


**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
NESTA EDIÇÃO

PELAS SESSÕES

Órgão Especial.....	02
1ª Turma	02
2ª Turma	03
3ª Turma	04
4ª Turma	05
5ª Turma	06
6ª Turma	07

ACÓRDÃOS EM DESTAQUE

Órgão Especial.....	07
1ª Seção	09
2ª Seção	12
1ª Turma	15
2ª Turma	17
3ª Turma	19
4ª Turma	20
5ª Turma	22
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 Órgão Especial

TRF recebe mais duas denúncias contra ex-prefeito de Conceição da Barra/ES

O Órgão Especial do TRF da 2ª Região aceitou, por unanimidade, duas denúncias do Ministério Público Federal – MPF contra Mateus Vasconcelos, ex-prefeito de Conceição da Barra, acusado de desvio de verbas.

A primeira, cujo relator do inquérito foi o Desembargador Federal Ney Fonseca, trata de um convênio daquela Prefeitura com o Programa Nacional de Alimentação Escolar. Segundo o MPF, o Tribunal de Contas da União constatou que cerca de 90 mil reais do dinheiro destinado à compra de alimentos da merenda escolar foi usado para o pagamento de salário dos vereadores e de funcionárias das escolas.

A segunda, cujo relator foi o Desembargador Federal Paulo Barata, diz respeito a outro convênio, desta vez com o Ministério da Saúde, cuja finalidade seria a conclusão e a capacitação de um hospital no Distrito de Braço do Rio. Segundo a denúncia, o convênio foi assinado no dia 29/12/94 e o hospital inaugurado no dia seguinte, não podendo o prefeito, assim, ter condições de executar o convênio, não passando a assinatura de um artifício para desviar a verba.

► *Proc. 2003.02.01.086520-9*
Despacho: 04/09/2003

1ª Turma

Negados 14 pedidos de *habeas corpus* de presos na “Operação Planador”

O Juiz Federal convocado para o TRF-2ª Região, Abel Gomes, negou os pedidos de liminar em *habeas corpus* apresentados por 14 pessoas presas na “Operação Planador”. Os réus, os quais vários são policiais federais lotados no Rio de Janeiro, tiveram prisão preventiva decretada pela 6ª Vara Federal Criminal nos autos do inquérito criminal que tramita em segredo de Justiça na 1ª Instância do Rio. Eles são acusados de integrar um esquema de venda de passaportes para pessoas que desejam emigrar ilegalmente para os Estados Unidos. O mérito da ação principal ainda será julgado pelo Juízo de 1º Grau.

No entendimento do Juiz Federal Abel Gomes, não procedem as alegações dos réus de que, como o processo corre em segredo de justiça e, por conta disso, eles não tiveram acesso a todos os dados dos autos, teria ocorrido cerceamento de defesa. O magistrado ponderou que ficou comprovado, na decisão judicial de 1ª Instância, que o sigilo, no caso específico, é

absolutamente necessário para assegurar a apuração dos fatos. Além disso, Dr. Abel Gomes entendeu que as acusações são graves, envolvendo policiais federais. O relator dos HCs concluiu, ainda em sua decisão, que o Juízo de 1º Grau, ao decretar a prisão preventiva, tinha à sua disposição informações do inquérito que, por sua vez, não constam dos pedidos dos réus e que seria temerário conceder a suspensão da prisão sem conhecer todos os fatos: “*Sobre a participação do paciente nos referidos atos melhor dirá a instrução criminal, mas, no momento e à vista do relato contido na inicial e da cópia da decisão de Primeiro Grau, não há como deferir a liminar sem a apresentação das informações que melhor poderão esclarecer sobre os pressupostos da custódia preventiva à vista de sua situação individual*”.

► *Proc. 2003.02.01.010086-3*
Despacho: 15/08/2003

Indústria Cataguases deverá tomar medidas imediatas para impedir novo vazamento de resíduos

A Indústria de Papéis Cataguases terá que tomar medidas imediatas para impedir novos vazamentos de resíduos tóxicos no rio Pomba, como o que ocorreu no dia 29 de março, e para descontaminar os cursos d'água afetados no acidente. Além disso, ela tem 15 dias para apresentar um relatório das medidas que esteja tomando, sob pena de ser posta sob a administração de um interventor judicial.

A decisão foi proferida pela 2ª Turma do TRF-2ª Região no julgamento do agravo regimental apresentado pela empresa contra decisão da Justiça Federal de Campos. A 1ª Instância já havia determinado cinco dias antes a intervenção judicial da indústria, bem como da Florestal Cataguases Ltda. e da controladora das duas, a Iberpar Empreendimentos e Participações Ltda. As três empresas pertencem aos mesmos sócios, acusados de negligenciar a manutenção do reservatório de produtos químicos tóxicos, localizado na Fazenda Bom Destino em Cataguases, de propriedade da indústria de papéis, o que acabou resultando no rompimento da barragem que contaminou os rios Cágado, Pomba e parte do rio Paraíba do Sul.

No julgamento do agravo, a 2ª Turma suspendeu liminarmente a intervenção judicial e determinou o limite de quinze dias para as providências da empresa. No fim desse prazo, três dos desembargadores federais que compõem a Turma, um membro do Ministério Público Federal, o juiz federal titular da 2ª Vara de Campos, uma equipe de engenheiros do TRF-2ª Região, um representante da empresa e um técnico do Ibama deverão se reunir na sede da Indústria de Papel Cataguases para analisar as medidas que eventualmente estejam sendo postas em prática. Caso se verifique que não foram tomadas providências, ou que estas não sejam adequadas, nos termos da decisão da 2ª Turma, o Juízo de 2º Grau poderá adotar medidas judiciais adequadas, legalmente estabelecidas, inclusive penais.

A 1ª Instância de Campos havia determinado a intervenção judicial das três companhias pelo descumprimento de um termo de ajustamento de conduta firmado entre a fábrica, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Segundo o termo, a indústria deveria ter depositado R\$ 10 milhões em Juízo como garantia do cumprimento das medidas emergenciais que devem ser tomadas para impedir o vazamento de um outro reservatório que ainda existe na Fazenda Bom Destino. Um laudo do Ibama apresentado em 27/05 alertava para o risco iminente de um novo acidente no local, inclusive porque o nível de resíduos tóxicos, que se encontram no reservatório ainda intacto, está quatro

centímetros acima do limite de segurança. Ocorreu que, em vez de efetuar o depósito, a companhia ofereceu como caução duas máquinas usadas no processamento de celulose que estariam avaliadas, segundo a Cataguases, em R\$ 13 milhões. O Juízo de 1º Grau, então, não aceitou a permuta e determinou a intervenção judicial, sob a fundamentação de que o maquinário sequer pertence à empresa. As máquinas, conforme informações do Juízo, são propriedade do consórcio de funcionários da extinta Indústria Matarazzo de Papéis, que foi comprada pela Cataguases. O equipamento agora é objeto de uma disputa judicial entre a Indústria de Papel Cataguases e os ex-empregados da Matarazzo, que alegam que a Cataguases estaria descumprindo cláusulas do contrato de compra das máquinas. O Juízo de 1ª Instância concluiu também que haveria indícios de má-fé por parte dos sócios da companhia: desde o acidente, todos os valores pagos à indústria estariam sendo depositados na conta do filho de um dos sócios, para evitar que o dinheiro seja usado para ressarcir os danos ou para as obras que devem ser feitas.

O relator do processo na 2ª Turma, Desembargador Federal Castro Aguiar, entendeu, entre outras fundamentações, que a decisão de 1º grau feriu vários princípios, como o do Devido Processo Legal, por não ter sido ouvido o representante da empresa, dando-lhe oportunidade de defesa. O magistrado ponderou que a decisão infringiu também o Princípio da Inércia, segundo a qual o juiz não pode agir sem que uma das partes peça, sob o risco de o juiz deixar de ser julgador para assumir o papel de executor e de administrador, o que, para o desembargador, desvirtua a função jurisdicional. No caso, explicou Dr. Castro Aguiar, a intervenção só poderia ter sido decretada se o Ministério Público Federal tivesse apresentado uma petição nesse sentido: “A intervenção, como feita, não possui sustentação legal, por desrespeito ao Princípio da Inércia, da Razoabilidade, da Legalidade, do Devido Processo Legal, do Contraditório, dentre muitos outros”. O relator lembrou, na sessão, que o que se quer preservar é a sobrevivência da empresa, tanto para assegurar os empregos de seus funcionários quanto para garantir que ela tenha condições de arcar com as obras que deverão ser executadas e com os eventuais ressarcimentos dos prejuízos já causados, que ainda serão apurados. Mas, para isso, não é necessário determinar a intervenção judicial, bastando destacar peritos que podem regularmente, conforme ordem judicial, averiguar as contas e as atividades das empresas.

► *Proc. 2003.02.01.006906-6*
Julgado em 26/05/2003

3ª Turma determina que INSS pague pensão por morte a homem que viveu 30 anos com companheiro

INSTITUTO ALEGAVA QUE A CONSTITUIÇÃO
SÓ CONSIDERARIA ENTIDADE FAMILIAR A
UNIÃO ENTRE HOMEM E MULHER

A 3ª Turma do TRF – 2ª Região determinou que o INSS pague a um bancário aposentado do Rio pensão por morte de seu companheiro, falecido em 1995. Segundo dados da ação ordinária ajuizada pelo ex-bancário, eles mantiveram um relacionamento homossexual estável durante cerca de 30 anos. A causa foi proposta porque o INSS se recusou a conceder-lhe a pensão por morte, sob a alegação de que a Constituição Federal não reconheceria a união homossexual como entidade familiar, e que esse tipo de relacionamento não seria derivado de um direito natural, como no caso da união entre homem e mulher. Para o INSS, somente a união heterossexual, nos termos do artigo 226 da CF, poderia receber a proteção do Estado, incluindo o pagamento de pensão ao companheiro sobrevivente: *“O fundamento das normas constitucionais repousa num superdireito, oriundo de valores supremos, presente no direito natural, que estaria acima da vontade do constituinte. Todavia, não há qualquer direito natural à união homossexual com reflexos previdenciários. Além disso, é mais que sabido, é público e notório que há resistência no Congresso Nacional à aprovação de projetos que regulamentem a união civil entre homossexuais, sem que se emita, aí, qualquer juízo de valor por parte do INSS, mas sim pelo Congresso Nacional”*.

Contra a sentença de mérito da Justiça Federal favorável ao bancário aposentado, a União apresentou a apelação ordinária, julgada pela 3ª Turma do TRF. Nos termos da decisão da Turma, o INSS deverá pagar multa diária de R\$ 150 até que inscreva o beneficiário como dependente do falecido e comece a pagar as pensões mensais, além de todos os atrasados, com juros e correção monetária.

Documentos anexados ao processo dão conta de que o ex-bancário havia construído um patrimônio junto com seu finado companheiro, durante as quase três décadas em que viveram juntos: já em 1978 compraram um automóvel Passat, ano 1975; em 1980, adquiriram um apartamento na Tijuca (Zona Norte do Rio), onde ainda mora o parceiro sobrevivente; em 1981, os dois fizeram testamento, deixando, cada qual, a totalidade de seus bens para o outro; em 1982, compraram uma casa no município de São Pedro d'Aldeia (Região dos Lagos); ainda, durante todo esse tempo, mantiveram uma conta bancária conjunta.

Também conforme dados dos autos, quando seu companheiro, que também era bancário, morreu de infarto do miocárdio, o aposentado pagou todas as despesas do funeral.

Em 2001, ele teve negado administrativamente o pedido de pensão por morte feito ao INSS. Em sua defesa, o ex-bancário sustentou que a Constituição, em seu artigo 1º, teria instituído a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República e que esse direito estaria sendo violado com a recusa do INSS em conceder seu benefício. Ele alegou também que os documentos juntados ao processo comprovariam a estabilidade e a confiança mútua demonstrada por ele e pelo falecido, comprovando a sua condição de companheiro e garantindo seu direito à pensão por morte, nos termos da Lei nº 8.213, de 1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social.

O INSS alegou que o artigo 16, da própria Lei nº 8.213/91, considera companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada. No raciocínio do instituto, haveria no artigo, textualmente, uma referência respectiva: primeiro refere-se a companheira ou companheiro (com o feminino antes do masculino) e depois a segurado ou segurada (com o masculino antes do feminino). Para o órgão, portanto, no texto da lei, companheira se referiria a segurado e companheiro a segurada, não havendo previsão para companheiros do mesmo sexo.

No entendimento da relatora do processo na 3ª Turma, Desembargadora Federal Tania Heine, não procede a alegação de que o artigo 226 da Constituição Federal não incluiria a união homossexual, porque, para a relatora, o artigo está no capítulo “Família”, não se referindo à questão previdenciária. Entre outras fundamentações, a magistrada destacou que a realidade social evoluiu mais depressa que as leis e cabe ao juiz suprir as brechas legais, interpretando o pensamento e a intenção do legislador: *“Considerando que os ordenamentos jurídicos apresentam lacunas, que se tornam mais evidentes nos dias atuais, em virtude do descompasso entre a atividade legislativa e o processo de transformação por que passa a sociedade, cabe ao juiz, diante das controvérsias às quais falte a norma específica que as discipline, buscar a integração entre o direito e a realidade. As relações homossexuais não devem ser discriminadas, sob pena de serem feridos preceitos constitucionais que afastam, explicitamente, discriminações de qualquer natureza, inclusive em razão da opção sexual do ser humano, ligado à dignidade da pessoa humana”*.

Dra. Tania Heine afirmou, ainda em seu voto, que ficou provada nos autos a vida em comum e ininterrupta entre o autor da causa e seu companheiro, que mantiveram conta bancária conjunta e adquiriram bens, como veículo e mais de um imóvel em nome de ambos, atendendo, dessa forma, aos pré-requisitos legais para a concessão da pensão por morte: “*Considero, portanto,*

*preenchidas as condições exigidas pela Lei nº 8.213/91, vigente à data do óbito do segurado, em 03/04/95, pois restou comprovada a qualidade de segurado do companheiro falecido, a convivência **more uxorio** (à sua maneira, sem ser casados) entre o segurado e o autor, além de sua dependência econômica”.*

► *Proc. 2002.51.01.000777-0*

4ª Turma

4ª Turma impede que cooperativa habitacional aliene apartamentos de seus associados

PROPRIEDADE DE CONJUNTO HABITACIONAL EM SULACAP SERIA TRANSFERIDA PARA A CEF

Uma decisão da 4ª Turma do TRF-2ª Região impede que uma cooperativa habitacional do Rio transfira para a Caixa Econômica a propriedade dos apartamentos adquiridos por seus associados em um condomínio popular no bairro de Sulacap (Zona Oeste). Os associados da cooperativa, que já haviam pago parte das prestações dos apartamentos localizados no Conjunto Habitacional Jardim Sulacap I (rua Guilherme Fernandes, 209), ajuizaram, conjuntamente, uma ação ordinária na Justiça Federal contra a CEF e a Coohabitar – Cooperativa Habitacional Rio Ltda., que estariam se recusando a entregar as escrituras dos imóveis aos cooperativados, nos termos dos pré-contratos de compra e venda firmados por eles com o banco e a cooperativa. Como, logo depois, a Coohabitar, segundo alegam os autores da causa, tentaria transferir a propriedade dos imóveis para a CEF, cinco dos cooperativados – um engenheiro, um auxiliar de escritório, uma servidora pública, um aposentado, um fisioterapeuta e um militar – apresentaram à 1ª Instância da Justiça Federal um pedido de medida cautelar inominada, a fim de impedir, liminarmente, que a empresa efetivasse a alienação dos apartamentos. O julgamento na 4ª Turma ocorreu no recurso apresentado pelos mutuários por conta de a liminar não ter sido concedida pela Justiça Federal. Eles sustentaram que, se fosse concretizada a alienação, seria difícil exigir da cooperativa o cumprimento do contrato, ficando descaracterizada a relação jurídica existente entre eles e a empresa. O mérito da ação ordinária ainda será julgado pelo Juízo de 1º Grau.

Segundo informações do processo, os imóveis foram adquiridos pela Coohabitar em nome da coletividade, parte com recursos próprios dos mutuários e parte com dinheiro financiado pela CEF, através do Sistema Financeiro da Habitação. Os cooperativados alegaram que estariam sendo coagidos

pelo banco, que lhes estaria remetendo cartas com ameaça de despejo em massa, caso não quitassem as prestações que deixaram de pagar desde que ajuizaram a ação ordinária. Eles defenderam que, conforme os termos do estatuto da própria Coohabitar, a alienação dos imóveis não poderia ter sido feita sem prévia aprovação dos associados.

No entendimento do relator do processo na 4ª Turma, Juiz Federal Convocado José Antonio Lisboa Neiva, não procede a fundamentação do Juízo de 1º Grau, no sentido de que a concessão da liminar acabaria resolvendo o mérito da causa, que ainda deverá ser julgado em 1ª Instância, porque os mutuários não pediram, na ação principal, para sustar a alienação dos imóveis para a CEF. O relator também ponderou que existe o perigo da demora de uma decisão de mérito causar dano irreparável ou de difícil reparação para os mutuários, e que a liminar anula esse perigo, além de que, também de acordo com a fundamentação do magistrado, o artigo 273 do Código de Processo Civil permite, inclusive, que o juiz conceda, através de liminar, o que foi pedido na ação principal, desde que exista prova inequívoca e ele se convença de que a alegação do autor da causa é verdadeira. Dr. José Antonio Lisboa Neiva realçou, ainda em seu voto, que, em defesa de uma prestação jurisdicional mais rápida, não há necessidade de exigir que os cooperativados apresentem novo pedido para que a Coohabitar não aliene os apartamentos, dessa vez na ação de conhecimento que tramita na Justiça Federal, como foi o entendimento do Juízo de 1º Grau: “*Diante da economia processual e instrumentalidade do processo, qual benefício para o Direito Processual exigir dos apelantes o ajuizamento de uma ação cognitiva visando ao não-fazer com requerimento de antecipação de tutela, quando estamos diante de uma tutela de urgência do mesmo gênero que a tutela antecipada fundada no **periculum in mora**?*”

► *Proc. 2000.02.01.069703-9*

5ª Turma nega HC para gerente de empresa que cortou oxigênio do Instituto Nacional de Cardiologia de Laranjeiras

A 5ª Turma do TRF-2ª Região negou pedido de *habeas corpus* apresentado pelo gerente, no Rio, da IBG – Indústria Brasileira de Gases Ltda. Os dirigentes da empresa, com sede em Jundiaí (SP), respondem a ação penal na Justiça Federal por terem interrompido o fornecimento de oxigênio líquido para o Instituto Nacional de Cardiologia de Laranjeiras – INCL, porque a União deixou de pagar pelo suprimento de gás medicinal contratado com a empresa. A IBG é a única companhia do ramo que possui capital totalmente nacional. Segundo a denúncia do Ministério Público Federal, o corte no abastecimento de oxigênio teria acarretado o agravamento do estado de saúde de pacientes internados na UTI do hospital e teriam sido suspensas cirurgias de pacientes graves, na maioria crianças. O representante da empresa no Rio de Janeiro apresentou o pedido de HC para trancar a ação penal, cujo mérito ainda será julgado pela 1ª Instância.

Conforme informações dos autos, o contrato entre a IBG e o INCL foi assinado pelo diretor do hospital, o cardiologista Carlos Scherr, e o sócio-gerente da empresa, em maio de 1999, após a IBG ter ganho concorrência pública. Em janeiro de 2000, foi feito um aditivo contratual, aumentando em 25% a quantidade de gás a ser fornecido pela empresa. Por conta disso, e também alegando aumento na tarifa de energia, a IBG pediu reajuste do preço do metro cúbico do oxigênio líquido. O hospital, subordinado ao Ministério da Saúde, suspendeu o pagamento das mensalidades devidas à IBG, enquanto discutia administrativamente o reajuste de preços. Em março de 2000, a IBG ajuizou uma ação ordinária de cobrança contra o hospital, pedindo o pagamento dos valores devidos, com correção monetária, incluindo o valor referente ao consumo excedente. Mas antes de qualquer decisão judicial ser proferida, a IBG parou de abastecer o hospital. O oxigênio estocado no INCL acabou na noite de 21 de março de 2001. A empresa comunicou ao cardiologista Carlos Scherr que só restabeleceria o fornecimento de gases com o pagamento das pendências, que já somavam 586 dias de atraso.

A IBG sustentou que a suspensão dos pagamentos teria gerado graves problemas para a empresa, colocando

em risco a sua sobrevivência. Ela afirmou que o artigo 78 da Lei nº 8.666, de 1993, daria ao contratado o direito de suspender o fornecimento até que fosse normalizada a situação, no caso de atraso superior a 90 dias dos pagamentos devidos pela Administração Pública. Para suprir suas necessidades, o hospital acabou fazendo uma contratação de emergência em outra empresa e, em seguida, providenciou nova licitação. A própria IBG tentou se habilitar como concorrente, mas foi rejeitada, pelo descumprimento do contrato.

Em sua denúncia, o MPF afirmou que não seriam procedentes as alegações da IBG de que não teria como manter o fornecimento de gases com o preço original, já que, em sua proposta para a segunda licitação, a empresa ofereceu o preço de R\$ 1,65 para o metro cúbico de oxigênio líquido, contra o valor de R\$ 1,70 do contrato que ela mesma havia firmado originalmente com o INCL. O MPF sustentou, ainda, que a interrupção do abastecimento só poderia acontecer com ordem judicial, seguindo os Princípios Constitucionais da Continuidade do Serviço Público e da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular e que os representantes da IBG teriam cometido os crimes, previstos no Código Penal, de expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente, com o agravante de se tratar de enfermos e crianças, na maioria.

No entendimento do Desembargador Federal Alberto Nogueira, que proferiu o voto-condutor na 5ª Turma do TRF, também não se justificam as alegações do representante da empresa no Rio, no sentido de que não poderia ser responsabilizado por decisões tomadas pela sede da IBG, sendo ele, como disse em sua defesa, apenas um cumpridor de ordens. O magistrado lembrou que o gerente possui a atribuição de ser o executor das diretrizes e decisões adotadas pela companhia, cabendo-lhe responsabilidade civil e penal pelos atos que executar em nome da sociedade comercial. Dr. Alberto Nogueira destacou, em seu voto, que a IBG, sentindo-se lesada, deveria ter questionado a suspensão dos pagamentos na Justiça, a quem compete, nos termos da lei, solucionar o caso e não retaliar o hospital por conta própria.

Mesmo que obrigatória a denunciação da lide, cabe à União arcar com o pagamento das custas e honorários advocatícios devidos à denunciada, uma vez julgada improcedente a ação principal

A 6ª Turma do TRF-2ª Região manteve a condenação de 1º Grau à União Federal em favor da empresa litisdenunciada, que fornecia refeições nas instalações do Instituto Benjamin Constant. Apesar de ter saído vitoriosa na ação principal, a União foi condenada a pagar custas e honorários de advogado por ter sido extinto o processo da denunciação.

De acordo com as informações nos autos, a mãe de uma servidora federal falecida do Instituto Benjamin Constant ajuizou ação visando à condenação da União a indenizá-la, material e moralmente, pela morte da filha, sob a alegação de que existiam fortes suspeitas de envenenamento por alimentação fornecida na cantina do seu local de trabalho. A autora relata na inicial que, no dia 18 de abril de 1994, a sua filha sentiu fortes dores abdominais logo após ter almoçado na cantina do Instituto e faleceu no dia seguinte, suspeitando que tenha sido envenenada. A União Federal contestou a ação no sentido de que não havia provas nos autos dos fatos alegados e, mesmo assim, denunciou à lide a empresa que fornecia as refeições. A sentença de Primeiro Grau julgou improcedente o pedido da autora, extinguiu o processo da denunciação da lide sem exame do mérito e condenou a União Federal ao pagamento das custas processuais e dos honorários do advogado da litisdenunciada, indo os autos ao Tribunal.

A necessidade da denunciação da lide não desobriga a Administração denunciante de assumir a responsabilidade pelo reembolso das custas e honorários advocatícios devidos ao denunciado, mesmo nos casos de extinção do processo por prejudicialidade.

No entendimento do relator do processo na 6ª Turma, Desembargador Federal André Fontes, a questão controvertida gravita em torno da denunciação da lide, com os ônus daí decorrentes. Embora o *caput* do artigo 70 estabeleça como obrigatória a hipótese do inciso III, que determina que a denunciação da lide é obrigatória “àquele que estiver obrigado, pela lei ou contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”, na verdade, é facultativa, não ensejando a perda do direito de regresso. “*Porém, como se trata da Administração Pública, há o dever e não mero ônus de denunciar a lide ao afirmado titular de responsabilidade regressiva. No caso em tela, verificou-se que o denunciante assumiu as conseqüências do ajuizamento da denunciação, entendida como a ação subordinada à originária e ajuizada antecipadamente à atualidade do afirmado direito do denunciante, bem como instrumentalmente conexa a uma pretensão regressiva e condicionada à uma sentença favorável que a implemente, motivo pelo qual deve-se atuar com cautela, avaliando-se a probabilidade de êxito daquela originariamente ajuizada. Todavia, o pedido originário foi julgado improcedente, tornando prejudicado o pedido regressivo condicionado que, conseqüentemente, exigirá sentença de prejudicialidade, com a condenação da parte vencida na sucumbência*”. No julgamento, a 6ª Turma, por unanimidade, acompanhou o relator para negar provimento ao recurso, mantendo a sentença do Juízo de Primeiro Grau.

► *Proc. 2002.02.01.020973-0*
Julgado em 30/10/2002

ACÓRDÃOS EM DESTAQUE

Inquérito

Proc. 2000.02.01.055358-3 - Publ. no DJ de 13/01/2003, págs. 75 e 76

Relator: Des. Fed. CHALU BARBOSA

Relator p/acórdão: Des. Fed. ALBERTO NOGUEIRA

PROCESSUAL PENAL. PENAL. CRIME PREVISTO NO ART. 70 DA LEI Nº 4.177. INQUÉRITO POLICIAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. DECISÃO POR MAIORIA.

1. De acordo com a tipificação: “Constitui crime a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta lei e nos regulamentos”.
2. Embora não se tenha comprovado a propriedade, isto não exaure a responsabilidade, pois o tipo penal abrange também a utilização e o acusado reconhece que contribuiu com recursos e participou do funcionamento.

Órgão Especial

3. A instrução criminal deve ter seqüência, porque há um lastro, mínimo que seja, em que a autoria está caracterizada pela utilização.

4. Denúncia recebida para instaurar a ação penal.

POR MAIORIA, RECEBIDA A DENÚNCIA.

INSTALAÇÃO OU UTILIZAÇÃO DE TELECOMUNICAÇÕES SEM OBSERVÂNCIA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra deputado estadual por sua participação como fundador da “Rádio Luar do Sertão”, cuja instalação deixou de observar dispositivos legais para o seu financiamento, fazendo o parlamentar incorrer no art. 70 da Lei nº 4.177/62, que tipifica:

“Constitui crime a instalação ou utilização de telecomunicações sem observância do disposto nesta lei e nos regulamentos.”

Após ser notificado, o acusado alegou não ter sido responsável pela fundação da mencionada rádio, nem seu proprietário, “tendo apenas doado alguns recursos, como faz todo político, para que a comunidade de Rio das Pedras a criasse, jamais interferindo em sua administração ou gestão”.

O Des. Fed. CHALU BARBOSA, relator originário, considerou não existir nos autos comprovação da propriedade da rádio por parte do deputado e que o fato de ele ser entrevistado semanalmente não poderia ser valorizado além de uma homenagem ao político que ajudou a comunidade a possuir uma estação radiofônica.

A maioria dos julgadores, no entanto, acompanhou o entendimento do Des. Fed. ALBERTO NOGUEIRA, tal como exprimiu em seu voto:

“... o tipo penal abrange instalação, quer dizer, que não se tenha comprovado e a propriedade não exime a responsabilidade, porque se utilizou, ainda que com entrevistas e pelo tipo de programa.

Então, quer me parecer, com a devida vênia, que a instrução criminal nesse caso deve ter seqüência, porque há um lastro, mínimo que seja, em que a autoria está caracterizada pela utilização. Agora, se essa utilização foi circunstancialmente inocente, um mero convite... Mas ele afirma que costumava... Está aqui, nas declarações, pelo menos no relatório apresentado pelo eminente Presidente.

De modo que, renovando a minha vênia, estou recebendo a denúncia, porque acho que ela contém aquele mínimo de provas suficiente para instaurar a ação penal.”

No estudo comparado de jurisprudência, encontramos os seguintes acórdãos pertinentes ao assunto:

- STJ:
 - ⇒ REsp 363281/RN (DJ de 10/03/2003, pág. 152)
- TRF-1:
 - ⇒ RCCR 2000.38.00.022577-4 (DJ de 12/06/2003, pág. 81)
- TRF-2:
 - ⇒ RCCR 98.02.08649-5 (DJ de 23/03/99) – Primeira Turma – Rel. Des. Fed. Ney Fonseca
“PENAL – PROCESSUAL PENAL – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – LEI Nº 4.117/62 – ART. 70.
I - AUSÊNCIA DE CULPABILIDADE.
II - RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.”
 - ⇒ AG 2001.02.01.041325-0 (DJ de 20/06/2002) – Segunda Turma – Rel. Des. Fed. Castro Aguiar
“ADMINISTRATIVO – EMISSORA DE RADIO-DIFUSÃO COMUNITÁRIA – NECESSIDADE DE CONCESSÃO, PERMISSÃO OU AUTORIZAÇÃO DA UNIÃO.
I - Nos termos do art. 21, inciso XII, da Constituição, os serviços das emissoras de radiodifusão comunitária configuram serviço público concedido, permitido ou autorizado e, como tal, sujeito à imprescindível, necessária e inafastável concessão, permissão ou autorização do poder concedente, a União, tendo esta competência não apenas para fiscalizar o funcionamento desses serviços, como para proibir que funcionem aqueles não regularmente autorizados.
II - Recurso provido.”
 - ⇒ HC 2002.02.01.034555-7 (DJ de 11/03/2003) – Terceira Turma – Rel. Des. Fed. Paulo Barata
“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RADIODIFUSÃO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. INQUÉRITO POLICIAL.
1. A ação de habeas corpus é remédio adequado para o trancamento de inquérito policial quando o fato for manifestamente atípico.
2. Inviável o trancamento do inquérito policial, pois, ao menos em tese, o indiciado, ao operar clandestinamente emissora de rádio, infringiu o art. 183 da Lei nº 9.472/97.
3. Recurso a que se nega provimento.”

⇒ RHC 2002.02.01.003523-4 (DJ de 19/06/2002, pág. 153) – Quarta Turma – Rel. Des. Fed. Valmir Peçanha

“HABEAS CORPUS – SERVIÇO DE RADIO-DIFUSÃO COMUNITÁRIA – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO – CRIME DESCRITO NO ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97 – TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL – IMPOSSIBILIDADE.

I - A liberdade de expressão e comunicação (art. 5º, IX, da CF), bem como a garantia do pleno exercício dos direitos culturais e o incentivo à valorização e difusão das manifestações culturais (art. 215 da CF) não afastam a exigência de autorização do Poder Executivo para a exploração dos serviços de radiodifusão (art. 223 da CF).

II - A instalação e funcionamento de rádio sem autorização, concessão ou permissão do Poder Público (art. 21, XII, ‘a’, da CF) constitui crime, em tese, ainda que se trate de emissora de baixa potência, sem fins lucrativos.

III - A Lei nº 9.612/98 mantém a exigência de autorização para exploração da atividade em tela, não procedendo o argumento de que tal lei não tipifica como crime o funcionamento das radiodifusoras comunitárias sem autorização do Poder Público, tendo em vista o disposto em seu art. 2º.

IV - Encontrando-se configurada como infração penal, em tese, a conduta do recorrente, incabível se afigura, no caso, o trancamento do inquérito policial, via adequada para investigar quanto à tipicidade da conduta e intenção do agente.

V - Recurso de habeas corpus desprovido.”

⇒ ACR 2000.02.01.052384-0 (DJ de 05/03/2002) – Sexta Turma – Rel. Des. Fed. André Fontes

“RÁDIO COMUNITÁRIA. ART. 70 DA LEI Nº 4.117/62. AUTORIA COMPROVADA, AINDA QUE O RÉU NÃO FOSSE MAIS O PRESIDENTE DA ESTAÇÃO DE RÁDIO NO MOMENTO DO FLAGRANTE. RÁDIOS COMUNITÁRIAS. LEI Nº 9.612/98.

1. O denunciado admitiu haver fundado e presidido a estação de rádio clandestina, como apontado pelo outro acusado, restando comprovada a autoria.

2. Lacrada a estação de rádio em abril de 1997, antes da entrada em vigor da Lei nº 9.472/97, subsume-se a conduta ao tipo penal previsto no art. 70 da Lei nº 4.117/62.

3. A liberdade de manifestação e informação assegurada pelo art. 220 da Constituição da República deve ser compatibilizada com a regra do art. 223, segundo a qual compete ao Poder Executivo outorgar e renovar as concessões, permissões e autorizações para o serviço de radiodifusão sonora. Na medida em que o espectro de radiofrequências constitui bem público finito, cabe ao Estado disciplinar sua utilização racional, sendo legítima, por isso, a exigência de prévia autorização para a atividade de radiodifusão, bem como a criminalização da operação não-autorizada.

4. O fato de a Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) haver esgotado a matéria penal e de a Lei nº 9.612/98 (Lei das Rádios Comunitárias) limitar-se a prever as infrações administrativas não autoriza a conclusão de que os tipos penais não alcançam a operação ilegal das rádios comunitárias.

5. Pena definitiva fixada no mínimo legal de um ano, diante da falta de circunstâncias judiciais desfavoráveis e de qualquer circunstância agravante. Preenchidos pelo réu os requisitos do art. 44, § 2º, do Código Penal, é de rigor a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito, consistente na entrega de três cestas básicas, mensais, pelo tempo da condenação a entidades assistenciais indicadas pelo Juízo da Execução.

6. Recurso provido.”

● TRF-3:

⇒ ACR 1999.61.07.000661-9 (DJ de 20/05/2003, pág. 435)

● TRF-4:

⇒ ACR 2000.71.03.001096-6 (DJ de 07/05/2003, pág. 808)

● TRF-5:

⇒ ACR 2002.05.00.013311-4 (DJ de 21/12/2002, pág. 647)

Ação Rescisória

Proc. 1999.02.01.042483-3 - Publ. no DJ de 25/02/2003, pág. 150

Relator: Des. Fed. NEY FONSECA

ADMINISTRATIVO – AÇÃO RESCISÓRIA – PROMOÇÕES DE MILITARES ANISTIADOS – MERECIMENTO – INVIABILIDADE – ARTIGO 485, III, V E VII.

I - Inocorrência da alegada violação a disposição literal de lei, visto que a decisão rescindenda permanece em sintonia com a jurisprudência pacificada nos tribunais e, em particular, com a orientação do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as promoções asseguradas pelo art. 8º do ADCT da Constituição Federal não alcançam aquelas sujeitas a critérios subjetivos e competitivos.

1ª Seção

II - Os documentos novos apresentados pelos autores não são aptos para sustentar a pretensão rescisória já que a decisão rescindenda deu-se por fundamento de direito e não de fato, como também pelos aspectos extrínsecos e intrínsecos que comprometem a sua autenticidade.

III - Descabida a pretensão fundada no inciso III do art. 485 do CPC baseada em mera presunção dos da parte autora de ocorrência de violação, pela ré, do dever de se proceder com boa-fé.

IV - Pedido improcedente. Acórdão mantido.

POR MAIORIA, NEGADO PROVIMENTO À AÇÃO.

PROMOÇÃO POR MERECIMENTO DE MILITARES ANISTIADOS

Dois Subtenentes da Reserva Remunerada de 1ª Classe do Exército ajuizaram ação rescisória em face da União Federal, com fundamentos nos incisos III, V e VII do art. 485 do CPC, visando a desconstituir acórdão unânime da Egrégia 2ª Turma deste Tribunal, relatado pelo Des. Fed. Silvério Cabral, transitado em julgado em 07/10/97, que reformou a sentença prolatada na Instância *a quo*, em ação ordinária que objetivava promoção dos autores, como se em atividade estivessem, com fulcro no art. 8º do ADCT da CF/88 e na Emenda Constitucional nº 26/85, por entender que o direito às promoções estaria condicionado ao preenchimento de exigências de aproveitamento e escolaridade, além de interstício da idade limite.

Pleitearam os autores a rescisão do acórdão, de forma que seja mantida a sentença de 1º Grau que os promoveu ao posto de Capitão. Sustentaram que a União faltou com o dever de lealdade e boa-fé por não ter informado a esta Corte a existência de documentos novos juntados; que a decisão rescindenda violou a Emenda Constitucional nº 26/85; que não se aplicam aos anistiados as penalidades e o regime jurídico atinentes a critérios subjetivos de merecimento e escolha e ao curso e formação; que, por estarem dentro do interstício, o acórdão rescindendo admitiu fato inexistente – que os autores certificados de conclusão de cursos de 2º Grau, pelo primeiro autor, e de Direito pelo segundo autor.

Para rejeitar o pedido de ação rescisória, o Des. Fed. Ney Fonseca, cujo voto foi referendado pela maioria, apoiou-se principalmente no entendimento de que o art. 8º do ADCT/88 não contempla os militares anistiados com promoções por merecimento, proclamado pela Suprema Corte, como se comprova no Recurso Especial nº 268.759/DF, relatado pelo Min. Néri da Silveira, e publicado no DJ de 11/06/99. Com relação aos documentos novos juntados pelos autores, assim se manifestou:

“É de se registrar, por derradeiro, que os autos não trazem sequer notícia de que as normas contidas nos documentos novos ora apresentados, que carecem de elementos essenciais do ato

administrativo, qual seja o requisito da publicidade, tenha sido aplicado concretamente na promoção de qualquer militar punido por ato de exceção, dispensando-o de requisitos essenciais de mérito. Os paradigmas trazidos à colação obtiveram promoções até o posto de Capitão, atendendo às exigências da legislação aplicável, conforme observação ao pé de cada documento.”

Em seu voto vencido, a Juíza Federal Convocada Regina Coeli Peixoto, ao acolher a ação rescisória, citou a Medida Provisória nº 65, de 28 de agosto de 2002, que regulamentou o art. 8º do ADCT, que em seu art. 6º dispôs:

“Art. 6º. O valor da prestação mensal, permanente e continuada, será igual ao da remuneração que o anistiado político receberia se na ativa estivesse, considerada a graduação a que teria direito, obedecidos os prazos para promoção previstos nas leis e regulamentos vigentes, e asseguradas as promoções ao oficialato, independentemente de requisitos e condições, respeitadas as características e peculiaridades dos regimes jurídicos dos servidores públicos civis e dos militares, e, se necessário, considerando-se os seus paradigmas.”

O estudo comparado de jurisprudência possibilitou a localização dos seguintes acórdãos correlatos ao comentado no presente:

- STF:
 - ⇒ RCL 2075/RN (DJ de 25/10/2002, pág. 48)
- STJ:
 - ⇒ AR 208/DF (DJ de 12/05/2003, pág. 209)
- TRF-1:
 - ⇒ AMS 1995.01.30815-4 (DJ de 27/06/2002, pág. 810)
- TRF-2:
 - ⇒ AC 95.02.04085-6 (DJ de 30/07/2002, pág. 160)
 - Primeira Turma – Rel. Juiz Convocado Luiz Antônio Soares
 - “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANISTIA. MILITAR. PROMOÇÃO. CONDIÇÕES PECULIARES.

1. Falta da presença dos requisitos exigidos para que se assegure ao militar anistiado direito à promoção que atingiria, se continuasse na ativa.

2. Recurso da União Federal e remessa providos. Recurso da autora improvido.”

⇒ EDAC 98.02.21970-3(DJ de 22/03/2001) – Segunda Turma – Rel. Des. Fed. Sergio Feltrin
 “**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TERMO INICIAL DA CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. PROMOÇÃO POR ANTIGÜIDADE. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. LEI Nº 5.787/72.**
 - O termo inicial do reconhecimento do tempo de serviço e suas repercussões financeiras foram abordados no voto, mostrando-se despicienda a inclusão destes termos na ementa, já que o acórdão faz remissão ao aludido voto.

- Reconheceu-se ao embargante exatamente o direito às promoções por antigüidade, excluindo-se apenas aquelas por merecimento, daí resultando a impossibilidade de se utilizar o paradigma apontado. Inexistência de omissão.

- O voto é expresso quanto à incidência do art. 120 da Lei nº 5.787/72, no sentido de que o autor foi contemplado por este diploma legal quando transferido para reserva remunerada no posto que detinha, com proventos de Coronel, por contar mais de 35 anos de serviço, devendo aquele tempo de serviço ser computado também quando da promoção ao posto de Tenente-Coronel.

- Embargos de declaração improvidos.”

⇒ AC 2001.51.01.000846-0 (DJ de 14/05/2003, pág. 74) – Terceira Turma – Rel. Des. Fed. Francisco Pizzolante

“**CONSTITUCIONAL – MILITAR – ANISTIA – LEI Nº 6.683/79 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26/85 – ARTIGO 8º DO ADCT DA CF/88 – EFEITOS FINANCEIROS – PROMOÇÃO POR MERECE-
 MENTO.**

- A Lei nº 6.683/79 concedeu anistia a todos aqueles que foram punidos com base em atos institucionais e complementares no período entre 02/09/71 e 15/08/79. A Emenda Constitucional nº 26/85 e o artigo 8º do ADCT da CF/88 estenderam o benefício da anistia aos que foram afastados por motivo de ordem exclusivamente política e por atos de exceção. Tendo em vista que o autor comprovou que foi atingido por ato de cunho político, faz jus ao benefício da anistia, bem como faz jus às promoções e vantagens a que teria direito se estivesse em serviço, observados os critérios de antigüidade e não de expectativa vinculada

ao critério de merecimento, que pressupõe a aprovação em concurso de admissão e posterior aproveitamento em curso exigido por lei ou por atos regulamentares, conforme entendimento firmado pelos Tribunais Superiores. Efeitos financeiros a partir da data da promulgação da Constituição Federal/88 (art. 8º, § 1º, do ADCT). Dar parcial provimento à apelação do autor para que os honorários advocatícios sejam fixados em 10% sobre o valor da condenação. Apelação da União Federal a que se nega provimento. Remessa oficial, considerada interposta, a que se dá parcial provimento, para que os efeitos financeiros sejam computados a partir de 18/01/96, tendo em vista que a ação foi ajuizada em 18/01/2001.”

⇒ AG 2000.02.01.036173-6 (DJ de 29/10/2002, pág. 341) – Quarta Turma – Rel. Des. Fed. Benedito Gonçalves

“**PROCESSUAL CIVIL E MILITAR – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA ANTECIPADA – ART. 8º DO ADCT – MILITAR REINTEGRADO À MARINHA POR MOTIVO DE PERSEGUIÇÃO POLÍTICA – GARANTIA ÀS PROMOÇÕES A QUE FARIA JUS SE NA ATIVA ESTIVESSE – PRECEDENTES.**

I - O agravante foi indubitavelmente expulso das fileiras do serviço ativo da Marinha, desde 31/07/64, por ato de inspiração política, já que fundado no art. 91 do Estatuto dos Militares, c/c o art. 36 do mesmo Estatuto e do art. 7º do Ato Institucional de 09/04/64.

II - Com o advento da Lei nº 6.683/79, este veio a ser anistiado e reintegrado nas Forças Armadas, em virtude da edição da Portaria nº 1.636/80, cujo efeito perdurou até 1982. Em cumprimento à decisão judicial transitada em julgado (REsp nº 8.653/STJ), o diretor do Pessoal Militar da Marinha restabeleceu os efeitos daquela portaria, pela qual o agravante havia sido considerado anistiado e reintegrado na mesma graduação – Soldado.

III - A Emenda Constitucional nº 26/85 e, especialmente, o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias à CRFB/88 concederam aos anistiados melhores condições, garantindo-se-lhes as promoções a que fariam jus, se na ativa estivessem.
 IV - Exsurge a plausibilidade do direito invocado pelo agravante, bem como a verossimilhança das alegações, nos exatos termos do art. 273 do CPC, respaldada em farta jurisprudência desta Corte, das Cortes Regionais e Superiores acerca do tema.

V - Não há que se falar na incidência do disposto na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04, em virtude de decisão plenária unânime proferida pelo Eg. STF, quando da análise do AGRRC nº 1.067-8/RS, Rel. Min. Otávio Galloti, DJU de 03/09/99.

VI - Não se trata, *in casu*, de anistiar o agravante, eis que este já foi anistiado e reintegrado às Forças Armadas, mas tão somente garantir-lhe o direito às promoções a que faria jus se na ativa estivesse.

VII - O Pretório Excelso já firmou entendimento no sentido de ser inaplicável à espécie as promoções por merecimento, uma vez que elas, por sua própria natureza, geram apenas expectativa de direito (cf. RE nº 141.367-1, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 06/11/92).

VIII - Agravo parcialmente provido, para reconhecer ao agravante o direito às promoções por antigüidade a que faria jus se no serviço ativo da Marinha estivesse, devendo as parcelas atrasadas ser apuradas somente quando da liquidação de sentença, nos termos do art. 100 da CRFB/88.”

⇒ AC 2001.02.01.031756-9 (DJ de 29/08/2002, pág. 229) – Sexta Turma – Rel. Des. Fed. Sergio Schwartz

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – MILITAR – ANISTIA – MOTIVAÇÃO POLÍTICA –

ATO Nº 424/64 E EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS Nº 138/64 – PROMOÇÃO POR MERECIMENTO.

I - Estão abrangidos pela anistia de que trata a Lei nº 6.683/79, a EC nº 26/85 e o art. 8º do ADCT os militares que participaram da Reunião do Sindicato dos Metalúrgicos, em 1964, excluídos pelo Ato nº 424/64, ou com referência expressa à Exposição de Motivos nº 138/64, o que comprova o cunho político exigido pela aludida norma.

II - As promoções asseguradas pela aplicação das leis de anistia limitam-se às que teriam direito os militares se houvessem permanecido no serviço ativo, excluindo as promoções por merecimento e as que só poderiam ser obtidas se admitidos em determinado curso. Precedentes do Eg. STF.

III - Recurso voluntário parcialmente provido.”

- TRF-3:
⇒ AC 96.03.023668-3 (DJ de 09/10/2002, pág. 328)
- TRF-4:
⇒ AC 2000.04.01.017268-3 (DJ de 15/08/2001)
- TRF-5:
⇒ AC 98.05.01783-4 (DJ de 06/07/1998, pág. 446)

Embargos Infringentes em Apelação Cível

Proc. 2000.02.01.012520-2 - Publ. no DJ de 10/09/2002

Relator: Des. Fed. ANDRÉ FONTES

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. EXECUÇÃO FORÇADA. NOVAÇÃO DA OBRIGAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INDENIZAÇÃO.

I - Novação é conversão de uma dívida em outra para extinguir a primeira (Bevilacqua), e, sabidamente, um modo de extinção *ipso iure* de uma obrigação, concebido pelo Direito Romano a partir da figura da novatio (Moreira Alves), fundado no Princípio da Equidade (Caio Mario), que se verifica se duas partes manifestam o ânimo de substituir uma relação a outra precedente (*animus novandi*), mesmo que a vontade de extinguir a anterior obrigação com a criação de uma nova relação (*aliquid novi*) fique evidenciada por documento que não a tipifique e a nomine expressamente.

II - Se a repactuação liberatória decorre de ato normativo de instituição financeira, no qual a forma do documento não registra a declaração da credora e exige tão-somente o comportamento de aceitação pela parte contrária, enquadra-se o negócio no instituto das “relações contratuais fáticas”, ou ainda “conduta social típica” concebida originariamente pelo Direito Alemão (Haupt), pacificada e difundida como “relações obrigatórias sem declaração de vontade” (Larenz), ou “para-contratuais” (Ricca) ou “contrato-realidade” (de la Cueva) como mais se conhece no Brasil, especialmente no Direito do Trabalho e, via de conseqüência, estará apta a, analogamente, produzir os mesmos efeitos dos contratos em geral, por revelarem verdadeiras formas de pactuação que se ajustam às necessidades e urgências da vida moderna e que concordantemente configuram nova maneira de exteriorização de vontade negocial (Santos Briz).

III - Não constitui *bis in idem* a aplicação simultânea da sanção pecuniária prescrita no art. 1.531 do Código Civil com a multa penitencial do art. 18 do Código de Processo Civil, por terem natureza e finalidades diversas, sendo a primeira, de natureza obrigacional, destinada a evitar excessos nas pretensões deduzidas e a outra, de natureza processual, visando a inibir comportamentos escusos nos tribunais.

IV - O “desrespeito à corte”, também chamado de “desacato à corte” ou “atentado à corte”, traduzido do termo “*Contempt of Court*”, revelado em outros sistemas jurídicos, principalmente no Direito Anglo-Saxão, no qual em razão do elemento (*rectius*: poder) *coertio* contido na jurisdição, por atitude das partes ou de seus advogados de práticas consideradas atentatórias à respeitabilidade, à autoridade e à dignidade do tribunal, como, no caso, a sonegação de prova por uma das partes, poderia o juiz ordenar a prisão como medida coercitiva destinada a impedir que façam o que bem lhes aprouver, de modo a impor limites de ética e decência, somente pode ser considerado *de lege ferenda* (Fragoso Pires), já que vige no Brasil a sistemática da litigância de má-fé com suas conseqüentes peculiaridades patrimoniais, que constitui forma mais mitigada ou atenuada de constrição.

2ª Seção

V - O Direito da Empresa é informado pela Teoria da Asserção, razão pela qual na configuração e registro das sociedades empresariais, deve ser declarado no ato registral da pessoa jurídica que a sua atividade-fim indicada (como objeto do ato constitutivo, entende-se: negócio jurídico complexo constitutivo) se destinará à produção e à circulação de bens ou serviços e, como tal, registrada na junta comercial e, de modo contrário, se a atividade-fim declarada for a prestação de serviço intelectual de natureza científica ou artística será simples a sociedade, com registro no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, mesmo que na consecução de seus fins, utilize como atividade-meio a empresarial, como, por exemplo, o serviço de pesquisa de opinião pública.

V - Recurso provido para fazer prevalecer o voto objeto da divergência, e declarar extinta a execução, com a conseqüente liberação da penhora da efetivada, bem como para condenar a Caixa Econômica Federal no pagamento de indenização no valor atualizado do débito (art. 1.531 do Código Civil) e multa de 1% (um por cento), com base no art. 17, II, do Código de Processo Civil e honorários advocatícios na base de 10% (dez por cento), ambos sobre o valor da causa.

POR MAIORIA, PROVIDO O RECURSO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

NOVAÇÃO DA OBRIGAÇÃO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

O Des. Fed. André Fontes expõe a questão em seu relatório:

“Cuida-se de embargos infringentes interpostos pelo Instituto Nacional de Pesquisa GERP LTDA. de acórdão proferido pela Egrégia 2ª Turma deste Tribunal que, por unanimidade, negou provimento à apelação do ora embargante e, nos termos do voto prolatado pelo Desembargador Federal Cruz Netto, por maioria, deu parcial provimento ao recurso de apelação da Caixa Econômica Federal para ‘excluir da sentença a condenação de indenização no valor do débito e da multa por litigância de má-fé (letras ‘b’ e ‘c’ do dispositivo da sentença, fls. 235)’, vencido nesta parte o relator, Desembargador Federal Paulo Espírito Santo, que negava provimento.

No seu recurso de fls. 355/410, afirma a embargante que o voto-condutor proferido pelo Des. Fed. Cruz Netto, objeto da divergência, apresenta-se divorciado do arcabouço fático e jurídico traduzido nos autos. Para tanto, sustenta que a novação da dívida objeto de instrumento de confissão, título em que se fundou a execução instaurada pela Caixa Econômica Federal, daria ensejo à suspensão da execução que, doravante, passaria a ter como fundamento o contrato de renegociação da dívida, o que não se deu. Desta forma, pugna pela prevalência do voto do eminente relator, Desembargador Federal Paulo Espírito Santo, para manter a condenação daquela empresa pública no pagamento da indenização, nos termos do art. 1.531 do Código Civil e 42 da Lei nº 8.078/90, bem como na litigância de má-fé (art. 17, I, do CPC). Contra-razões às fls. 482/491, nas quais a Caixa Econômica Federal pugna pela manutenção do acórdão recorrido.”

Por maioria, os membros da Segunda Seção desta Corte acordaram em dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do relator, vencidos em parte os Desembargadores Federais Rogério

Carvalho e Fernando Marques, que proviam parcialmente o recurso tão-somente para condenar a Caixa Econômica no pagamento de indenização de que trata o art. 1.531 do Código Civil. Vencidos os Desembargadores Federais Cruz Netto e Sergio Schwaitzer, que negavam provimento ao recurso.

Logo no início de seu voto, o relator apresentou os fundamentos de sua decisão:

“Conforme noticiado nos autos, a Caixa Econômica Federal iniciou execução forçada com base em Contrato Particular de Confissão de Dívida nº 0218.000.-0 (fls.6), firmado em 08/12/93. Referido instrumento declarava uma dívida no valor consolidado de R\$ 52.233.947,00 (cinquenta e dois milhões duzentos e trinta e três mil novecentos e quarenta e sete reais), a serem pagos em 36 (trinta e seis) parcelas fixas de R\$ 2.932.512,96 (dois milhões trezentos e noventa e dois mil quinhentos e doze reais e noventa e seis centavos), garantidas por notas promissórias.

Entretanto, a dívida consolidada, após abatimento das parcelas já pagas pelo devedor, foi objeto de renegociação com base na Circulação Normativa nº 14/94, datada de 01/03/94, extinguindo a anterior e fixando o novo valor consolidado em R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), a serem pagos em quatro parcelas reajustáveis de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), sendo certo que o ora embargante saldou as duas primeiras parcelas em 02/08/94 e 02/09/94, respectivamente (fls. 431/433). Deve aqui ser ressaltado que a execução proposta pela Caixa Econômica Federal iniciou-se em 13/05/94 e, em 01/03/96, foi efetuada a penhora do bem dado em garantia da execução (fls. 446) quase dois após a comunicação extra-autos realizada pela ora embargada da existência da repartição (fls. 439).

*Diante destes fatos, outra não é a conclusão de que os embargos infringentes devem ser providos, para a manutenção **in totum** do bem lançado voto do eminente Desembargador Federal Paulo Espírito Santo, que confirmou a sentença de Primeiro Grau para declarar extinta a execução apensada a estes*

autos, determinando a liberação da penhora efetivada e a condenação da ora embargada no pagamento de indenização no valor atualizado do débito e multa no valor de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 17, II, do Código de Processo Civil, bem como honorários advocatícios fixados em 10% também sobre o valor da causa. Senão, vejamos.

É indene de dúvidas que a execução instaurada, conquanto tivesse por base contrato inadimplido pelo ora embargante, prosseguiu após a novação da obrigação, nos termos do art. 999 do Código Civil, devidamente comprovada nos autos por meio de prova documental (fls. 423) e testemunhal (fls. 434/437). Assim, com a devida vênia, não merece prosperar a tese sustentada no voto-condutor do v. acórdão recorrido, no sentido de que, tendo sido renegociada a dívida após a instauração da execução, não há que se falar em pagamento de indenização nos termos do art. 1.531 do Código Civil, bem como em litigância de má-fé, vez que no momento do ajuizamento da ação o devedor encontrava-se inadimplente.”

Acórdãos pertinentes localizados na pesquisa de jurisprudência:

- STF:
 - ⇒ RE 89752/RJ (DJ de 12/08/88, pág. 19.515)
- STJ:
 - ⇒ RESP 470435/RS (DJ de 24/02/2003, pág. 332)
- TRF-1:
 - ⇒ AC 2001.38.00.013949-2 (DJ de 23/05/2003, pág. 221)
- TRF-2:
 - ⇒ AC 2002.02.01.035044-9 (DJ de 29/10/2002, pág. 261) – Primeira Turma – Rel. Juíza Convocada Regina Coeli Peixoto
 - “**PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITO PARCELADO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO.**
 - Obtido o parcelamento do débito após o ajuizamento da execução fiscal, incabível a extinção do processo antes do pagamento de todas as prestações avençadas, impondo-se sua suspensão até a extinção integral da obrigação.
 - Recurso provido.”
 - ⇒ HC 96.02.25437-8 (DJ de 12/12/96, pág. 96) – Segunda Turma – Rel. Des. Fed. Silvério Cabral
 - “**HABEAS CORPUS. DÉBITO TRIBUTÁRIO. LEI Nº 9.249, ART. 34.**
 - O **PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO QUANDO CONCEDIDO PELA REPARTIÇÃO COMPETENTE ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA EXTINGUE A PUNIBILIDADE DO DELITO PORQUE O ACORDO DA CONFISSÃO DE DÍVIDA IMPLICA NOVAÇÃO QUE É MODALIDADE EXTINTIVA DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL.**

- O ART. 34 DA LEI Nº 9.249/95 MANTEVE O PAGAMENTO DO TRIBUTO OU CONTRIBUIÇÃO SOCIAL, ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, COMO CAUSA EXTINTIVA.

- ORDEM DE **HABEAS CORPUS** CONCEDIDA.”

⇒ AG 2000.02.01.022663-8 (DJ de 28/06/2001) – Terceira Turma – Rel. Juiz Conv. Ricardo Perlingeiro

“**PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO – DEPÓSITOS – LEVANTAMENTO – ART. 899, § 1º, DO CPC.**

1 - O levantamento dos valores incontroversos libera parcialmente o devedor, nos limites do depósito, sem prejuízo de ser discutido o remanescente (art. 899, parágrafo único, do CPC).

2 - O pagamento direto entre devedor e credor é incabível, pois implica extinção extrajudicial da obrigação material e, eventualmente, novação.

3 - Agravo provido parcialmente.”

⇒ AMS 99.02.20539-9 (DJ de 13/11/2001) – Sexta Turma – Rel. Des. Fed. André Fontes – Rep. em 05/02/2002

“**PARCELAMENTO DE DÉBITO. NOVAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA.**

I - Uma vez realizado o parcelamento da dívida junto à autarquia federal, novada está a obrigação, cujo adimplemento corresponde ao pagamento das prestações acordadas, fato que torna inexigível a obrigação originária.

II - A Carta de 1988 assegura o direito à obtenção de certidões, independentemente do pagamento de taxas (art. 5º, XXXIV, ‘b’) e o Código Tributário Nacional, em seu art. 206, equipara à Certidão Negativa de Débito a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, para os casos de créditos tributários que estejam com a sua exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151 do mesmo diploma legal.

III - Deferido o parcelamento sem a imposição de garantias, descabida a sua exigência **a posteriori** para fins de certificação de estados de fato, vez que a lei tributária não faz qualquer ressalva quanto ao tema. Demais disso, erigido à condição de lei complementar o Código Tributário Nacional, não pode disposição constante de lei ordinária – art. 47, § 8º, da Lei nº 8.212/91 – pretender dispor de forma diversa, em homenagem ao Princípio da Especialidade.

IV - Recurso e remessa necessária desprovidos.”

- TRF-3:
 - ⇒ AC 93.03.088110-9 (DJ de 04/11/98, pág. 194)
- TRF-4:
 - ⇒ AC 1999.04.01.078894-0 (DJ de 29/11/2000, pág. 380)
- TRF-5:
 - ⇒ AC 99.05.18145-8 (DJ de 20/04/2001, pág. 972)

Apelação em Mandado de Segurança
Proc. 2002.02.01.023311-1 - Publ. no DJ de 29/04/2003, pág. 121
Relatora: Des. Fed. JULIETA LÍDIA LUNZ

1ª Turma

PREVIDENCIÁRIO E CIVIL – RESSARCIMENTO DOS CUSTOS DO SUS – EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – DUPLICIDADE DE ENCARGOS SOCIAIS QUE NÃO SE HÃO DE COMPENSAR.

I - A questão versa sobre a natureza do ressarcimento decorrente dos serviços de atendimento à saúde previstos nos contratos celebrados com as operadoras de planos de saúde e efetivados em instituições públicas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde.

II - A vinculação previdenciária obrigatória está prevista na Lei nº 8.213/91, bem como no § 6º do art. 195 da Constituição Federal.

III - Já a vinculação contratual dos chamados planos de saúde, sobre não ter o caráter obrigatório, não se há de confundir com a prestação previdenciária e de saúde, enquanto dever inafastável do Estado, a teor do art. 196 da Constituição Federal.

IV - O dever do Estado em prestar a assistência à saúde não pode ser suprido ou complementado “compulsoriamente” pela prestadora de plano de saúde complementar e custeado unicamente pelo beneficiário.

V - Não há espaço para que se confundam os serviços complementares de saúde prestados pelas empresas privadas e os serviços efetuados a cargo do Sistema Único de Saúde, até porque, sendo duas e independentes as vinculações ao SUS e às entidades de saúde cooperativas, não se confundem e nem são interdependentes.

POR MAIORIA, PROVIDA A APELAÇÃO.

RESSARCIMENTO DOS CUSTOS

Em rápidas palavras, a Des. Fed. Julieta Lunz apresenta a questão em foco:

“Trata-se de remessa necessária e de apelação interposta por UNIMED – BARBACENA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA. em face da decisão que julgou improcedente o pedido, denegando a segurança requerida contra ato do gerente de arrecadação e finanças da Agência Nacional de Saúde – ANS, no sentido de desobrigar-se do pagamento da exação instituída pelo art. 32 da Lei nº 9.656/98 e seus parágrafos, por considerar inconstitucional a referida obrigação.

A Unimed argumenta, em resumo, ser ilegal a exigência do ressarcimento ao SUS, por ofensa aos artigos 6º e 196 da Constituição Federal/88, acenando, não apenas a natureza tributária da referida cobrança, porém sem os requisitos legais necessários à sua vigência (artigos 77 e 78 do Código Tributário Nacional e art. 145, incisos II e III, da Constituição Federal/88).”

Por maioria, vencido o Des. Fed. Carreira Alvim, a Primeira Turma acompanhou o voto da relatora, dando provimento à apelação, com o teor que a seguir reproduzimos:

“(…) Nota-se que a questão versa sobre a natureza do ressarcimento decorrente dos serviços de atendimento à saúde previstos nos contratos celebrados com as operadoras de planos de saúde e efetivados em instituições públicas conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde. Com efeito, a vinculação previdenciária

obrigatória, prevista na Lei nº 8.213/91, bem como no § 6º do art. 195 da Constituição Federal, importa que:

‘Art. 195. A Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

..... § 6º. As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos 90 (noventa) dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, ‘b’.”

Já a vinculação contratual dos chamados planos de saúde sobre não ter o caráter obrigatório, não se há de confundir com a prestação previdenciária e de saúde, enquanto dever inafastável do Estado, a teor do art. 196 da Constituição Federal.

Nota-se, pois, que em sede de assistência à saúde, o usuário possui o direito contra o Estado, o que não o inibe de contratualmente buscar assistência através de planos de saúde.

Em síntese, o dever do Estado em prestar a assistência à saúde não pode ser suprido ou complementado ‘compulsoriamente’ pela prestadora de plano de saúde complementar e custeado unicamente pelo beneficiário.

Nota-se, pois, a existência às vezes, de dupla garantia para a assistência à saúde, a saber: aquela que o beneficiário detém em face da sua condição de filiado obrigatório da Previdência Social e a outra decorrente de contrato livremente firmado

com prestadora de serviços ou planos de assistência à saúde complementar.

Não há espaço para que se confundam os serviços complementares de saúde prestados pelas empresas privadas e os serviços efetuados a cargo do Sistema Único de Saúde, até porque, sendo duas e independentes as vinculações ao SUS e às entidades de saúde cooperativas, não se confundem e nem são interdependentes.

Exige-se das empresas prestadoras de serviços à saúde custeadas por planos privados que procedam ao ressarcimento dos custos efetuados pela Previdência Oficial, subvencionada esta última à custa do titular do plano de saúde privado.

Assim, já tendo assumido o custo do plano privado além do custo do sistema previdenciário oficial, a exigência do ressarcimento dos encargos deste último acarreta um duplice encargo a quantos hajam celebrado contratos de prestação particular de assistência à saúde, vez que a ele, beneficiário do plano, será repassado o ressarcimento questionado. Nota-se que o ressarcimento, no caso, acarreta ou a falência da empresa privada, que se vê onerada com o repasse do que obrigada está a Previdência Oficial, qual seja a prestação de serviços médicos e hospitalares, ou a duplicidade de encargo financeiro para o beneficiário em face do esperado repasse do ressarcimento.”

Acórdãos encontrados na sua pesquisa de jurisprudência:

● TRF-2:

⇒ AGV 2001.02.01.047510-2 (DJ de 14/11/2002, pág. 322) – Primeira Turma – Rel. Des. Fed. Ney Fonseca

“PROCESSUAL CIVIL – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – RESSARCIMENTO DE DESPESAS AO SUS POR OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE – LEI Nº 9.656/98.

I - Havendo lei material e formal embasando o ato que se pretende objetar com a ação de conhecimento, sem que os Tribunais tenham se pronunciado pela inconstitucionalidade de suas normas, o requisito da verossimilhança do direito afigura-se favorável ao réu, desautorizando o deferimento da tutela antecipada.

II - Ante a inversa verossimilhança do direito, não pode subsistir a medida antecipatória.

III - Agravo de instrumento provido.”

⇒ AGTAG 2002.02.01.037481-8 (DJ de 17/02/2003, pág. 141) – Segunda Turma – Rel. Des. Fed. Paulo Espírito Santo

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO SUSPENSIVO. RESSARCIMENTO AO SUS PELAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO.

- A par do Estado de São Paulo possuir interesse econômico na solução da lide, enquanto gestor do SUS, não é parte necessária na relação jurídica processual. Ausência de motivos que ensejem nova decisão. Improvimento ao agravo interno.”

⇒ AG 2002.02.01.012281-7 (DJ de 27/06/2003, págs. 331/332) – Quarta Turma – Rel. Des. Fed. Fernando Marques

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SUS. ART. 32 DA LEI Nº 9.656/98. INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

- Ausência do requisito de ‘verossimilhança das alegações’, porquanto o ressarcimento de que trata o art. 32 da Lei nº 9.656/98 visa à utilização de recursos, ônus da operadora, em contraprestação às mensalidades pagas por seus beneficiários, e que acabaram sendo despendidos pelo Estado no atendimento a beneficiários da mesma, para a ampliação da oferta e qualidade de atendimento público, com vistas à universalidade dos serviços, encontrando-se, desse modo, em perfeita sintonia com os princípios constitucionais vigentes.

- Inexistência de violação ao art. 196 da CF/88, vez que nenhum cidadão deixará de ser atendido pela rede pública, por possuir plano de saúde privado, porquanto a relação do Estado com o cidadão não se modifica, sendo-lhe sempre garantidos os direitos constitucionais. Em verdade, a relação só se altera quanto à operadora, que passará a restituir ao Poder Público os valores por ele expendidos com o atendimento a seus beneficiários.

- A edição de resoluções, visando a disciplinar a forma como será feita a arrecadação de valores referentes ao ressarcimento, decorre do exercício do Poder Regulamentar inerente às atividades da ANS (cf. o § 1º do art. 32 da Lei nº 9.656/98), não se caracterizando qualquer violação aos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa (art. 5º, LV).

- Não possuindo o ressarcimento, de que trata o art. 32 da Lei nº 9.656/98 natureza tributária, não lhe são aplicáveis os regramentos constitucionais e infraconstitucionais pertinentes à matéria.

- Afigura-se válida a inscrição no Cadin de empresa que tenha débito para com entidade pública federal, cuja exigibilidade não esteja suspensa, tal como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento preliminar da ADIn nº 1.454-4/DF, que suspendeu tão só a eficácia do art. 7º da MP nº 1.490/96 e suas reedições, instituidoras daquele cadastro.”

⇒ AMS 2002.02.01.022273-3 (DJ de 26/05/2003, pág. 298) – Quinta Turma – Rel. Des. Fed. Vera Lúcia Lima

“PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. RESSARCIMENTO DE QUE TRATA O ART. 32 DA LEI Nº 9.656/98. ILEGALIDADES E INCONSTITUCIONALIDADES NÃO CARACTERIZADAS. OBRIGAÇÃO EX LEGE.

1. Incide na hipótese o art. 32 da Lei nº 9.656/98, que estabelece o dever das operadoras de planos privados de assistência à saúde de ressarcirem o Sistema Único de Saúde – SUS pelos gastos realizados por seus associados em instituições públicas ou privadas,

conveniadas ou contratadas, integrantes do referido Sistema.

2. Não há inconstitucionalidade no dispositivo aludido, uma vez que o Estado não deixa de prestar assistência à saúde, sendo que o ressarcimento é devido apenas pelos serviços que estejam cobertos pelo respectivo plano de saúde do conveniado.

3. As resoluções baixadas pela ANS não se afiguram ilegais, tendo em vista que o art. 32 da Lei de Regência autoriza aquela agência reguladora a emitir os mencionados atos normativos.

4. No caso em exame, está-se diante de obrigação oriunda da lei, o que nos faz concluir que esta obrigação *ex lege* independe da existência ou não de culpa.

6. Recurso desprovido.”

⇒ AGTAG 2002.02.01.029418-5 (DJ de 18/02/2003, pág. 434) – Sexta Turma – Rel. Des. Sergio Schwartz

“ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO EM DECISÃO MONOCRÁTICA – DECISÃO QUE CONVERTEU AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO – INDEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – RESSARCIMENTO DO SUS - PLANO DE SAÚDE – INEXISTÊNCIA DE *PERICULUM IN MORA*.

I - Não se evidencia lesão de difícil ou incerta reparação decorrente do ressarcimento ao SUS dos valores referentes aos atendimentos prestados a beneficiários do plano de saúde.

II - Hipótese que justifica a conversão em agravo retido do agravo de instrumento interposto contra decisão indeferitória da antecipação de tutela.

● TRF-4:

⇒ AG 2002.04.01.014770-3 (DJ de 16/10/2002, pág. 569)

Apelação Criminal

Proc. 97.02.40259-0 - Publ. no DJ de 30/04/2002

Relator: Des. Fed. CRUZ NETTO

RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS – APELAÇÃO CRIMINAL – INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO – PROVAS ILÍCITAS.

1. A inobservância à norma legal, além de invalidar a busca, pode caracterizar abuso de autoridade.
2. Ainda que os informes inseridos nos microcomputadores apreendidos nas dependências da empresa fossem reveladores da causa da apreensão, entendo que não justificariam a execução do ato no recinto da empresa sem a ordem judicial.
3. Embora os bens apreendidos tenham sido restituídos à empresa em face da decisão apelada, não se pode considerar prejudicado o recurso, pois nele se impugna exatamente a ordem de devolução dos referidos bens.
4. Apelação improvida.

POR UNANIMIDADE, DESPROVIDA A APELAÇÃO.

2ª Turma

RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS – INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO – PROVAS ILÍCITAS

A Justiça Pública recorreu da decisão da juíza da 5ª Vara Federal de Vitória que deferiu o pedido formulado por empresa do ramo de massas alimentícias para a restituição de microcomputadores e disquetes apreendidos, em sede de inquérito policial, instaurado para apurar a prática de crime contra a ordem tributária.

Considerou a magistrada que a atividade de apreensão desenvolvida pela equipe encarregada do flagrante (composta por policiais federais, procuradores de Trabalho, fiscal do Trabalho, fiscais do INSS e Procurador da República) se justificaria com necessidade de descobrir elementos instrutórios, provavelmente diante do perigo de dispersão dos elementos probatórios, porém não foi cercada dos cuidados necessários, visto que nenhuma providência cautelar foi solicitada ao Poder Judiciário, a quem o legislador constituinte confiou, com exclusividade, a tarefa de decidir sobre as hipóteses de violação da intimidade, mesmo assim na forma que a lei estabelece, para fins de

investigação criminal ou instrução processual penal (CF, art. 5º, incisos X e XII).

Em suas razões, o Ministério Público Federal pediu a suspensão da decisão recorrida, arguindo a inexistência de qualquer arbitrariedade, já que o ato foi presenciado por autoridades federais. Sustentou que, em face da situação de flagrância, o ato é legal e a mercadoria não deve ser restituída por ser da maior importância para o curso da investigação. Ressaltou que o procedimento ocorreu a partir da denúncia junto ao Ministério do Trabalho de que a empresa apresentava irregularidades no pagamento da remuneração dos seus empregados onde uma parte era realizada em contracheque e o restante “por fora” da contabilidade. Configurado, assim, o crime contra a ordem tributária, foi dada a ordem de prisão ao responsável pelo setor de pagamento ao contador e apreendidos os recibos, disquetes e microcomputadores.

Cumprindo a decisão judicial, as mercadorias foram restituídas e a própria autoridade policial que chefiou a diligência informou nos autos não haver mais interesse nas mercadorias em face da constatação de que os dados armazenados nos microcomputadores já tinham sido coletados.

Em seu voto, o Des. Fed. Cruz Netto se ateve, inicialmente, ao exame da legalidade do ato de apreensão, pois dele dependeria o exame das conseqüências com relação à validade da prova obtida naquela oportunidade.

E nesse exame, o Relator concluiu pela ilicitude da apreensão, ante a falta de autorização judicial para a diligência. E fundamentou:

“Assim, é oportuno salientar que o Princípio da Auto-executoriedade que se inclui no contexto do Direito Administrativo, por meio do qual as atividades da administração podem se efetivar sem a condicionante da ordem judicial presumindo-se legítimas, não é absoluto. Muito pelo contrário, a Constituição Federal estabelece limites. Somente em casos de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial a casa poderá ser violada (art. 5º, inciso XI, da CF/88).

É por isso que nas hipóteses em que a autoridade policial deva ingressar no domicílio sem mandado judicial, por suspeita de flagrante delito, haverá necessidade de informes que façam surgir razoável convicção da prática delituosa. Não se exige, no entanto, que a diligência seja cercada de êxito, com a conseqüente apreensão da pessoa ou coisa procurada. É suficiente ter a autoridade, antes do ingresso, razoáveis motivos para suspeitar da ocorrência de crime e forte convencimento de que irá apreender determinadas coisas ou pessoas necessárias à demonstração da prática ilícita.

Não há como negar que o ato praticado pelos agentes resultou em restrição à garantia da inviolabilidade do domicílio que, ‘numa extensão conceitual mais larga abrange até mesmo o local onde se exerce a profissão ou a atividade, desde que constitua um ambiente fechado ou de acesso restrito ao público’ (cf. José Celso de Mello Filho, ‘CONSTITUIÇÃO FEDERAL ANOTADA’, Saraiva, 1986, pág. 443 / Manoel Gonçalves Ferreira Filho, pág. 37).

*Junte-se a isto a ausência do auto de apreensão dos equipamentos reclamados, resultando como verdadeira invasão. Na verdade, o ato resultou maculado por um vício de origem. Ainda que a busca tivesse sido realizada somente pela autoridade policial, a inobservância à lei processual torna ineficaz a busca realizada e sem valor da eventual prova. Portanto, comungo da opinião da juíza **a quo** quando ressalta que as provas obtidas sem autorização judicial ou sem o consentimento do dono são ilícitas, principalmente em se tratando de dados contidos na memória de computadores, pois além de implicarem quebra de sigilo protegido pela ordem constitucional vigente, são passíveis de adulteração por meio de recursos tecnológicos.*

(...)

Ainda que os informes inseridos nos microcomputadores apreendidos nas dependências da empresa fossem reveladores da causa da

apreensão, entendo que não justificariam a execução do ato no recinto da empresa sem ordem judicial, e muito menos a iniciativa de proceder à decodificação dos registros neles contidos, conforme informou o delegado da Polícia Federal, às fls. 89, por esse modo tomando conhecimento acerca dos dados particulares da pessoa jurídica. Isto porque, no momento em que os dados são violados, o conhecimento das informações ocorre de forma generalizada, não se limitando apenas ao objeto da investigação, configurando uma devassa na intimidade da pessoa jurídica, como de fato aconteceu.”

No estudo comparado de jurisprudência, foram encontrados os seguintes acórdãos, pertinentes ao assunto:

- STF:
⇒ MS 23642/DF (DJ de 09/03/2001)
- TRF-2:
⇒ AC 91.02.16972-0 (DJ de 24/06/93) – Primeira Turma – Juíza Convocada Lana Regueira
“TRIBUTÁRIO – APREENSÃO DE BENS PELA RECEITA FEDERAL.
I - O AGRAVO DE INSTRUMENTO ACOSTADO RESTOU PREJUDICADO PELA DESNECESSIDADE DE NOVA PROVA.
II - AS PRELIMINARES ARGÜIDAS NA APELAÇÃO ESTÃO RESOLVIDAS COM A APRECIÇÃO DO AGRAVO. QUANTO À PRESCRIÇÃO, NÃO MERECE SER CONHECIDA, UMA VEZ QUE NÃO OCORRE ELA NO CURSO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.
III - A APREENSÃO DAS JÓIAS NA RESIDÊNCIA DO AUTOR, PROCEDIDA PELOS AGENTES FISCAIS, FOI FEITA DE FORMA ABUSIVA E ILEGAL. SENDO A CASA ‘ASILO INVOLÁVEL DO INDIVÍDUO’, QUALQUER INGRESSO NELA SEM PERMISSÃO DO MORADOR DEVE ESTAR FUNDAMENTADA NAS EXCEÇÕES PERMITIDAS CONSTITUCIONALMENTE, O QUE DE FATO NÃO OCORREU.
IV - RECURSO PROVIDO PARA REFORMAR A SENTENÇA, JULGANDO PROCEDENTE O PEDIDO PARA DETERMINAR A LIBERAÇÃO DAS JÓIAS APREENDIDAS, OBRIGANDO-SE O APELANTE A RECOLHER OS TRIBUTOS DEVIDOS QUANTO AOS LOTES DE N^{os} 2, 4, 26 E 29, DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA, COMPENSANDO-SE O VALOR DO DEPÓSITO JÁ EFETIVADO, CORRIGIDO MONETARIAMENTE NAS MESMAS BASES DO TRIBUTO, INVERTIDOS OS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.”
- ⇒ ACR 98.02.38693-6 (DJ de 17/08/99) – Terceira Turma – Juiz Convocado Luiz Antonio Soares
“PROCESSO PENAL. CRIMES DOS ARTS. 1º, INCISOS I E II, E 3º, INCISO III, DA LEI Nº 8.137/90 (SONEGAÇÃO FISCAL E ADVOCACIA ADMINISTRATIVA). SERVIDOR PÚBLICO. DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE. BUSCA E APREENSÃO

EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. PROVA OBTIDA POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LITISPENDÊNCIA. RETROATIVIDADE DA LEI Nº 8.137/90. DECLARAÇÕES DE RENDIMENTOS. OMISSÃO QUANTO À AQUISIÇÃO DE BENS. COMPROVAÇÃO DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE. PRESCRIÇÃO DO FATO DO ART. 3º, III, DA LEI Nº 8.137/90.

I - DEFESA PRELIMINAR. O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS ASSEGURA A VALIDADE DO ATO QUE, EMBORA PRATICADO POR OUTRO MODO, ATINJA A FINALIDADE A QUE SE PROPÕE. NÃO SE DECLARA A INVALIDADE DE ATO DE QUE NÃO DECORRA PREJUÍZO PARA O PROCEDIMENTO NEM PARA A REALIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. FOI OBSERVADO O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E DA INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS QUE INCIDAM PARA SANAR O VÍCIO, TRANSFORMANDO A NULIDADE EM MERA IRREGULARIDADE.

II - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NA ADIN Nº 1.127, CONCEDEU LIMINAR PARA SUSPENDER A EFICÁCIA DA EXPRESSÃO 'E ACOMPANHADA POR REPRESENTANTE DA OAB', DE MODO QUE O ART. 7º, II, DA LEI Nº 8.906/94, GARANTE AO ADVOGADO A INVOLABILIDADE DE SEU ESCRITÓRIO OU LOCAL DE TRABALHO, SALVO EM CASO DE BUSCA E APREENSÃO DETERMINADA POR MAGISTRADO.

III - A PROVA OBTIDA MEDIANTE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NÃO ESTÁ CONTAMINADA POR VÍCIO, UMA VEZ QUE A DILIGÊNCIA FOI ORDENADA POR DECISÃO JUDICIAL.

IV - NÃO OCORRE LITISPENDÊNCIA, UMA VEZ QUE EXISTE INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA.

V - A REPRESENTAÇÃO DA RECEITA FEDERAL NÃO SE CONSTITUI CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DO PROCESSO PENAL.

VI - NÃO SE CONFIGURA RETROATIVIDADE DA LEI Nº 8.137/90, UMA VEZ QUE OS FATOS IMPUTADOS AO RÉU SÃO POSTERIORES À REFERIDA LEI.

VII - COMPROVAÇÃO DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE DO DELITO. AS CÓPIAS DAS DECLARAÇÕES DE RENDIMENTOS DO RÉU REVELAM A OMISSÃO QUANTO À AQUISIÇÃO DOS BENS, O QUE SE ENCONTRA CONFIRMADO PELO QUE MAIS CONSTA DA PROVA. AS TRANSCRIÇÕES DAS CONVERSAS TELEFÔNICAS COMPROVAM A ACEITAÇÃO DE PROMESSA DE VANTAGEM ILÍCITA, PARA DEIXAR DE COBRAR, NO TODO OU EM PARTE, TRIBUTO OU CONTRIBUIÇÃO SOCIAL.

VIII - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. CONCURSO DE CRIMES. APLICAÇÃO, NO QUE SE REFERE À PRESCRIÇÃO QUE INCIDE SOBRE A PENA DE CADA CRIME ISOLADAMENTE, NOS TERMOS DO ART. 119 DO CÓDIGO PENAL. NOS TERMOS DESSE DISPOSITIVO, OCORREU, NO CASO, A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, EM RELAÇÃO AO FATO TÍPICO DO ART. 3º, III, DA LEI Nº 8.137/90."

- TRF-3:
⇒ ACR 98.03.092229-7 (DJ de 12/05/99, pág. 179)
- TRF-4:
⇒ AMS 95.04.01040-7 (DJ de 08/01/97, pág. 205)

Agravo de Instrumento

Proc. 2000.02.01.048362-3 - Publ. no DJ de 30/04/2003, pág. 172

Relator: Des. Fed. FREDERICO GUEIROS

3ª Turma

PROCESSUAL CIVIL – PREVIDENCIÁRIO – HONORÁRIOS PERICIAIS – AUTARQUIA – PARTE AGRAVADA BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA.

1. O art. 42, § 1º, da Lei nº 8.213/91, determina que a concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, e, sendo uma norma imperativa para que o agravado possa obter o benefício previdenciário, deverá, portanto, a autarquia ser responsável pelo pagamento dos honorários periciais.

2. A parte agravada, sendo beneficiária da justiça gratuita, não poderia arcar com estas despesas, conforme os artigos 3º, V, e 11, *caput*, da Lei nº 1.060/50.

3. Agravo de instrumento improvido.

POR MAIORIA, NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

HONORÁRIOS PERICIAIS – AUTARQUIA – PARTE AGRAVADA BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA

Eis o relatório do Des. Fed. Frederico Gueiros:

“O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS agravou da r. decisão proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Campos dos Goytacazes/RJ, do seguinte teor:

‘1) Arbitro os honorários periciais em R\$ 75,00 (setenta e cinco reais). Intime-se o INSS para o pagamento que deverá ser feito na conta do perito. Após a efetivação, comunicar a este Juízo.

2) Digam as partes sobre o laudo de fls. 49/50.’

A r. decisão encontra-se trasladada às fls. 27.

Alega a agravante, em síntese, que, se o autor requereu a perícia e se esta foi determinada, pelo Juízo, cabe ao suplicante arcar com os honorários (art. 33 do CPC).

O despacho de fls. 33 solicitou informações ao Juízo a quo, bem como a intimação da parte agravada.”

Por maioria, vencido o Des. Fed. Paulo Barata, a Terceira Turma negou provimento ao agravo. Justificou o relator, em seu voto:

“Alega a agravante, em síntese, que, se o autor requereu a perícia e se esta foi determinada, cabe ao suplicante arcar com os honorários (art. 33 do CPC).

Não merece reforma a r.decisão agravada.

A parte responsável pelo pagamento dos honorários periciais é a autarquia-agravante, independentemente de quem houver requerido a perícia, o juiz, ambas as partes ou o até o próprio autor, pois este, beneficiário da justiça gratuita, não poderia arcar com estas despesas, conforme os artigos 3º, V, e 11, caput, da Lei nº 1.060/50:

‘A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

*.....
V- dos honorários de advogado e peritos.’*

‘Os honorários de advogado e peritos, as custas do processo, as taxas e selos judiciários serão pagos pelo vencido, quando o beneficiário de assistência for vencedor na causa.’

(...)

E se assim não fosse, o art. 42, § 1º, da Lei nº 8.213/91, determina que a concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social. Portanto, sendo a perícia médica um fator indispensável para que o agravado possa obter o benefício previdenciário, deverá a autarquia ser responsável pelo pagamento dos honorários periciais.”

Acórdãos pertinentes localizados na pesquisa de jurisprudência:

- TRF-1:
⇒ AG 1993.01.28893-1 (DJ de 23/05/1994, pág. 24.383)
- TRF-2:
⇒ AG 2000.02.01.048362-3 (DJ de 30/04/2003, pág. 172) – Terceira Turma – Rel. Des. Fed. Frederico Gueiros

“PROCESSUAL CIVIL – PREVIDENCIÁRIO – HONORÁRIOS PERICIAIS – AUTARQUIA – PARTE AGRAVADA BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA.

1. O art. 42, § 1º, da Lei nº 8.213/91, determina que a concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, e, sendo uma norma imperativa para que o agravado possa obter o benefício previdenciário, deverá, portanto, a autarquia ser responsável pelo pagamento dos honorários periciais.

2. A parte agravada sendo beneficiária da justiça gratuita, não poderia arcar com estas despesas, conforme os artigos 3º, V, e 11, caput, da Lei nº 1.060/50.

3. Agravo de instrumento improvido.”

⇒ AG 96.02.18546-5 (DJ de 21/07/98, pág. 47) – Quarta Turma – Rel. Des. Fed. Clélio Erthal

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RESPONSABILIDADE PELOS HONORÁRIOS PERICIAIS. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. JUSTIÇA GRATUITA. ISENÇÃO DA LEI Nº 1.060/50. LEI Nº 8.620/93. NORMA EXCEPCIONAL DE INTERPRETAÇÃO ESTRITA.

- TRATANDO-SE DE AÇÃO PREVIDENCIÁRIA E NÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO, COMPETE AO REQUERENTE DO BENEFÍCIO ARCAR COM AS DESPESAS DO PROCESSO, TAIS COMO ANTECIPAÇÃO DE CUSTAS E HONORÁRIOS DE PERITO JUDICIAL.

- OCORRENDO GRATUIDADE DE JUSTIÇA, PORÉM, POSTERGA-SE O SEU PAGAMENTO PARA O FINAL DO PROCESSO, DEVENDO O ENCARGO SER SUPORTADO PELA PARTE VENCIDA, E NÃO ANTECIPADAMENTE PELA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA, JÁ QUE O ART. 8º, § 2º, DA LEI Nº 8.620/93 DEVE SER INTERPRETADO ESTRITAMENTE, POR SER NORMA DE CARÁTER EXCEPCIONAL, APLICÁVEL APENAS ÀS AÇÕES ACIDENTÁRIAS.

- AGRAVO PROVIDO. DECISÃO REFORMADA.”

- TRF-3:
⇒ AC 98.03.099761-0 (DJ de 18/11/2002, pág. 784)
- TRF-4:
⇒ AC 93.04.34672-9 (DJ de 19/11/97, pág. 99340)

Remessa Ex Officio em Apelação Cível

Proc. 2001.02.01.046514-5 - Publ. no DJ de 30/04/2003, pág. 189

Relator: Des. Fed. ROGÉRIO CARVALHO

Relator p/acórdão: Des. Fed. BENEDITO GONÇALVES

EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DIREITOS PATRIMONIAIS. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE.

- O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se esta não for invocada pelo devedor (arts. 219, parágrafo 5º, do CPC, e 166, do CC). Recurso provido para anular a sentença, determinando o retorno dos autos à Vara de origem para que o Juízo a quo dê regular prosseguimento ao feito.

POR UNANIMIDADE, PROVIDO O RECURSO.

4ª Turma

EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

O acórdão em comento trata de remessa necessária de sentença prolatada pelo Juízo da 6ª Vara Federal de Vitória, que julgou extinta a execução fiscal promovida pelo Conselho Regional de Farmácia do Espírito Santo, e que se encontrava paralisada por não ter sido localizado o devedor, tampouco bens para satisfazer o crédito fazendário, com julgamento do mérito, com base no art. 269, IV, do CPC, sob o fundamento de que se caracterizou a ocorrência da prescrição. Não houve recurso voluntário das partes.

O Des. Fed. Rogério Carvalho votou pela manutenção da sentença monocrática, sendo acompanhado pelo Des. Fernando Marques. O Des. Fed. Benedito Gonçalves apresentou voto-vista, dando provimento ao recurso. Em seguida, seus colegas de Turma, usando da faculdade que lhes concede o regimento, mudaram seu voto, passando a sustentar a mesma tese do relator para acórdão. Destarte, a decisão dando provimento à remessa necessária foi tomada por unanimidade.

Segue-se a íntegra do voto do Des. Fed. Benedito Gonçalves:

“Trata-se de remessa necessária da sentença de fls. 27/30 que, com base no art. 269, IV, do CPC, julgou extinta a execução fiscal, com julgamento do mérito, sob o fundamento de que o processo encontrava-se paralisado há mais de cinco anos por inércia do exequente em promover-lhe o devido andamento, operando-se, assim, a prescrição intercorrente.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, reiteradamente, assim como os Tribunais Federais, que a prescrição intercorrente pode ser reconhecida sempre que a execução fiscal permaneça paralisada por mais de cinco anos, exigindo para esse efeito, todavia, que a decretação seja provocada pelo devedor.

Certo está, da análise dos presentes autos, que nenhum requerimento formulou o Conselho, desde o arquivamento do feito, com vistas ao andamento do processo, tendo decorrido o lapso de cinco anos para a cobrança do débito fiscal, consumando-se a prescrição. Porém, a declaração de que esta ocorreu está a depender de prévio requerimento da parte a quem aproveita, o que não ocorreu no presente caso.

*Conforme prescrevem os arts. 219, parágrafo 5º, do CPC, e 166, do CC, ao juiz da causa não é lícita a decretação **ex officio** de prescrição quando o direito em questão se afigurar de índole patrimonial, mesmo que sua ocorrência se revele explícita, como no presente caso. Tratando a execução fiscal, em essência, de interesse de ordem patrimonial da Fazenda Pública, inviabiliza-se a decretação de ofício de prescrição pelo Juízo **a quo**. Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes da 1ª e 2ª Turmas do Colendo Superior Tribunal de Justiça: ‘EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO EDITALÍCIA. PRESCRIÇÃO. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO.*

Precedida a citação por edital, interrompe-se a prescrição, a partir do despacho que determinou a citação.

O juiz não pode, de ofício, conhecer da prescrição de direitos patrimoniais.

Recurso provido.’

(REsp nº 217401/CE, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, v. un., in DJ de 19/08/99).

‘PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. DIREITOS PATRIMONIAIS.’

1 - Não se admite, em se tratando de direitos patrimoniais, que a prescrição seja decretada, de ofício, pelo juiz.

2 - Interpretação do art. 219, parágrafo 5º, do CPC.

3 - Precedentes jurisprudenciais.

4 - Recurso provido.’

(REsp nº 151878/MA, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, v. un., in DJ de 11/12/97)

‘PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. O JUIZ NÃO PODE, DE OFÍCIO, DECRETAR A PRESCRIÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL (CC, ART. 166). RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.’

(REsp nº 51514/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, v. un., in DJ de 02/12/96).

‘PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. DESPACHO DO JUIZ. EFEITOS. EXTINÇÃO EX OFFICIO. IMPOSSIBILIDADE. CPC, ART. 219, § 5º, E LEI Nº 6.830/80, ART. 40, § 2º. PRECEDENTE.

1 - Nas execuções fiscais interrompe-se a prescrição pelo despacho que ordena a citação do executado.

2 - Não pode o juiz, de ofício, decretar a extinção da execução fiscal, que envolve direitos patrimoniais, sob fundamento de prescrição cuja alegação incumbe a parte interessada.

3 - Recurso especial conhecido e provido.’

(REsp nº 52673/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Peçanha Martins, v. un., in DJ de 17/09/96).

*Pelo exposto, pedindo vênias ao eminente relator, dou provimento ao recurso, declarando a nulidade da sentença impugnada, devendo os autos ser devolvidos ao Juízo **a quo** para que dê regular prosseguimento ao feito.”*

Acórdãos localizados na pesquisa de jurisprudência:

- STJ:
 - ⇒ REsp 263632/RO (DJ de 07/04/2003, pág. 256)
 - ⇒ REsp 331501/RE (DJ de 19/05/2003, pág. 171)
- TRF-1:
 - ⇒ AC 2002.01.99.011886-6 (DJ de 23/08/2002, pág. 435)
- TRF-2:
 - ⇒ AC 2000.02.01.057480-0 (DJ de 14/08/2002, pág. 435) – Primeira Turma – Rel. Des. Fed. Carreira Alvim

“PROCESSUAL CIVIL – PRESCRIÇÃO – DIREITOS PATRIMONIAIS E DISPONÍVEIS – DECRETAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ DA CAUSA – IMPOSSIBILIDADE – INTIMAÇÃO PESSOAL DO REPRESENTANTE JUDICIAL DA FAZENDA PÚBLICA – ART. 25 DA LEI Nº 6.830/80.

I - É cediço que ao juiz da causa não é lícita a decretação ex officio de prescrição, quando o direito em discussão se afigurar de índole patrimonial e disponível, mesmo que a ocorrência da prescrição se revele explícita e evidente a quaisquer olhos. Precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

II - A dicção textual do art. 25 da Lei nº 6.830/80, de 22/09/80, estatui que, na execução fiscal, qualquer intimação ao representante da Fazenda Pública será feita pessoalmente, mediante vista dos autos, com imediata remessa dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

III - Recurso provido.”

⇒ REO 2001.02.01.045455-0 (DJ de 09/06/2003, pg. 163) – Segunda Turma – Rel. Des. Fed. Paulo Espírito Santo

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. LEI Nº 6830. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.

- Apelação interposta em face de sentença que extinguiu execução fiscal, em face de prescrição intercorrente. Incabível o conhecimento de ofício da prescrição intercorrente de direitos patrimoniais, sem invocação do executado (artigo 219, § 5º, do CPC, e artigo 166 do CC).

- Inaplicável para cobrança de multa administrativa a prescrição quinquenal prevista no artigo 174 do CTN, por vincular-se tal incidência prescricional, apenas, aos créditos de natureza tributária. Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante da Fazenda Nacional deverá ser feita pessoalmente: art. 25 da Lei nº 6.830/80.”

⇒ REO 1980.50.01.005948-4 (DJ de 02/07/2003, pág. 81) – Terceira Turma – Rel. Des. Fed. Francisco Pizzolante

“PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – REMESSA OFICIAL – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – INAPLICABILIDADE DE EXTINÇÃO DO PROCESSO NOS TERMOS DO ARTIGO 269, IV, DO CPC – INCIDÊNCIA DO ARTIGO 40 DA LEI Nº 6.830/80.

- Em se tratando de execução fiscal versando sobre direito de natureza patrimonial, não pode o juiz de ofício reconhecer a prescrição, mesmo a intercorrente, devendo aplicar no caso em tela as normas insertas no artigo 40 da Lei nº 6.830/80.

- Remessa provida. Sentença anulada.”

⇒ REO 1972.50.01.005638-3 (DJ de 01/07/2003, pág. 114) – Quarta Turma – Rel. Juiz Convocado Alcides Martins Ribeiro Filho

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

1 - O art. 40 da Lei nº 6.830/80 deve ser interpretado em sintonia, observando-se os limites preconizados no art. 174 do CTN, sendo inadmissível estender-se o prazo prescricional por tempo indeterminado. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2 - É defeso ao juiz conhecer e decretar, de ofício, a prescrição intercorrente de direitos patrimoniais, a não ser quando invocada pelo executado, parte interessada. Inteligência dos arts. 166 do Código Civil e 219, § 5º, do CPC.

3 - Remessa necessária parcialmente provida.”

● TRF-3:

⇒ REO 96.03.03247-4 (DJ de 28/03/2001, pág. 586)

● TRF-4:

⇒ AC 2002.04.01.017459-7 (DJ de 19/06/2002, pág. 1046)

● TRF-5:

⇒ AC 98.05.10849-0 (DJ de 18/09/98, pág. 682)

Mandado de Segurança

Proc. 2001.02.01.025793-7 - Publ. no DJ de 14/04/2003, págs. 195 e 196

Relatora: Des. Fed. VERA LÚCIA LIMA

Relator p/acórdão: Des. Fed. ALBERTO NOGUEIRA

5ª Turma

MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA PENAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO.

- Decreto-Lei nº 70.235, de 6 de março de 1972. Inexistência, em sede estritamente tributária, de qualquer motivo para transformar um procedimento administrativo-fiscal em processo misto de fiscal e penal-criminal.

- Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992, que institui medida cautelar fiscal.

- A Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, admite a quebra do sigilo, quando isso for necessário para a apuração de ocorrência de qualquer ilícito em qualquer fase do inquérito, ou do processo judicial, cuidando-se de lei financeira e não-tributária.

- Hipótese delicada, por envolver responsabilidade tributária e, também, criminal.

- Inexistência de notícia de instauração do respectivo inquérito policial, mas apenas de sua requisição.

- O Fisco pretendeu em maior extensão verificar até onde teria havido o problema da ofensa à Lei Tributária e à Lei Penal, porém, ao invés de ser utilizado o inquérito policial, utilizou-se a ação cautelar penal, como sucedâneo de inquérito policial. Tal mixagem carrega em si uma arma perigosa:

a devassa fiscal, onde se deixa de lado as garantias do contraditório, da ampla defesa, do acompanhamento.

- A quebra de sigilo fiscal não serve para aparelhar devassa fiscal, somente se justificando através de elementos que levem a um juízo de probabilidade.
- O Fisco dispõe de meios de fazer os seus levantamentos, de apreender a documentação fiscal, mediante o termo próprio, sem deixar o contribuinte exposto a qualquer procedimento penal ou civil.
- Ofensa às garantias constitucionais estampadas no art. 5º, incisos LIV e LV, bem como violação do Princípio da Presunção de Inocência.
- Trancamento de todo o procedimento, até aqui absolutamente irregular e danoso aos interesses dos Impetrantes e da Justiça, porque também afeta o Judiciário, nada obstando, porém, que o Fisco possa reabri-lo, desde que procedendo corretamente, obedecendo-se ao Princípio do Devido Processo Legal.
- Ordem concedida, por maioria

POR MAIORIA, CONCEDIDA A SEGURANÇA.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO

Em favor de dois proprietários de um restaurante e de duas empresas ao mesmo associada, foi impetrado mandado de segurança contra ato judicial praticado pelo Juízo da 5ª Vara Federal, nos autos de medida cautelar, consubstanciado no deferimento da quebra de sigilo bancário dos impetrantes, assim como na ordem de busca e apreensão de todos os documentos fiscais e contábeis, inclusive arquivos magnéticos, tudo no propósito de conseguir elementos para um processo administrativo-fiscal.

Sustentaram os impetrantes que as medidas supra referidas tiveram por mote mera investigação prévia realizada por agente fazendário e requerida pelo Ministério Público Federal, evidenciando a indevida utilização de um procedimento de natureza criminal para embasar apuração de débito meramente fiscal; que tais medidas atentam contra os Princípios Constitucionais do Devido Processo e da Inviolabilidade da Vida Privada e do Domicílio, além de absolutamente carentes de fundamentação de fato e de direito, na ausência de qualquer procedimento criminal que lhes amparasse a existência e a validade.

Por essas e outras razões, pleitearam a concessão de liminar para a sustação do ato pleiteado e que, ao final, a mesma fosse mantida, assim como o trancamento da ação cautelar que determinou as medidas contestadas.

A Des. Fed. Vera Lúcia deferiu parcialmente a liminar requerida, até a decisão a ser proferida pela Quinta Turma, determinando:

a) a expedição de ofício ao Banco Central do Brasil, no intuito de que comunicasse às instituições financeiras que não apresentassem as informações protegidas pelo sigilo bancário;

b) a expedição de ofício à SER, na pessoa do superintendente da 7ª RF, Sr. Paulo Aviz de Souza Freitas, a fim de que se abstinhasse de proceder ao deslacre das caixas contendo os documentos apreendidos em cumprimento da ordem de busca e apreensão, abstendo-se, ainda, de abrir os envelopes com as

informações bancárias dos impetrantes, caso estas já tivessem sido recebidas por este órgão;

c) que o superintendente se abstinhasse de examinar o conteúdo dos meios magnéticos apreendidos, bem como das eventuais cópias deles extraídas.

Em seu voto, a relatora denegou a segurança requerida, justificando o voto pela petição acostada aos autos pelo Ministério Público Federal, após a concessão da liminar, informando que foi requisitada a instauração do inquérito para apurar eventual crime de sonegação fiscal. E acrescentou textualmente:

“Diante destas considerações, parece-me que a motivação, outrora por mim adotada quanto à inobservância do procedimento legal para a decretação das medidas impugnadas, não mais passa a subsistir, já que, em havendo instauração do inquérito policial, superado restou o óbice existente quando da decretação da quebra de sigilo. Ademais, considerando que as informações bancárias coligidas poderiam, atualmente, ser obtidas validamente, mediante requerimento do Ministério Público, não vejo motivo para que os dados obtidos não possam ser aproveitados, mormente pelo fato de o substrato neles contido não se alterar com o decurso do tempo. Isto vale dizer que, independentemente do momento em que se der a quebra de sigilo, o teor das informações permanecerá inalterado. Representaria, de fato, injustificável formalismo a exigência da realização de novo procedimento para a decretação de quebra de sigilo, visto que este apenas serviria para prejudicar o bom andamento da investigação, acarretando atrasos e dificuldades na apuração das infrações sob investigação.

Acrescento, ainda, que, conforme consta da petição acostada pelo representante do Parquet Federal, a instauração do inquérito policial foi requisitada para apuração de eventual crime de sonegação fiscal e tal hipótese encontra-se prevista no artigo 1º, parágrafo 4º, da Lei Complementar nº 105/2001.”

Em contraposição, o Des. Fed. Alberto Nogueira, cujo voto se tornou maioria, concedeu a segurança, tendo

em vista a inexistência da instauração do inquérito policial, mas apenas de sua requisição; que não foi aplicado o Decreto-Lei n° 70.235/72, que regula o processo administrativo-fiscal, nem a Lei n° 8.397/92, que instituiu a medida cautelar fiscal. No seu entendimento, as medidas adotadas representaram ofensas às garantias constitucionais contempladas no art. 5°, incisos LIV e LV, assim como a violação do Princípio da Presunção da Inocência.

Ao procedermos o estudo comparado de jurisprudência, localizamos os seguintes acórdãos que muito têm a ver com o analisado, a saber:

- STF:
 - ⇒ MS 24217/DF (DJ de 18/10/2002, pág. 26)
- STJ:
 - ⇒ ROMS 15771/SP (DJ de 30/06/2003, pág. 133)
 - ⇒ ROMS 15802/SC (DJ de 09/06/2003, pág. 280)
- TRF-1:
 - ⇒ AMS 2001.38.00.027445-6 (DJ de 14/03/2003, pág. 68)
 - ⇒ AMS 1998.01.00.071236-5 (DJ de 19/12/2002, pág. 95)
- TRF-2:
 - ⇒ AGT 2002.02.01.006004-6 (DJ de 18/06/2003, pág. 244) – Primeira Turma – Rel. Des. Fed. Carreira Alvim

“PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – SIGILO BANCÁRIO – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL – EXTRATOS BANCÁRIOS OBTIDOS ILEGALMENTE.

I - Visto que a quebra de sigilo bancário pode representar lesão grave e de difícil reparação, prudente a suspensão da eficácia da sentença apelada, até o julgamento do mérito da apelação.

II - Nada impede que se dê continuidade ao procedimento administrativo-fiscal, desde que nele não sejam utilizados os extratos obtidos ilegalmente.

III - Desnecessário proceder à busca e apreensão dos mesmos.

IV - Agravo interno improvido.”

 - ⇒ MS 99.02.28809-0 (DJ de 23/05/2003, pág. 359) – Primeira Turma – Rel. Des. Fed. Ricardo Regueira

“MANDADO DE SEGURANÇA. FACTORING. OPERAÇÕES DE FATURIZAÇÃO. DESCRITERIOSIDADE NA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. VIOLAÇÃO A DIREITO FUNDAMENTAL.

- Ação mandamental contra o ato que determinou a quebra do sigilo bancário dos impetrantes, bem como indeferiu pedido de restituição de documentos e títulos de créditos apreendidos pela Polícia Federal em diligência determinada nos autos do Inquérito Policial n° 98.0064186-6, em que figura como indiciada a representante da Casa Behar Passagens, Turismo e Câmbio.

- O exame da questão trazida aos autos revela o profundo desconhecimento sobre a natureza do contrato de factoring, e sobre a forma de concretizá-lo.

- Com efeito, definia o art. 28, § 1°, alínea ‘c. 4’, da Lei n° 8.981, de 20/01/95, como factoring, ‘...a atividade de prestação cumulativa e contínua de serviços de

assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços’, sendo, na realidade de hoje, negócio jurídico em que inexistente qualquer regulamentação quanto às suas operações, exceto no que diz respeito à cobrança de tributos, ficando pacificado, no entanto, tratar-se de atividade comercial e não financeira (Resolução n° 2.144, de 22/02/95, do Banco Central do Brasil).

- Logicamente, para facilitar tais operações, usa a contratualística brasileira dos títulos cambiais existentes, que se constituem em créditos materializados de fácil circulação.*
- Assim sendo, no caso concreto, todos os documentos apreendidos e listados nos autos demonstram, apenas, a existência de operações comerciais comuns e típicas da faturização.*
- Por outro lado, tal atividade não se confunde com a de operação no mercado de câmbio, que cuida, essencialmente, da compra e venda de moeda estrangeira.*
- O que efetivamente aconteceu foi um equívoco diligencial promovido pela polícia investigatória, quando buscava indícios da suposta prática, então suspensa, da atividade cambial pela empresa Behar.*
- Por sua vez, não se pode adicionar aos elementos de convicção dos investigadores o mero fato de pertencer, um dos sócios, a ambas as empresas, ou mesmo de funcionarem em um dividido espaço físico homogêneo, já que não há ilícito em nenhum desses episódios, sendo pueril a argumentação nesse sentido.*
- Maior excesso foi cometido pela decisão impugnada, quando determinou a quebra do sigilo bancário da empresa.*
- Nesta seara, a crescente utilização de tal instrumento pelo Poder Público tem trazido inúmeras indagações sobre a sua validade.*
- A vertente positiva que fundamenta a quebra do sigilo é a que lega ao procedimento caráter meramente inquisitorial, para suporte unicamente da eficácia das investigações fundadas em matéria fiscal ou administrativa.*
- Entretanto, como evidente restrição aos direitos individuais constitucionalmente protegidos, a medida deve ser utilizada apenas após a devida autorização judicial, e em razão de conteúdo probatório manifestamente idôneo, e nunca em razão de suposições ou indícios incomprovados.*
- No caso em exame, a juíza foi taxativa em afirmar que afastaria o sigilo bancário ‘... a fim de que o MPF pudesse ter elementos de convicção suficientes para a formação de sua opinião delictis’.*
- Ora, o próprio argumento demonstra que não existiam quaisquer fundamentos de justa causa, e que sequer havia ilícito apontado contra a empresa KESEF, ou indícios de materialidade delictiva, ou autoria.*
- A jurisprudência nesse sentido tem sido taxativa ao entender sobre as descriteriosas quebras de sigilo bancário.*
- Desse modo, por se configurarem distintas as pessoas jurídicas envolvidas, a despeito da identidade lícita de*

um dos sócios; por inexistir legalmente impedimento ao funcionamento de ambas as empresas em um mesmo ambiente físico; por não haver prova de atividade fraudulenta – somente a suposição de indícios – a partir dos documentos apreendidos; por não estarem indiciados quaisquer dos representantes da empresa impetrante e, por fim, por não se poder legitimar uma apreensão policial de pertences de uma pessoa jurídica a partir de diligência dirigida a pessoa jurídica diversa, não há como se validar a decisão em exame.

- Fruto dos mencionados e seguidos equívocos, o ato judicial, altamente prejudicial à empresa e seus sócios, já que violador de suas intimidades e obstaculizador de suas atividades negociais, não pode ser confirmado. - Ordem concedida.”

⇒ AG 2001.02.01.047513-8 (DJ de 23/06/2003, pág. 197) – Segunda Turma – Rel. Des. Fed. Cruz Netto

“PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.

I - O sigilo bancário não é um direito absoluto. Depara-se com uma série de exceções previstas em lei ou impostas pela necessidade de defesa ou salvaguarda de interesses sociais mais relevantes.

II - A LC nº 105, de 10/01/2001, ampliou as hipóteses de exceção do sigilo (art. 1º, §§ 3º e 4º, e art. 6º), sem a interferência do Poder Judiciário. Revela-se inequívoca a intenção do legislador em tornar a quebra do sigilo bancário o principal instrumento das investigações patrimoniais e financeiras necessárias à apuração da autoria dos atos relacionados com a prática de condutas ilícitas, como a improbidade administrativa, enriquecimento ilícito etc.

III - Agravo de instrumento provido. Agravo interno prejudicado.”

⇒ HC 2001.02.01.039371-7 (DJ de 27/01/2003, pág. 169) – Segunda Turma – Rel. Des. Fed. Cruz Netto “PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INC. I, DA LEI Nº 8.137/90. INQUÉRITO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO-OCORRÊNCIA.

I - Inquérito instaurado com vistas à apuração de eventual prática, pelo paciente, de crime contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, tendo em vista a incompatibilidade entre sua movimentação financeira e seus rendimentos.

2 - Descabe cogitar-se de ilegalidade, no que diz respeito ao deferimento da quebra do sigilo bancário do paciente.

3 - Incorre, outrossim, prevenção, por conexão, do inquérito em relação ao mandado de segurança impetrado pelo paciente, e isto em razão da independência das esferas criminal e administrativa (tributária).

4 - A movimentação financeira constatada na conta corrente do paciente, no ano de 1998, da ordem de R\$ 2.998.414,08, aliada ao fato de ele não ter apresentado Declaração de Rendimentos no ano de

1999 justificam a instauração do inquérito, bem como a quebra do sigilo bancário dele, visto que se negou a apresentar os respectivos extratos bancários.

5 - O direito ao sigilo bancário não é absoluto e, uma vez demonstrada a existência de veementes indícios de crime contra a ordem tributária, há de se permitir o acesso, por ordem judicial, àqueles dados.

6 - Acresce que o art. 145, § 1º, da Constituição Federal permite à administração tributária acessar dados sobre o patrimônio e a renda dos contribuintes, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei.

7 - Relativamente à alegação de que os efeitos da Lei nº 10.174/2001 somente poderiam criar situações jurídicas da sua promulgação para a frente, impende salientar que essa restrição não prevalece no que diz respeito à seara criminal.

8 - Ordem de **habeas corpus** denegada.”

⇒ MS 2000.02.01.050637-4 (DJ de 13/11/2001) – Terceira Turma – Rel. Juíza Convocada Virgínia Procópio

“MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NEGANDO ACESSO A AUTOS EM APENSO A INQUÉRITO POLICIAL, EM QUE FOI DECRETADA A QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E TELEFÔNICO DE VÁRIAS PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS, EM SEGREDO DE JUSTIÇA. POSTERIOR DESENTRANHAMENTO DA PARTE SIGILOSA E PERMISSÃO DE MANUSEIO DAS PEÇAS DO INQUÉRITO POLICIAL.

I - Ausência de direito líquido e certo invocado, em face da ressalva no Estatuto da OAB, Lei nº 8.906/94, art. 7º, inciso XIV, quanto aos processos que tramitam em regime de segredo de justiça.

II - O art 20 do CPP não se acha derogado pelo Princípio Constitucional da Ampla Defesa, uma vez que a Constituição Federal também estabelece, no art. 5º, inciso XXXIII, que será garantido o sigilo quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

III - Em se tratando de fase inquisitorial, destinada à colheita de provas, basta que a providência seja determinada pelo Juízo competente, a quem compete avaliar a necessidade da medida excepcional (**fumus boni iuris e periculum in mora**).

IV - A ampla defesa proporcionada pelo acesso às provas lícitamente obtidas pode ser deferida em fase posterior, quando houver acusação formalizada, não vigindo, na fase que a antecede, o **in dubio pro reo** e sim o **in dubio pro societate**. Todavia, reconhece-se ao advogado constituído o direito de ter acesso à decisão do Juiz que determinou a quebra de sigilo, possibilitando-lhe aferir se houve, ou não, motivação válida e eficaz para a excepcional medida.

V - Segurança parcialmente concedida.”

⇒ EDMS 2000.02.01.050637-4 (DJ 02/07/2003) – Terceira Turma – Rel. Des. Fed. Frederico Gueiros “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INQUÉRITO POLICIAL – QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO – EXAME DOS DOCUMENTOS BANCÁRIOS – AMBIGÜIDADE – EXISTÊNCIA.

I. Se a ementa diz que os advogados não têm acesso aos autos de processo que tramita em segredo de justiça e, por outro lado, reconhece ao advogado regularmente

constituído o direito de acesso à decisão que impõe a quebra do sigilo bancário, possibilitando-lhe aferir se houve, ou não, motivação válida e eficaz para a excepcional medida, há que se reconhecer a existência de ambigüidade no acórdão sob censura.

2. Embargos a que se dá provimento para, corrigindo a ambigüidade, declarar, com base nos votos, que a decisão da Turma foi no sentido de garantir aos advogados o acesso a todos os documentos constantes do inquérito policial, inclusive da decisão que determinou a quebra do sigilo bancário, ressalvados, por óbvio, os documentos obtidos com a quebra de sigilo.”

⇒ MS 2001.02.01.026745-1 (DJ de 22/04/2003, págs. 274/275) – Quarta Turma – Rel. Des. Fed. Fernando Marques

“MANDADO DE SEGURANÇA. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. INDEPENDÊNCIA ENTRE ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. POSSIBILIDADE.

1. A instância penal, nos crimes tributários, independe da instância administrativa. Precedentes dos Egrégios STF e STJ.

2. O direito aos sigilos bancário e fiscal não configura direito absoluto, podendo ser elidido se presentes indícios ou provas que os justifiquem.

3. Ordem denegada.”

⇒ MS 98.02.35722-7 (DJ de 16/05/2000, pág. 380) – Sexta Turma – Rel. Des. Fed. Vera Lúcia Lima

“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – MANDADO DE SEGURANÇA – PREVENÇÃO DO FEITO – IMPROCEDÊNCIA – QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, DECISÃO ILEGAL E DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL – INOCORRÊNCIA.

- O art. 11, *caput*, do Regimento desta Corte que alude à prevenção dispõe que ‘à Turma a que houver sido distribuído, no curso de uma causa, recurso, *habeas corpus*, conflito de competência ou qualquer outra medida ou incidente, serão distribuídos todos os outros referentes à mesma causa, observado o disposto nos arts. 7º e 8º’. O que induz à prevenção, nos termos no Regimento, é o recurso distribuído anteriormente. Como o agravo regimental não é distribuído, não induz prevenção.

- Improcedente o pedido de suspensão deste mandado de segurança até o julgamento de outro *mandamus*. É necessário julgar antes o mandado, para se verificar se deve ingressar no mérito de outro remédio heróico.

- Indevida a alegação de quebra de sigilo bancário,

além de não conduzir à procedência do pedido, uma vez que a ação necessita de prova no momento de sua impetração, o que inoocorreu, visto não terem os impetrantes demonstrado quais os dados que teriam sido divulgados ou devassados.

- O procedimento administrativo necessário para a compensação do cheque não foi completado, uma vez que o depósito ocorreu em 31/08/99 e a decisão que determinou o seu estorno se deu em 01/09/99, pelo que se conclui não haver, com o simples depósito, nem muito menos com a emissão de cheque, a extinção da execução da sentença proferida na cautelar.

- O Tribunal acolheu a tese da CEF apresentada na inicial do outro *mandamus*, vale dizer, que o cheque já emitido fosse sustado.

- Não houve nem descumprimento da ordem judicial emanada da sentença cautelar, por parte da CEF, nem decisão ilegal, por parte da juíza *a quo*.

- Agravo regimental improvido e denegado da ordem, por não haver decisão ilegal, nem muito menos teratológica.”

⇒ MS 2001.02.01.023614-4 (DJ de 25/10/2002, pág. 380) – Sexta Turma – Rel. Des. Fed. André Kozlowski

“SIGILO BANCÁRIO DE EMPRESA E SÓCIO. LEGITIMIDADE. JUSTA CAUSA.

I - Não pode sócio, em nome pessoal, defender judicialmente o sigilo bancário de pessoa jurídica de que faça parte por falta de legitimidade *ad causam*.

II - O sigilo bancário não está protegido por garantia constitucional específica, constituindo elemento da privacidade do cidadão que pode e deve ser desconstituído por decisão judicial na ocorrência de justa causa.

III - Constitui justa causa para a quebra do sigilo bancário da pessoa física e de pessoa jurídica em que tenha relevante participação a existência de fortes indícios da prática de atividades criminosas com proveito econômico.

IV - Mandado de segurança e *habeas corpus* de ofício denegados.”

- TRF-3:
⇒ MS 1999.03.00.042356-1 (DJ de 08/04/2003, pág. 269)
- TRF-4:
⇒ MS 2002.04.01.029958-8 (DJ de 02/04/2003, pág. 788)
- TRF-5:
⇒ AMS 2000.05.00.038192-7 (DJ de 15/02/2002, pág. 910)

Apelação Cível

Proc. 98.02.40830-1 – Publ. no DJ de 28/11/2003, págs. 344/346

Relator: Des. Fed. ANDRÉ FONTES

6ª Turma

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO.

I - O pronunciamento que, diante do trânsito em julgado da sentença, determina a expedição de ofício à Polícia Federal e ao Ministério Público Federal, tem a natureza de decisão interlocutória (art. 162, § 2º, do Código de Processo Civil) e, portanto, passível de impugnação tão-somente por meio de agravo (art. 522 do Código de Processo Civil).

II - Interposta a apelação e não caracterizado o erro grosseiro, somente seria aplicável o princípio da fungibilidade caso fosse utilizado o prazo de 10 (dez) dias do agravo.

III - Ausência de satisfação do requisito negativo má-fé para a utilização da fungibilidade recursal, porquanto o prazo menor dos recursos não foi observado.

IV - Apelação não conhecida.

POR UNANIMIDADE, RECURSO NÃO CONHECIDO.

RECURSOS – PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE – CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO

Eis a íntegra do relatório oferecido pelo Des. Fed. André Fontes, com o qual instruiu seu voto:

“Cuida-se de ação ajuizada por Hélio Palhares e outros em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, da União Federal e da Rede Ferroviária Federal objetivando a complementação das aposentadorias devidas aos ex-ferroviários autárquicos federais e seus dependentes, garantindo-lhes os proventos integrais como se em atividade estivessem, na forma da Lei nº 2.622/55. Decisão interlocutória às fls. 1819/1820, na qual o d. magistrado, considerando o expresse reconhecimento por este Egrégio Tribunal Regional do trânsito em julgado da sentença às fls. 1707/1726, entendeu não ser mais admitida qualquer discussão acerca da sentença que extinguiu o feito sem apreciar o mérito, razão pela qual determinou a expedição de ofício à Polícia Federal e ao Ministério Público Federal, encaminhando cópias do inteiro teor da mesma.

Apelação interposta pela parte autora às fls. 1862/1872, pugnando a reforma da decisão proferida às fls. 1819/1820.

Contra-razões do INSS às fls. 1875/1879 sustentando não ter o apelante atendido aos requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 511 e 513 do Código de Processo Civil, quais sejam, a falta de preparo e a falta de oportunidade do recurso escolhido, vez que a apelação é a espécie de recurso cabível para atacar sentença e não para se impugnar decisão interlocutória como no presente caso, razão pela qual pugna pelo seu não conhecimento.

Contra-razões da União Federal às fls. 1881/1883, pleiteando a manutenção da decisão recorrida.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 1892/1895 opinando no sentido de se negar provimento ao recurso.”

Unanimemente, a Sexta Turma não conheceu do recurso, na conformidade do voto do Relator, cuja íntegra se segue:

“Não se deve admitir a aplicação do princípio da fungibilidade nas hipóteses em que interposto recurso de apelação de decisão interlocutória, se não atendidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade, no caso, a tempestividade e o preparo.

Em primeiro lugar, verifica-se que o provimento jurisdicional objeto de impugnação da apelação interposta às fls. 1862-1872 tem natureza de decisão interlocutória. Considerando que existe um recurso

próprio para cada espécie de decisão, por força do princípio da unicidade recursal e do princípio da adequação, deve o recorrente se valer da figura recursal apontada pela lei para o caso, não podendo substituí-la por figura diversa.

A apelação não é o meio adequado para se impugnar decisão interlocutória, que, por sua vez, desafia o agravo expressamente previsto no art. 522 do Código de Processo Civil, cujo prazo para interposição é de 10 dias a contar da publicação da decisão recorrida. Poder-se-ia cogitar na aplicação do princípio da fungibilidade recursal, que consiste no aproveitamento do recurso interposto erroneamente desde que preenchidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade do recurso verdadeiramente desafiado pelo provimento jurisdicional impugnado.

Ao analisar o preenchimento de tais requisitos, observa-se que a decisão interlocutória contra a qual se insurge a parte autora foi publicada no Diário Oficial em 12 de maio de 1997, ao passo que o recurso foi interposto em 31 de março de 1998, ou seja, após o prazo de 10 (dez) dias de que trata o mencionado art. 522 do CPC. Além de carecer do requisito da tempestividade, o recurso também carece de preparo, não tendo o autor comprovado o cumprimento ao disposto no art. 511 do Código de Processo Civil.

Por todo o exposto, não conheço do recurso.”

Acórdãos correlatos, encontrados no estudo comparado de jurisprudência:

- STF:
⇒ MS 23925 ED/SP (DJ de 31/08/2001, pg. 64)
- STJ:
⇒ RESP 435372/SP (DJ de 09/12/2002, pg. 299)
- TRF-1:
⇒ AC 1995.01.28157-4 (DJ de 31/05/2000, pg. 186)
- TRF-2:
⇒ AC 2000.02.01.068605-4 (DJ de 28/08/2003, pg. 127) – Primeira Turma – Rel. Des. Fed. Ricardo Regueira
“PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. VIA ELEITA PELA AUTORA IMPRÓPRIA.
- A ação é o poder de provocar a função jurisdicional, dela participar e obter um provimento judicial, mas, para isso o autor precisa ingressar com a ação adequada.
- O Princípio da Fungibilidade permite que um recurso possa ser recebido por outro, porém, sua aplicação exige que não se faça claro o recurso correto, e a análise de tal dúvida deverá se basear em precedentes judiciais ou doutrinários.
- A natureza do recurso não desvirtua o objeto da ação.
- Recurso provido.”
⇒ AC 94.02.14960-0 (DJ de 13/11/2001) – Segunda Turma – Rel. Juiz Fed. Reis Friede

“PROCESSO CIVIL. EXCLUSÃO DE LITISCONSORTES ATIVOS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. INADEQUAÇÃO DO RECURSO DE APELAÇÃO. INAPLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO. AUSÊNCIA DE DÚVIDA QUANTO À NATUREZA DA DECISÃO JUDICIAL DE EXCLUSÃO DE LITISCONSORTES.

1) Recurso visando à reforma da decisão interlocutória para prosseguir com os litisconsortes excluídos, mantendo-se no pólo ativo todos aqueles que integravam originariamente a relação jurídica processual.

2) Pronunciamento do Ministério Público Federal, como *custus legis*, propugnando pela manutenção da decisão interlocutória de exclusão de litisconsortes, em virtude de poder o Julgador recusar a formação de litisconsorte facultativo, se em grande número trouxer dificuldades ao desenvolvimento do processo.

3) Recurso não admitido, sendo, portanto, lhe negado seguimento pela ausência de um dos requisitos de admissibilidade do mesmo, qual seja, adequação em razão do recurso interposto não ser previsto legalmente para impugnar a decisão judicial exarada.

AGTAG 2001.02.01.047461-4 (DJ de 30/01/2003, pág. 134) – Terceira Turma – Rel. Des. Fed. Paulo Barata “PROCESSUAL CIVIL – SENTENÇA – RECURSO CABÍVEL – APELAÇÃO – AGRAVO DE INSTRUMENTO INADMISSÍVEL – FUNGIBILIDADE RECURSAL – INAPLICÁVEL AO CASO SUB EXAMEN.

1. Consoante a dicção do artigo 522 do Código Processual Civil, caberá agravo, retido nos autos ou por instrumento, das decisões de natureza interlocutória.

2. O ato do juiz que põe termo ao processo, com ou sem julgamento do mérito da causa, possui natureza jurídica de sentença, e não de decisão interlocutória, conforme dispõe a Lei Adjetiva Civil, em seu artigo 162, § 1º, atacável por recurso de apelação, nos termos do artigo 513, do mesmo diploma legal, e não por recurso de agravo.

3. Inaplicável o princípio da fungibilidade recursal, pois a interposição de um recurso por outro, nestes autos, evidencia erro grosseiro que desautoriza tal providência. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo improvido.”

AC 2000.02.01.055365-0 (DJ de 23/01/2003, pág. 45) – Quarta Turma – Rel. Juiz Fed. José Antonio Neiva. “PROCESSUAL CIVIL. ATO JUDICIAL QUE INDEFERIU REQUERIMENTO DE CITAÇÃO NA EXECUÇÃO. SENTENÇA. AGRAVO INCABÍVEL. AUSÊNCIA DE REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE.”

I - Ato do juiz de 1º Grau que indefere a petição inicial de instauração de nova relação executiva, com requerimento de citação nos termos do art. 730, tem a aptidão de encerrar o processo, sendo, portanto, sentença e não decisão interlocutória (CPC, art. 162, §1º).

II - Recurso de agravo incabível, a caracterizar a ausência de requisito de admissibilidade recursal; III - Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal, tendo em vista a ausência de controvérsia a justificar o erro.

IV - Agravo não conhecido.”

AC 91.02.14220-1 (DJ de 24/03/2003, pág. 271) – Quinta Turma – Rel. Juiz Federal Guilherme Calmon

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. INADMISSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE DOS RECURSOS. NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO.

1. A apelação interposta nos autos da ação cautelar foi contra decisão interlocutória que declinou da competência da Justiça Federal em favor da Justiça do Trabalho. Pretensão relacionada a possível expurgo de 84,32% sobre os vencimentos de ex-empregados públicos.

2. Os requerentes não observaram o disposto no art. 522 do Código de Processo Civil, já que há recurso próprio contra decisão interlocutória: o agravo de instrumento que não foi interposto.

3. Impossibilidade de aplicação do Princípio da Fungibilidade dos recursos diante da intempestividade da peça recursal e do erro grosseiro.

4. Não conhecimento do recurso de apelação.”

AG 92.02.15099-0 (DJ de 24/09/2002, pág. 367) – Sexta Turma – Rel. Juiz França Neto

“PROCESSUAL CIVIL – PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE – APLICABILIDADE – ERRO NA DESCRIÇÃO – PRESENÇA DE TODOS OS REQUISITOS.

1. O Princípio da Fungibilidade aplica-se quando há equívoco na descrição do recurso, que, na hipótese, não configura má-fé ou erro grosseiro, sendo melhor caracterizar-se como erro material. Ademais o recurso atende aos requisitos e às condições recursais da apelação, dentre os quais, a legitimidade, o interesse, a tempestividade e a regularidade formal do recurso.

2. O Princípio da Fungibilidade e o da instrumentalidade das formas têm suma importância para facilitar o acesso à tutela jurisdicional e não pode ser descurado, sob pena de valorização do aspecto formal do processo em detrimento de sua real finalidade que é a prestação jurisdicional.

3. Agravo provido para autorizar o prosseguimento e o processamento da apelação, à unanimidade.”

● TRF-3:

⇒ AC 94.03.045167-0 (DJ de 10/08/99, pg. 427)

● TRF-4:

⇒ AC 2000.71.00.019656-7 (DJ de 04/4/2001, pg. 439)

● TRF5:

⇒ AGIAC 2000.80.00.001464-8 (DJ de 30/04/2003, pg. 1057)