


**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 Corrêa

COORDENADOR:

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

PROJETO EDITORIAL:

Secretaria de Documentação e Produção Editorial (SED)

Assessoria de Comunicação Social (ACOS)

COORDENAÇÃO DE PRODUÇÃO:

Secretaria de Documentação e Produção Editorial (SED)

COORDENAÇÃO DE MATÉRIAS:

Assessoria de Comunicação Social (ACOS)

Seção de Divulgação de Jurisprudência (SEDIJUR)

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
2ª Turma	02
3ª Turma	03
6ª Turma	04

ACÓRDÃOS EM DESTAQUE

Plenário	04
1ª Seção	09
2ª Seção	11
1ª Turma	13
2ª Turma	16
3ª Turma	17
4ª Turma	19
5ª Turma	21
6ª Turma	22

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

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

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

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

www.trf2.gov.br

Restabelecida liminar que impede suspensão do pagamento de funcionários do INSS em greve

O Órgão Especial do TRF-2ª Região decidiu restabelecer os efeitos de liminar que impedia a suspensão do pagamento dos funcionários do INSS em greve. A decisão foi proferida no agravo apresentado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Saúde, Trabalho e Previdência Social no Estado do Rio de Janeiro - Sindisprev/RJ e abrange os funcionários do INSS filiados ao sindicato. A liminar havia sido concedida pela Justiça Federal do Rio, nos autos de mandado de segurança impetrado pelo Sindisprev, contra a determinação administrativa do INSS de cortar o ponto dos grevistas. Dois dias antes do julgamento, o Presidente do TRF havia suspenso a liminar, atendendo a um pedido do instituto.

No entendimento do Órgão Especial, o direito de greve foi estabelecido pelo artigo 37 da Constituição Federal. Em seu voto, o Desembargador Federal Alberto Nogueira destacou que também o artigo 5º da CF tratou do direito de greve como garantia do cidadão. O magistrado entendeu que os vencimentos dos servidores têm caráter alimentar e seu corte causaria dano irreparável aos funcionários do órgão: *“A greve em si, em princípio e em sua materialidade, é legítima, apenas os excessos é que podem ser questionados. Não se pode punir e coagir o servidor a não exercer o seu direito”*.

A Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima lembrou, em seu voto, que, em parte, os serviços indispensáveis prestados pelo INSS a seus beneficiários não foram suspensos. Durante a sessão ocorrida no

Órgão Especial, inclusive, o representante do Sindisprev esclareceu que os benefícios já existentes estariam sendo pagos, as perícias médicas estariam sendo realizadas normalmente, que teriam sido formados grupos-tarefa para dar andamento nos processos administrativos em tramitação no instituto e que as empresas continuariam podendo requisitar Certidões Negativas de Débito, necessárias para a concorrência em licitações públicas, através da página do INSS na internet.

No julgamento, o Desembargador Federal Castro Aguiar ressaltou que ainda não foi declarada judicialmente a legalidade ou ilegalidade da greve e, se for decidido que ocorreu abuso do direito de greve, poderá ser aplicada a punição para os servidores, inclusive com a suspensão do pagamento dos vencimentos durante os dias não trabalhados. Dr. Castro Aguiar entendeu também não serem válidos os argumentos de que o direito de greve ainda deverá ser regulado por lei específica que, para a autarquia, ainda não existe. Na verdade, ponderou o desembargador, a Lei nº 7.783, de 1989, que, no entendimento do magistrado, é uma lei específica, já definiu os critérios para movimentos grevistas dos trabalhadores em geral, sendo aplicável para os servidores públicos: *“O direito de greve não afasta a responsabilidade dos servidores e eventuais abusos podem ser questionados em sede judicial própria”*.

► Proc. 2003.02.01.009329-9
Decisão: 07/08/2003

2ª Turma

Negado habeas corpus para diretores do Itaú condenados por sonegação da CPMF

ESQUEMA TERIA POSSIBILITADO A ESSO DO BRASIL BURLAR O FISCO EM R\$ 17,7 MILHÕES

A 2ª Turma do TRF-2ª Região, acompanhando o entendimento do Desembargador Federal Paulo Espírito Santo, negou, por unanimidade, pedido de habeas corpus apresentado por quatro diretores do banco Itaú acusados de participar de um esquema de sonegação de CPMF em favor da Esso Brasileira de Petróleo. Os executivos foram denunciados à Justiça Federal pelo Ministério Público Federal em razão de a

Receita Federal ter identificado, através de intervenção fiscal realizada no banco, que as duas empresas teriam se associado para operar um sistema de compensação de cheques em paralelo à conta corrente da empresa, a fim de evitar a cobrança da CPMF. Os acusados apresentaram o pedido de HC, cujo relator é o Desembargador Paulo Espírito Santo, alegando que, nos termos da Lei nº 9.430, de 1996, o processo criminal não poderia ter sido iniciado antes de ter sido concluído o processo administrativo que tramita no fisco para apurar as irregularidades. Eles e outros acusados, entre executivos da Esso e do Itaú, já foram condenados em 1ª instância por crime contra a

ordem tributária. Apelação criminal que propuseram contra a sentença de 1º grau ainda será julgada pela própria 2ª Turma do TRF.

Conforme informações dos autos, a Esso e o Itaú teriam montado um esquema, que teria funcionado entre maio de 1997 e janeiro de 1999, pelo qual a distribuidora de combustíveis encaminhava a uma agência do banco no Centro do Rio os cheques que recebia de seus clientes nos postos de gasolina de sua bandeira. O Itaú, então, repassaria esses cheques diretamente aos fornecedores da Esso, eximindo a empresa de depositá-los em conta-corrente e, conseqüentemente, livrando-a de recolher a correspondente CPMF. De acordo com a apuração da Fazenda, a songação somaria R\$ 17.789.009,21.

Em sua sustentação, o advogado José Carlos Dias, que representa os réus, alegou que, nos termos do artigo 83 da Lei nº 9430/96, o MPF não poderia ter exigido, como ocorreu, que o fisco lhe encaminhasse a representação fiscal para elaborar a denúncia antes de ser proferida a decisão final no processo administrativo. O advogado, que foi Ministro da Justiça durante o segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, sustentou também que as provas contra seus clientes teriam sido obtidas de forma ilícita, com a quebra do sigilo bancário dos réus sem a devida autorização judicial.

Para o relator do processo na 2ª Turma, Desembargador Federal Paulo Espírito Santo, a lei impede apenas que a Receita encaminhe a representação fiscal antes da conclusão do procedimento administrativo, mas não há qualquer dispositivo legal

que proíba o MPF de requisitar a fiscalização, como foi o caso. O magistrado destacou que não se pode criar uma pré-condição para que o MPF exerça sua função constitucional de propor ações, nas questões envolvendo infração das leis penais: “*A interpretação dada pelo impetrante ao texto legal é até mesmo absurda, eis que faria com que a apuração do ilícito tributário na esfera administrativa fosse uma questão prejudicial ao oferecimento da denúncia. Faria com que surgisse uma nova condição para a propositura da ação penal, já que, em última análise, a atuação do Ministério Público ficaria subordinada à anterior decisão administrativa, pretensão incabível em face da independência das esferas penal e administrativa*”. O relator do processo entendeu ainda que a Lei Complementar nº 75, de 1993, estabelece que o MPF não precisa de autorização judicial para obter dados referentes ao recolhimento da CPMF, devendo apenas guardar sigilo da informação recebida, que só pode ser utilizada para fins de investigação e instrução do processo. O desembargador lembrou que o direito constitucional do cidadão ao sigilo bancário não pode servir para acobertar práticas ilícitas ou para impedir a apuração dos fatos: “*A garantia constitucional não pode se voltar contra a própria sociedade, permitindo-se, em seu nome, a impunidade. Além disso, a defesa dos interesses da Fazenda Pública, que traduz o interesse público, incontestavelmente presente na espécie, está acima do interesse privado*”.

► *Proc. 2003.02.01.006509-7*
Decisão: 17/09/2003

3ª Turma

3ª Turma condena empresário por porte de skank

A 3ª Turma do TRF-2ª Região condenou o empresário Ricardo Moreira de Carvalho a prestar 6 meses de serviços comunitários e pagar uma multa de 500 salários mínimos (R\$ 120 mil) por porte de *skank*, um derivado da maconha de efeito mais prolongado. O empresário, que produz shows e bailes, além de representar vários artistas do meio musical, havia sido condenado em 1ª Instância por tráfico internacional de drogas. No julgamento da apelação criminal apresentada pelo produtor cultural contra a sentença de 1º grau, a 3ª Turma concluiu que não havia provas de que a droga apreendida com o réu no aeroporto internacional do Rio seria destinada à venda e decidiu condená-lo nos termos do artigo 16, da Lei nº 6368, de 1976, que prevê a pena para o crime de adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente. Moreira de Carvalho havia sido preso por agentes da Polícia Federal quando retornava da Europa portando pouco mais de 4 quilos da planta - incluindo flores, caule e folhas - usada para produzir o *skank*. Ela teria sido adquirida em Amsterdã (Holanda). Segundo perícia realizada na PF, cerca de um quilo do total apreendido serviria para a

confecção da droga, pois o caule e as flores não são utilizados na produção do entorpecente.

O acusado sustentou, em sua defesa, que a droga serviria apenas para seu próprio consumo. A psicoterapeuta que acompanha Moreira de Carvalho desde o ano 2000 afirmou, nos autos, que seu paciente estaria em tratamento contra a dependência química e que ele já teria chegado a usar 10 cigarros de maconha por dia. Ainda de acordo com os peritos, o volume da planta apreendido do réu renderia até 500 cigarros de maconha. A defesa de Moreira de Carvalho alegou também que, sendo um empresário bem sucedido, ele não teria qualquer necessidade de se dedicar ao tráfico de drogas. O advogado do réu afirmou que seu cliente havia viajado de 1ª classe, hospedando-se nos melhores hotéis na Europa. Só esses gastos, ainda conforme a defesa, superariam os lucros que o empresário eventualmente poderia obter com a venda do skank.

No entendimento do relator do processo na 3ª Turma, Desembargador Federal Francisco Pizzolante, não há qualquer prova, nos autos, de que a planta seria destinada ao tráfico. Os termos de seu voto foram

integralmente confirmados pelo Desembargador Federal Paulo Barata, que também compõe a 3ª Turma. O Desembargador Federal Francisco Pizzolante destacou que a situação em que o empresário foi preso se enquadra no artigo 16 da Lei nº 6368/76 e não no artigo 12, como entendeu o Juízo de 1º grau, que trata do crime de Importar, adquirir ou produzir entorpecentes para a comercialização. O relator lembrou, em seu voto, que, diferente das questões envolvendo matéria civil, nos processos criminais a lei não permite que se presuma

qual seria a conduta do acusado, sendo permitida apenas concluir a partir dos fatos concretos. O magistrado analisou, ainda em seu voto, que o acusado comprovadamente é ou era dependente da droga, não possuindo antecedentes criminais e menos ainda pode-se comprovar qualquer ligação sua com o tráfico internacional de drogas.

► *Proc. 2001.02.01.035766-0*
Decisão: 16/09/2003

6ª Turma

Mantida a prisão de ex-diretor do presídio Ary Franco

O Juiz Federal convocado para a 6ª Turma do TRF-2ª Região, Guilherme Couto Castro, negou o pedido de *habeas corpus* apresentado pelo ex-diretor do presídio Ary Franco (Água Santa, zona norte do Rio), Luiz Gustavo Matias Silva, que está preso por determinação da Justiça Federal de 1º Grau. A prisão preventiva foi decretada nos autos do inquérito policial que investiga a morte do comerciante chinês Chan Kim Chang. O mérito do HC ainda será julgado pela 6ª Turma.

De acordo com a denúncia do Ministério Público, que deu origem ao inquérito, Luiz Silva teria tomado conhecimento das agressões praticadas contra o comerciante e teria permitido que os seus autores tentassem apagar os sinais da tortura. Além disso, Silva teria prestado declaração falsa no alvará de soltura expedido pela Justiça Federal em favor da vítima. Ele declarou ao juiz, no verso do documento, que Chang teria sido conduzido para o Hospital Central Penitenciário e, em seguida, para a 24ª Delegacia Policial

para ser autuado por dano, quando, na verdade, o comerciante se encontrava ferido na sala de triagem do Ary Franco.

No entendimento do Juiz Federal Guilherme Castro, a prisão preventiva deve ser mantida, para que o acusado não interfira na apuração dos fatos. Dr. Guilherme ponderou que haveria o risco de isso acontecer, considerando que, pelo cargo influente que exercia, o acusado poderia prejudicar as investigações, caso permanecesse solto: *“Tendo em vista a condição funcional que o paciente ostentava à época dos fatos, não sendo consequência imediata de seu afastamento o desaparecimento de possíveis influências decorrentes do período em que esteve no exercício do cargo, devendo ainda ser levada em conta a imputação do crime de falsidade ideológica, o qual teria sido praticado justamente em detrimento da efetivação de ordem judicial.”*

► *Proc. 2003.02.01.008826-7*

ERRATA:

No Infojur nº 40, pág. 3, (“Pelos Sessões” – 2ª Turma), onde se lê Processo 2000.02.01.029122-2, leia-se 2001.02.01.029122-2.

ACÓRDÃOS EM DESTAQUE

Habeas Corpus

Proc. 2000.02.01.061111-0 - Publ. no DJ de 27/09/2001

Relator: Des. Fed. CRUZ NETTO

Relator p/acórdão: Des. Fed. RALDÊNIO BONIFACIO COSTA

HABEAS CORPUS – COMPETÊNCIA DO TRF DA 2ª REGIÃO – AÇÃO POPULAR – INQUÉRITO POLICIAL – ÓRGÃO DE CONTROLE EXTERNO DO PODER JUDICIÁRIO – LIBERDADE E INDEPENDÊNCIA DO ADVOGADO PARA O PLENO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA – DIREITOS DE LIBERDADE – ESTADO DE DIREITO – ESTADO DEMOCRÁTICO – AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO – SEM ADVOGADO NÃO HÁ JUSTIÇA – SEM JUSTIÇA NÃO HÁ DEMOCRACIA – ART. 133, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ARTS. 6º E 7º, INC. I, E § 2º, DO ESTATUTO DA ADVOCACIA (LEI Nº 8.906/94).

1. Competência do TRF da 2ª Região fixada por decisão unânime do seu Plenário, por envolver a questão interesse não só do paciente e douto advogado, Dr. ÁLVARO RANGEL DE CARVALHO, inscrito na OAB/RJ sob o nº 51.354, mas também do nobre deputado estadual PAULO SÉRGIO RAMOS BARBOSA, igualmente ostentando a qualidade de advogado, inscrito na OAB/RJ sob o nº 5.604.

2. Remédio heróico impetrado objetivando o trancamento de inquérito policial, por ofensa ao Princípio da Legalidade e da Reserva Legal, sustentando não haver crime de calúnia praticado por advogado

Plenário

cumprindo mandato outorgado com poderes específicos por deputado federal e também advogado, para propor ação popular em face da União Federal e da CASA DA MOEDA DO BRASIL, ante indícios da ocorrência de compra superfaturada de papel-moeda.

3. Ação popular, prosseguindo em seus trâmites, inclusive com autos de ação civil pública, distribuída por dependência, impulsionada pelo Órgão do *Parquet* Federal, em razão dos mesmos fatos.

4. Em passado recente, vivenciaram-se dificuldades enfrentadas pelos profissionais do Direito – advogados, juízes, membros do Ministério Público – à época em que o nosso país esteve sob o manto indesejável do período que os historiadores e cientistas políticos denominam “anos de chumbo”, em que o poder autoritário se instaurou nos comandos desta grande Nação, pesando, inclusive, sobre os direitos e garantias individuais a armadilha afrontosa do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, que, ao mesmo tempo em que mantinha a Constituição Federal de 24/01/67, suspendia direitos políticos, direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais, proibia manifestação de natureza política e autorizava aplicação de medida de segurança, suspendendo, também, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo, assegurando ao Presidente da República expedir decreto demitindo, removendo, aposentando ou pondo em disponibilidade quaisquer dos titulares das garantias asseguradas pela Constituição, como também demitindo empregados de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e, ainda, demitindo e transferindo para a reserva ou reformando militares e membros das Polícias Militares.

5. O nefasto e malquerido Ato Institucional nº 5, à semelhança da Espada de Dâmocles, também suspendeu a garantia de *habeas corpus* e excluiu de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados nele fundamentados, inclusive em seus atos complementares e seus respectivos efeitos, constituindo-se, desta forma, num Órgão de Controle Externo do Poder Judiciário, tolhido em fazer prevalecer o Direito e a Justiça, no intuito de assegurar a proteção dos direitos e das garantias individuais.

6. Lamentável que, hodiernamente, algumas correntes de advogados, apesar de toda a luta da Ordem dos Advogados do Brasil em fazer o País retornar às trilhas democráticas, como afinal veio a acontecer com o apoio de toda a sociedade brasileira, com pleno funcionamento autônomo e independente dos Poderes Constituídos, defendam a instituição de um Órgão de Controle Externo do Poder Judiciário, esquecendo-se daquela experiência amarga, que, apesar do AI-5, não intimidou os advogados de postularem em Juízo, os membros do Ministério Público de agirem na defesa da sociedade e os juízes de decidirem com coragem as questões que lhes eram submetidas para julgar.

7. A defesa não quer dizer o panegírico da culpa, ou do culpado. Sua função consiste em ser, ao lado do acusado, inocente ou criminoso, a voz dos seus direitos legais (*apud* ORLANDO SOARES, citando RUY BARBOSA, *in* “Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil”, 6ª ed., Forense, 1939, pág. 508).

8. O reconhecimento do povo pela luta permanente e incansável dos advogados pela prevalência do Estado Democrático de Direito se deu de forma clara, através do legislador constituinte, que fez inserir na atual Constituição Federal o art. 133, que reza que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

9. O princípio constitucional foi um aperfeiçoamento daquele existente no antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 4.215, de 27/04/63, que dispunha, em seu art. 68, que no seu ministério privado, o advogado presta serviço público constituindo, com juízes e membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da justiça.

10. “... o advogado é o homem da lei e é elemento indispensável à administração da justiça” (*apud* RUY DE AZEVEDO SODRÉ, *in* “Ética Profissional e Estatuto do Advogado”, Ed. LTR, 1984, pág. 41).

11. A independência, o advogado a deve cultivar como uma prerrogativa fundamental, sem a qual a Advocacia perde toda a sua essência (*idem*, pág. 149).

12. O advogado precisa ter condições – liberdade e independência – para reagir contra o abuso, protestar contra o excesso, contestar a opinião, discutir a imoralidade, a proibição de uma pessoa ainda mesmo que política ou economicamente poderosa (*idem, ibidem*, pág. 192).

13. A coragem moral é o escudo da independência e da dignidade profissional (*idem, ibidem*, pág. 192).

14. O advogado tem o direito de exercer sua profissão com liberdade, pois, sem esta a advocacia não existe.

15. A questão versada nestes autos induziu a busca de conceitos e discussões filosóficas levadas a efeito, por eminentes pensadores, preocupados com o problema do liberalismo político, e a idealização de uma sociedade democrática estável e justa, composta por cidadãos livres e iguais, ainda que dividida por doutrinas religiosas, filosóficas e morais, muitas vezes aparentemente incompatíveis, mas que, democraticamente, poderão coexistir de maneira durável.

16. “Os cidadãos são iguais na medida em que se consideram uns aos outros como detentores de um direito igual de determinar e de avaliar de maneira ponderada os princípios primeiros de justiça que devem reger a estrutura básica da sua sociedade. Eles são livres na medida em que pensam ter o direito de intervir na elaboração de suas instituições comuns em nome de seus próprios objetivos fundamentais e de seus interesses superiores” (*apud* JONH RAWLS, in “Justiça e Democracia”, 1ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 2000, pág. 55).
17. “...a sociedade é efetivamente governada por princípios públicos de justiça” (*idem*, pág. 82).
18. “Os direitos de liberdade evoluem paralelamente ao Princípio do Tratamento Igual. Com relação aos direitos de liberdade, vale o princípio de que os homens são iguais” (*apud* NORBERTO BOBBIO, in “A Era dos Direitos”, 8ª edição, Campus Ltda., 1992, pág. 70).
19. O alfa e o ômega da teoria política é o problema do poder: como o poder é adquirido, como é conservado e perdido, como é exercido, como é defendido e como é possível defender-se contra ele (*idem*, pág.143).
20. A constitucionalização dos remédios contra o abuso do poder ocorreu através de dois institutos típicos: o da separação dos poderes e o da subordinação de todo poder estatal (e, no limite, também do poder dos próprios órgãos legislativos) ao direito (o chamado “constitucionalismo”). (*idem, ibidem*, pág. 148).
21. O Estado de Direito implica a existência de um Estado Democrático, que requer uma Justiça célere, acessível a todos, apta a dar resposta rápida aos desafios que uma sociedade em transformação acelerada apresenta. O pressuposto básico de tudo isso é a autonomia e a não-dependência do Poder Judiciário dos outros Poderes do Estado.
22. A aspiração de todo cidadão e de qualquer segmento da sociedade é a de que a Justiça seja efetiva e eficaz, compatível com o poder estatal, dotada de condições de independência asseguradora de sua absoluta imparcialidade.
23. Pouca valia tem o rol de direitos e liberdades fundamentais, a instituição de novas garantias, se não existir um Órgão que assegure o exercício de tais liberdades. Somente o Judiciário, num Estado Democrático, poderá ser chamado a garantir o pleno uso dessas liberdades.
24. Sendo verdade que não há Democracia sem Poder Judiciário independente, e que não há Estado de Direito sem Judiciário com liberdade, e que não há liberdades públicas nem garantias constitucionais sem Poder Judiciário autônomo e independente, verdade também é que, sem advogado, não há justiça e, sem justiça, não há democracia.
25. Com o advento da atual Carta Política (art. 133), o advogado passou a ter um *status* constitucional, como peça integrante que é, sem dúvida nenhuma, da atividade de administração da justiça (cf. CELSO RIBEIRO BASTOS, in “Dicionário de Direito Constitucional”, Saraiva, 1994, pág. 9).
26. Não cabe ao advogado, ao receber mandato, investigar se procede ou não a imputação que seu cliente quer fazer, e muito menos responsabilizar-se solidariamente. Age no exercício regular do direito, causa excludente de criminalidade, da mesma forma que o Procurador da República age no estrito cumprimento do dever legal, quando oferece denúncia contra alguém (*apud* parecer Proc. Rep. JOÃO SÉRGIO LEAL PEREIRA, fls. 100/104).
27. Funda-se a *actio popularis* na natureza substancial do regime democrático. Se “todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido”, o exercício do poder deve estar sob a vigilância constante do povo. Onde houver ato funcional lesivo ao patrimônio público, há o direito e o dever cívico do cidadão de impugná-lo judicialmente (*apud* SAHID MALUF, in “Direito Constitucional, Sugestões Literárias”, 17ª ed., 1985, pág. 476).
28. O exercício do direito de ajuizar Ação Popular perante o Órgão Jurisdicional se formaliza através de petição subscrita por advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, regularmente constituído pela parte interessada.
29. Consoante o dispositivo insito no art. 3º da Lei nº 8.906, de 04/07/94, “o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB” (*sic*).
30. Dentre os direitos do advogado, se destacam aqueles mencionados no art. 6º e no art. 7º, inc. I, e § 2º, do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94).
31. “O juiz fala pelo Estado, mas o advogado fala pelo cliente, pelo povo e pela Pátria” (*apud* PONTES DE MIRANDA, em palestra histórica, no Instituto dos Advogados Brasileiros).
32. Ordem de *habeas corpus* concedida, com extensão de seu benefício, determinando-se o arquivamento do inquérito policial.

POR UNANIMIDADE, RECONHECIDA A COMPETÊNCIA DESTA TRIBUNAL PARA APRECIAR O HABEAS CORPUS.

COMPETÊNCIA DO TRF-2 – AÇÃO POPULAR – DIREITOS DO ADVOGADO

O Relatório, na íntegra, do Des. Fed. Cruz Netto: “Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado na Primeira Instância, pelos advogados Fernando Tristão Fernandes e Fernando Augusto H. Fernandes, em favor de Álvaro Rangel de Carvalho, sob o fundamento de que estaria o paciente submetido a constrangimento ilegal decorrente da instauração de inquérito junto ao Juízo da 7ª Vara Federal Criminal, com vistas à apuração de fatos pertinentes ao delito que trata o art. 138 do Código Penal.

Aduzem os impetrantes que o paciente, advogado militante dos quadros do Sindicato dos Engenheiros, foi constituído pelo deputado Paulo Sergio Ramos, para propor ação popular em face de diretores da Casa da Moeda, diante de sérios indícios de estar havendo compra superfaturada de papel-moeda. Salientam que a referida ação encontra-se em andamento, tendo, inclusive, o Ministério Público Federal ingressado com ação civil pública, por dependência.

Ocorre, prosseguem os impetrantes, que o paciente se encontra sofrendo constrangimento ilegal, estando intimado para depor na Polícia Federal, em inquérito instaurado em razão de requerimento do Ministério Público, tendo em vista representação feita pelos diretores da Casa da Moeda, imputando ao deputado e, em co-autoria, ao paciente, crime de calúnia. Isto porque, como advogado, assinou, com poderes concedidos pelo deputado, a petição inicial da referida ação popular.

Aduzem, outrossim, que há total inviabilidade do procedimento contra o paciente, que recebeu procuração com poderes específicos para ingressar com ação, salientando, quanto a isto, que, se a jurisprudência vem entendendo corretamente que o advogado que extrapola dos poderes concedidos pelo cliente e imputa ao juiz, ao promotor, ou até mesmo à parte ato que constitui crime, responde por calúnia, é correto que o advogado não pode ser processado por crime de calúnia, em co-autoria com o cliente, quando cumpriu estritamente com os poderes que lhe foram conferidos de forma nenhuma extrapolando-os, atendo-se à discussão em juízo, sem qualquer divulgação extra autos a qualquer órgão de imprensa. Caso contrário, prosseguem, se se responsabilizasse o advogado por cumprir com os poderes que lhe foram conferidos estar-se-ia ferindo o Princípio da Legalidade, já que é preciso lei que regule a limitação da inviolabilidade constitucional talhada no art. 133 da Constituição Federal, que só pode ser ultrapassada quando há abuso de garantia e fuge o profissional ao comportamento ético que lhe é exigido, de urbanidade com as partes e com o Juízo.

Argumentam, ainda, com as garantias decorrentes da Lei nº 8.906/94, artigos 2º, § 3º, e 7º, § 2º.

Faltaria, assim, o dolo específico a configurar a calúnia, havendo, tão-somente, **animus narranti**, afirmam.

Outro aspecto abordado pelos impetrantes diz respeito à representação. Entendem que não houve calúnia cometida ‘contra funcionário público em razão de suas funções’, já que a expressão legal exige que além dos **animus injuriandi**, o dolo da ofensa tenha como motivador a função pública que exerce, que seja a função pública que esteja sendo ofendida, e a honra do funcionário público que se encontra no cargo.

Acrescentam que não basta que o ofendido esteja em função pública, mas é necessário que a ofensa seja dirigida em razão das funções que exerce, não havendo possibilidade de se invocar a restrita possibilidade de ação penal pública para o caso.

Disso resulta a ilegalidade da instauração do inquérito, pois é caso de ação privada, que só pode ser instaurada a requerimento dos supostamente ofendidos, art. 5º, §5º do CP.

Salientam, ainda, que os representados teriam decaído do direito de representação, eis que a ação foi proposta em 12/08/98, e teve sua distribuição publicada no Diário Oficial, sendo que a representação só foi feita tempos depois – em 29/07/99.

Requerem, a final, a concessão da ordem, determinando o trancamento do inquérito em relação ao paciente.

O Juízo da 7ª Vara Federal Criminal, para onde os autos foram distribuídos originariamente considerando que um dos investigados é deputado estadual, declinou da competência em favor deste Tribunal.

O Ministério Público Federal, por seu ilustre Procurador-Chefe Substituto, em exercício, Dr. João Sergio Leal Pereira, opina às fls..., pelo deferimento da liminar, pela concessão da ordem, e por sua extensão ao outro representado, Paulo Sergio Ramos Barbosa.”

Inicialmente, o Relator, Des. Fed. Cruz Netto, manifestou-se sobre a questão da competência:

“Não obstante o **habeas corpus** tenha sido impetrado tão-somente em favor do advogado Álvaro Rangel de Carvalho, que não possui privilégio de foro, penso que, com a remessa do inquérito a esta Corte, firmouse, em princípio, a competência desta para julgamento deste **habeas corpus**. Isto porque o paciente teria cometido crime em co-autoria com um deputado estadual, sendo certo, ainda, que se trata de crime praticado contra servidor público federal no exercício de suas funções. A jurisprudência já se pacificou no sentido de que nos crimes praticados por deputado estadual, em detrimento de bens, serviços, ou interesses da União, suas autarquias e empresas públicas a competência é dos Tribunais Regionais

*Federais. Assim, embora o deputado estadual não seja paciente neste **habeas corpus**, não há, ainda, como separar os processos, mesmo porque ainda está em fase de inquérito policial.”*

Quanto ao mérito, entendeu o Relator ter havido excesso na formulação da petição inicial que ajuizava a ação popular, tendo citado vários trechos mais candentes do documento como subsídio ao seu entendimento, concluindo desta forma:

“Assim, se for acolhida a tese dos impetrantes, toda ela baseada na imunidade do advogado, relativamente aos termos utilizados em petição formulada em Juízo – o que, em última análise significa invocar a atipicidade do fato que lhe é imputado – estar-se-à fulminando, de vez, qualquer pretensão das vítimas a uma futura ação penal, mesmo que a ação popular seja julgada improcedente.

Não há, pois, a meu ver, que se cogitar, no caso, de constrangimento ilegal a justificar o trancamento do inquérito, visto que, em princípio e em tese, os fatos imputados ao paciente constituem crime, devendo prosseguir-se com as apurações.

Observo, ainda, que se é certo que o cidadão tem o direito de ajuizar ação popular em face de atos tidos como lesivos ao patrimônio público, também o servidor público a quem se imputa a prática de tais atos tem o direito de, em atitude de defesa de sua honra, pretender a instauração de processo crime contra o seu acusado. Em suma, os fatos devem ser apurados em sua inteireza, tanto na ação popular, quanto no inquérito policial.

Por fim, parece-me que o trancamento do inquérito policial implicaria juízo prévio a respeito da veracidade dos fatos narrados na ação popular, na medida em que se estariam praticamente ratificando aquelas alegações.

O prosseguimento do inquérito, ao contrário, não implica formação de juízo ou de convencimento da existência efetiva de crime, mas apenas a afirmação de que, em tese, os fatos imputados ao paciente constituem crime, podendo inclusive vir a ser arquivado o inquérito ou rejeitada uma eventual denúncia, após a apuração dos fatos.

Por isso, não vejo justificativa para o trancamento do inquérito.

*Ante o exposto, denego a ordem de **habeas corpus**”.*

O voto vencedor foi proferido pelo Des. Fed. Raldênio Bonifacio Costa. Após historiar rapidamente a questão, dissertou longamente sobre a profissão de advogado, suas vicissitudes, as garantias legais para o seu exercício, entremeadas de citações, e encerrou seu voto da seguinte forma:

“Por estas razões, e considerando o disposto no art. 133 da Constituição Federal, bem como os apontados dispositivos da Lei nº 8.906/94, entendo que a independência é uma prerrogativa fundamental do

advogado, que, sem ela, a Advocacia perde toda sua essência, trazendo prejuízo, não só ao jurisdicionado mas também a toda a sociedade, eis que, como prelecionou o saudoso e sempre lembrado emérito constitucionalista PONTES DE MIRANDA, em inesquecível palestra, no Instituto dos Advogados Brasileiros, deixou a seguinte mensagem, que tornou-se um marco na História Jurídica Nacional:

‘O juiz fala pelo Estado, mas o advogado fala pelo cliente, pelo povo e pela Pátria.’

*Assim sendo, não vislumbrando a prática de ilícito criminal, pelo fato de peticionar, subscrevendo ação popular e ajuizando-a perante o órgão jurisdicional competente (Justiça Federal), procedimento previsto no art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, e na Lei nº 4.717, de 29/06/65, e inexistindo motivos para instauração de inquérito policial e de ação penal, acolhendo os fundamentos do profícuo parecer do ínclito Procurador Regional da República, Dr. JOÃO SERGIO LEAL PEREIRA, voto concedendo a ordem de **habeas corpus** determinando o trancamento do inquérito policial instaurado contra o ora paciente, o advogado Dr. ÁLVARO RANGEL DE CARVALHO, inscrito na OAB/RJ sob o nº 51.354, estendendo o seu benefício ao nobre Deputado Estadual e advogado, Dr. PAULO SÉRGIO RAMOS BARBOSA, inscrito na OAB nº 5604, determinando que a digna autoridade apontada como coatora – DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL DA DELEGACIA DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO A CRIMES FAZENDÁRIOS, no Rio de Janeiro – proceda ao imediato arquivamento do mencionado inquérito – tombado como IPL nº 1.236/99 (2000.5101500504-3) – DELEFAZ/SR/DPF/RJ.*

*Uma vez que o inquérito policial foi instaurado a pedido do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e, considerando que o Paciente, Dr. ÁLVARO RANGEL DE CARVALHO é advogado regularmente inscrito na OAB/RJ sob o nº 51.354 e, o segundo beneficiado, por extensão, do **writ**, deputado e também advogado, inscrito na OAB/RJ sob o nº 5.604, Dr. PAULO SÉRGIO RAMOS BARBOSA, ora Deputado Federal, na oportunidade do ajuizamento da ação popular que deu origem ao inusitado inquérito policial, exercendo, hoje, o cargo de Deputado Estadual, no Estado do Rio de Janeiro, exercitando, ambos, direitos assegurados pelo art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, pela Lei nº 4.717/65, e pelos artigos 6º e 7º, inciso I, e § 2º, da Lei nº 8.906/94, oficie-se, encaminhando cópias do inteiro teor deste voto e respectiva ementa às seguintes autoridades:*

- a) Exmo. Sr. Deputado Presidente da Câmara dos Deputados;*
- b) Exmo. Sr. Deputado Presidente da Assembléia do Estado do Rio de Janeiro;*
- c) Exmo. Sr. Presidente do Colendo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;*

d) Exmo. Sr. Presidente do Egrégio Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado do Rio de Janeiro;

e) Exmo. Sr. Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros;

f) Exmo. Sr. Procurador Geral da República;

É como voto”.

Acórdãos pertinentes localizados no estudo comparado de jurisprudência:

- STF:
 - ⇒ HC 8157/SP (DJ de 14/06/2002, pág. 158)
- STJ:
 - ⇒ HC 25204/SP (DJ de 30/06/2003, pág. 274)
- TRF-1:
 - ⇒ ACR 1997.01.00.034396-6 (DJ de 05/06/98, pág.56)
- TRF-2:
 - ⇒ HC 2001.02.01.028164-2 (DJ de 11/03/2002, pág. 442) – Rel. Des. Fed. Rogério Carvalho – Quarta Turma

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRÁTICA DE CALÚNIA E DIFAMAÇÃO CONTRA PROCURADORES DA REPÚBLICA IMPUTADA A ADVOGADOS. CONTROVÉRSIA RELACIONADA À DISCUSSÃO DA CAUSA. INEXIS-TÊNCIA QUER DE ANIMUS DIFAMANDI, QUER INJURIANDI.

1. O exame do caso concreto permite extrair que os pacientes, na verdade, fizeram uso de vocábulos próprios do debate forense, devendo se considerar que é na esfera criminal que exercem o seu nobre ofício, sendo que tais vocábulos, os elementos trazidos aos autos permitem extrair, foram proferidos como conseqüência de indignação dirigida contra a ação penal contra eles intentada, revelando, propriamente,

um sentimento de autodefesa, e não qualquer pretensão de macular a honra dos membros do **Parquet** Federal, ao contrário do que entenderam os ilustres Procuradores da República que contra eles formularam representação, pretendendo uma reprimenda judicial por se sentirem vítimas dos crimes de calúnia e difamação.

2. ‘O art. 142 do Código Penal, ao dispor que não constitui injúria ou difamação punível a ofensa irrogada em Juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador (...) estendeu, notadamente ao advogado, a tutela da imunidade judiciária, desde que, como ressalta a jurisprudência dos Tribunais, as imputações contumeliosas tenham relação de pertinência com o **thema decidendum**’. (STF, 1ª T., HC nº 69.085/RJ, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJU de 26/03/93).

3. ‘O Direito Penal, com seu pesado instrumental, deve reservar-se para os delinquentes, não para meros excessos verbais na discussão da causa pelas partes, que se situam na área de incidência do Princípio da Insignificância’. (RT 589/433)

4. Ordem de **habeas corpus** que se concede para trancamento da Ação Penal nº 2001.51.01.527919-6, em trâmite na 5ª Vara Federal Criminal/RJ.

- TRF-3:
 - ⇒ HC 90.03.020497-7(DJ de 27/08/90, pág. 92)
- TRF-4:
 - ⇒ ACR 1999.70.02.002823-2 (DJ de 10/10/2001, pág. 1.039)
- TRF-5:
 - ⇒ HC 91.05.07537-8 (DJ de 17/01/92, pág. 449)

Embargos Infringentes em Apelação Criminal

Proc. 96.02.27863-3 - Publ. no DJ de 27/06/2003, págs. 254/255

1ª Seção

Relatora: Des. Fed. VERA LÚCIA LIMA

PROCESSUAL PENAL – PENAL – EMBARGOS INFRINGENTES – ESTELIONATO – INAPLICABILIDADE DO ART. 14, CP – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE – ART. 44, CP.

- Em razão dos limites do voto vencido, nesta oportunidade somente cabe examinar a questão relativa à configuração ou não da tentativa no crime de estelionato.

- De acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, consuma-se o crime de estelionato no momento em que há o prejuízo, ou seja, quando a coisa passa da esfera de disponibilidade da vítima para aquela do infrator, não se exigindo o efetivo enriquecimento do agente.

- Por força da regra inserta no artigo 29, **caput**, do Código Penal, todos os que contribuem para a integração do delito cometem o mesmo crime.

- Neste caso concreto, o delito de estelionato consumou-se no momento em que houve o primeiro crédito em conta bancária.

- A circunstância de não ter o embargante conseguido efetuar o saque não é suficiente para que se possa acolher a tese da tentativa.

- A substituição de ofício da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos é aceita pela doutrina e pela jurisprudência.

- O exame dos autos revela que o embargante preenche os requisitos objetivos e subjetivos exigidos pela lei para a substituição da pena corporal.

- A precária situação financeira do recorrente indica que a pena de multa e a prestação pecuniária podem não se revelar adequadas ao caso concreto.
- Pena privativa de liberdade substituída por duas penas de prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas, as quais deverão ser definidas pelo Juízo da execução.
- Embargos infringentes parcialmente providos.

POR MAIORIA, PARCIALMENTE PROVIDOS OS EMBARGOS INFRINGENTES.

ESTELIONATO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Condenado por praticar estelionato (associado a outras pessoas) contra o INSS opôs embargos infringentes, com base no voto vencido – do Des. Fed. Paulo Espírito Santo – na apelação criminal julgada na 2ª Turma. À luz do referido voto, pleiteou:

Redução da pena (3 anos e 4 meses) e concessão do *sursis*; ou, na hipótese de improvimento dos embargos, fosse aplicada a Lei nº 9.714/98, substituindo-se a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos.

No entendimento do Des. Fed. Paulo Espírito Santo – voto vencido na Turma – a conduta praticada pelo ora embargante teria configurado o delito de estelionato em sua forma tentada, pelo que “no momento da individualização da pena, dever-se-ia, a partir da imposição da pena-base, aplicar a redução do art. 14, II, do Código Penal.”

Em seu voto, vencedor, por maioria, a Relatora analisou a situação do réu, preso em flagrante no interior de uma agência bancária no momento em que, fazendo uso de uma cédula de identidade falsa em nome de terceiro, pretendia efetuar um saque e uma transferência de valores.

Após citações de manifestações doutrinárias, da sentença monocrática e da decisão da 2ª Turma – todas rejeitando a tese do crime tentado – ressaltou:

“A conclusão de que não poderia cogitar de tentativa na hipótese em questão é reforçada pelo próprio artigo 29 do Código Penal. Este dispositivo, de acordo com a doutrina, consagra a teoria unitária ou monista, segundo a qual todos os que contribuem para a integração do delito cometam o mesmo crime.

O professor Cezar Roberto Bitencourt, ao analisar os requisitos do concurso de pessoas, afirma o seguinte:

“Embora todos os participantes desejem contribuir com sua ação na realização de uma conduta punível, não o fazem necessariamente da mesma forma e nas mesmas condições. (...) A participação de cada um e de todos contribui para o desdobramento causal do evento e respondem todos pelo fato típico em razão da norma de extensão do concurso”. (Manual de Direito Penal, vol. 1, Ed. Saraiva, 7ª edição, pág. 380)

Ora, se o artigo 29, caput, do Código Penal determina que todos os participantes respondem pelo mesmo crime, conforme exaustivamente afirmado, o delito de estelionato consumou-se no

momento que houve o primeiro crédito em conta bancária, pois repita-se, já naquele momento os co-autores poderiam dispor dos valores, não há dúvidas que a tese de crime tentado não pode ser acolhida.

(...).’

Por estas razões, a redução da pena com base no artigo 14, parágrafo único, do Código Penal não se mostra cabível neste caso concreto.

Superada esta questão, passo ao exame do segundo pedido formulado pelo embargante, relativo à aplicação da Lei nº 9.714/98.

No caso em tela, o julgamento das apelações ocorreu em data anterior à entrada em vigor das normas que permitem a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito. Por esta razão, não foi objeto de exame, naquela oportunidade, a possibilidade ou não de aplicação da mencionada lei ao caso concreto.

Por outro lado, de acordo com o entendimento firmado pela doutrina e pela jurisprudência, a substituição da pena privativa de liberdade nos moldes do art. 43 e seguintes do Código Penal pode ser determinada de ofício pelo órgão julgador.

Desta forma, passo ao exame dos requisitos exigidos pela lei para a substituição. A pena aplicada ao embargante (3 anos e quatro meses) e o crime a ele imputado atendem à exigência do art. 44, I, do Código Penal. Além disto, conforme já afirmado na sentença, trata-se de réu primário. Observa-se, outrossim, que as circunstâncias judiciais também não são desfavoráveis ao embargante, indicando que a substituição é suficiente neste caso concreto.

Tendo em vista o disposto no art. 44, parágrafo 2º, do Código Penal, poder-se-ia aplicar ao embargante uma pena de multa e uma restritiva de direito ou duas penas restritivas de direito.

Neste caso concreto, a informação (fls. 707) de que o recorrente, já não por ocasião da prática do crime, estava em precária situação financeira, aliada ao fato de que já houve a aplicação da multa originária pela sentença (fls. 717), indicam que a pena de multa e a prestação pecuniária podem não se revelar adequadas.

Assim, determino a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas de prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas, que devem ser definidas pelo juízo da execução e ter a mesma duração da pena corporal substituída.”

No estudo comparado de jurisprudência, localizamos os seguintes acórdãos pertinentes ao tema:

- TRF-1:
⇒ ACR 1994.01.16261-1 (DJ de 21/08/95, pág. 52.731)
- TRF-2:
⇒ ACR 2001.02.01.033735-0 (DJ de 07/08/2002, pág. 118) – Rel. Des. Fed. Benedito Gonçalves – Quarta Turma
“PENAL. ESTELIONATO. MODALIDADES TENTADA E CONSUMADA. CEF. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS.

- Sendo suficientes as provas carreadas aos autos para comprovarem a autoria e materialidade do delito de estelionato, nas modalidades tentada e consumada, impõe-se a manutenção da condenação do agente.
- No tocante à fixação de pena, cabível a aplicação do art. 44, III, do CP.
- Recurso improvido.”

- TRF-3:
⇒ ACR 96.03.006128-0 (DJ de 29/06/99)
- TRF-4:
⇒ ACR 2001.04.01.011343-0 (DJ de 27/11/2002, pág. 980)

Embargos Infringentes em Apelação Cível

Proc. 97.02.21275-8 - Publ. no DJ de 03/09/2002

Relator: Des. Fed. ROGÉRIO CARVALHO

Relator p/acórdão: Des. Fed. CASTRO AGUIAR

ADMINISTRATIVO – DESAPROPRIAÇÃO – LAUDOS – JUSTO VALOR.

I - Inadmissíveis os laudos do perito do Juízo, uma vez que levou em conta apenas o custo da construção, desprezando a depreciação do imóvel, e o da CEF, que adotou método de avaliação para fins de financiamento imobiliário. O laudo aceitável é aquele que leva em conta o custo de construção de um prédio novo, mas procede a depreciação relativa à idade.

II - Recurso improvido.

POR MAIORIA, NEGADO PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES.

2ª Seção

DESAPROPRIAÇÃO – LAUDO PERICIAL

Versa o presente sobre a consignação do valor justo a prédio e terreno, objetos de desapropriação, destinados à sede da Justiça Federal de Vitória, cuja atual localização foi autorizada por imissão provisória na posse. O juiz de 1º Grau, julgando o feito, fixou como justa indenização pela intervenção na propriedade o resultado da média aritmética entre o preço encontrado pelo perito do juízo e aquele apresentado pelo assistente técnico da União.

Inconformada, recorreu a embargante sob o fundamento de que o estudo técnico da União teria sido trazido aos autos extemporaneamente, não podendo, por conseguinte, ter sido utilizado como parâmetro, a não ser como informação. Requereu o afastamento daquele laudo e a consideração apenas do preço apurado na perícia oficial para fixação do valor da indenização.

Por maioria de votos, a 2ª Turma negou provimento à apelação cível, dando, outrossim, parcial provimento ao apelo da União para fixar o montante indenizatório de acordo com o laudo apresentado fora do prazo pelo assistente técnico da União.

Amparada no voto vencido, no qual fora salientado que a adoção daquele laudo atenta contra dois dos mais prestigiados princípios processuais (o da obrigatoriedade de se assegurar às partes igualdade de tratamento, consubstanciado no art. 125, I, do CPC, e o que restringe a juntada de documentos novos aos autos, “quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos

nos autos, na forma do art. 397 do CPC”, a empresa interpôs embargos infringentes.

O Relator, Des. Fed. Rogério Carvalho, deu provimento aos embargos, por ter-se convencido de que a sentença monocrática, mantida por maioria pela 2ª Turma, não observou o Princípio da Igualdade entre as partes, pois, ao valer-se de laudo complementar de assistente técnico, foi vulnerado o equilíbrio entre as partes. E acentuou:

“Ainda que o magistrado esteja livre para apreciar a prova, formando seu convencimento, extraído do conjunto presente nos autos, deve se manter atento às oportunidades conferidas aos litigantes, de modo que não haja cerceamento por ocasião da produção da prova, promovendo a igualdade de tratamento. Dessa forma, atrelar o fundamento do preço da indenização a valores obtidos em laudo extemporâneo, produzido por assistente técnico, a meu sentir, macula a idéia de que tal importância reflita o justo preço.”

Como suporte, o Relator citou jurisprudência do STJ:

RESP nº 59.527-4/MG, DJ de 12/08/96

RESP nº 58.211/SP, DJ de 29/09/97

Foi vencedor o voto-vista do Des. Fed. Castro Aguiar, assim exposto:

“Por ocasião do julgamento na Segunda Turma, pedi vista dos autos e trouxe voto, concordando com o voto proferido, naquela época, pelo Des. Fed. Espírito Santo, pelas seguintes razões básicas, além daquelas já constantes do citado voto do então Relator:

1 - o laudo fornecido pelo perito do Juízo não só não leva em consideração a depreciação do valor de restituição do imóvel no seu cálculo, como também não o compara com o valor encontrado no mercado;

2 - o laudo feito pela Caixa Econômica Federal, apesar de utilizar-se de metodologia correta, serve exclusivamente para fins de financiamento imobiliário, tendo em vista que não leva em consideração itens importantes no preço final de imóvel, tais como elevadores, impostos, taxas e remuneração da construtora e da incorporada, fazendo não refletir o seu valor;

3 - o laudo do assistente técnico, além de encontrar-se corretamente inserido no contexto da Norma de Avaliação de Imóveis Urbanos – NBR 5676, leva não só em consideração a depreciação do imóvel, como também os equipamentos (elevadores), impostos e remunerações que se agregam ao valor do imóvel, conduzindo, desta forma, a um valor mais próximo do verdadeiro;

4 - e, no que se refere ao terreno, concordo com as justificativas feitas pelo eminente Relator. Continuo mantendo o mesmo entendimento, firmado no voto de fls. 461/464 e nas notas taquigráficas de fls. 479/510, cuja transcrição julgo desnecessária aqui, por estar inserida nos autos, pelo que me reporto a elas, tornando tanto o voto quanto as notas taquigráficas extensão do presente voto.

Isto posto, nego provimento aos embargos infringentes.”

Acórdãos pertinentes encontrados no estudo comparado de jurisprudência.

● STF:

- ⇒ RE 185.647/SP (DJ de 21/06/96, pág. 22.302)
- ⇒ RE 184.069/SP (DJ de 08/03/2002, pág. 67)

● STJ:

- ⇒ RESP 249813/MA (DJ de 10/02/2003, pág. 178)

● TRF-1:

- ⇒ AC 1997.36.00.005380-1 (DJ de 01/08/2003, pág. 27)

● TRF-2:

- ⇒ AC 90.02.11810-4 (DJ de 16/12/2002, pág. 191) – Rel. Juiz Fed. Luiz Antonio Soares – Primeira Turma

“ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. GARANTIA CONSTITUCIONAL DO JUSTO PREÇO.

1. O laudo do perito do Juízo, em se tratando de pessoa equidistante do interesse das partes, da confiança do MM. Juiz que preside a instrução processual na Primeira Instância, somente deve ser recusado na hipótese de prova convincente, capaz de autorizar o juízo da inverdade pericial.

2. À míngua de prova suficiente, em sentido contrário, subsiste o valor encontrado na perícia oficial.

3. Recurso não provido.”

⇒ AC 97.02.44240-0 (DJ de 11/11/2001) – Rel. Juiz Fed. Guilherme Couto – Segunda Turma
“ADMINISTRATIVO – DESAPROPRIAÇÃO – JUSTO VALOR DE INDENIZAÇÃO.

- A idéia de justa indenização, para efeito de expropriação, conforme assinala a doutrina, é a de fixação de valor que não autorize o decréscimo patrimonial do expropriado. Em tal linha, não merece prosperar apelo do DNER, que formula crítica ao valor adotado na sentença, quando o apelo limita-se a dizer que o laudo do assistente achou valor inferior, sem melhor alinhar suas críticas, e sem sequer deduzir algo mais específico, de forma concreta. Laudo de assistente que apresenta mera atualização monetária do valor ofertado pelo expropriante nada esclarece quanto aos motivos que poderiam levar ao afastamento do laudo oficial, cujo valor, de acordo com o Ministério Público e seu setor técnico, é ‘ridículo’ e irrisório. Recurso desprovido.”

⇒ AC 93.02.14474-7 (DJ de 01/09/98, pág. 96) – Rel. Des. Fed. Arnaldo Lima – Terceira Turma

“ADMINISTRATIVO – DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – CRIAÇÃO DO PARQUE NACIONAL DA SERRA DA BOCAINA – INDENIZAÇÃO – PROCESSUAL CIVIL – PRESCRIÇÃO.

I - A INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE PERDAS E DANOS PLEITEADA PELOS AUTORES NÃO MERECE PROSPERAR, PORQUE A PROVA NÃO REVELA A SUA OCORRÊNCIA, NA ACEPÇÃO DO CC, ART. 1059.

II - É DE JURISPRUDÊNCIA, SER IMPRESCINDÍVEL QUE SE PROVE, NO PROCESSO DE CONHECIMENTO, PREJUÍZOS CONFIGURADORES DE DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES, COM A AÇÃO E OMISSÃO CAUSAL, IMPUTÁVEL À PARTE OPOSTA, PARA, ENTÃO, RELEGAR-SE PARA A FASE DE EXECUÇÃO A DETERMINAÇÃO DO RESPECTIVO QUANTUM. AQUELA IMPRESCINDÍVEL PROVA CONSTITUTIVA DO DIREITO DOS APELANTES – CPC, 333, I – NÃO RESTOU, TODAVIA, EVIDENCIADA NA FASE PROCEDIMENTAL PRÓPRIA.

III - NO QUE TANGE À INDENIZAÇÃO RELATIVA À COMERCIALIZAÇÃO DA COBERTURA VEGETAL, O LAUDO REVELA A SUA EXISTÊNCIA E A AVALIOU – FLS. 299 E SEGS. – NÃO SENDO JURÍDICO E NEM JUSTO, DATA VÊNIA, EXCLUÍ-LA POR PRESUNÇÃO DE QUE, POR DIFICULDADES VÁRIAS, A MESMA NÃO SERIA COMERCIALIZADA. TAL EXCLUSÃO REPARATÓRIA SÓ SE LEGITIMARIA CASO HOUVESSE PROVA IDÔNEA A CONFORTÁ-LA, O QUE, TODAVIA, INEXISTE. AO CONTRÁRIO, A PRESUNÇÃO É NO SENTIDO DO VALOR

ECONÔMICO DA VEGETAÇÃO EXISTENTE E QUE, COM A CRIAÇÃO DO PARQUE NACIONAL DE BOCAINA, OS PROPRIETÁRIOS FICARAM PRIVADOS DE AUFERIR O RENDIMENTO QUE DAÍ PODERIA LHES ADVIR.

IV - A PRESCRIÇÃO, NO CASO, É VINTENÁRIA, CONFORME JURISPRUDÊNCIA FIRME DO EG. STJ, ÓRGÃO DE CÚPULA DO JUDICIÁRIO, NA EXEGESE ÚLTIMA DA LEI FEDERAL, JÁ CONSOLIDADA NA SÚMULA Nº 119, A SABER: 'A AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA PRESCREVE EM VINTE ANOS'.

V - RECURSOS CONHECIDOS, MAS IMPROVIDOS, NOS TERMOS DO VOTO CONDUTOR."

⇒ AC 98.02.11239-9 (DJ de 15/06/99) – Rel. Des. Fed. Rogério Carvalho – Quarta Turma

"DIREITO ADMINISTRATIVO – DESAPROPRIAÇÃO – JUSTA INDENIZAÇÃO.

I - NÃO SE PODE COMPARAR O PREÇO DE VENDA DE UM IMÓVEL COM A INDENIZAÇÃO A SER PAGA PELA DESAPROPRIAÇÃO DE OUTRO, MORMENTE SE CONSIDERADAS AS DIFERENÇAS DE ACABAMENTO ENTRE OS DOIS PRÉDIOS E O FATO DE QUE, NA TRANSAÇÃO DE COMPRA E VENDA – LIVREMENTE ACORDADA PELAS PARTES – NÃO SÃO LEVADOS EM CONSIDERAÇÃO FATORES INERENTES AO INSTITUTO DA INDENIZAÇÃO, TAIS COMO O SUPERAPROVEITAMENTO DO TERRENO E A PERDA DA RECEITA PROVENIENTE DOS ALUGUÉIS DAS UNIDADES DO IMÓVEL EXPROPRIADO DURANTE O TEMPO NECESSÁRIO À CONSTRUÇÃO, PELA EXPROPRIADA, DE OUTRO EMPREENDIMENTO SEMELHANTE.

2 - AFINAL, A CARTA DA REPÚBLICA ASSEGURA, EM SEU ART. 5º, INCISO XXVI, A JUSTA INDENIZAÇÃO E NÃO O JUSTO PREÇO, DE ONDE SE DEPREENDE QUE DEVEM SER COBERTOS, ALÉM DO VALOR ATUAL DO BEM À ÉPOCA DO PAGAMENTO, OS DANOS EMERGENTES E OS LUCROS CESSANTES DO PROPRIETÁRIO, DESPOJADO COERCITIVAMENTE DE SEU

PATRIMÔNIO NUM MOMENTO EM QUE NÃO PRETENDIA ALIENÁ-LO.

3 - NA ESPÉCIE, A SENTENÇA, COM BASE NO LAUDO PERICIAL, FIXOU, DE FORMA IRRETOCÁVEL, A INDENIZAÇÃO A SER PAGA PELA EXPROPRIANTE, ATENDENDO NÃO SÓ AOS CRITÉRIOS LEGAIS, MAS AO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL, DEVENDO, PORTANTO, SER MANTIDA.

4 - APELAÇÃO E REMESSA ÀS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO.

⇒ AC 98.02.15055-0 (DJ de 28/09/99) – Rel. Des. Fed. Vera Lúcia Lima – Quinta Turma

⇒ EDAC 2000.02.01.050532-1 (DJ de 23/05/2002) – Rel. Des. Fed. André Fontes – Sexta Turma

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. ARTS. 130 E 131 DO CPC. OMISSÃO.

I - Em ação objetivando a desapropriação de imóveis, a adstrição ao laudo do perito do Juízo, que é prova técnica e necessária para a fixação do valor da indenização, só não será conveniente para o magistrado se houver nos autos prova capaz de elidir as conclusões lá apresentadas.

II - No segundo grau de jurisdição não é admitida a retomada da atividade probatória, exceto quando se tratar de fato novo ou quando a parte deixou de produzir a prova no grau inferior por justo motivo, a teor do disposto no art. 517 do Código de Processo Civil.

III - Inexistência da omissão apontada no acórdão impugnado.

IV - Recurso desprovido.

● TRF-3:

⇒ AC 90.03.032426-3 (DJ de 27/03/2001, pág. 845)

● TRF-4:

⇒ AC 95.04.56360-0 (DJ de 14/11/2001, pág. 1196)

● TRF-5:

⇒ AC 2002.05.00.006482-7 (DJ de 13/05/2003, pág. 373)

Apelação em Mandado de Segurança

Proc. 2000.51.01.020742-7 - Publ. no DJ de 25/04/2003, pág. 146

Relator: Des. Fed. NEY FONSECA

ADMINISTRATIVO – REFORMADA PELO STF SENTENÇA QUE AUTORIZAVA A IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO USADO – SEM COMPROVAÇÃO DA BOA-FÉ DE NOVO ADQUIRENTE DO AUTOMÓVEL – POSSIBILIDADE DE APREENSÃO DO VEÍCULO – RECONHECIDA A LEGITIMIDADE DA NORMA QUE VEDA A IMPORTAÇÃO DE BENS USADOS.

I - Na hipótese vertente, consta da guia de importação do veículo usado que sua expedição foi determinada judicialmente por decisão sujeita a recurso, podendo ficar sem valia se reformado o *decisum*;

1ª Turma

II - Sem emissão de nota fiscal por empresa credenciada a vender automóveis não fica caracterizada a boa-fé do adquirente de carro usado importado, mesmo que se trate de venda com alienação a favor de agente financeiro.

III - Considerada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal a pretensão de importar o veículo reformando a sentença que a autorizara *in initio litis*, e não estando configurada a hipótese de adquirente de boa-fé, inexistente direito líquido e certo de o impetrante permanecer como titular da propriedade sobre o bem internado no país já sem o suporte legal necessário;

IV - Reformada a sentença concessiva denegando-se a ordem mandamental;

V - Recurso voluntário da União Federal e remessa oficial providos, com inversão dos ônus sucumbenciais. Sem verba advocatícia, *ex vi* da Súmula nº 105 do STJ.

POR MAIORIA, DADO PROVIMENTO À APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL E À REMESSA OFICIAL.

IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO USADO

Cuida o presente de apelação de sentença do Juízo da 23ª Vara Federal, concessiva de mandado de segurança confirmando a medida liminar que garantiu ao impetrante a devolução de seu veículo marca Mercedes-Benz, apreendido com fundamento na reforma daquele *decisum* que reconheceu ser legítima a norma que veda a importação de bens usados.

A sentença determinou à autoridade impetrada que promova o licenciamento do veículo sem impor qualquer restrição ao impetrante, em face da boa-fé do adquirente do veículo usado que havia sido internado no País anteriormente por outrem.

Alegou a União Federal que a importação do veículo adquirido posteriormente pelo impetrante foi feita pela Empresa Nordeste Importadora e Exportadora de Veículo Ltda. por meio de medida liminar, depois sentença concessiva de mandado de segurança, tendo sido cassada na instância superior. Alegou, ainda, que a primeira adquirente do veículo no mercado interno foi intimada para devolvê-lo, tendo a mesma informado não mais estar na posse do veículo já que o havia alienado ao impetrante. Este foi, então, notificado para entregá-lo imediatamente, dando cumprimento à decisão judicial.

Em seu voto, o Des. Fed. Ney Fonseca acentuou que:

“embora seja assente na jurisprudência o entendimento de descaber pena de perdimento para adquirente de boa-fé, esta condição somente se afigura quando a aquisição se dá com a emissão de nota fiscal por empresa credenciada no mercado interno para a venda de automóveis.

Na hipótese vertente, a transação de compra e venda foi feita entre particulares, conforme se vê do Certificado do Registro do Veículo, acostado à fls. 21 e v.

Tendo sido considerada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal a pretensão de importar o veículo estrangeiro usado e não estando caracterizada a boa-fé do adquirente, ora impetrante, inexistente direito líquido

e certo de o mesmo permanecer como titular da propriedade sobre o bem.

Do contrário, estar-se-ia descumprindo a ordem emanada do Supremo Tribunal Federal em processo em que se discutia justamente acerca da legalidade da importação do veículo.”

Transcreveu a seguir o Relator a ementa de julgamento recente no TRF-4ª Região (AC nº 2001.01.01.032599-6, publicada no DJ de 02/10/2002), no mesmo sentido do entendimento adotado.

E concluiu:

“Neste compasso, impõe-se reformar a sentença concessiva para que seja denegada a ordem mandamental, razão pela qual dou provimento ao recurso voluntário da União Federal e à remessa oficial invertendo os ônus da sucumbência, sem condenar o impetrante em verba advocatícios, ex vi da Súmula nº 105, do STJ.”

O Des. Fed. Carreira Alvim foi voto vencido ao dar provimento parcial à apelação, permitindo que o Impetrante mantivesse o veículo, desde que pagasse o imposto correspondente.

Sobre o assunto abordado, foram localizados no estudo comparado de jurisprudência os seguintes assemelhados:

- STF:
⇒ AI 205654 AgR (DJ de 18/02/2000, pág. 57)
- STJ:
⇒ RESP 1998.00.77952-3 (DJ de 04/04/2002, pág. 294)
- TRF-1:
⇒ AMS 1996.01.13833-1 (DJ de 20/02/2002, pág. 135)
- TRF-2:
⇒ AMS 1999.02.01.052747-6 (Publ. no DJ de 31/05/2002) – Primeira Turma – Des. Fed. Ricardo Regueira
“TRIBUTÁRIO. MERCADORIA IMPORTADA. AQUISIÇÃO NO MERCADO INTERNO. COMPRADOR DE BOA-FÉ. INAPLICABILIDADE DA PENA DE PERDIMENTO. PRECEDENTES DO STJ.
- Trata a hipótese de mandado de segurança impetrado contra ato do INSPECTOR DA RECEITA

FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, objetivando impedir a apreensão de veículo importado usado, adquirido de boa-fé.

- É certo que para a aquisição de automóvel usado no mercado interno, basta a apresentação, por parte do vendedor, do Certificado de Registro no Detran e Negativa de Multas, não havendo como exigir-se do comprador, por se tratar de veículo importado já devidamente matriculado, a documentação referente à importação.

- A proibição quanto a veículos estrangeiros usados se relaciona apenas com a importação, e não com a comercialização no mercado nacional, ou seja, não existe vedação à aquisição de veículo estrangeiro usado, não se podendo exigir desses consumidores diligência maior do que o exame da documentação expedida pelo Detran.

- A pena de perdimento não alcança quem adquiriu mercadoria estrangeira no mercado interno, de comerciante estabelecido, mediante nota fiscal, ainda que se trate de importação oriunda de decisão judicial passível de recurso.

- Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

- Recurso e remessa improvidos.”

⇒ AMS 98.02.10872-3 (DJ de 11/07/2002) – Segunda Turma – Rel. Des. Fed. Guilherme Couto “**IMPORTAÇÃO – VEÍCULO USADO.**

- O Supremo Tribunal Federal tem posicionamento assente, afirmando ser legítima a proibição de importação de veículo usado, exteriorizada na Portaria Decex nº 8. Caindo a liminar judicial, que autorizou a importação, a Fazenda Nacional pode apreender o bem, não existindo possibilidade de o adquirente de boa fé alegar que nada sabia sobre a pendência judicial, a não ser, é óbvio, para postular ressarcimento contra aquele que alienou o bem. Impossível afastar a sanção administrativa, pois isto implicaria afirmar que toda a liminar obtida pelo importador, precária, faria com que o bem proibido de ser internado no País pudesse agora livremente circular, a partir da primeira alienação para alguém de boa-fé, de modo a retirar a principal coerção contra a transgressão da norma. Sentença confirmada. Recurso desprovido.”

⇒ REOMS 96.02.27169-8 (DJ de 13/09/2002, pág. 1238) – Terceira Turma – Rel. Wanderley de Andrade Monteiro

“**TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPORTAÇÃO DE VEÍCULOS USADOS – PORTARIA MINISTERIAL Nº 56/90 – IMPORTAÇÃO PROIBIDA.**

1. A importação de veículos usados está proibida e esta proibição não foi revogada pela Portaria

Ministerial nº 56/90 que só permitiu a importação de carros novos.

2. Viola a legislação de regência a concessão de liminar, para compelir a autoridade coatora expedir guias e providenciar o desembaraço aduaneiro de veículos usados que é de importação proibida.

3. Reexame necessário provido para desconstituir a sentença apelada.

⇒ AMS 1997.51.01.101280-5 (DJ de 13/12/2002, pág. 211) – Quarta Turma – Rel. Des. Fed. Rogério Carvalho

“**ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIZAÇÃO DE IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO USADO. PROTEÇÃO DA MARCA. ART. 132, INC. III, DA LEI Nº 9.729/96.**

- Impossibilidade de se impedir a internalização no território nacional de equipamento usado da marca protegida pelo registro na propriedade industrial para uso pessoal. Não pode o titular da marca impedir a transmissão de coisa ou produto, que colocou no mercado interno por si ou por outrem, a terceiro, porque não ocorre ofensa a direito protegido pelo registro na propriedade industrial, mas mero ato de disposição do proprietário da coisa ou produto, garantido pelo artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. Ilegalidade do ato que condiciona a autorização de importação à prévia anuência do titular da marca. Concessão da ordem. Apelação e remessa necessária improvidas.

⇒ AMS 95.02.27436-9 (DJ de 31/07/2002, pág. 286) – Sexta Turma – Rel. Des. Fed. França Neto

“**MANDADO DE SEGURANÇA – CONSTITUCIONAL – IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO USADO – IMPOSSIBILIDADE – LEGALIDADE DA NORMA – PORTARIA DECEX Nº 08/91.**

1 - Não afronta os Princípios Constitucionais da Legalidade e da Isonomia a proibição de importar veículo usado, vedação estabelecida para proteger interesses fazendários.

2 - O poder de controlar e fiscalizar o comércio exterior é conferido ao Poder Executivo pela Constituição Federal (art. 237).

3 - A restrição à importação de bens de consumo usados, imposta pela Portaria nº 08/91, é legítima.”

● TRF-3:

⇒ REOMS 96.03.034847-3 (DJ de 13/01/2003, pág. 626)

● TRF-4:

⇒ AMS 2000.71.00.012608-5 (DJ de 01/04/2003, pág. 626)

● TRF-5:

⇒ AMS 97.05.28752-0 (DJ de 26/12/2002, pág. 161)

Apelação Cível**2ª Turma****Proc. 97.02.34752-1 - Publ. no DJ de 23/12/2002, pág. 154****Relator: Des. Fed. SERGIO FELTRIN CORRÊA**

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. BALA PERDIDA. DANOS MORAIS. PENSÃO VITALÍCIA. CABIMENTO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. MONTANTE DEVIDO.

- O autor, atingido por munição disparada por soldado do 3º Batalhão de Infantaria de Fuzileiros Navais, durante a denominada "Operação Alvorada", faz jus ao pensionamento vitalício e aos danos morais reconhecidos pela sentença de Primeiro Grau. Inexistência nos autos de elemento capaz de romper o nexo de causalidade, vale dizer, de situação apta a excluir a responsabilidade estatal (fato exclusivo da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior).

- Dano moral devido diante da dor experimentada pela parte autora, muito distante de um mero dissabor cotidiano. Neste ponto, cumpre afastar qualquer tarifamento do valor reparatório através da utilização de diplomas legais sem qualquer pertinência quanto à pretensão deduzida em Juízo. Indenização fixada em atenção ao Princípio da Razoabilidade, estabelecendo-se valor compatível com a lesão sofrida e o grau de reprovabilidade da conduta estatal.

- O fato de o autor ser segurado obrigatório da Previdência Social não exclui o reconhecimento nem atenua a respectiva fixação de pensão vitalícia, diante da absoluta incomunicabilidade das situações jurídicas (Precedentes do E. STJ). Determinação do valor do pensionamento e condenação à prestação de assistência médica assentados em harmonia com o art. 1.539 do Código Civil. Justa a fixação dos honorários advocatícios em 5% sobre o valor dos danos morais e das parcelas atrasadas da pensão, compatível com o grau de zelo do causídico, o trabalho realizado neste feito, bem como a natureza da causa.

- Remessa necessária e apelo improvidos.

POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO À REMESSA EX OFFICIO E AO APELO DA UNIÃO FEDERAL.**RESPONSABILIDADE CIVIL – BALA PERDIDA**

Foi ajuizada ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, em face da União, objetivando o ressarcimento por danos materiais e morais no total de R\$ 400.000,00 ou mil salários mínimos a título de danos morais e dez salários mínimos por mês, a partir da data do evento, como pensão vitalícia. Pleiteou, outrossim, o autor assistência médica para si e seus dependentes no Hospital Naval Marcílio Dias. Sustentou, como causa de pedir, ter sido atingido em seu braço esquerdo por três balas de uma metralhadora automática, em operação realizada pelo Corpo de Fuzileiros Navais no Morro do Dendê.

Ao julgar o fato, o Juiz Federal da 19ª Vara do Rio de Janeiro condenou a União ao pagamento de R\$ 75.000,00, como indenização por danos morais, corrigidos monetariamente, a partir da sentença, acrescidos de juros de mora, à taxa legal, contadas do evento, com os atrasados monetariamente atualizados e os respectivos juros de mora, bem como a prestação de assistência médica necessária no Hospital Marcílio Dias. Por derradeiro, fixou em 5% sobre o valor do dano moral, acrescidos dos atrasados, os honorários advocatícios.

Inconformada, a União apelou.

Por unanimidade, a Segunda Turma, acompanhando o voto do Relator, negou provimento à remessa *ex officio* e à apelação.

De início, fixou o Des. Fed. Sergio Feltrin os limites da responsabilidade civil do Estado em nossa legislação:

“O comando básico que rege a responsabilidade civil do Estado encontra guarida no art. 37, § 6º, da Carta Política de 1988:

‘§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa’ (grifo meu).

Os elementos dos autos demonstraram, à saciedade, que o projétil partiu de um agente público, conforme revela o próprio relatório final da sindicância, encaminhado para o 3º Batalhão de Infantaria de Fuzileiros Navais (fls. 122/123). Da mesma forma, restou comprovado que a munição disparada pelo soldado da referida Corporação, durante a denominada ‘Operação Alvorada’, veio a atingir JOSÉ LUIZ NUNES SOBRINHO, ora apelado. Tais fatos, aliás, nem são refutados no recurso da UNIÃO. É o que basta para evidenciar a responsabilidade civil da Administração: a conduta praticada por agente atuando nesta qualidade, vale dizer, em nome da Administração, o dano e o nexo de causalidade entre os dois primeiros elementos (conduta e dano).”

Prosseguiu o relator, demonstrando não ter a União trazidos aos autos nenhum fato que rompesse o nexo de causalidade, por força de uma das excludentes de responsabilidade estatal.

Aduziu que os danos morais são devidos pela Administração como reparação ao injusto sofrimento do apelado causado pelo ato de um de seus agentes,

pouco importando – em se tratando de responsabilidade objetiva – se por ato lícito ou ilícito.

Evidenciando o dano moral, pela conseqüência da diminuição da atividade laborativa do autor em cerca de 70%, considerou o relator as condições de fixação da respectiva indenização, assim concluindo:

“A meu aviso, o julgado recorrido, ao fixar a indenização por danos morais em R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), observou os critérios supramencionados. De fato, atentou-se para a dor imposta ao Autor e as conseqüentes limitações físicas, que, como relatado, atingiram-no definitivamente. Reputo como grave o dano provocado, justificando o estabelecimento de um valor corresponde à reprovabilidade da conduta estatal. Neste sentido, justo o montante fixado.

Afasto, noutro giro, a alegação de improcedência do pedido de pensionamento vitalício em virtude da aposentadoria por invalidez, eventualmente devida

pelo INSS ao Autor, segurado obrigatório da Previdência Social. A uma, porque ser segurado obrigatório e estar filiado ao regime da Previdência Social são coisas completamente diferentes, não havendo prova nestes autos de que o autor perceba aposentadoria por invalidez. A duas, porque tal benefício e a pensão vitalícia decorrem de fatos distintos, gerando situações jurídicas distintas. Esta deriva de responsabilidade por ato ilícito, aquele de vínculo previdenciário, compulsoriamente estabelecido, tendo como fato gerador a ocorrência de determinado risco legalmente previsto.”

Sobre o assunto em questão, encontramos apenas um acórdão:

⇒ REO 1992.01.17347-4, julgada em 16/04/99 pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com publicação no DJ de 18/06/99, pág. 263.

Apelação Cível

Proc. 1999.02.01.040442-1 – Publ. no DJ de 02/12/2002, pág. 240

Relator: Des. Fed. FREDERICO GUEIROS

Relatora p/acórdão: Des. Fed. TANIA HEINE

PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO – VIÚVA E MÃE DE SEGURADO.

I - A viúva é considerada dependente econômica (art. 16, § 4º, da Lei nº 8.213/91), presunção esta que se afasta diante de casamento em que o casal coabitou apenas por oito dias, vindo o segurado a falecer cinco anos depois.

II - Reconhecimento da dependência econômica da mãe do segurado, com quem este residia até o falecimento, prevalecendo sua condição de beneficiária da pensão em detrimento da viúva.

III - Acolhida a prescrição quinquenal em relação às parcelas anteriores à propositura da ação.

IV - Recurso parcialmente provido.

POR MAIORIA, DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

3ª Turma

PENSÃO – VIÚVA E MÃE DE SEGURADO

O Des. Fed. Frederico Gueiros relata o fato objeto da lide:

“Trata-se de ação ordinária proposta por Marta Antonia de Souza em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e de Neide dos Santos de Souza, postulando obter pensão por morte em virtude do falecimento de seu filho Fernando Antonio de Souza, excluindo-se qualquer benefício que venha a ser pago à 2ª ré, ou, alternativamente, seja a referida pensão rateada entre a autora e a 2ª ré, na proporção de 70% e 30%, respectivamente, caso haja prova de dependência desta última.

Em prol de sua pretensão, sustentou a autora:

- apesar de receber pensão por invalidez pelo INSS há aproximadamente nove anos, vivia sob a dependência econômica de seu filho Fernando Antonio de Souza, falecido em 19/10/91;

*- a 2ª ré, que foi casada com o **de cujus** por apenas oito dias, não foi dependente do seu filho, possuindo renda própria para sua manutenção.*

Sentenciando às fls. 57/59, o MM. Juiz Federal da 1ª de Volta Redonda/RJ julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento dos honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa, cuja execução ficará suspensa enquanto perdurar seu estado de miserabilidade. Fundamentando-se, invocou S. Exa. o art. 16 da Lei nº 8.213/91.

*Irresignada, apelou a autora às fls. 62/67, postulando a reforma da r. sentença. Sustentou, em síntese, que a pensão se destina a quem tenha dependência em relação ao **de cujus**, o que não logrou provar a 2ª apelada durante o processo. O simples título de filho, mulher ou companheira apenas induz à presunção relativa ao direito pleiteado. Alegou, ainda, que o INSS reconheceu, como se vê no Feito nº 97.0030237-7, que o direito à pensão lhe cabe.*

Às fls. 70/76, a autora ora apelante oferece petição, a fim de juntar aos autos 4 documentos que surgiram após a prolação da sentença, sendo fatos novos e relevantes.”

O relator votou pelo improvimento do recurso:

“Penso que não merece reparo a sentença recorrida. Com efeito, o art. 16 da Lei nº 8.213/91 é claro no sentido de privilegiar o cônjuge em detrimento dos pais, no que diz respeito à percepção de benefício na condição de dependente do segurado. E, nos termos do § 1º do referido dispositivo, a existência de dependentes de qualquer das classes constantes do aludido artigo exclui do direito às prestações aqueles das classes seguintes. Assim, em consequência, havendo cônjuges, os pais, ainda que dependam economicamente dos filhos falecidos, não têm direito à pensão por morte. Ora, a co-ré NEIDE, conforme reconhecido na própria petição inicial, estava casada com o filho da autora quando este veio a falecer. Assim, outra conclusão não poderia ter adotado o MM. Juiz a quo de que a esposa é a destinatária natural da pensão por morte do marido.

Por estas razões, nego provimento ao recurso, para manter, na íntegra, a sentença apelada.”

Entendimento diverso demonstrou a Des. Fed. Tania Heine em seu voto, que se tornou vencedor, fazendo com que a apelação cível fosse provida por maioria. Eis a íntegra do voto vencedor:

“A autora Marta Antonia de Souza, mãe do falecido Fernando Antonio de Souza, aposentada por invalidez, vem pleitear a pensão por morte de seu filho segurado do INSS.

Verifica-se que o segurado se casou em 28/12/86 com Neide dos Santos, tendo falecido em 19/11/91.

Quem acompanhou o segurado no Hospital foi sua mãe, que pagou, inclusive, seu funeral (fls. 50 e seguintes, inclusive fls. 69 do Processo nº 98.02.35017-6).

Nesse Processo nº 98.02.35017-6, às fls. 72, a esposa confessa que ficou casada com o segurado por oito dias, constando às fls. 76 do Processo nº 99.02.01.040442-1 que o casamento sequer se consumou.

Toda a prova arrolada nos autos, seja testemunhal ou documental, vem demonstrar que o segurado efetivamente residia com sua mãe, ajudando-a financeiramente, que foi casado por poucos dias, tanto que a viúva somente ingressou com pedido de pensão em 27/08/92.

Pelos documentos de fls. 75 e 76 do Processo nº 99.02.01.040442-1 verifica-se que a ex-esposa do segurado ia se casar (em 1998), e residir no Paraguai. Estamos, portanto, diante de uma situação de fato **sui generis**.

O segurado era efetivamente casado, porém somente conviveu com a esposa por oito dias, não tendo, inclusive, se consumado o casamento.

Era uma pessoa doente, conforme auxílio- invalidez, que convivia com a mãe, a quem ajudava

financeiramente, e foi esta quem o internou, tomou providências para o funeral, tanto que na Certidão de Óbito constava o estado civil de solteiro, o que teve que ser retificado quando a viúva requereu a pensão. O casamento não é apenas uma convenção, uma palavra empenhada, um elenco de obrigações e direitos assumidos, a mais singular e abrangente sociedade, cuja dilação todos reputamos necessária para a realização de valores básicos da sociedade civilizada. Afigura-se-nos, antes de tudo, uma contínua renovação de estímulos, uma relação entre duas pessoas, dinâmica, progressiva e vívida, onde cada um dos cônjuges reconhece, advoga e pratica a necessidade da vida em comum. Sua existência ou conservação independe de texto legal.

Nesse sentido, acredito que difícil a configuração de um casamento em todos esses termos, com apenas 8 (oito) dias de duração.

A própria viúva afirmou, conforme documento de fls. 76, que foi muito fácil casar com o segurado devido à sua doença.

A ex-esposa tem presumida sua dependência econômica, nos termos do § 4º do art. 16 da Lei nº 8.213/91.

No caso em tela, porém, estamos diante de uma situação **sui generis**, tanto que a viúva necessitou ingressar em Juízo para obter a pensão.

O RGPS considera o cônjuge como dependente, se mantiver sociedade conjugal com o segurado ou dele estiver separado ou divorciado, percebendo alimentos.

Nesse sentido dispõe o acórdão do eminente MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO nos autos do REsp nº 167.303, a seguir transcrito:

‘RESP – PREVIDENCIÁRIO – BENEFICIÁRIO – CONJUGE.

O conceito de cônjuge, para efeito previdenciário, como acontece no Direito Penal, não é o enunciado pelo Direito Civil. Não interessa apenas o vínculo matrimonial. Finalisticamente, reclama convivência, de modo a participar (ativa e passivamente) do patrimônio. Só isso, justifica uma pessoa ser beneficiária.’

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso para conceder a pensão por morte à autora, desde o óbito do segurado, com o pagamento das parcelas não prescritas, como se apurar em execução, acrescidas de juros, correção monetária e honorários advocatícios de 10% do valor da execução.

Diante do caráter alimentar e situação da mãe do segurado, concedo a tutela antecipada.”

Acórdão assemelhado foi localizado (além do citado pela Relatora para acórdão) no TRF da 3ª Região:

⇒ AC 91.03.016077-7 (DJ de 17/01/2003, pág. 426).

Apelação Cível
Proc. 97.02.29703-6 – Publ. no DJ de 26/08/2002, pág. 119
Relator: Des. Fed. ROGÉRIO CARVALHO
Relator p/acórdão: Des. Fed. FERNANDO MARQUES

PROCESSUAL CIVIL. INDEFERIMENTO DA INICIAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. AUSÊNCIA DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO DO JUÍZO MONOCRÁTICO. REMESSA DIRETA DOS AUTOS AO TRIBUNAL. DECISÃO ADMINISTRATIVA. CONDIÇÃO ESPECÍFICA DE PROCEDIBILIDADE.

- Afigura-se legítimo o silêncio do Juízo de 1º Grau acerca da retratação ao indeferimento de petição inicial por ausência de condição de ação. O Juízo monocrático, nos termos do art. 296 do CPC, tem a faculdade de rever sua decisão. Entende-se o silêncio como uma manifestação implícita e negativa do juízo de retratação.

- Não se impõe como condição específica de procedibilidade da ação civil pública a decisão do Tribunal de Contas acerca da matéria, pois o Ministério Público ficaria praticamente impedido de exercitar a sua competência constitucional de velar pelo Patrimônio Público.

POR MAIORIA, SUPERADA A PRELIMINAR SUSCITADA PELO RELATOR DE DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO JUÍZO A QUO PARA EXERCER O JUÍZO DE RETRATAÇÃO E, NO MÉRITO, DADO PROVIMENTO AO RECURSO PARA ANULADA A SENTENÇA, DEVOLVER OS AUTOS AO JUÍZO A QUO PARA QUE DÊ PROSSEGUIMENTO COMO ENTENDER DE DIREITO.

4ª Turma

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E CONDIÇÃO ESPECÍFICA DE PROCEDIBILIDADE

Trata-se de apelações, do Ministério Público Federal, contra sentença que indeferiu petição inicial, ao entendimento de nela existir a vinculação de um pedido juridicamente impossível.

O objeto da petição era a condenação dos réus-servidores e magistrados da Justiça do Trabalho – a ressarcir à União do valor que lhes foi pago a maior pelo adiantamento da segunda parcela da gratificação natalina de 1994, nos meses de janeiro e fevereiro do mesmo ano, na parte que excedeu o valor da gratificação em URV, na data do efetivo pagamento, com juros e correção monetária. Os fundamentos das duas ações civis públicas são as mesmas.

Contra sentença extintiva recorreu o Ministério Público, alegando em resumo que:

- O Ministério Público não está reivindicando valores de que ele seja o credor da União Federal, mas, sim, agindo em defesa do patrimônio público, missão que lhe foi outorgada constitucionalmente e por via da ação civil pública;

- a Administração do TRT não concorda com o entendimento do Ministério Público, por entender que as reposições determinadas satisfizeram o imperativo legal;

- assim, o pedido de nenhuma forma é juridicamente impossível, resumindo-se na reposição ao Tesouro do que o MPF entende como um indébito, quantitativo maior do que aquele admitido pela Administração do TRT.

Iniciou seu voto o Des. Fed. Rogério Carvalho:

“Eu tenho uma preliminar. Como dito no relatório, a sentença de 1º Grau indeferiu a petição inicial. Não temos, aqui, ninguém que figure como parte apelada.

Não tem advogado.

Portanto, e já na vigência da nova redação do artigo 296 do CPC, segundo o qual:

‘Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, reformar sua decisão.

Parágrafo único. Não sendo reformada a decisão, os autos serão, imediatamente, encaminhados ao Tribunal competente.’

A expressão ‘facultado’, posto no caput do artigo 296, a meu juízo, não significa dizer que está, no juízo discricionário do magistrado, reformar ou não a decisão apelada. Apenas, o artigo 296 atribuiu competência ao próprio juiz prolator da Sentença para revisar a sentença de indeferimento da petição inicial. Mas, cabe a ele decidir motivadamente se procede ou não a reforma de sua decisão.

O ato é vinculado. Interposto o recurso, cabe ao julgador fazer o reexame de sua decisão. Esta exigência da lei, por certo, não é uma exigência inútil, e penso que não pode ser suprida pelo Tribunal.

Por isto, preliminarmente, voto no sentido de converter os dois recursos em diligência, para que o Meritíssimo Juízo a quo profira decisão, ou reformando a sentença ou sustentando a sentença.”

A seguir, se pronunciou o Des. Fed. Fernando Marques:

“Sendo faculdade do magistrado rever sua decisão, penso que é lícito entender-se que pode haver uma não-retratação implícita, que decorre... – é uma questão até de lógica: se ele remete ao Juízo ad quem sem nada dizer é porque entendeu que não deveria exercer o juízo de retratação.

E, assim sendo, eu me inclinaria por superar esta preliminar, na medida em que o juízo de retratação teria sido utilizado implicitamente e negativamente, pedindo vênias ao eminente relator.”

O Des. Fed. Benedito Gonçalves acompanhou o voto do Des. Fernando Marques, ficando aceito, por maioria, ter sido utilizado o juízo de retratação implícita e negativamente.

Quanto ao mérito, assim se manifestou o relator: *“Estes atos da Administração Pública, no que se refere à gestão de suas contas, como sabemos, são atos sujeitos ao Tribunal de Contas. A esta Corte, cabe a competência para se manifestar quanto à legalidade dos atos administrativos dos órgãos da Administração.*

Fico eu a me indagar: se a Corte de Contas não enxergar nenhuma ilegalidade na administração do Tribunal, seria do Ministério Público a competência para dizer que tais ou quais pagamentos são ilegais, e reivindicar, em Juízo, a condenação neste ressarcimento? Teria, este órgão, interesse em postular esta restituição sem um pronunciamento final do órgão competente da Administração?

Isto se me parece com aquelas questões que, em matéria penal, temos examinado bastante aqui. Matéria de sonegação, porque teria havido redução do tributo devido. A parte entra com recurso administrativo, ao qual é dado provimento, entendendo que não houve redução do tributo devido. E o Ministério Público, antes da conclusão do procedimento administrativo, oferece a denúncia, como que arvorando, assim, a tarefa de constituir o crédito tributário.

E aqui nós estamos vendo o Ministério Público constituindo-se no poder, a pretexto de zelar pelo patrimônio público, de verdade, no controlador da Administração.

O pedido não é juridicamente impossível. Entenderia, sim, que haveria interesse processual tivesse havido pronunciamento definitivo na esfera administrativa, pelo Tribunal de Contas, da ilegalidade do pagamento feito pelo TRT e este não providenciasse a reposição ao erário. Mas, não é o que ocorreu.

Por isto, mantenho a decisão recorrida, não pela presença da impossibilidade jurídica, mas, por entender que, neste momento, é o Ministério Público carecedor de interesse processual.”

Mais uma vez divergindo do relator originário, o Des. Fed. Fernando Marques – cujo voto se tornou vencedor, por ter sido acompanhado pelo voto do Des. Fed. Benedito Gonçalves – entendeu que:

“ em primeiro lugar, o Ministério Público Federal tem realmente legitimação e interesse para agir em caso da espécie, porque, se assim não fosse, em quase todas as demandas, ele ficaria praticamente impedido de exercitar a competência que a Constituição lhe outorga nestes assuntos de velar pelo patrimônio público, já que o pronunciamento do Tribunal Administrativo competente para o controle de contas se dá a posteriori.

E, assim sendo, seria uma maneira de se cercar direito constitucionalmente assegurado aos membros do Ministério Público na sua atividade.

No que respeita à sentença hostilizada, a questão do mérito se situa além de outro aspecto levantado pela eminente representante do Ministério Público, que é o da questão da impossibilidade jurídica do pedido, porque, no momento em que o juiz adentrou nas considerações relativas à controvérsia, teria deixado de analisar essa outra condição da ação.

E, portanto, a sentença, parece-me que está a merecer reforma, porquanto se há que analisar o mérito. Entendemos existir possibilidade jurídica do pedido imediato, sentença prevista no ordenamento jurídico, e de pedido mediato, e concernente ao próprio bem da vida, no caso, a reposição. Então, sob duplo aspecto, existe possibilidade jurídica do pedido.”

Acórdãos assemelhados encontrados na pesquisa de jurisprudência:

- STJ:
 - ⇒ RESP 472.399/AL (DJ de 19/12/2002, pág. 351)
- TRF-1:
 - ⇒ AG 1995.01.26895-0 (DJ de 07/12/2000, pág. 109)
- TRF-2:
 - ⇒ AC 98.02.33557-6 (DJ de 17/07/2001) – Terceira Turma – Rel. Juiz Luiz Antonio Soares
 - “I - PROCESSUAL CIVIL. PROVA. EFEITOS DA COISA JULGADA NO PROCESSO PENAL, REFLETINDO EM SEDE DE PROCESSO CIVIL. HIPÓTESE DO ARTIGO 65 DO CÓDIGO PROCESSO PENAL.*
 - II - AÇÃO CIVIL E AÇÃO PENAL CONTENDO IDÊNTICAS CAUSAS DE PEDIR. JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL, COM FORÇA DE COISA JULGADA, PELO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RECONHECENDO QUE O ATO ATRIBUÍDO AO AGENTE CONSTITUIU FATO PRATICADO NO EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO (STJ, INQUÉRITO Nº 152/DF – 94.0036823-2 –, REL. E. MINISTRO GARCIA VIEIRA, DJ DE 24/06/96).*
 - III - INCIDÊNCIA, POR FORÇA DA TIPICIDADE, DA REGRA DO ART. 65 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FAZ COISA JULGADA NO CÍVEL A SENTENÇA PENAL QUE RECONHECER TER SIDO O ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO.*
 - IV - IMPOSSIBILIDADE DE REABERTURA DA PROVA PARA A VERIFICAÇÃO E DISCUSSÃO, NO CÍVEL, SOBRE A INTERCORRÊNCIA DESSA JUSTIFICATIVA NO CASO CONCRETO.*
 - V - REJEIÇÃO DA PROPOSTA PRELIMINAR DE REABERTURA DA DISCUSSÃO SOBRE A MATÉRIA DE FATO PELO ÓBICE ADVINDO DA COISA JULGADA.*

V - SENTENÇA, JUDICIOSA E BEM LANÇADA, PROFERIDA EM PERFEITA SINTONIA COM A COISA JULGADA, QUE SE MANTÉM NA PARTE EM QUE JULGOU IMPROCEDENTE A PRETENSÃO DEDUZIDA EM JUÍZO.”

- TRF-3:
⇒ AG 98.03.077388-7 (DJ de 21/07/99, pág. 72)
- TRF-4:
⇒ AG 2002.04.01.019240-0 (DJ de 12/02/2003, pág. 721).

Apelação Cível

Proc. 2001.02.01.014700-7 – Publ. no DJ de 29/01/2003, pág. 112

5ª Turma

Relatora: Des. Fed. VERA LÚCIA LIMA

PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. TRANSMISSIBILIDADE AO PAIS.

- O Exmo. Sr. Juiz de Primeira Instância extinguiu o processo sem julgamento do mérito. Assim, é defeso a esta Corte apreciar o mérito da causa. Passo, então, à análise dos motivos ensejadores da extinção – a suposta intransmissibilidade do direito em questão.

- Os pais estão legitimados, por terem interesse jurídico, para acionarem o Estado na busca de indenização por danos morais e materiais, sofridos por seu filho. O direito que, na situação analisada, poderia ser reconhecido ao falecido, transmite-se, indubitavelmente, aos seus pais.

- A regra, em nossa ordem jurídica, impõe a transmissibilidade dos direitos não personalíssimos, salvo expressão legal. O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima.

- Determinado o retorno do processo à Vara de origem, para apreciação do mérito.

- Apelo parcialmente provido.

POR UNANIMIDADE, DADO PROVIMENTO PARCIAL AO APELO.

TRANSMISSIBILIDADE AOS PAIS DO DIREITO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS SOFRIDOS PELOS FILHOS

Foi ajuizada ação ordinária de reparação de danos proposta em face da União Federal, do Estado do Rio de Janeiro e da Casa de Portugal, por haver o autor, em setembro de 1987, sido internado naquele nosocômio, para tratamento médico, no decorrer do qual recebeu doação de sangue contaminado, adquirindo o vírus do HIV.

Após as demarches relativas às contestações dos três entes denunciados, foi expedido ofício pelo Diretor Geral do Hospital Clementino Fraga, da UERJ, marcando a perícia requerida pelo autor para o dia 16/06/99.

Ofício subsequente informou o não-comparecimento do autor à perícia, sendo em seguida informando o seu falecimento e a habilitação de seu sucessor.

Ao pronunciar a sentença, o magistrado da 24ª Vara Federal não acolheu preliminar de incompetência absoluta, com base no art. 109, I, da Constituição Federal. Não acolheu também a preliminar de ilegitimidade passiva da União. Alegou que, diante do falecimento do autor, se tornava impossível a análise do mérito, em face da lide tratar de direito personalíssimo, e, assim, intransmissível. Quantos aos danos materiais, julgou descabida a pretensão, ante a gratuidade na distribuição de medicamentos. Isto posto, julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, com base no art. 267, IX, do CPC; e improcedente a denunciação à lide, uma vez que o julgamento da ação principal, favorável ao réu/denunciante, prejudica a denunciação.

Interposta a apelação, foi alegado que o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial, e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima. Refere-se também à responsabilidade objetiva da União e do Estado do Rio de Janeiro. Requereu, assim, a condenação dos apelados ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Por unanimidade, a Quinta Turma proveu parcialmente a apelação, nos termos do voto da Relatora, Des. Fed. Vera Lúcia Lima da Silva, que, a seguir, é transcrito na íntegra:

“O Exmo. Sr. Juiz de Primeira Instância extinguiu o processo sem julgamento do mérito. Assim, é defeso a esta Corte apreciar o mérito da causa. Passo, então, à análise dos motivos ensejadores da extinção - a suposta intransmissibilidade do direito em questão. Para isso, trago à colação recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

‘PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. HERDEIROS. LEGITIMIDADE.

1. Os pais estão legitimados, por terem interesse jurídico, para acionarem o Estado na busca de indenização por danos morais, sofridos por seu filho, em razão de atos administrativos praticados por agentes públicos que deram publicidade ao fato de a vítima ser portadora do vírus HIV.

2. Os autores, no caso, são herdeiros da vítima, pelo que exigem indenização pela dor (dano moral) sofrida, em vida, pelo filho já falecido, em virtude de publicação de edital, pelos agentes do Estado réu, referente à sua condição de portador do vírus HIV.

3. O direito que, na situação analisada, poderia ser reconhecido ao falecido, transmite-se,

induidosamente, aos seus pais (grifo meu).

4. *A regra, em nossa ordem jurídica, impõe a transmissibilidade dos direitos não personalíssimos, salvo expressão legal (grifo meu).*

5. *O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima (RSTJ, vol. 71/183) (grifo meu).*

6. *A perda de pessoa querida pode provocar duas espécies de dano: o material e o moral.*

7. *O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima. Não seria razoável admitir-se que o sofrimento do ofendido se prolongasse ou se estendesse ao herdeiro e este, fazendo sua a dor do morto, demandasse o responsável, a fim de ser indenizado da dor alheia. Mas é irrecusável que o herdeiro tenha sucedido no direito de ação que o morto, quando ainda vivo, tinha contra o autor do dano. Se o sofrimento é algo entranhadamente pessoal, o direito de ação de indenização do dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se*

ao sucessores (Leon Mazeaud, em magistério publicado no 'Recueil Critique Dalloz', 1943, pág. 46, citado por Mário Moacyr Porto, conforme referido no acórdão recorrido) (grifo meu).

8. *Recurso improvido.*

(STJ, Min. José Delgado, REsp nº 324.886, DJ de 03/09/2001, pág. 159).

Conclui-se, portanto, que a hipótese dos autos não corresponde à narrada no citado inciso IX do art. 267 do CPC, inclusive no que se refere aos danos materiais, também de natureza patrimonial.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso, para determinar o retorno do processo à Vara de Origem, para que seja apreciado o mérito da causa e proferida nova sentença. Prejudicado, por consequência, o julgamento da denunciação à lide, por ser dependente da decisão do mérito da ação principal."

Além do acórdão citado no voto, não foi localizado outro acórdão assemelhado.

Apelação em Mandado de Segurança

Proc. 2001.02.01.034057-9 – Publ. no DJ de 06/09/2002, pág. 451

Relator: Des. Fed. POUL ERIK DYRLUND

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – MEMBRO DA MARINHA MERCANTE – COMBOIO DE TRANSPORTE DE TROPAS E SUPRIMENTOS – EX-COMBATENTE – ART. 53, II, DO ADCT – LEIS Nºs 5.315/67 E 8.059/90 - CONCEITO – PROVA – ART. 1º, § 2º, LETRA "C", INCISO IV, DA LEI Nº 5.315/67 – CERTIDÃO EXPEDIDA PELA OM – OPERAÇÕES BÉLICAS – CARACTERIZAÇÃO – PENSÃO ESPECIAL E PENSÃO ESTATUTÁRIA – CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO PRETÓRIO EXCELSO, STJ E TRFs.

1 - Para a percepção da pensão especial de ex-combatente de que trata o art. 53 do ADCT da CF/88, necessário se faz o preenchimento dos requisitos legais, dentre eles a apresentação da Certidão de Guerra com base na Lei nº 5.315/67, tudo na linha da Lei nº 8.059/90.

2 - O exposto reconhecimento pela OM através da certidão de fls.17, afirmando que teria o recorrente tomado parte, como membro da Marinha Mercante, na qualidade de tripulante em navio que participou de comboios de transporte de tropas, comprova sua condição de ex-combatente para efeitos de percepção da pensão especial mencionada, porquanto preenchidas as exigências previstas nos §§ 1º e 2º, da Lei nº 5.315/67, atestando sua efetiva participação no teatro de operações bélicas durante a Segunda Guerra, consoante a legislação de regência – nos termos do § 2º, "c", IV.

3 - Sob este prisma, o documento de fls.17 satisfaz a exigência da Lei nº 5.315/67, restando aquilatar se o impetrante preencheria, ou não, os demais requisitos da Lei nº 8.059/90.

4 - Nos termos do art. 11 da Lei nº 8.059/90, exige-se, para concessão do benefício pleiteado, requerimento devidamente instruído, que na hipótese é a certidão de fls.17, inexistindo qualquer outra exigência jurígena, o que deságua no acolhimento da pretensão autoral, havendo tal benefício lhe ser conferido.

5 - Decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 236.902/RJ ao dar interpretação teleológica ao inciso II do art. 53 do ADCT que, enquadra-se no conceito de – benefício previdenciário – qualquer verba recebida dos cofres públicos de caráter alimentar, incluindo-se aí, portanto, a pensão estatutária.

6 - A exegese dada pelo Pretório Excelso desvincula, portanto, a expressão constitucional de seu conceito estrito, para lhe dar alcance maior, de tal sorte, que a norma cumpra sua finalidade social.

7 - Inserindo-se, portanto, a pensão estatutária no conceito, *lato sensu*, de benefício previdenciário, cabível sua acumulação com pensão especial de ex-combatente.

8 - Apelo conhecido e provido para, reformada a r.sentença apelada, conceder a segurança, declarando o direito do recorrente à cumulação pretendida, invertendo-se os ônus da sucumbência, ressalvada a posição pessoal do relator sobre a matéria.

POR MAIORIA, EM CONHECER DO RECURSO E LHE DAR PROVIMENTO PARA REFORMAR A R. SENTENÇA APELADA, CONCEDER A SEGURANÇA, DECLARANDO O DIREITO DO RECORRENTE À CUMULAÇÃO PRETENDIDA, COM INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA, RESSALVADA A POSIÇÃO PESSOAL DO RELATOR SOBRE A MATÉRIA, NOS TERMOS DO VOTO DO CONDUTOR.

6ª Turma

EX-COMBATENTE – PENSÃO ESPECIAL E PENSÃO ESTATUTÁRIA: POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO

Irresignado com a sentença prolatada pelo Juízo Federal da 18ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Francisco Farias interpôs apelação nos autos de mandado de segurança com pedido de liminar, impetrado em face da União Federal visando à percepção cumulativa de pensão especial de ex-combatente, nos termos do art. 53 do ADCT/88, com a pensão que percebe do setor de inativos e pensionistas da Marinha, como militar reformado, que, julgando improcedente o pedido inicial, denegou a segurança pleiteada.

Por maioria, a Sexta Turma proveu o recurso, na forma do voto do relator.

O Des. Fed. Poul Erik assinalou o ponto nodal da controvérsia: definir se a pensão estatutária realmente se enquadra no conceito de benefício previdenciário do art. 53, II, do ADCT.

Preliminarmente, analisou a questão dos integrantes da Marinha Mercante – da qual o apelante fez parte – com relação à percepção dos direitos e vantagens concedidos pela Lei nº 288/48 aos militares civis que participaram de operações de guerra.

A Lei nº 1.756/52 estendeu ao pessoal da Marinha Mercante os direitos e vantagens da Lei nº 288, de 08/06/48, no que coubesse, além de estabelecer que os proventos de aposentadoria seriam calculados, na base dos vencimentos do posto ou categoria superior ao do momento, observando-se para efeito de enquadramento, os Decretos nºs 5.798/40 e 2.080/63. O apelante provou ser ex-combatente ao apresentar certidão que assevera ter embarcado como tripulante no navio “Rodrigues Alves”, no período de 13/06/43 a 28/04/45, quando tomou parte nos comboios de transportes de tropas.

Prossegue em sua análise o relator:

“Definido, portanto, que é o recorrente ex-combatente, no mérito, vê-se que equivocada mostra-se a decisão objurgada.

Com efeito, apreciando o tema, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 236.902/RJ, em 24/08/99, por sua Segunda Turma, que teve como relator o Exmo. Ministro Néri da Silveira, decidiu que a pensão especial concedida a ex-combatente pelo art. 53, II, do ADCT, é acumulável com benefícios de natureza previdenciária, verbis:

‘RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 2. EX-COMBATENTE. 3. PENSÃO ESPECIAL PREVISTA NO ART. 53, II, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 4. A REFERIDA PENSÃO ESPECIAL É ACUMULÁVEL COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO E APOSENTADORIA DE

SERVIDOR PÚBLICO. 6. MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. ACÓRDÃO QUE SE MANTÉM. 8. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO, EM CONFORMIDADE COM PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA.

Ao que se infere das razões que empolgaram o decisum ora transcrito, deu a Suprema Corte a interpretação teleológica ao inciso II do art. 53 do ADCT, para enquadrar no conceito de benefício previdenciário qualquer verba recebida dos cofres públicos de caráter alimentar, incluindo-se, portanto, a pensão estatutária.

A exegese dada pelo Pretório Excelso desvincula, portanto, a expressão constitucional de seu conceito estrito previsto no art. 201 da parte permanente da Carta da República para lhe dar alcance maior, de tal sorte, que a norma cumpra sua finalidade social’.”

Citou a seguir o Proc. nº 99.02.04825, julgado em 08/09/99 pela Quinta Turma e relatado pela Des. Fed. Vera Lúcia, que, em decisão unânime, entendeu cabível a cumulação da pensão especial de ex-combatente com pensão estatutária.

E com a mesma orientação: o MS nº 6.865/DF, julgado pelo STJ e publicado em 27/09/2000 e a AMS nº 93.02.01107-0, julgado pelo TRF-2, relatada pelo Des. Fed. Arnaldo Lima e publicada em 09/09/93.

Concluiu o Des. Fed. Poul Erik:

“Assim, não havendo distinção relativa à espécie, regime ou fonte de custeio do benefício previdenciário referido na norma constitucional e na Lei nº 8.059/90, que regulamentou a matéria, não é dado ao intérprete restringir o alcance do benefício, pelo que mostra-se equivocada a sentença atacada, a desaguar no acolhimento do pleito recursal.

Do exposto, com base na fundamentação supra, rendendo-se este relator ao entendimento esposado pelo Pretório Excelso, ressalvada sua posição pessoal no sentido de que benefício previdenciário deve ser lido de forma restritiva, até para que não haja choque com a regra original do art. 35, XV e XVI, ambos da Carta da República, conheço do recurso, e lhe dou provimento para, reformada a r. decisão atacada, conceder a segurança, para declarar o direito do recorrente à cumulação de sua pensão estatutária com a pensão especial de ex-combatente a que faz jus, invertendo-se os ônus da sucumbência.”

Entre os fundamentos assinalados em seu voto, contrário à posição vencedora, destacou os do Des. Fed. Sergio Schwaitzer:

“(…)

“No entender do impetrante, a expressão ‘benefícios previdenciários’ abarcaria os proventos de aposentadoria de servidor militar.

Entendo, contudo, descabida tal interpretação. Com efeito, a pensão ora vindicada foi precedida daquela prevista na Lei nº 4.242/63, **verbis** (grifos nossos):

‘Art.30. É concedida aos ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial, da FEB, da FAB e da Marinha, que participaram ativamente das operações de guerra e se encontram incapacitados, sem poder prover os próprios meios de subsistência e não percebam qualquer importância dos cofres públicos, bem como a seus herdeiros, pensão igual à estipulada no art. 26 da Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960.’

Verifica-se que a intenção do legislador sempre foi no sentido de que a pensão especial deferida ao ex-combatente fosse *inacumulável* com quaisquer rendimentos oriundos dos cofres públicos. Tal restrição, no entanto, veio a ser expressamente amenizada pelo art. 53 do ADCT da CF/88, acima transcrito, o que não justifica, entretanto, a interpretação extensiva do texto constitucional, cuja exegese sistemática não autoriza a concessão do benefício ora pleiteado.

Pela própria divisão de matérias constante da Constituição Federal percebe-se que não há como confundir aposentadoria de servidor público civil ou militar com benefício previdenciário. A primeira é prevista na Seção II do Capítulo VII do Título III, este referente à organização do Estado; já o segundo encontra-se disciplinado na Seção III do Capítulo II do Título VIII, referente à ordem social.”

Como esteio jurisprudencial ao seu voto, citou a AMS nº 97.04.50241-9, julgada pela 3ª Turma do TRF-4, e publicada no DJ de 13/09/2000 e a AMS nº 98.02.29009-2, julgada pela 4ª Turma desta Corte e relatada pelo Des. Fed. Fernando Marques, com publicação em 04/11/99.

Além dos precedentes jurisprudenciais citados nos votos vencedor e vencido, localizamos, no estudo comparado, os seguintes acórdãos, todos desta Corte.

⇒ AMS 2002.02.01.020949-2 (DJ de 30/09/2002, pg. 258) – Primeira Turma – Rel. Des. Fed. Ney Fonseca.

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – PENSÃO ESPECIAL CONFERIDA AOS EX-COMBATENTES – INTELIGÊNCIA DO ART. 53, II, DO ADCT, E DA LEI Nº 8.059, DE 04/07/90.

I - O impetrante, ora apelado, seguiu carreira militar no Ministério da Aeronáutica, e, atualmente, recebe proventos oriundos de sua reforma militar, como consta da petição inicial, o que, obviamente, afasta a pertinência de cumulação desta aposentadoria com a pensão especial conferida aos ex-combatentes, a teor do art. 53, II e III, do ADCT, que é absolutamente explícito ao preconizar sua *inacumulabilidade* ‘com

quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários, ressalvado o direito de opção’, asseverando ainda seu parágrafo único que ‘a concessão da pensão especial do inciso II substitui, para todos os efeitos legais, qualquer outra pensão já concedida ao ex-combatente’ e, por consectário, aos seus dependentes (art. 2º, II, da Lei nº 8.059/90).

II - Considera-se ex-combatente, para efeito da aplicação do artigo 178 da Constituição do Brasil, todo aquele que tenha participado efetivamente de operações bélicas, na Segunda Guerra Mundial, como integrante da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e da Marinha Mercante, e que, no caso de militar, haja sido licenciado do serviço ativo e com isso retornado à vida civil definitivamente (artigo 1º da Lei nº 5.315/67).

III - O apelado não se enquadra no conceito de ex-combatente, já que continuou a sua carreira militar após a sua participação em operações bélicas na Segunda Guerra Mundial, sendo-lhe vedada a cumulatividade pleiteada pelo disposto no inciso II do artigo 53 do ADCT, comando constitucional a ser observado.

IV - Apelação e remessa necessária providas.”

⇒ AMS 2000.02.01.047397-6 (DJ de 19/06/2001) – Terceira Turma – Rel. Des. Fed. Maria Helena Cisne “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE DE EX-COMBATENTE. PENSÃO ESTATUTÁRIA DO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. ART. 53 DO ADCT. ART. 4º DA LEI Nº 8.059/90. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE.

I - Reveste-se da natureza de benefício previdenciário a aposentadoria do servidor público. Portanto, nos moldes do inciso II do art. 53 do ADCT, é permitida a cumulação da pensão especial concedida a ex-combatente com a pensão estatutária, vez que a norma constitucional *excetuou* os benefícios previdenciários da *inacumulatividade*.

II - Recurso e remessa improvidos.”

⇒ REOMS 2002.51.01.000137-8 (DJ de 17/06/2003, pág. 122) – Terceira Turma – Rel. Des. Fed. Tania Heine

“ADMINISTRATIVO – PENSÃO POR MORTE DE EX-COMBATENTE – PENSÃO ESTATUTÁRIA DO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES – ART. 53, II, ADCT – CUMULAÇÃO.

I - A aposentadoria no sistema estatutário detém natureza de prestação previdenciária. Portanto, é legítima a acumulação da pensão especial concedida a ex-combatente (artigo 53, II, do ADCT) com a pensão estatutária, uma vez que a norma constitucional *excetuou* os benefícios previdenciários da *inacumulatividade*.

II - Remessa necessária improvida.”