferença a maior, que possa ser compensada no período seguinte. Este é o pressuposto básico do princípio constitucional da não-cumulatividade.

6. Apelação improvida. Decisão mantida.”

⇒ AMS 2000.02.01.036223-6 (DJ de 19/07/2002, pag. 157) - Rel. Benedito Gonçalves (Quarta Turma)

“TRIBUTÁRIO. IPI. MATÉRIA-PRIMA. ALÍQUOTA ZERO. DIREITO DE CREDITAMENTO. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. ARTIGO 153, § 3º, II, DA CF.

- De fato, se não permitíssemos o referido creditamento estaríamos inobservando princípio constitucional fundamental com relação ao IPI, que diz respeito a sua não-cumulatividade, conforme expressamente determina o artigo 153, § 3º, II, da CF, em que o tributo incidirá somente sobre o valor agregado ao produto, impedindo, desta forma, a oneração excessiva da cadeia produtiva.

- Isto porque o benefício concedido com a isenção ou com a alíquota zero restaria efetivamente inócuo

e totalmente descaracterizado se não se permitisse o adequado aproveitamento do crédito, tendo em vista que, como bem ressaltado pelo E. Min. Nelson Jobim, do E. STF, quando do julgamento do RE nº 212.484-2, em sessão plenária (DJ de 27/11/98), haveria ‘diferimento’ da incidência do tributo para a etapa posterior se não tivesse do que se creditar. E, assim, restaria quebrada a sistemática de crédito/débito.

- Vale ressaltar que a vedação ao creditamento somente apresenta-se expressa quanto ao ICMS, como se depreende do disposto no artigo 155, § 2º, da CF, inexistindo, entretanto, qualquer determinação quanto ao IPI.

- Embora a isenção e a sistemática da alíquota zero possuam naturezas diversas, vez que esta não exclui o crédito tributário (artigo 175 do CTN), na espécie, terão o mesmo resultado, o não-pagamento do tributo, já que quanto a este último restará ‘suprimido o elemento quantitativo’, na expressão utilizada por Luiz Emygdio F. da Rosa Jr., in ‘Manual de Direito Financeiro e Tributário’, pág. 629. Portanto, inexistente, a meu ver, óbice para a sua extensão na espécie.

- Quanto ao pedido de creditamento do IPI em relação às operações passadas, inexistente ofensa ao artigo 166 do CTN, assistindo razão ao Impetrante, sendo-lhe assegurado o direito de utilizar-se deste crédito do IPI, que existe e não pôde ser compensado nas etapas posteriores, em razão do mecanismo da não-cumulatividade, o que não se confunde com a hipótese de repetição de indébito.

- Ademais, vale ressaltar o disposto no artigo 11, da Lei nº 9.779/99, que possibilita ao contribuinte efetuar o creditamento do IPI acumulado quando se tratar de alíquota zero

- Provimento do recurso do impetrante e improvimento do recurso da UF e da remessa.”

⇒ AG 2001.02.01.045549-8, pg. 215) - Rel. Vera Lúcia Lima (Quinta Turma)

“PROCESSUAL CIVIL – AGRADO – TRIBUTÁRIO - IPI – TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS ENTRE ESTABELECIMENTOS DISTINTOS DA MESMA EMPRESA - IMPOSSIBILIDADE – INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE

- O Princípio da Não-Cumulatividade não foi violado pelas disposições infraconstitucionais atinentes à espécie, já que o referido princípio é observado e aplicado em relação a um mesmo estabelecimento. A decisão recorrida desconsiderou o princípio da autonomia dos estabelecimentos.

- Para fins de tributação do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, os estabelecimentos são considerados autônomos, ainda que pertencentes a uma mesma pessoa física ou jurídica, conforme estabelece o parágrafo único do artigo 51 do Código Tributário Nacional e inciso IV do artigo 487 do Regulamento do IPI/RIPI.

- Agravo de instrumento provido.”

- TRF-3:
⇒ AG 98.03.095693-0 (DJ DE 05/10/2001, pg. 605)
- TRF-4:
⇒ AC 1999.70.03.004831-8 (DJ de 18/12/2002 pg. 602)

- TRF-5:
⇒ AG 2002.05.00.012805-2 (DJ de 04/02/2003, pg. 932)

Agravo de Instrumento
3ª Turma
Proc. 2001.02.01.040289-5 - Publ. no DJ de 13/11/2002, pág. 335
Relatora: Des. Fed. TANIA HEINE

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – CITAÇÃO POR EDITAL
I - A Súmula nº 210 do extinto TRF dispõe sobre a possibilidade de citação por edital em execução fiscal.

II - No caso em tela, embora o ofício mandado ao executado, pelo Correio, tenha acusado recebimento, há uma certidão do oficial de justiça em que assinala a existência, no mesmo endereço, de uma firma. Dessa forma, a citação poderá ser feita como foi requerida pelo exequente, de acordo com o artigo 8º, I, da Lei nº 6.830/80.

III - Agravo provido.

POR UNANIMIDADE, PROVIDO O AGRAVO.

**EXECUÇÃO FISCAL –
CITAÇÃO POR EDITAL**

A relatora sucintamente expõe os fatos em seu relatório:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto pela FAZENDA NACIONAL em face de decisão que, nos autos da ação de execução proposta em face de HENRIQUE TOSTA, indeferiu o pedido de citação por edital do executado, determinando a suspensão do processo por um ano, na forma do artigo 40, caput, da Lei nº 6.830/80.

Alega a agravante que todos os supostos endereços do devedor e/ou de seus representantes legais foram exaustivamente investigados perante os cadastros de pessoas físicas e jurídicas disponíveis e que constam dos autos, tendo o oficial de justiça tentado, mais de uma vez, citar o devedor, não conseguindo atingir seu objetivo, conforme certidões anexadas aos autos. Aduz que a citação por edital é a medida própria para a hipótese de não localização do devedor, como no caso em espécie. Sustenta que a decisão ora impugnada, ao contrário do que foi dito, não homenageia o princípio da economia processual, tampouco preserva a utilidade da prestação jurisdicional, uma vez que, na hipótese do devedor tomar conhecimento do edital e, no seu prazo, pagar a dívida ou nomear bens à penhora, terá o ato processual atingido a seu objetivo.”

A Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Des. Fed. TANIA HEINE, assim expresso:

“Recebo o recurso por estarem presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade. A citação por edital integra os meios a serem esgotados na localização do devedor e a Súmula nº 210, do extinto Tribunal Federal de Recursos, assim

dispõe sobre a possibilidade da citação editalícia em execução fiscal, in verbis:

‘Na execução fiscal, não sendo encontrado o devedor, nem bens arrestáveis, é cabível a citação editalícia.’

São requisitos para essa modalidade de citação, inicialmente, ter sido frustrada a citação tanto pelo Correio, como por oficial de justiça.

O ofício, de fls.44, enviado ao executado para responder ao presente agravo, foi recebido, conforme se observa a fls.46, constando no verso certidão que assinala o decurso do prazo para manifestação do agravado.

Entretanto, a fls. 16, encontra-se uma certidão em que o oficial de justiça dirigiu-se ao mesmo endereço – Avenida Meriti, 5021, Jardim América – e lá encontrou a firma ‘Picnic Ind. e Com. Ltda.’, deixando, portanto, de citar o executado.

O artigo 8º, inciso I, da Lei nº 6.830/80 determina: Art. 8º. O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:

I - a citação será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer por outra forma.

Nesse sentido, o acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, abaixo transcrito:

‘PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – CITAÇÃO POR EDITAL – LEI Nº 6.830/80, ART. 8º, III.

Não encontrado o executado, a sua citação poderá ser feita por edital.’

(AG nº 2000.01.00.113059-4/MG, Rel. Min. Eustáquio Silveira, TRF/1ª Região, 3ª Turma, DJ de 04/04/2001, pág. 66).

Sendo assim, para que não se torne inviável o prosseguimento da execução fiscal, é necessária a providência solicitada.

Dou, portanto, provimento ao agravo.”

Na pesquisa de jurisprudência, encontramos os seguintes acórdãos:

- STJ:
 - ⇒ RESP 331501/PE (DJ de 19/05/2003, pg. 171)
- TRF-1:
 - ⇒ AG 2002.01.00.033576-5 (DJ de 19/12/2002, pg. 129)
- TRF-2:
 - ⇒ AGV 2001.02.01.037872-8 (DJ 17/10/2002, pg. 174) - Rel. Luiz Antonio Soares (Primeira Turma)

“PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – CITAÇÃO POR EDITAL – SÚMULA Nº 210/TFR.

1. A Lei de Execução Fiscal, em seu art. 8º, incisos III, parte final, e IV, prevê a citação por edital. O Código de Processo Civil, em seu art. 231, especifica os casos em que é cabível essa citação, devendo ser observadas as exigências do art. 232, I, do mesmo diploma legal. Precedentes: Súmula nº 210/TFR e REsp nº 247.368.

2. A suspensão da execução fiscal (Lei nº 6.830/80, art. 40) deve ser efetivada somente após ter sido o executado citado, pois o simples despacho que ordena sua citação, em execução fiscal, não interrompe a prescrição, que só se efetiva com a citação feita ao devedor (art. 174, § único, I, do CTN). Precedente do Eg. STJ.

3. Agravo provido.”
 - ⇒ AG 2001.02.01.039435-7 (DJ de 24/09/2002 pg. 260 - Rel. Paulo Espirito Santo (Segunda Turma)

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO. SUSPENSÃO DO PROCESSO.

Insurge-se o INSS contra decisão a quo que indeferiu o pedido do INSS de citação por edital da executada, por entender tal providência inócua, a qual não acarretará qualquer resultado prático, suspendendo, assim, o processo. art. 8º, inciso III, da Lei nº 6.830/80 dispõe que se o aviso de recebimento não retornar no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da entrega da carta à agência postal, a citação será realizada por Oficial de Justiça ou por edital. Provimento ao recurso.”
 - ⇒ AG 2001.02.01.040704-2 (DJ de 13/11/2002, pg. 316) – Rel. Frederico Gueiros (Terceira Turma)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – CITAÇÃO POR EDITAL – DEVEDOR NÃO ENCONTRADO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE BENS ARRESTÁVEIS.

1. Embora não tenha sido encontrado o devedor após a realização das diligências cabíveis, não comprovou a exequente ter esgotado todas as providências no sentido de comprovar a ausência de bens arrestáveis de propriedade do devedor.

2. A citação por edital pressupõe esforços suficientes pelo exequente para o fim de encontrar a pessoa do devedor ou, ao menos, bens arrestáveis e penhoráveis do mesmo, fato este que não restou efetivamente demonstrado pela recorrente.

3. Agravo de instrumento improvido.”

⇒ AG 2001.02.01.037865-0 (DJ de 03/09/2002, pg. 186) - Rel. Valmir Peçanha (Quarta Turma)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – CITAÇÃO POR EDITAL - REQUISITOS.

I - O inciso III do art. 8º, da Lei 6.830/80, prescreve claramente que, não retornando o aviso de recebimento, a citação será feita por oficial de justiça, ou por edital.

II - Pelo sistema adotado no Código de Processo Civil (art. 231), a citação por edital deve ser feita quando desconhecido ou incerto o réu; quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar; ou nos casos expressos em lei. Ainda, é requisito para a citação editalícia, a afirmação do autor, ou a certidão do oficial de justiça, quanto às circunstâncias previstas no inciso I e II do art. 231, conforme o disposto no art. 232 do CPC.

III - Na execução fiscal, não sendo encontrado o devedor, nem bens arrestáveis, é cabível a citação editalícia – Súmula nº 210, TFR..

IV - Recurso provido.”

⇒ AG 2001.02.01.021832-4 (DJ de 13/11/2001) - Rel. Vera Lúcia Lima (Quinta Turma)

“PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – EXTINÇÃO INCORRETA – NÃO-LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR OU BENS A EXECUTAR – SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO – ART. 40 DA LEI Nº 6.830/80 – NÃO-ABANDONO DA CAUSA.

- Não tendo sido localizado o devedor ou bens a executar, incumbe ao juiz suspender a execução fiscal com fulcro no art. 40 da Lei nº 6.830/80 e não extinguir o processo.

- Efetuada a suspensão, e persistindo a situação que lhe deu causa, deve o processo ser arquivado sem baixa na distribuição, sob pena de violar o artigo mencionado.

- O exequente não abandonou a causa, tendo em vista a petição em que requer a citação do devedor por edital.

- Apelo parcialmente provido.”

⇒ AG 2001.02.01.041358-3 (DJ de 17/04/2002, pg. 411) - Rel. Poul Erik Dyrlyund (Sexta Turma)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO POR EDITAL. POSSIBILIDADE. INFRUTÍFERAS AS TENTATIVAS DE CITAÇÃO PELO OFICIAL DE JUSTIÇA. CERTIDÕES CONSTANTES DOS AUTOS.

1. Foram envidados pelo oficial de justiça os meios possíveis para localização do devedor. **In casu**, foram feitas diligências tanto nos endereços fornecidos pela empresa executada como nos endereços dos responsáveis legais.

2. Constam nos autos certidões do oficial de justiça, afirmando que o réu se encontra em lugar incerto e não sabido.

3. Noutro giro, a citação editalícia não se esgota no, casual, efeito interruptivo da prescrição, vez que há norma especial na Lei de Execução Fiscal, porém visa

a estabelecer em sua inteireza o Princípio do Contraditório (art. 5º, LV, CF), com eventual nomeação de curador especial (Súmula nº 196/STJ), além de deflagrar o prazo de pagamento, o que conduz ao acolhimento de irresignação recursal.

4. Portanto, é cabível a citação por edital. Precedentes do STJ. Súmula nº 210 do ex-TFR.

5. Agravo de instrumento provido.”

● TRF-3:
⇒ AG 2000.03.00.059950-3 (DJ de 13/06/2003 pg. 467)

● TRF-4:
⇒ AG 2001.04.01.045010-9 (DJ de 27/03/2002, pg. 159)

● TRF-5:
⇒ REO 2000.05.99.00353-1 (DJ de 11/06/2001, pg. 174)

Agravo de Instrumento

Proc. 2002.02.01.010640-0 - Publ. no DJ de 30/09/2002, pg. 323

Relator: Des. Fed. ROGÉRIO CARVALHO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À VIDA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PORTADOR DE ESCLEROSE MÚLTIPLA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRESENÇA INEQUÍVOCA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES. ART. 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DEVER CONTITUCIONAL.

- Em que pese à responsabilidade estatal no fornecimento de medicamentos, tal responsabilidade deve ser conjunta e solidária com a União Federal. Agravo improvido.

POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

4ª Turma

DIREITO À VIDA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PORTADOR DE ESCLEROSE MÚLTIPLA

Irresignada com a decisão do Juiz da 5ª Vara Federal, que deferiu antecipação de tutela em ação ordinária intentada no sentido de determinar o fornecimento de medicamentos ao tratamento da agravada, portadora de esclerose múltipla, a União Federal interpôs agravo de instrumento.

“Em suas razões, alegou que ‘...o deferimento, in casu da medida antecipatória in limine, implica nítida afronta aos princípios constitucionais antes mencionados, sendo certo que à União não foi dada a oportunidade de, antes ver-se constrangida em seus direitos, defenda-se adequadamente’. Alegou também não ser parte legítima para figurar no pólo passivo da ação de vez que ‘a obrigatoriedade de prover o doente de medicações e lhe dedicar assistência está com o Estado e Município, cabendo à União fornecer as verbas necessárias para tal.’”

Por unanimidade, nos termos do voto do Relator, a Quarta Turma negou provimento ao agravo. Na sequência, a íntegra do voto do Des. Fed. Rogério Vieira de Carvalho:

“Trata-se de agravo de instrumento contra a respeitável decisão do MM. Juiz a quo que, deferindo antecipação de tutela em ação ordinária,

determinou fornecimento de medicamentos para tratamento da agravada, portadora de esclerose múltipla.

Com efeito, encontram-se presentes todos os requisitos imprescindíveis à sua concessão, nos estritos termos do art. 273 e incisos do Código de Processo Civil.

A questão discutida versa sobre direito material, podendo-se observar a existência de prova inequívoca, já que a autora depende do fornecimento da medicação adequada para aliviar seu sofrimento e prolongar a sua sobrevivida, já que está em estágio avançado da doença, sendo o valor de tais remédios incompatível com os recursos financeiros da mesma.

Note-se, ainda, que há verossimilhança da alegação, haja vista que a autora está embasada em disposições normativas garantidas pela própria Constituição Federal em seu art. 196, bem como Leis nºs 8.080/90 e 9.313/96, configurando dever do Estado em prover medicamento imprescindível ao tratamento de doentes de moléstia fatal. Além do exposto, vale ressaltar que a Constituição Federal garante a todos o direito à VIDA (art. 5º, caput, CF/88).

Por tudo, a demora na resposta jurisdicional, neste caso, representará a total inutilidade da decisão concedida a final. O deferimento da tutela desejada assegurará o resultado útil e efetivo do processo e

principalmente a vida, garantia constitucional da autora.

Por outro lado, o indeferimento da tutela requerida representará uma grave e irreversível injustiça para quem depende da Justiça Estatal.

Quanto à questão relativa à competência da União Federal para fornecimento de medicamentos, o Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo, já decidiu no sentido de que em que pese à responsabilidade estatal no fornecimento de medicamentos, tal responsabilidade deve ser conjunta e solidária com a União Federal. Trago à colação a seguinte ementa:

'ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DA AIDS. FORNECIMENTO PELO ESTADO. OBRIGATORIEDADE. AFASTAMENTO DA DELIMITAÇÃO CONSTANTE NA LEI Nº 9.313/96. DEVER CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES.

1 - Recurso especial interposto contra v. Acórdão que entendeu ser obrigatoriedade do Estado o fornecimento de medicamentos para portadores do vírus HIV.

2 - No tocante à responsabilidade estatal no fornecimento gratuito de medicamentos no combate à AIDS, é conjunta e solidária com a da União e do Município. Como a Lei nº 9.313/96 atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de fornecer medicamentos de forma gratuita para o tratamento de tal doença, é possível a imediata imposição para tal fornecimento, em vista da urgência e conseqüências acarretadas pela doença.

3 - É dever constitucional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o fornecimento 'gratuito e imediato' de medicamentos para portadores do vírus HIV e para tratamento da AIDS.

4 - Pela peculiaridade de cada caso e em face da sua urgência, há que se afastar a delimitação no fornecimento de medicamentos constante na Lei nº 9.313/96.

5 - A decisão que ordena que a Administração Pública forneça aos doentes os remédios ao combate da doença que sejam indicados por prescrição médica não padece de ilegalidade.

6 - Prejuízos iriam ter os recorridos se não lhes for procedente ação em tela, haja vista que estarão sendo usurpados no direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha,

cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.

7 - Precedentes da 1ª Turma desta Corte Superior.

8 - Recurso improvido.'

(REsp nº 325337/RJ, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, unânime, DJ de 21/06/2001)."

Acórdãos pertinentes localizados nos estudo comparado de jurisprudência:

● STJ:

⇒ RESP 442693/RS (DJ de 21/10/2002, pg. 311)

● TRF-2:

⇒ AG 2001.02.01.041229-3 (DJ de 20/06/2003 pg. 84) - Rel. Ricardo Regueira (Primeira Turma)

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PORTADOR DO VÍRUS HIV. LEI Nºs 8.080/90 E 9.313/96. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES POLÍTICOS.

- Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que deferiu a antecipação de tutela requerida pela ora agravada, para determinar o fornecimento de medicamentos e a realização de exames laboratoriais em hospitais integrantes do Sistema Único de Saúde, em razão de ser a mesma portadora do vírus HIV.

- A União deve ser mantida na polaridade passiva da demanda, eis que, a teor do art. 198, inc. I, da Constituição Federal, as ações e serviços públicos de saúde constituem um sistema único descentralizado e com direção única em cada governo.

- Compete à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a direção do Sistema Único de Saúde, com a especificação dos respectivos órgãos de exercício, bem assim a prestação de cooperação técnica e financeira por parte da direção nacional, visando ao aperfeiçoamento da atuação dos entes subseqüentes (arts. 9º, 16 e 17, todos da Lei nº 8.080/90).

- Por outro lado, o direito antecipado encontra guarida na Lei nº 9.313/96, a qual garante a distribuição gratuita dos medicamentos necessários ao tratamento da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA).

- Agravo de instrumento improvido."

⇒ AG 2000.02.01.033793-0 (DJ de 13/11/2001) - Rel. Cruz Netto (Segunda Turma)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. PORTADORES DE HIV. DOENTES DE AIDS. LEI Nº 9.313/96.

I - A Lei nº 9.313/96 assegura aos portadores do HIV e doentes de AIDS o direito de receberem, gratuitamente, da União, dos Estados e dos Municípios os medicamentos necessários ao tratamento, o que demonstra a verossimilhança da alegação.

II - O risco de dano irreparável é evidente, pois a sobrevivência da agravada depende dos medicamentos cujo fornecimento foi determinado.

III - Agravo regimental improvido.”

⇒ AGV 2001.02.01.024038-0 (DJ de 14/04/2003, pg. 166) Rel. Frederico Gueiros (Terceira Turma)

“PROCESSUAL CIVIL – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – DEFERIMENTO – AIDS – AUSÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS .

*1. Presentes os requisitos da verossimilhança do direito alegado, consubstanciado no art. 196 da Constituição Federal, que impõe ao Poder Público o dever de velar, de maneira responsável pela saúde de todos, indiscriminadamente, inclusive dos portadores da AIDS, e o do **periculum in mora**, consubstanciado no risco iminente de o autor, sem a utilização dos medicamentos adequados, vir a perder a própria vida, há que ser mantida a decisão que antecipou a tutela, para determinar ao paciente carente de recurso financeiro o fornecimento de medicamentos compatíveis com o tratamento da AIDS.*

2. O Supremo Tribunal Federal reconhece a solidariedade das diversas esferas institucionais do Poder Público no que se refere à prestação da saúde.

3. Agravo improvido.

⇒ AGV 2001.02.01.030682-1 (DJ de 19/07/2003, pg. 153) Rel. Benedito Gonçalves (Quarta Turma)

“PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DESTINA-

DOS AO TRATAMENTO DA SIDA/AIDS A HIPOSSUFICIENTES – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO – PRECEDENTES DO EG. STF.

I - A verossimilhança do direito alegado encontra guarida no texto do art. 196 da Constituição Federal, que impõe ao Poder Público o dever de velar pela saúde de todos, uma vez que se constitui em bem jurídico tutelado incondicionalmente a toda a população, em especial àqueles portadores do vírus HIV.

II - O art. 23, inciso II, da mesma Carta Magna, consagra a competência comum da UNIÃO, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no cuidado com a saúde e assistência pública, bem como na proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

III - O Eg. STF reconhece a solidariedade das diversas esferas institucionais do Poder Público no que se refere à prestação de saúde.

IV - Agravo improvido.”

⇒ AGV 2001.02.01.028214-2 (DJ de 12/11/2002 pg. 186) - Rel. Sergio Schwartz (Sexta Turma)

“PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS A PORTADOR DE HIV PELO SUS – LEI Nº 9.313/96 – IRREVERSIBILIDADE – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

I - O fornecimento gratuito, pelo Sistema Único de Saúde, de medicamentos aos portadores do vírus HIV decorre de expressa disposição constante do art. 1º da Lei nº 9.313/96.

II - Tendo em vista a competência solidária entre União, Estados e Municípios, consagrada pela estrutura do SUS, bem como pelo fato de este também ser constituído por unidades hospitalares federais, não há como excluir da União a responsabilidade pela integral assistência à saúde.

III - Agravo interno desprovido.”

Apelação Cível

Proc. 2002.02.01.013094-2 - Publ. no DJ de 02/12/2002, pág. 276

Relator: Des. Fed. RALDÊNIO BONIFACIO COSTA

ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – DEMISSÃO – AUSÊNCIA DE PROVA EFETIVA DE FALTA DISCIPLINAR - REINTEGRAÇÃO DE CARGO – CABIMENTO – MORTE DO SERVIDOR – HABILITAÇÃO DE HERDEIROS.

I - Não havendo prova suficiente da falta disciplinar imputada a servidor público, é de ser anulada a penalidade de demissão que lhe fora imposta.

II - Estando falecido o servidor, a reintegração postulada não pode ser implementada, mas seus sucessores fazem jus aos efeitos patrimoniais decorrentes da anulação da pena de demissão que lhe fora imposta.

III - Assim, como fato decorrente do pedido inicial (reintegração), adaptado o provimento ao fato superveniente da morte do servidor, há de-se considerar a habilitação de seus sucessores.

IV - Negado provimento à apelação e à remessa necessária.

POR UNANIMIDADE, IMPROVIDAS A APELAÇÃO E A REMESSA NECESSÁRIA.

5ª Turma

REINTEGRAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO – MORTE DE SERVIDOR – HABILITAÇÃO DE HERDEIROS

Em causa, remessa necessária e a apelação cível interposta pela União de sentença proferida nos autos de ação ordinária, pleiteando a reintegração no cargo efetivo de DYLSON BARBOSA RAPOSO, falecido em 08/07/93, que ocupava na Sunab, ou cargo equivalente decorrente de transformação ou transposição. A decisão monocrática condenou a apelante ao pagamento de vencimentos e vantagens em razão de injusta demissão do cargo de Tesoureiro da Sunab.

Por unanimidade, a Quinta Turma negou provimento à remessa necessária e à apelação. Em seu voto, o Des. Fed. RALDENIO BONIFÁCIO COSTA sustentou a manutenção da decisão monocrática, por seus próprios fundamentos. Por oportuno, transcrevemos trechos da sentença do magistrado da 29ª Vara Federal que serviu de suporte ao voto do relator:

(...)

Entendo portanto que no processo administrativo que ensejou a demissão do autor não foi produzida prova suficiente de que a manipulação ilícita do dinheiro da autarquia, gerada pelo retardamento no recolhimento, tenha sido praticada por ele. Inclusive nem a falsificação das cópias das guias de recolhimento restou incontestavelmente provada, a uma porque não foi providenciada tal prova no processo administrativo. A duas, porque a perícia realizada judicialmente, na ação de embargos, atestou a autenticidade das assinaturas.

(...)

Não havendo prova suficiente da falta disciplinar que lhe foi imputada, é de ser anulada a penalidade administrativa imposta. Estando falecido o servidor, a reintegração postulada não pode ser implementada, mas seus sucessores fazem jus aos efeitos patrimoniais decorrentes da anulação da pena de demissão que lhe foi imposta.

(...)

Isto posto, julgo procedente o pedido, para anular a pena de demissão que foi imposta a DYLSON BARBOSA RAPOSO no processo administrativo 323/77, da Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB) e condenar a UNIÃO FEDERAL a pagar aos sucessores todas as vantagens remuneratórias a que faria jus o servidor em decorrência de sua reintegração ao cargo, observada a interrupção do prazo prescricional no dia 26.5.1982 (data em que foi ordenada a citação no Protesto Judicial 4761332 – fls. 43 – conforme antiga redação do art. 219, § 1º, do CPC).

Considerando que a demissão foi efetivada através da Portaria nº 327 de 23/05/77 (fls. 560 e 562), não havendo notícia nos autos da data da publicação da mesma, os efeitos financeiros decorrentes da anulação do ato de demissão retroagem a 26/05/77. Após o falecimento do servidor, condeno a União Federal a habilitar sua viúva como pensionista do mesmo, fazendo jus portanto ao recebimento de pensão estatutária, inclusive quanto aos atrasados. Tal condenação decorre do que foi pedido na inicial (reintegração), adaptado o provimento ao fato superveniente da morte do servidor, considerando-se ainda a habilitação da viúva no processo.

O quantum debeatur deve ser corrigido monetariamente, incluídos os índices relativos ao IPC de janeiro de 1989 (42,72%), março de 1990 (84,32%), abril de 1990 (44,80%), e acrescido de juros de mora de 6%, a partir da citação. Condeno ainda a União Federal ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da condenação, considerados os valores devidos até a implementação da pensão.”

Acórdãos assemelhados encontrados na pesquisa de jurisprudência, todos deste Tribunal.

⇒ REO 2002.02.01.008971-1 (DJ de 02/08/2002, pg 626) - Rel. Rogério Carvalho (Quarta Turma)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AS PARCELAS RELATIVAS AO ACORDO ADMINISTRATIVO ADERIDO PELO DE CUJUS TRANSMITEM-SE AOS HERDEIROS. O DIREITO DA AUTORA À TOTALIDADE DAS PARCELAS REFERIDAS NO DISPOSITIVO DA R. SENTENÇA REMETIDA DEPENDE DA EXISTÊNCIA, OU DE RENÚNCIA DOS HERDEIROS MAIORES OU DE TESTAMENTO. REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA.”

⇒ AC 2000.51.01.006918-3 (DJ de 22/11/2002, pg 293) - Rel. Regina Coeli Peixoto (Primeira Turma)

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. REAJUSTE DE 28,86%. PENSIONISTA. SUCESSÃO. RECEBIMENTO DOS VALORES REFERENTES AOS PROVENTOS DO INSTITUIDOR DA PENSÃO. PROCEDÊNCIA.

- Apelação em face da sentença que julgou improcedente o pedido autoral, na forma do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, no qual objetivava a condenação da ré ao pagamento das diferenças salariais do percentual de 28,86%, a partir de fevereiro de 1993, devidamente corrigido, referente ao direito ao reajuste que possuía o instituidor da pensão por morte.

- A Medida Provisória nº 1.704/98 reconheceu que o percentual de 28,86% é devido a todos os servidores

civis e seus sucessores, aplicando-se aos proventos de aposentadoria e às pensões decorrentes de falecimento dos servidores.

- A autora é a única pensionista habilitada por lei para receber a pensão advinda da morte do servidor inativo, sucedendo-o, desde então, nas questões relativas aos seus proventos.

- Embora se observe o silêncio do Estatuto dos Servidores Públicos Civis sobre o caso em questão, a matéria é tratada pela lei previdenciária, que admite a percepção pela pensionista de valores advindos dos proventos do instituidor da pensão, sem a necessidade de inventário ou arrolamento.

- Recurso provido.”

⇒ AGV 2001.02.01.045024-5 (DJ de 18/03/2003, pg. 150) - Rel. Benedito Gonçalves (Quarta Turma) **PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – GRATIFICAÇÃO DE HABILITAÇÃO PROFISSIONAL INCORPORADA ADMINISTRATIVAMENTE AOS PROVENTOS DE SERVIDOR JÁ APOSENTADO – SUPRESSÃO SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.**

I - Insurge-se o agravante em face de decisão que indeferiu a suspensão dos embargos à execução por ela opostos, em virtude de alegado óbito de um dos embargados.

II - O Juízo a quo, por sua vez, considerou que a mera alegação do INSS não teria o condão de suspender o processo, tendo em vista que a morte do segurado não se reveste de ato administrativo, desprovida, pois, de presunção de legitimidade. Asseverou, ainda, que a comprovação do óbito caberia ao embargante.

III - Mesmo que admitíssemos as provas apresentadas pela Autarquia como legítimas à comprovação da morte de um dos embargados, da interpretação dos artigos 265 e 791, II, do CPC, se extrai que a suspensão somente ocorre a partir do momento em que é necessária a prática de algum ato de responsabilidade do falecido ou de seu advogado. Assim, o óbito do exequente não implica necessariamente a suspensão da execução, pelo menos até que o pagamento esteja à disposição do Juízo. Desta forma, somente dar-se-á o pagamento do crédito do autor falecido, após a habilitação dos herdeiros, na forma da lei (conforme TRF/4ª Região, AG nº 2001.01.01.019853-6, DJU de 18/07/2001).

IV - Agravo a que se nega provimento.”

Apelação em Mandado de Segurança

Proc. 2002.02.01.000287-3 - Publ. no DJ de 06/09/2002, pág. 452

6ª Turma

Relator: Des. Fed. POUL ERIK DYRLUND

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL - PROVENTOS – REDUÇÃO – ATO ADMINISTRATIVO – REPERCUSSÃO NO CAMPO DE INTERESSES INDIVIDUAIS – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO – ART.5º, LV, CF – AFRONTA – PROCESSO ADMINISTRATIVO PRÉVIO – IMPRESCINDIBILIDADE – APELAÇÃO – EFEITO DEVOLUTIVO – APRECIÇÃO PELO TRIBUNAL DE QUESTÃO NÃO SUSCITADA OU DISCUTIDA EM PRIMEIRO GRAU – IMPOSSIBILIDADE – ART. 515, CAPUT, E § 1º, DO CPC – MODIFICAÇÃO DO PEDIDO – ART. 264 E PARÁGRAFO ÚNICO – VEDAÇÃO - PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU – AFRONTA - PRECEDENTES DO STF E STJ.

- Firmaram as Cortes Superiores entendimento na aplicação de forma cautelosa da orientação jurisprudencial inserida nos enunciados dos verbetes nºs 346 e 473, da Súmula do STF, no sentido de que não é absoluto o poder da Administração Pública na revogação ou anulação de seus atos nas hipóteses de situações constituídas com aparência de legalidade, e da imprescindibilidade de instauração do devido processo administrativo, com a observância dos Princípios Constitucionais da Ampla Defesa e onde seja assegurado o direito ao contraditório, com a participação dos que terão modificada situação já alcançada, para anulação ou revogação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais (STF, AGRAG 217849-8/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, T2, un., DJ de 30/04/99; STF, AG 199620, DJ de 14/08/97, pág. 36.803; STJ, MS 6.481/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Seção, un., DJ de 02/05/2000; STJ, ROMS 10.123/RJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, T1, un., DJ de 27/09/99)

- Tal garantia compreende para o autor a possibilidade de poder deduzir qualquer ação ou petição, quer em juízo, quer administrativamente, alegando e provando fatos constitutivos de seu direito, e quanto ao réu, como na hipótese, ser informado sobre a existência e conteúdo do processo, de tal sorte que possa reagir, isto é, fazer-se ouvir (Rosemberg – Schawb – Gottwald, ZPR, § 85, II, 456/457), abarcando o contraditório não somente as garantias processuais, mas também o acatamento dentro do processo, aos direitos fundamentais de cidadania, na esteira do art. 1º da Carta Magna, que consagra os princípios fundamentais da República.

- Ademais, tem o ato administrativo presunção de legitimidade, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular.

- É vedada a apreciação pelo Tribunal de questão não suscitada ou discutida junto ao Juízo *a quo*, sob pena de maltrato ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, bem como afronta ao que determina o *caput* e o §1º, do art.515, do Digesto Processual Civil, eis que tal representa verdadeira inovação do pedido em sede de apelação, cujos limites são fixados pela própria parte (art. 128, CPC), em face do nosso sistema legal, nos termos do art. 264 e seu parágrafo único do CPC, aplicável por analogia ao mandado de segurança – art. 7º da Lei nº 1.533/51 –, tendo em vista que seja após a contestação ou ao saneador, ou após a vinda das informações, no caso específico do mandado de segurança, restam fixados os pontos controvertidos a reclamarem apreciação.

- Precedentes citados.

- Recurso conhecido e parcialmente provido.

POR MAIORIA, PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

REDUÇÃO DE PROVENTOS

Pensionista do Ministério da Marinha apelou de sentença prolatada pelo juiz da 5ª Vara Federal nos autos do Mandado de Segurança com Pedido de Liminar nº 2000.51.01.011148-8, impetrado em face da União Federal, objetivando a suspensão dos descontos efetuados em folha de pagamento de sua pensão, para a devolução de valores em decorrência da revisão procedida em face da Portaria nº 2.826/94, que julgando improcedente o pedido exordial entendeu pela inexistência da ilegalidade em tais descontos, eis que a “Administração deixou claro que os valores que estavam sendo pagos haviam sido calculados por estimativa e seriam objeto de ajuste futuro”, pelo que, indiferentemente à existência, ou não, de boa fé, além de se mostrar incabível alegação de desrespeito aos princípios do devido processo legal e do contraditório. - tendo em vista que a revisão dos valores ora questionados se deu no exercício de seu poder de autotutela, nos termos da Súmula nº 473 do STF. - denegou a segurança.

Por maioria, a Sexta Turma deu parcial provimento à apelação, reformando a sentença recorrida e determinando à União que se abstenha de proceder aos descontos efetuados na pensão da apelante.

Em seu voto, o relator do acórdão, Des. Fed. Poul Erik, destacou a violação a Princípios Constitucionais básicos – do Devido Processo Legal e do Contraditório. E acentuou:

“No caso em tela, extrai-se, seja do documento de fls.21, seja das informações prestadas pela autoridade apontada coatora (fls.70/78), que não houve a garantia do contraditório em favor da apelante. Por mais louváveis e elogiáveis que tenham sido as intenções da autoridade impetrada, não se pode relegar, em nenhum momento, a garantia estampada no texto básico.

Neste diapasão, firmou o Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL entendimento no sentido da imprescindibilidade de instauração do devido processo administrativo, onde seja assegurado o direito ao contraditório, com a participação dos que terão modificada situação já alcançada, para

anulação ou revogação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais”

A seguir transcreveu o AGRAG nº 21.7849/SC, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, na 2ª Turma do STF, com decisão unânime, publicada no DJ de 30/04/99; o MS nº 6.481/DF, relatado pelo Ministro Francisco Falcão, na 1ª Seção do STJ, com decisão unânime, publicada no DJ de 02/05/2000; e o ROMS nº 10.123/RJ, relatado pelo Ministro Demócrito Reinaldo, na 1ª Turma do STJ, com decisão unânime, publicada no DJ de 27/09/99.

E concluiu:

“Se tal não fosse suficiente, em nenhum momento, depreende-se dos autos a inexistência de boa-fé da recorrente ao perceber os valores considerados pela recorrida como acima do constitucionalmente devido, pelo contrário. Em que pese ao poder-dever da Administração Pública em rever os atos praticados, podendo anulá-los, se eivados de vício de ilegalidade, há entendimento cristalizado no sentido de que ao devedor de boa-fé não se deve exigir a devolução dos valores, dada à sua natureza estritamente alimentar dos valores recebidos, nos termos da Súmula Administrativa do Tribunal de Contas da União, Verbete nº 106.

(...)

*Por derradeiro, no que concerne ao pedido de retroação dos efeitos pecuniários à data da impetração do **mandamus**, se provido o recurso, com a consequente determinação de imediata suspensão dos descontos (fls.109), mostra-se o mesmo improsperável, tendo em vista que não foi o mesmo formulado na exordial”*

Foi voto vencido o Des. Fed. Sergio Schwaitzer, que se ateve aos fundamentos da sentença monocrática reformada para alicerçar a sua decisão:

“Com o advento da atual Constituição, as pensões militares passaram a corresponder aos vencimentos ou proventos integrais de seus instituidores, ex vi dos arts. 142, § 3º, IX, e 40, § 5º, (hoje art. 40, § 7º) da Carta Magna.

No entanto, diante dos termos do então art. 40, § 5º, da Lei Maior, que estabelecia a regra da integralidade, ‘até o limite estabelecido em lei’, a Administração interpretou tal dispositivo como sendo de aplicabilidade restringível e não procedeu à revisão dos benefícios, ficando no aguardo de norma a ser editada.

Conforme decisão a ser publicada em 3 de dezembro de 1993, o Supremo Tribunal Federal entendeu que tal dispositivo era dotado de auto-aplicabilidade, devendo se entender a menção ao ‘limite estabelecido em lei’ como submissão aos tetos também impostos a proventos e vencimentos dos servidores.

Diante da diversidade da estrutura remuneratória imposta pela Lei nº 3.765/60 a tais benefícios e daquela determinada pela Lei Maior, em 27 de julho de 1994, o Plenário do Tribunal de Contas da União estabeleceu critérios para as revisões, apontando que gratificações seriam devidas e a forma de cálculo nas várias hipóteses de concessão do pensionamento. Em face de tal orientação, baixou-se a Portaria Interministerial nº 2.826, de 17/08/94.

Em setembro de 1994, considerando o enorme montante de benefícios a serem adequados às novas normas, decidiu a Administração realizar um cálculo aproximado e não mais fazendo os pensionistas esperar procedeu à revisão dos valores. No comprovante de pagamento daquele mês, consignou:

‘De acordo com a Constituição Federal, art. 42, décimo parágrafo, foram alteradas, neste BIP, as pensões de militar falecido, passando a corresponder aos vencimentos ou proventos dos seus instituidores.

Em face da complexidade e da diversidade de casos a serem equacionados, foram estabelecidos percentuais médios para as parcelas. Posteriormente, serão efetuadas verificações em todos os processos com conseqüentes correções nestes percentuais.’

Ora, os descontos que a Administração vem agora comunicar à(s) impetrante(s) dizem respeito, exatamente, a estes ajustes.

Destarte, se por um lado é verdade que a impetrante agiu de boa-fé, já que foi a própria Administração – em razão da Portaria Interministerial nº 2.826/94 – que alterou os proventos da pensão, por outro, tal fato, por si só, não pode legitimar o locupletamento ilícito da Impetrante, mormente quando ocorre em detrimento dos cofres públicos. Face ao exposto, divirjo do preclaro Relator, negando provimento ao recurso.”

No estudo comparado de jurisprudência, encontramos os seguintes acórdãos, todos desta Corte:

⇒ AMS 2002.02.01.009790-2 (DJ de 19/09/2002, pg. 258) Rel. Ney Fonseca (Primeira Turma)

“ADMINISTRATIVO. REDUÇÃO EM PENSÃO POR MORTE DE EX-MILITAR – VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR - PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 2826/94 - DIFERENÇA REMONTA HÁ MAIS DE CINCO ANOS E RESULTA DE EFEITO RETROATIVO CONFERIDO À NORMA INFRALEGAL.

I - Mandado de segurança impetrado por pensionista de militar falecido, objetivando continuar percebendo seu benefício previdenciário sem desconto de diferença encontrada pela Administração, resultante de efeito retroativo na aplicação da Portaria do EMFA nº 2.826, de 17/08/94, ao adaptar as pensões militares à previsão do art. 40, § 5º, da Constituição Federal, com redação anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, quando o valor das pensões passou a corresponder aos vencimentos ou proventos dos instituidores, e não mais a razão de 20 vezes o valor da contribuição, como até então era feito;

II - A pensionista **in casu** recebeu informações acerca de possíveis alterações no valor do benefício através de notas de rodapé no contra-cheque de setembro de 1994, somente vindo a Administração a pretender efetivar os descontos de diferenças apuradas a partir de julho de 2000, dando ciência à pensionista em abril de 2000, quando já decorridos mais de cinco anos da precária comunicação;

III - O ordenamento jurídico pátrio não alberga efeito retroativo das normas legais ou infralegais, muito menos quando impliquem sacrifício de verba de natureza eminentemente alimentar, como é o caso da pensão previdenciária. Inadmissível pois que, depois de mais de cinco anos, a pensionista sofra o pretendido desconto, por força de efeito retroativo atribuído à Portaria Interministerial nº 2.826/94, do EMFA;

IV - Aplicabilidade à hipótese vertente do princípio da estabilidade das relações jurídicas e também o da boa-fé;

V - Não se pode retirar da administração o direito de rever seus atos, anulando-os quando eivados de vícios ou revogando-os por conveniência ou oportunidade, desde que sejam respeitados os direitos adquiridos.

VI - Apelação, recurso adesivo e remessa oficial desprovidos.”

⇒ AMS 2000.02.01.016791-9 (DJ de 08/04/2003, pg. 112) – Rel. Paulo Espirito Santo (Segunda Turma)

“CONSTITUCIONAL – ART. 40, § 8º – PENSÃO MILITAR – ADEQUAÇÃO DO VALOR DO BENEFÍCIO – PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 2.826/94 – DESCONTO DOS VALORES PAGOS À IMPETRANTE DE BOA-FÉ.

- Promulgada a Constituição de 1988, determinou o seu art. 40, § 8º, que os pensionistas e inativos

deveriam receber o benefício no mesmo patamar que o instituidor da pensão, como se vivo fosse.

- A Portaria Interministerial nº 2628/94, visando a aplicar a norma constitucional, incorreu, **in casu**, em excesso, alçando a pensão da impetrante a valor superior ao autorizado pela norma constitucional; - Tal fato perdurou até que, por iniciativa do Setor de Pagamento de Inativos e Pensionistas da Marinha, promoveu-se a adequação do valor pago à pensionista.

- A despeito de ser correta a adequação, não há autorização para a efetivação de descontos programados, objetivando reaver valores pagos com base em erro unilateral da Administração e recebidos de boa-fé por parte da impetrante.”

⇒ AMS 1999.02.01.046722-4 (DJ de 03/06/2003, pg. 161) - Rel. Tania Heine (Terceira Turma)
 “ADMINISTRATIVO – REDUÇÃO EM PENSÃO POR MORTE DE EX-MILITAR.

I - A impetrante é pensionista do ministério da Marinha e foi informada que sofreria um desconto no valor de R\$ 1.127,00 a partir de fevereiro de 1999 até maio de 2000, perfazendo dezesseis parcelas mensais.

II - A apelada não deve pagar pela inércia da administração, sendo incabível a devolução das parcelas pagas a maior, mas percebidas de boa-fé pela pensionista, mormente, quando a diferença ocorreu por erro da própria Marinha.

III - Apelação e remessa necessária improvidas.”

⇒ AMS 2000.02.01.062825-0 (DJ de 31/10/2002, pg. 382), Rel. José Antonio Neiva (Quarta Turma)
 “CONSTITUCIONAL. PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 2.826/94 DOS MINISTROS MILITARES. ARTS. 40, § 5º, E ART. 42, § 10, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CÁLCULO PELA MÉDIA. ULTERIOR CORREÇÃO DA PENSÃO. IMPOSSIBILIDADE DO DESCONTO DE VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ POR SERVIDORES E PENSIONISTAS. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL E REMESSA OBRIGATÓRIA CONHECIDAS, MAS IMPROVIDAS. RECURSO DAS IMPETRANTES CONHECIDO E PROVIDO.”

⇒ AMS 2000.02.01.034993-1 (DJ de 13/11/2001) - Rel. Nizete Rodrigues (Quinta Turma)
 “MILITAR. PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 2.826/94. DESCONTO DE PENSÃO RECEBIDA A MAIOR. VEDAÇÃO. DIFERENÇA RECEBIDA DE BOA-FÉ. AUTO-APLICABILIDADE DO ART. 42, § 10, DA CF.

- A pensão paga aos dependentes de militar falecido corresponde à integralidade do **quantum** recebido

pelo **de cujus** quando vivo e em atividade, conforme o art. 42, § 10, da Carta Magna.

- No intuito de adequar as pensões a esses parâmetros, pode a Administração operar a revisão para menor, posto que, no resguardo do interesse e do direito das próprias pensionistas, pagou valor a maior, até que apurasse aquele efetivamente devido, à luz do mandamento constitucional. Mas, em face do inegável caráter alimentar da pensão, não pode efetuar o desconto em folha das diferenças recebidas de boa-fé, posto que foram pagas por iniciativa exclusiva e consciente da Administração.”

⇒ AG 2001.02.01.009416-7 (DJ de 24/02/2003, pg. 257/258) - Rel. Poul Erik Dyrland (Sexta Turma)
 “AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR CONCEDIDA PARA SUSPENSÃO DO DESCONTO REALIZADO EM PENSÃO MILITAR POR FORÇA DA PORTARIA MINISTERIAL Nº 2.826. IMPOSSIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DO DESCONTO SEM O DEVIDO PROCEDIMENTO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES. EXISTÊNCIA DE BOA-FÉ NA PERCEPÇÃO DOS PROVENTOS. VERBETES Nºs 106 E 235, DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ÓBICE À DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS JÁ DESCONTADAS (LEI Nº 9.494/97 E ADC Nº 04/DF).

1. A impetrante, pensionista de militar, teve seus proventos diminuídos, via administrativa, por força da Portaria Ministerial nº 2.826/94.

2. As altas Cortes já decidiram que a anulação de ato administrativo não pode ser realizada de forma arbitrária ou a permitir o desfazimento de situações regularmente constituídas, sem a observância do devido processo legal e da ampla defesa, garantidos constitucionalmente (artigo 5º, LV, CF).

3. No que diz respeito à obrigatoriedade da restituição ao erário reconhecida pela Súmula nº 235 do TCU, e à legislação mencionada (Lei nº 8.237/91, Lei nº 9.784/99 e Decreto nº 329/99) tais normas não afastam a garantia constitucional assegurada pelo artigo 5º, LV, CF.

4. Quanto à questão da devolução determinada na decisão impugnada, em princípio tal determinação encontra óbice na Lei nº 9.494/97, respaldada pela ADC nº 04/DF, pelo que deve ser reformada, sob este flanco a mesma.

5. Agravo de instrumento parcialmente provido.”