



### TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

**PRESIDENTE:**

Desembargador Federal Valmir Peçanha

**VICE-PRESIDENTE:**

Desembargador Federal Frederico Gueiros

**CORREGEDORA-GERAL:**

Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima

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

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

Desembargador Federal André Fontes

**DIRETOR GERAL:**

Luiz Carlos Carneiro da Paixão

**DIRETOR:**

Desembargador Federal Sergio Feltrin Corrêa

**COORDENADOR:**

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

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

Secretaria de Documentação e Produção Editorial (SED)

**COORDENAÇÃO DE MATÉRIAS:**Assessoria de Comunicação Social (ACOS)  
Seção de Divulgação de Jurisprudência (SEDJUR)**COORDENAÇÃO TÉCNICA:**

Divisão de Jurisprudência (DIJUR/SED)

**REVISÃO:**

Assessoria Técnica da SED (ATED)

**DIAGRAMAÇÃO E IMPRESSÃO:**

Divisão de Produção Gráfica e Editorial (DIGRA/SED)

**PERIODICIDADE:** quinzenal**TIRAGEM:** 1.900 exemplares

## NESTA EDIÇÃO

**PELAS SESSÕES**

2ª Turma .....	02
3ª Turma .....	03
6ª Turma .....	03

**ACÓRDÃOS EM DESTAQUE**

Órgão Especial .....	04
1ª Seção .....	07
2ª Seção .....	09
1ª Turma .....	13
2ª Turma .....	16
3ª Turma .....	19
4ª Turma .....	21
5ª Turma .....	24
6ª Turma .....	27

**EMENTÁRIO TEMÁTICO**

Plenário .....	29
1ª Turma .....	29
2ª Turma .....	29
3ª Turma .....	30
4ª Turma .....	30
5ª Turma .....	31
6ª Turma .....	31

*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](mailto: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](http://www.trf2.gov.br)

## **Anulada multa trabalhista aplicada contra a Cia. Siderúrgica de Tubarão por contratar trabalhadores fora do Ogmo**

A 2ª Turma do TRF-2ª Região determinou que a Delegacia Regional do Trabalho – DRT do Espírito Santo suspenda a multa de R\$ 4,5 milhões aplicada contra a Cia. Siderúrgica de Tubarão – CST. A delegacia havia multado a empresa sediada em Vila Velha (ES) alegando que, de acordo com a Lei de Modernização dos Portos (Lei nº 8.630, de 1993), a companhia não poderia ter contratado mão-de-obra avulsa para trabalhar no porto de Praia Mole diretamente junto ao Sindicato dos Portuários Avulsos Arrumadores e Trabalhadores na Movimentação de Mercadorias em Geral do Estado do Espírito Santo, sem a intermediação do Órgão Gestor de Mão-de-Obra – Ogmo.

A decisão da 2ª Turma foi proferida na apelação em mandado de segurança apresentada pela CST contra sentença da Justiça Federal de Vitória. A 1ª instância havia negado seu pedido para ser anulado o auto de infração e para que a siderúrgica não ficasse inscrita na dívida ativa e no Cadastro de Inadimplentes da União Federal – CADIN. Para a Turma, que acompanhou por unanimidade o voto do relator do processo, Desembargador Federal Antônio Cruz Netto, a própria Lei nº 8.630/93 estabelece que os portos públicos são obrigados a contratar mão-de-obra através do Ogmo, mas os portos privativos, como é o caso do porto de Praia Mole, não são obrigados a seguir essa regra.

A CST, que foi privatizada em julho de 1992, é a maior produtora de aço do Brasil depois da Cia. Siderúrgica Nacional, com uma receita operacional líquida de R\$ 2.841 milhões, em 2002. Segundo informações dos autos, a CST, em condomínio com a Usiminas e a Açominas, adquiriram o porto de Praia Mole, no município de Serra, a 29km de Vitória, para escoar sua produção de aço. A autuação da DRT ocorreu porque a empresa contratou 895 arrumadores (encarregados de ordenar as cargas a serem embarcadas ou que tenham sido desembarcadas de navios nos armazéns) para trabalhar em 13 navios diretamente junto ao sindicato da classe, sem utilizar o Ogmo. A Lei 8.630/93, chamada Lei de Modernização dos Portos, instituiu o Órgão Gestor de Mão-de-Obra - Ogmo, que deve ser formado em cada porto pelas sociedades ou empresas públicas licenciadas exclusivamente para o exercício das operações portuárias. Ao Ogmo compete fazer a contratação dos trabalhadores portuários avulsos para atender às

necessidades de trabalho de ambas as partes: das operadoras portuárias, como empregadores, e dos próprios empregados portuários avulsos.

No entendimento do relator do processo na 2ª Turma, Desembargador Federal Antônio Cruz Netto, a Lei nº 8.630/93 estabelece uma nítida distinção entre os portos organizados, que são portos públicos, e os terminais portuários privativos explorados por empresas privadas, com autorização da União Federal. Nesse último caso, em que se enquadra o porto de Praia Mole, o desembargador destacou que as instalações portuárias são reguladas pelas leis que regem as empresas concessionárias, mas essa regulação se refere à fiscalização dos serviços, aos direitos dos usuários, à política tarifária e à obrigação de que tais serviços sejam mantidos regular e adequadamente e não à forma de contratação dos trabalhadores. O magistrado lembrou que o artigo 5º da Constituição Federal estabelece o direito à livre iniciativa e ao livre exercício do trabalho e que limitar a contratação de pessoal através do Ogmo ou de qualquer outro órgão violaria este direito: *“a obrigatoriedade de se utilizar de mão-de-obra fornecida exclusivamente por um determinado órgão ou entidade implicaria em violação a dispositivos constitucionais que garantem o livre exercício de qualquer profissão ou trabalho, à livre iniciativa e, inclusive, à não obrigatoriedade de sindicalização do trabalhador”*. Dr. Cruz Netto entendeu ainda que o artigo 56 da própria Lei de Modernização dos Portos estipula que, para contratar trabalhadores avulsos, os titulares de instalações portuárias de uso privativo, como a CST, devem apenas observar o *“disposto no contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho das respectivas categorias econômicas preponderantes”*, justamente para ajudar a simplificar e agilizar a atividade portuária, eliminando o excesso de burocracia que tornava os portos obsoletos e pouco competitivos: *“Sabe-se que a Lei nº 8.630/93, conhecida como a lei de modernização dos portos, veio a lume com o objetivo de romper com estruturas fortemente arraigadas no setor portuário brasileiro que, de certa forma, engessavam, encareciam e dificultavam o desenvolvimento do comércio portuário”*.

► Proc. 2001.02.01.045170-5  
Decisão: 29/10/2003

## Drogarias não têm exclusividade de uso da marca Rede da Economia

A Associação de Drogarias do Brasil - ADBR, sediada em Brasília, não conseguiu anular em juízo o registro da expressão Rede da Economia, depositada no Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI pela Santa Marta Distribuidora de Drogas. A decisão foi proferida pela 3ª Turma do TRF-2ª Região nos autos da apelação cível apresentada pela ADBR contra sentença da Justiça Federal do Rio. A associação, que reúne 147 drogarias do Distrito Federal, de Goiânia e Taguatinga, ajuizou ação ordinária na 1ª Instância alegando que a Santa Marta teria agido de má-fé ao registrar as expressões de propaganda Rede da Economia e Rede de Saúde Preço Baixo Drograria Santa Marta, que, segundo a ADBR, já seria utilizada por suas associadas há vários anos.

A relatora do processo na 3ª Turma, Desembargadora Federal Tania Heine, ponderou que a marca é constituída por uma expressão de uso corrente, popular, o que, para ela, nos termos do Código de Propriedade Industrial, não permite a exclusividade de uso tanto para a associação quanto para a Santa Marta. A desembargadora lembrou que o próprio INPI já concedeu à ADBR o direito de usar a expressão Rede da Economia em caráter de não exclusividade, afastando o privilégio de exclusividade concedido anteriormente à Santa Marta: *“A escolha de uma expressão de propaganda como Rede da Economia, composta por expressão de uso comum, traz, como consequência, a limitação de exclusividade no que tange aos seus registros. Somente expressões ou sinais originais e característicos podem ser registrados e usados com exclusividade”*.

A ADBR sustentou que, em maio de 1993, foi fundada a Associação de Drogarias do Distrito Federal – ADDF, cujas associadas, a partir de então, teriam passado a usar a expressão Preço Baixo – Rede da Economia, investindo grandes somas em propaganda na mídia. Em outubro de 1995, a associação registrou no cartório a alteração contratual pela qual mudou seu nome para ADBR, registrando também a expressão de propaganda Rede da Economia. Contudo, segundo informações dos autos, a Santa Marta, que já tinha o registro da expressão no INPI, mandou uma notificação extrajudicial à ADBR, proibindo-a de usar a marca. Por conta disso, a associação fez um pedido administrativo ao INPI para que fosse anulado o registro da expressão de propaganda feito pela Santa Marta. Foi com a recusa do órgão que a associação ajuizou a causa na Justiça, pedindo, inclusive, que a concorrente, por sua vez, fosse proibida de usá-la.

No entendimento da relatora do processo na 3ª Turma, Desembargadora Federal Tania Heine, mesmo que a antiga ADDF já utilizasse a marca Rede da Economia antes de a Santa Marta registrá-la no INPI, a ADBR só passou a existir depois, com a alteração contratual do estatuto da associação. Com isso, para a magistrada, apesar de sustentar que desde 1993 já usaria a expressão Rede da Economia, a ADBR não tem precedência no uso do *slogan*, já que só registrou a marca, associada ao seu novo nome no cartório civil de pessoa jurídica em outubro de 1995, oito meses depois de a Santa Marta ter obtido o registro no INPI.

► Proc. 1997.51.01.004160-3  
Decisão: 07/10/2003

## Bic não consegue liminar para garantir registro de notoriedade da marca no INPI

A Bic do Brasil S.A. não conseguiu obrigar judicialmente o Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI a registrar seu nome como marca notória, que pela atual lei da propriedade industrial é chamada de marca de alto renome. A 6ª Turma do TRF-2ª Região não concedeu a liminar pedida pela companhia para garantir a anotação de declaração de notoriedade do nome Bic junto ao Instituto. A

empresa ajuizou uma ação ordinária na Justiça Federal do Rio, alegando que, sem a anotação, a marca estaria sujeita a ser copiada *“indiscriminadamente, em diversos outros ramos de atividade, por aqueles que pretendam se locupletar às custas do alto valor agregado à marca da autora”*. Na sua petição inicial, a Bic pediu que o juiz concedesse liminar para garantir a anotação de notoriedade, até o julgamento do mérito da causa.

Como o pedido não foi atendido, a empresa fundada no Brasil em 1956 apresentou agravo de instrumento que foi julgado pela 6ª Turma. Nos termos do voto do relator do processo no TRF, Desembargador Federal Sergio Schwaitzer, o agravo de instrumento foi convertido em agravo retido, isto é, ficará retido nos autos principais, para ser apreciado pelo Tribunal junto com a apelação que vier a ser apresentada contra a sentença de mérito de 1º grau na ação ordinária. O relator entendeu que, se fosse concedida a liminar, estaria sendo resolvido o próprio mérito do processo, o que só pode ocorrer no julgamento da ação principal.

Segundo informações dos autos, em 1945, Marcel Bich adquiriu uma fábrica de peças para canetas-tinteiro e lapiseiras. Em 1950 lançou no mercado a primeira caneta esferográfica, a conhecida Bic. Em 1953, foi constituída a Societé Bic S.A. na França, que logo se expandiu para diversos países. Atualmente, a Bic está presente nos cinco continentes, em mais de 160 países, produzindo e vendendo, diariamente, 21 milhões de artigos de papelaria, 4 milhões de isqueiros e 10 milhões de lâminas de barbear, sendo a maior fabricante de canetas esferográficas do mundo. Ainda de acordo com dados do processo, o prazo de validade da anotação de notoriedade da marca Bic nos registros do INPI venceu em junho de 2003, nos termos da antiga lei da propriedade industrial (Lei nº 5.772, de 1971). Ocorre que a atual lei da propriedade industrial (Lei nº 9.279, de

1996) não prevê o registro especial das marcas notórias, que atualmente são chamadas de marcas de alto renome. A Bic alegou que declaração de marca notória assegurava ao proprietário da marca a proteção em todas as classes de registro do INPI. Sem isso, na sustentação da empresa, a proteção só seria garantida no ramo específico de atividade em que foi registrada a marca, possibilitando o registro do mesmo nome em outro ramo de atividade por outra companhia.

No entendimento do relator do processo na 6ª Turma, Desembargador Federal Sergio Schwaitzer, o atual código da propriedade industrial não deixou desamparadas as marcas de alto renome, apenas não prevê a anotação específica em favor de uma marca nos registros do INPI. O artigo 125 da Lei nº 9.279/96, lembrou o magistrado, garante à marca considerada de alto renome proteção especial, em todos os ramos de atividade, independente de registro para cada marca em particular: *“O simples fato de a lei não falar em registro próprio para tais signos não significa que os mesmos possam ser utilizados por outras empresas, vez que estas precisam submeter seu pedido de registro ao INPI, o qual, reconhecendo o alto renome da marca, pertencente a terceiro, indeferirá a pretensão, independentemente da existência de um registro prévio e específico”*.

► Proc. 2003.02.01.008063-3  
Decisão:17/12/2003

## ACÓRDÃOS EM DESTAQUE

### Agravo Interno em Suspensão de Liminar

Proc.2003.02.01.09329-9 – Publ. no DJ de 11/09/2003, pg. 120

Relator: Des. Fed. VALMIR PEÇANHA

Relatora para acórdão: Des. Fed. JULIETA LUNZ

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO – SUSPENSÃO DE LIMINAR – GREVISTAS – VENCIMENTOS – GARANTIAS QUE SE NÃO AFASTAM – ART. 145 DA LEI Nº 8112/90.

I - Assim como o serviço público não pode sofrer a descontinuidade, não se pode seccionar o vencimento do servidor para, através desse seccionamento, aferir-se e abstrair os dias; é que ele esteve à disposição do trabalho - os dias efetivamente trabalhados e aqueles dias que foram dedicados, ou foram subtraídos da atividade formal, para uma atividade também pública, que é a atividade daquele que postula pelo direito próprio e por aquilo que se diz como regularidade da administração pública.

II - Vencimento é aquilo que percebe o servidor em razão da sua vinculação com a administração. Se a administração, com essa vinculação, viola o direito, é lícito que o servidor, ainda que em serviço público, se insurja contra essa onda desmedida de ceifa de direitos, através do movimento “paredista”, abstraindo qualquer consideração quanto a não ser ele regulamentado; mas é um fato, é um direito de fato. O trabalho, a prestação do servidor, é um fato.

III - O preceito do artigo 37, inciso VII, da Constituição, permite o direito de greve a ser exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica, e o artigo 5º da mesma Constituição, no seu inciso XIII dispõe ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Órgão Especial

IV - A imposição de retorno, em verdade, implica anular o próprio direito. Tirando-se a remuneração, tira-se o direito. Não há quem vá fazer greve, para não receber remuneração alguma. Retirado o direito ao vencimento, está-se, claro, retirando o próprio direito, ou seja a essência dele.

V - A Constituição prevê o direito de greve, no art. 37, inciso VII, apenas transfere a regulação desse direito para uma lei específica, que é a Lei 7783/89, e como no caso específico essa greve ainda não foi julgada, ilegal ou legal, seria uma atitude inconstitucional, essa imposição *ab initio* do desconto dos dias parados, que significa invalidar o próprio direito constitucional.

**POR MAIORIA, DADO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO.**

#### **GREVE – VENCIMENTOS – ART. 145 DA LEI Nº 8.112/90**

Em consequência às divergências com a direção do INSS quanto à implantação do seu plano de carreira, os servidores da Autarquia entraram em greve. O Sindicato ao qual os mesmos são filiados – SINDSPREV – impetrou Mandado de Segurança Coletivo visando a que o Superintendente do INSS no Estado se abstinhasse de efetivar, na remuneração dos substituídos pelo impetrante, descontos correspondentes aos dias não trabalhados.

O Juiz da 14ª Vara Federal deferiu a liminar, cuja suspensão foi determinada pela Presidência deste Tribunal, por provocação do INSS.

Interpôs então o Sindicato Agravo Interno contra a suspensão de liminar. A decisão da Presidência, contestada pelo Agravo Interno, considerou os serviços de que estava sendo privada a população, com evidente lesão aos bens tutelados pelo art. 4º da Lei nº 4348/64.

Já o Sindicato argumentou que, como a medida liminarmente deferida é apenas para que sejam pagos os vencimentos dos dias paralisados em função da greve, direito líquido e certo de todos os servidores públicos, garantido por dispositivo constitucional, não existe razão para repelir a execução da medida concedida, não se discutindo, em sede de suspensão, a legalidade da greve.

O Desembargador Federal VALMIR PEÇANHA votou no sentido de manutenção da decisão agravada. E justificou:

*“Ao contrário do que sustenta o Agravante, não houve invasão no mérito da legalidade, ou não, da greve exercida pelo servidor público.*

*Com efeito, como se viu, a decisão guerreada não abordou especificamente o tema relativo ao direito de greve do servidor público, mas se deteve no exame dos requisitos do art. 4º da Lei nº 4348/64, que autorizam a suspensão de liminar, para concluir que a manutenção da decisão proferida no Mandado de Segurança Coletivo iria perpetuar, na espécie, lesão à ordem, saúde, segurança e economias públicas, tendo em vista a interrupção de atividades imprescindíveis à população, sendo certo que o desconto dos dias não trabalhados constitui o meio mais eficaz de que dispõe a Administração para forçar um retorno imediato*

*dos servidores ao desempenho destas atividades essenciais.*

*Isto posto, nego provimento ao agravo.”*

Entretanto, a maioria dos membros do Órgão Especial votou pela reforma da decisão agravada, dando provimento ao recurso. Coube à Desembargadora Federal JULIETA LUNZ a lavratura do acórdão, tendo se expressado da seguinte forma durante a votação:

*“Egrégia Corte, estamos, em verdade, diante dos reflexos financeiros da paralisação de servidores da Previdência Social, com o corte, ou a dedução, mais explicitamente dos dias em que os servidores não compareceram ao serviço, abstraído qualquer aspecto quanto à legitimidade ou não, do movimento de ‘paredê’ que os servidores optaram como forma de insurgirem-se contra aquilo que entendem que esteja lesando os seus direitos estatutários.*

*Eu vou pedir vênias a Vossa Excelência e, especialmente, ao Desembargador PAULO BARATA que tanto me esclareceu com a sua fala, já que pouco ouvi do relatório de Vossa Excelência, mas o suficiente para sintetizar o cerne da questão. Senhor Presidente, eu peço vênias a Vossa Excelência e ao Desembargador PAULO BARATA e voto em sentido contrário, porque vejo, sim, lesão ao direito do servidor. O servidor não percebe salário. Há de se fazer uma separação bem nítida entre o que os administrativistas conceituam como vencimento e aqueles que lidam com a matéria trabalhista, como salário.*

*O salário é medido dia a dia. O vencimento do servidor corre continuamente. Na esfera do Poder Executivo, até mesmo a data de vencimento do provento do servidor, difere da data do vencimento do assalariado. Não é apenas a natureza do salário, como a natureza que vincula o salário à prestação trabalhista dos celetistas e a prestação do contrato administrativo que se estabelece entre o servidor e a Administração.*

*Diante da forma continuada como se estabelece a relação entre o servidor e a Administração, não se tem como medir, separar, dia a dia, paulatinamente, o serviço público. O serviço público impõe àqueles que se colocam a seu serviço, a sua disposição, a continuidade. Aliás, como bem acentuado, na fala do Desembargador*

*PAULO BARATA, não deve haver a descontinuidade do serviço público. Eu acrescento que, assim como serviço público não pode sofrer a descontinuidade, não se pode seccionar o vencimento do servidor para, através desse seccionamento, aferir-se e abstrair os dias; é que ele esteve à disposição do trabalho – os dias efetivamente trabalhados e aqueles dias que foram dedicados, ou foram abstraídos da atividade formal, para uma atividade também pública, que é a atividade daquele que postula pelo direito próprio e por aquilo que se diz como regularidade da administração pública.*

*Senhor Presidente, eu não vejo como medir, em dias, em minutos, em horas, o contrato de trabalho do servidor público com a Administração a fim de tolher o recebimento total de seus vencimentos. Vencimento é aquilo que percebe o servidor em razão da sua vinculação com a administração. Se a administração, com essa vinculação, viola o direito, é lícito que o servidor, ainda que em serviço público, se insurja contra essa onda desmedida de ceifa de direitos, através do movimento ‘paredista’, abstraindo qualquer consideração quanto a não ser ele regulamentado, mas é um fato, é um direito de fato. O trabalho, a prestação do servidor é um fato. Não existe lei que regule que tal serviço não pode ser paralisado, que esse pode e aquele não pode; todos são servidores públicos. Desde que a Constituição admite movimento ‘paredista’, não vejo como seccionar a manifestação do servidor que se coloca em greve, ou em ‘parede’, como meio extremo para se insurgir contra aquilo que venha a afrontar os seus direitos.*

*De sorte que, sintetizando, não há como medir, em dias, minutos, horas, os momentos em que o servidor, não se desligando da sua função, dedica-se à defesa, não só de seu direito, mas da continuidade e regularidade da administração.”*

Acórdãos correlatos ao assunto abordado encontrados na pesquisa de jurisprudência:

- STF
  - ⇒ RE 185944/ES (DJ de 7/08/98, pg. 42)
- STJ
  - ⇒ ROMS 15662/PR (DJ de 7/04/2003, pg. 338)
- TRF-1
  - ⇒ AMS 1993.01.25930-3 (DJ de 17/10/2002, pg. 114)
- TRF-2
  - ⇒ AMS 2001.02.01.020195-6 (DJ de 17/06/2003, pg. 104) – Primeira Turma – Rel. Juiz Conv. LUIZ ANTONIO SOARES:  
**CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. GREVE. PROFESSORES E SERVIDORES DO COLÉGIO PEDRO II. DESCONTO DOS DIAS PARADOS. NECESSIDADE DE APURAÇÃO DA**

**LEGITIMIDADE OU NÃO DA AUSÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA.**

*1 – O direito de greve do servidor público é previsto constitucionalmente (art. 37, inc. VII). Contudo, esse comando normativo é de eficácia contida, dependendo de norma regulamentadora, sem a qual qualquer movimento de paralisação do serviço público poderá ser considerado ilegal, salvo se houver autorização por parte da própria Administração (RE nº 185.944/0-ES, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 07/08/98).*

*2 – Com efeito, até o momento não há, no nosso ordenamento jurídico, qualquer lei que regule o exercício do direito de greve em questão, vigorando tão somente o Decreto nº 1.480/95, que regula os procedimentos a serem ‘adotados em caso de paralisações dos serviços públicos federais, enquanto não regulado o disposto no art. 37, inciso VII, da Constituição’.*

*3 – De outra parte, em homenagem aos princípios da legalidade e da moralidade, antes de apurar os fatos, através de regular procedimento administrativo, obedecidos os princípios do contraditório e da ampla defesa, não se pode indiscriminadamente impor sanção disciplinar a todos os servidores que estiveram ausentes durante o período de paralisação do serviço.*

*4 – Recurso não provido. Sentença mantida.*

- ⇒ ACR 89.02.02162-9 (DJ de 17/10/89) – Terceira Turma – Rel. Des. Fed. NEY VALADARES  
**“DIREITO PENAL. ASSEGURADO O DIREITO DE GREVE AOS SERVIDORES PÚBLICOS, O EXERCÍCIO DESSE DIREITO NÃO PODE MAIS SER CONSIDERADO COMO CRIME, PUNINDO-SE APENAS OS ABUSOS COMETIDOS. A SIMPLES INCITAÇÃO À GREVE NÃO É MAIS PUNÍVEL COMO CRIME. A RESISTÊNCIA CONSEQÜENTE A ATO ILEGAL, ARBITRÁRIO E VIOLENTO DA AUTORIDADE POLICIAL NÃO CONSTITUI O DELITO PREVISTO NO ART. 329 DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA CONFORME A PROVA DOS AUTOS. APELAÇÃO IMPROVIDA.”**
- ⇒ AMS 2000.02.01.07/419-0 (DJ de 20/02/2002, pg. 678) – Quarta Turma – Rel. Des. Fed. ROGERIO CARVALHO:  
**“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. GREVE. SERVIDOR PÚBLICO. DESCONTO DOS DIAS PARADOS.**  
*– A despeito de ser indiscutível o direito dos servidores públicos à greve, nos termos do art. 37, VII, da Constituição Federal, ainda que à míngua de legislação regulamentar, há consenso pretoriano quanto à legalidade do desconto dos dias não trabalhados, em virtude de adesão ao movimento paredista. Tal desconto é conseqüência*

*própria da greve, nos Estados Democráticos de Direito. O pagamento das referidas verbas depende da negociação entabulada pelos envolvidos. Precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Denegação da Segurança. Apelação e Remessa ex officio providas.”*

⇒ AGV: 2002.02.01.009322-2 (DJ de 21/10/2002, pg. 191) – Quinta Turma – Rel. Des. Fed. RALDÊNIO BONIFACIO:

“AGRAVO REGIMENTAL – GREVE DE AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL – CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 9º E 37, VII – DECRETO N.º 1.480/95.

*I – A greve é direito assegurado aos trabalhadores pelo art. 9º da Constituição Federal, e aos Servidores Públicos pelo inc. VII, do art. 37, devendo ser ‘exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica’ (sic).*

*II – O Decreto n.º 1.480, de 03/05/95, dispõe ‘sobre os procedimentos a serem adotados em casos de paralisações dos serviços públicos federais, enquanto não regulado o disposto no art. 37, VI, da Constituição Federal’ (sic).*

*III – Ad cautelam, considerando-se os fatos narrados e a situação de greve dos Auditores Fiscais da Receita Federal, que causa dificuldades para o desembaraço aduaneiro, serviço caracterizado como essencial, ainda que o direito de greve seja uma garantia constitucional, o seu exercício encontra limites legais, devendo ser assegurado o mínimo de funcionamento, de modo que não seja obstado o livre exercício de atividades econômicas, com prejuízo de grande monta para os usuários, dá-se provimento ao Agravo Interno.”*

⇒ REOMS: 2001.51.01.019670-7 (DJ de 10/06/2003, pg. 231/322) – Sexta Turma – Rel. Des. Fed. POUL ERIK DYRLUND:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE

SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. VENCIMENTOS. LICENÇA MÉDICA. GREVE. LEI N.º 8.112/90. ARTIGO 202.

*1 – O pagamento dos vencimentos da impetrante enquanto durar a licença médica da mesma;*

*2 – Como bem expressa o douto representante do MPF: ‘...Não parece razoável que alguém fique privado de seus vencimentos por medidas ensejadas por um movimento de greve, estando em gozo de licença médica...’;*

*3 – ‘...O art. 202 da Lei n.º 8.112/90 preserva a remuneração a que faz jus o servidor durante todo o período em que estiver licenciado para tratamento da própria saúde...’ (REO n.º 01214204/DF, DJU DATA: 13/10/1997, Rel. Juiz Amílcar Machado);*

*4 – Remessa conhecida, porém desprovida.*

⇒ AGRPSL: 92.02.14335-8 (DJ de 22/02/1992, pg. 29490) – Plenário – Rel. Des. Fed. PAULO BARATA

“AGRAVO REGIMENTAL INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR QUE DETERMINOU A ABSTENÇÃO DE DESCONTOS NOS SALÁRIOS DE SERVIDORES EM GREVE.

*I – MANUTENÇÃO DA DECISÃO DO JUIZ DE 1º GRAU DETERMINANDO A ABSTENÇÃO DE PROMOVER DESCONTOS NOS SALÁRIOS DOS SERVIDORES QUE ENCONTRAM-SE EM GREVE.*

*II – ILEGALIDADE DA GREVE NÃO COMPROVADA.*

*III – AGRAVO IMPROVIDO.”*

● TRF-4:

⇒ AMS 2001.71.10.002932-0 (DJ de 19/03/2003, pg. 621);

● TRF-5:

⇒ AMS 2001.82.00.006650-5 (DJ de 4/06/2003, pg. 850)

### Ação Rescisória

Proc. 92.02.19889-6 – Publ. No DJ de 25/08/03, pág. 157

Relator: Des. Fed. FREDERICO GUEIROS

RESCISÓRIA – ADMINISTRATIVO – GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE TÉCNICO-ADMINISTRATIVA (GATA) – DECRETOS-LEI N.ºS 2.200/84 E 2.249/85 – INAPLICÁVEL AOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO – DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO.

Cabimento da ação rescisória. Inaplicável a Súmula n.º 343 do STF, por se tratar de matéria concernente à violação de texto constitucional.

A Gratificação de Atividade Técnico-Administrativa (GATA) tem como destinatários tão somente os ocupantes de cargos e empregos de nível superior dos quadros e tabelas do Poder Executivo.

Os servidores do Poder Judiciário já fazem jus a gratificação com destinação exclusiva e idêntica natureza à Gata.

Rescisória procedente para desconstituir o acórdão rescindendo e julgar improcedente a ação de conhecimento proposta em face da União Federal.

**POR MAIORIA, JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO.**

### 1ª Seção

## GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE TÉCNICO-ADMINISTRATIVA (GATA)

A União Federal propôs ação rescisória em face de um grupo de servidores do Poder Judiciário, visando desconstituir acórdão da Primeira Turma desta Corte, que reconheceu o direito dos réus à percepção da Gratificação de Atividade Técnico-Administrativa (GATA), com fundamento no Decreto nº 2249/85.

Sustentou a autora que a extensão da GATA aos servidores do Poder Judiciário, equiparando-os aos servidores do Poder Executivo, violaria o Decreto-Lei nº 2249/85 e o art. 37, XIII, da Constituição Federal.

Por maioria, a Primeira Seção, acompanhando o voto do Relator, julgou procedente a ação rescisória, afirmando o Des. Fed. Frederico Gueiros:

*“Quanto ao mérito tenho sempre entendido, no âmbito desta Corte, que a Gratificação de Atividade Técnico-Administrativa-GATA tem como destinatários, tão-somente, os ocupantes de cargos e empregos de nível superior dos quadros e tabelas do Poder Executivo. Assim, não pode o Judiciário determinar semelhante equiparação como fê-lo o acórdão que se pretende rescindir. Nestes casos, o Judiciário estaria aumentando vencimentos e em consequência, usurpando competência do legislativo e contrariando a Súmula 339, do STF(...), cujo verbete é o seguinte:*

*‘Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.’*

*No parecer que se acha acostado às fls. 397/399, opinando pela procedência da ação, o Ministério Público Federal traz à colação, inclusive, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que reconheça a impossibilidade da extensão aos servidores do Poder Judiciário da referida GATA”.*

Pesquisa de jurisprudência sobre a referida gratificação, nos mostrou os seguintes acórdãos correlatos:

- STJ:
  - ⇒ RESP 77979/PR (DJ de 12/05/97, pg. 18847)
- TRF-1:
  - ⇒ AC 1990.01.14222-2 (DJ de 15/01/2002, pg. 84)
- TRF-2:
  - ⇒ AC 90.02.23021-4(DJ de 16/06/92, pg. 17667)- Primeira Turma – Rel. Des. Fed. TANIA HEINE:

*“ADMINISTRATIVO-GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE TÉCNICO ADMINISTRATIVA-FUNCIONARIOS DO PODER JUDICIARIO.*

*I – FUNCIONÁRIOS DA JUSTIÇA FEDERAL QUE PERCEBEM A GRATIFICAÇÃO JUDICIÁRIA, INSTITUÍDA PELO DEC-LEI Nº 2.173/84, FAZEM JUS À GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE TÉCNICO ADMINISTRATIVA, CRIADA PELO DEC-LEI Nº 2.249/85.*

*II – O DEC-LEI Nº 2.249/85 E A LEI Nº 7.407/85, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO PARÁGRAFO UNICO DO ART. 1º DA QUELE DIPLOMA LEGAL, ESTABELECEM, TAXATIVAMENTE, QUAIS AS GRATIFICAÇÕES INACUMULÁVEIS COM A GATA, DELAS NÃO CONSTANDO A DO DEC-LEI Nº 2.173/84.*

*III – RECURSO E REMESSA NECESSÁRIA IMPROVIDOS.”*

### ● TRF-2:

⇒ AC 96.02.08564-9 (DJ de 16/07/99, pg. 12)- Segunda Turma- Rel. Des. Fed. PAULO ESPIRITO SANTO:

*“DIREITO ADMINISTRATIVO. GATA - GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE TÉCNICO ADMINISTRATIVA.*

*– SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO OBJETIVANDO O RECEBIMENTO DA GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE TÉCNICO-ADMINISTRATIVA, INSTITUÍDA PELO DECRETO-LEI Nº 2.200/84 E ESTENDIDA A OUTROS SERVIDORES DE NÍVEL SUPERIOR PELO DECRETO-LEI 2.249/85.*

*– O DIPLOMA LEGAL SE DESTINA APENAS AOS SERVIDORES DO PODER EXECUTIVO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA E AUTARQUIAS.*

*– AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS E NÃO CABIMENTO DA ALEGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.*

*– IMPROVIMENTO AO RECURSO DA PARTE AUTORA.”*

⇒ AC 1999.02.01.061774-0 (DJ de 01/04/2003, pg. 158) – Terceira Turma – Rel. Des. Fed. TANIA HEINE:

*“ADMINISTRATIVO- GATA - SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO - INACUMULABILIDADE COM A GRATIFICAÇÃO JUDICIÁRIA.*

*I – A Gratificação de Atividade Técnico-Administrativa (Decretos-Leis nºs 2.2220/84 e 2.249/85) é devida apenas a servidores do Poder Executivo.*

II – A GATA é de natureza semelhante e não pode ser acumulada com a Gratificação Judiciária, instituída pelo Decreto-lei nº 2.173/84.

III – Apelação improvida.”

- ⇒ AC 98.02.22694-7 (DJ de 17/02/2000) – Quarta Turma – Rel. Des. Fed. CARREIRA ALVIM: “ADMINISTRATIVO – FUNCIONÁRIO – GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE TÉCNICO-ADMINISTRATIVA. – O Decreto-Lei nº 2.200/84 criou a Gratificação de Atividade Técnico-Administrativa, tendo o Decreto-Lei nº 2.249/85 estendido seus efeitos, em alguns

casos, vedando a percepção, em outras hipóteses, não havendo qualquer referência legal aos servidores do Judiciário. A GATA e a gratificação judiciária visam a renumerar a atividade administrativa de servidores de poderes diversos. Recurso improvido.”

- TRF-3:
  - ⇒ AC 95.03.052186-6 (DJ de 28/05/2002, pg. 515)
- TRF-4:
  - ⇒ AC 90.04.11916-7 (DJ de 28/04/98, pg. 660)
- TRF-5:
  - ⇒ AC 90.05.06788-8 (DJ de 15/03/91, pg. 4874)

### Embargos Infringentes em Apelação Cível

Proc. Nº 98.02.40150-1 – Publ.DJ 20/06/2003, pg. 77

Relator: Des. Fed. SÉRGIO SCHWAITZER

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – PROVIMENTO DE CARGO PÚBLICO – ASCENSÃO FUNCIONAL – RESULTADO DO PROCESSO SELETIVO HOMOLOGADO – SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO DO STF DECLARANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS QUE FUNDAMENTAVAM O CERTAME – INOCORRÊNCIA DE INVESTIDURA NO CARGO – AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO À POSSE – INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO FUNCIONAL CONSOLIDADA

I – Com o advento da Constituição Federal de 1988, afastou-se a possibilidade de provimento de cargo público pelo sistema de ascensão funcional, conforme reiterado entendimento do Eg. STF.

II – Não mais subsiste o suporte jurídico legitimador do Ato Regulamentar e da Resolução que disciplinaram o provimento derivado de cargo público mediante ascensão funcional se é declarada, com efeitos *ex tunc*, a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que os fundamentavam.

III – Não tendo ocorrido a investidura do servidor no cargo almejado, o que somente se dá com a posse e o exercício, não se configura situação funcional consolidada, hipótese que poderia justificar a manutenção do provimento derivado.

**POR UNANIMIDADE, DADO PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES.**

### 2ª Seção

#### PROVIMENTO DE CARGO PÚBLICO – ASCENSÃO FUNCIONAL – AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO À POSSE

Os fatos constitutivos da ação judicial em comento se encontram sucintamente expostos no Relatório do Des. Fed. Sérgio Schwaitzer:

“Trata-se de embargos infringentes opostos contra acórdão que por maioria deu provimento à apelação do autor, julgando procedente seu pedido inaugural, o que consiste na ascensão funcional ao cargo então denominado Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Fundamenta-se a pretensão no fato de o autor ter logrado êxito em concurso interno, no qual alcançou a 28ª colocação. Ocorre que somente foram convocados os 24 primeiros colocados, embora houvesse vagas suficientes a abarcarem a situação do autor.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido autoral, na esteira da jurisprudência do Eg. STF, segundo

*o qual seria inconstitucional o instituto da ascensão funcional, por contrariar o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal de 1988.*

*A Primeira Turma desta Corte, contudo, entendeu que a situação do autor não seria alcançada pela liminar concedida pelo Eg. STF na ADIN 837-4, o qual suspendeu, com efeitos ex nunc, as leis e resoluções que sistematizavam a ascensão funcional, vez que antes dessa decisão já havia sido homologado o concurso interno e destinadas as vagas para provimento dos cargos em questão. Os presentes embargos baseiam-se no voto vencido do Eminent Des. Fed. J. E. Carreira Alvim, o qual votou pela manutenção da sentença, também invocando a jurisprudência da Suprema Corte, a qual não admite, após o advento da Constituição Federal, o instituto da ascensão funcional.”*

Por unanimidade, os julgadores da Segunda Seção acompanharam o voto do Relator, dando provimento aos embargos infringentes. Segue-se a íntegra do voto:

“Conforme relatado, o acórdão ora embargado baseou-se no fato de a decisão liminar proferida pelo Eg. STF na ADIN n 837-4, suspendendo a eficácia das normas regulamentares da ascensão funcional em questão possuidora de efeitos *ex nunc*, ter sido proferida posteriormente à homologação do resultado do processo seletivo, bem como à destinação da vaga a ser provida pelo autor.

Não há controvérsia, portanto, quanto à regra geral, no sentido da impossibilidade de provimento do cargo público, após a Constituição Federal de 1988, pelo sistema de ascensão funcional, até mesmo porque o STF já se posicionou decisivamente sobre o tema.

A discussão que restou nestes autos é quanto à situação daqueles que, antes do pronunciamento da Corte Suprema, se encontravam na expectativa de nomeação após a aprovação no processo seletivo. Nesse sentido, cabe diferenciar a situação do autor da presente ação daquela atinente aos servidores apontados como paradigma às fls. 160/173, cuja ascensão funcional teve a legalidade reconhecida pelo Tribunal de Contas da União. Com efeito, naqueles casos a admissão efetivou-se anteriormente à decisão liminar proferida pelo STF na ADIN n° 837-4, enquanto na hipótese presente sequer houve a nomeação. Por outro lado, o julgamento dos paradigmas pela Corte de Contas precedeu o julgamento do mérito da referida ação pela Corte Constitucional, decisão que, ao contrário da liminar, possui efeitos *ex tunc*; o julgamento ora embargado, ao contrário, foi posterior ao procedimento definitivo sobre o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ocorrido em 27/08/98, cuja ementa cabe transcrever:

‘EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Formas de provimento derivado. Inconstitucionalidade.

- Tendo sido editado o Plano de Classificação dos Cargos do Poder Judiciário posteriormente à propositura desta ação direta, ficou ela prejudicada quanto aos servidores desse Poder.

- No mais, esta Corte, a partir do julgamento da ADIN 231, firmou o entendimento de que são inconstitucionais as formas de provimento derivado representadas pela ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos. Outros precedentes: ADIN 245 e ADIN 97.

- Inconstitucionalidade, no que concerne às normas da Lei n° 8.112/90, do inciso III do artigo 8°; das expressões ascensão e acesso no parágrafo único do artigo 10; das expressões

acesso e ascensão no § 4° do artigo 13; das expressões ou ascensão e ou ascender no artigo 17; e do inciso IV do artigo 33. Ação conhecida em parte, e nessa parte julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos e das expressões acima referidos.’

Como se vê, especificamente no que tange às normas regulamentares do concurso interno sob exame, foi a ação declarada prejudicada, em razão do advento da Lei n° 9.241, de 24/12/96, a qual criou as carreiras dos servidores do Poder Judiciário.

Essa decisão, em verdade, foi exarada após o aditamento ao voto do Eminent Relator, Min. Moreira Alves, o qual, anteriormente, na sessão realizada em 15/02/96, também havia declarado a inconstitucionalidade daqueles dispositivos (arts. 3°, 15° e §§. 16 e §§. 17 e § único, 18, 19 e 20, do Ato Regulamentar n° 1, de 16/10/95; letra a, inciso II, do art. 2° da Resolução n° 14, de 16/10/92).

De qualquer sorte, tanto o Ato Regulamentar como a Resolução encontravam fundamento nas disposições constantes da Lei n° 8.112/90 que teoricamente legitimavam o provimento derivado de cargo público mediante a ascensão funcional. Assim, declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos legais, com efeito *ex tunc*, não mais subsiste o suporte jurídico que ensejou a ação administrativa.

Nessa rota, restaria apenas perquirir quanto à manutenção da situação jurídica daqueles servidores cujo provimento no cargo superior se tivesse consumado antes do pronunciamento do STF.

Ocorre que tal consumação não se dá com a aprovação no processo seletivo, tampouco com a destinação de vagas; decorre, isto sim, da investidura no cargo, a qual somente se completa com a posse e o exercício, cabendo citar, quanto ao tema, a seguinte lição doutrinária:

‘Os candidatos, mesmo que inscritos, não adquirem direito à realização do concurso na época e condições inicialmente estabelecidas pela Administração; esses elementos podem ser modificados pelo Poder Público, como pode ser cancelado ou invalidado o concurso, antes, durante, ou após sua realização. E assim é porque os concorrentes têm apenas expectativa de direito, que não obriga a Administração a realizar as provas prometidas. Ainda mesmo a aprovação no concurso não gera direito absoluto à nomeação, pois que continua o aprovado com simples expectativa de direito à investidura no cargo ou emprego disputado.’

(Hely Lopes Meirelles in “Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros Editores, 18ª edição, pág. 376)

*No caso presente, como já explicitado, não se completou o processo de provimento do servidor no cargo almejado, não se tratando, portanto, de situação funcional já constituída, o que desautoriza o acolhimento da pretensão autoral.*

*Face ao exposto, dou provimento aos embargos infringentes e, em conformidade com o voto vencido de fls. 200/201, nego provimento à apelação.”*

Acórdãos pertencentes ao tema focalizado:

- STF:
  - ⇒ ADIN 368/ES (DJ de 02/05/2003, pg. 25);
- STJ:
  - ⇒ MS 6931/DF (DJ de 08/10/2001, pg. 160) e ROMS 13952/TO (DJ de 09/12/2003, pg. 296);
- TRF-1:
  - ⇒ AC 1994.01.05134-8 (DJ de 04/09/2003, pg. 77);
- TRF-2:
  - ⇒ AC 98.02.04712-0 (DJ de 13/11/2001) – Primeira Turma – Rel. Des. Fed. RICARDO REGUEIRA  
*“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. ENQUADRAMENTO E POSSE. DIFERENÇAS SALARIAIS.*  
*– O Supremo Tribunal Federal decidiu que a ascensão funcional não mais é admitida pelo inciso II, do artigo 37, da atual Constituição, sendo que esta decisão foi isolada e, fundamentalmente, não teve o efeito **ex tunc**, mas sim o efeito **ex nunc**.*  
*– A situação da apelante, em verdade, não era de acesso e nem de ascensão, mas o reconhecimento de uma situação fática, em face de um comprovado desvio de função à luz das normas regentes da relação trabalhista, pois o direito já havia incorporado seu patrimônio jurídico.*  
*- O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que são devidas ao servidor desviado de sua função as diferenças salariais, sob pena de locupletamento indevido por parte da Administração.*  
*– Recurso provido.”*
  - ⇒ AMS 89.02.11980-7 (DJ de 25/11/03) – Segunda Turma – Rel. Des. Fed. ALBERTO NOGUEIRA  
*“ADMINISTRATIVO. LEI 8.112/90, ART. 23. TRANSFERÊNCIA DE SERVIDOR. O ENTENDIMENTO DA SÚMULA Nº 230 DO*

*EXTINTO E EGRÉGIO TFR. NÃO VIOLA O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.*

*1 – A ASCENSÃO, NO REGIME DA LEI Nº 1.711/52, ERA COMPREENDIDA COMO A PASSAGEM DO FUNCIONÁRIO DE UM CARGO PARA OUTRO DENTRO DO MESMO QUADRO DE CARREIRA;*

*2 – NA PASSAGEM PARA OUTRO QUADRO, DE OUTRO ORGÃO OU ENTIDADE, VERIFICA-SE A TRANSFERÊNCIA;*

*3 – EM QUE PESE NÃO TER SIDO A ASCENSÃO RECEBIDA NA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DADO O DISPOSTO NO SEU ART. 37, II, O INSTITUTO DA TRANSFERÊNCIA FOI RECEBIDO PELA LEI Nº 8.112/90;*

*4 – CONCEITUA O ART.23 DA LEI 8.112/90: A PASSAGEM DO SERVIDOR ESTÁVEL DE CARGO EFETIVO PARA OUTRO DE IGUAL DENOMINAÇÃO, PERTENCENTE A QUADRO DE PESSOAL DIVERSO, DE ORGÃO OU INSTITUIÇÃO DO MESMO PODER;*

*5 – PELO QUE, PERTENCENDO OS IMPETRANTES A OUTROS ORGÃOS QUE NÃO O INAMPS, A ASCENSÃO POR ELES PRETENDIDA, CONSTITUIRIA, NA VERDADE, TRANSFERÊNCIA; INADMISSIVEL, POIS;*

*6 – EIS A RAZÃO, PORTANTO, PARA QUE O ART. 8º DO DECRETO Nº 85.645 VEDASSE EXPRESSAMENTE A ASCENSÃO FUNCIONAL PARA SERVIDORES INTEGRANTES DE QUADROS OU TABELAS PERMANENTES DE OUTROS ÓRGÃOS;*

*7 – DIZ A SÚMULA 230 DO EXTINTO E EGRÉGIO TFR: ‘NO PROCESSO SELETIVO DE ASCENSÃO FUNCIONAL DAS ENTIDADES COMPONENTES DO SINPAS, O SERVIDOR SOMENTE PODE CONCORRER NO ÂMBITO DA AUTARQUIA A QUE PERTENCE;’*

*8 – RESSALTE-SE QUE TAL ENTENDIMENTO NÃO FERE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, EIS QUE, TODOS OS QUE SE ENCONTRAVAM NAS MESMAS CONDIÇÕES, PREVISTAS NO EDITAL E NO DECRETO 58.645, PODERIAM, COMO FOI FEITO, HABILITAR-SE AO CONCURSO;*

*9 – POR MAIORIA, NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO.”*

- ⇒ AMS 89.02.04307-0 (DJ de 03/04/90) – Terceira Turma – Rel. Des. Fed. NEY VALADARES  
*“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ASCENSÃO FUNCIONAL. NÃO PODE HAVER ASCENSÃO FUNCIONAL PARA QUADRO E*

*TABELAS PERMANENTES DE ÓRGÃO OU ENTIDADE DIVERSA DAQUELA A QUE PERTENÇA O SERVIDOR. EMBORA INTEGRANTES DO SINPAS, O INAMPS E O IAPAS SÃO AUTARQUIAS DISTINTAS, GOZANDO AMBAS DE AUTONOMIA ADMINISTRATIVA.”*

⇒ AMS 95.02.20862-8 (DJ de 20/03/97, pg. 16440) – Quarta Turma – Rel. Des. Fed. FREDERICO GUEIROS

*1- ADMINISTRATIVO - AGENTES DA POLÍCIA FEDERAL - ASCENSÃO FUNCIONAL AO CARGO DE DELEGADO - IMPOSSIBILIDADE - O INSTITUTO JURÍDICO DA ASCENSÃO FUNCIONAL NÃO FOI RECEPCIONADO PELO ATUAL TEXTO CONSTITUCIONAL, TENDO EM CONTA O DISPOSTO EM SEU ART. 37, II, QUE CONDICIONA A INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO À PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR DIVERSAS VEZES, PROCLAMOU A INCONSTITUCIONALIDADE DA ASCENSÃO FUNCIONAL PARA INGRESSO EM CARREIRA DIVERSA DAQUELA QUE O SERVIDOR COMEÇOU POR CONCURSO.*

*2 - APELAÇÃO E REMESSA PROVIDAS - SENTENÇA REFORMADA PARA DENEGAR A SEGURANÇA.”*

⇒ AC 96.02.38932-0 (DJ de 18/06/2003, pg. 303) - Quinta Turma – Juiz Conv. GUILHERME CALMON

*“DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ASCENSÃO AO CARGO DE AUDITOR FISCAL DO TESOIRO NACIONAL SEM PRESTAR CONCURSO PÚBLICO. DESCABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 37, INCISO II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.*

*1 - Ação ajuizada por servidora pública federal, em face da União Federal, objetivando ser acessada ao cargo de AUDITOR FISCAL DO TESOIRO NACIONAL, alegando ser bacharel em Direito, ocupante do último padrão da primeira classe de Técnico do Tesouro Nacional, bem como atender ao disposto no parágrafo 4º do Decreto-Lei nº 2.225/85, o qual entende lhe autorizar a ascensão sem prestar concurso público.*

*2 - A r. sentença julgou improcedente o pedido baseando-se no fato de que a Autora deixou de se submeter ao mais importante dos requisitos que baseiam a sua pretensão, qual seja, a realização das provas de seleção.*

*3 - Com efeito, a r. sentença merece ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto o artigo 4º do Decreto-Lei nº 2.225/85 dispõe que a prova de acesso teria lugar quando de realização de concurso público para a carreira a ser galgada, condicionada tal prova, obviamente, a posterior regulamentação, o que veio a ocorrer com a edição do Decreto nº 92.360/86, cujo artigo 18 dispõe: ‘As disposições estabelecidas por este Decreto serão aplicáveis aos candidatos que se habilitarem ao ingresso na Carreira Auditoria do Tesouro Nacional, através do processo seletivo de ascensão funcional e de prova de acesso, na forma prevista no § 2º, do artigo 3º e no artigo 4º do Decreto-Lei nº 2.225, de 10 de janeiro de 1985.’*

*4 - Ademais, tendo ajuizado a ação em janeiro de 1990, obviamente que referiu-se ao EDITAL/ESAF/ Nº 007/89, de 25 de setembro de 1989, publicado no DOU de 26/09/89, cujo título menciona: ‘Instruções para o Concurso Público, Prova de Acesso e Processo Seletivo de Ascensão Funcional destinados ao provimento de cargos de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, código ATN-3601, da Carreira Auditoria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda.’*

*5 - A propósito, à época dos fatos analisados, está a ordem cogente da Constituição da República de 1988, que, a respeito da matéria, dispõe por seu artigo 37, inciso II, que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo o cargo em comissão.*

*6 - Vale dizer, a exigência de concurso público para ascender a postos de trabalho no setor público atende, principalmente, ao princípio da igualdade e ao princípio da moralidade administrativa.*

*7 - Recurso da Autora conhecido, mas improvido.”*

⇒ AC 97.02.09908-0 (DJ de 18/11/2001) – Sexta Turma – Rel. Des. Fed. POUL ERIK DYRLUND

*“ADMINISTRATIVO - MILITAR - TAIFEIROS - PROMOÇÃO - SUBOFICIAL - LEI Nº 3.953/61 E ART.44 DO DECRETO Nº 3.690/00 - ASCENSÃO SEM PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS E REGULAMENTARES - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES.*

*1 - O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, através de suas Primeira e Terceira Seções, estabeleceram, de forma uníssona que aos taifeiros assiste o direito de ascender até a graduação de suboficial, desde que atendidas as exigências legais e regulamentares expressas nos regulamentos*

posteriores à Lei nº 3.953/61, na qual restou claro, desde então, em seu § 1º, do art. 1º, que o acesso até referida graduação ocorreria, respeitada a seleção, habilitação e aperfeiçoamento, de acordo com os atos administrativos editados para aquela finalidade, que correspondem, atualmente, ao Decreto nº 95.577/86.

II – Desta forma, a Lei nº 3.953/61 apenas eximiu o interessado da realização de cursos de especialização, sendo mantidos os demais requisitos condicionadores do acesso dos taifeiros à graduação de suboficial, o que, *in casu*, não se vislumbra na presente hipótese.

III – Já definiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que, em face da atual Constituição, não mais se admitem outras formas de provimento originário de cargo, tais como ascensão funcional por representarem forma de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou originariamente, porquanto não se restringe mais o vínculo com o Poder Público à necessidade de um único concurso público, toda vez que houver mudança de carreira nos quadros da Administração Pública.

IV – A Lei nº 3.953/61, diante do inciso II, do art. 37, da CF, restou, portanto, não recepcionada pela novel Carta Magna, o que implica, outrossim, na

impossibilidade do acolhimento da pretensão autoral.

V – Outrossim, não há que se falar em afastamento da exigência legal de realização de concurso a possibilitar a promoção pretendida pelos recorrentes por via de acesso, nos termos do disposto no art.44, do Decreto nº 3.690/2000, eis que, expressamente, determina o dispositivo a obediência das condições estabelecidas no Regulamento de Promoções de Graduados da Aeronáutica – REPROAGER.

VI – Não havendo que se falar, outrossim, em que haveria maltrato ao direito adquirido dos recorrentes eis que teriam ingressado na Administração Pública antes da promulgação da atual Carta da República, pois já assentou o STF que inexistente direito adquirido contra a Constituição.

VII – Precedentes jurisprudenciais citados.

VIII – Recurso conhecido e não provido.”

- TRF-3:  
⇒ AMS 89.03.006522-0 (DJ de 06/06/2000, pg. 791);
- TRF-4:  
⇒ AC 2000.04.01.019193-8 (DJ de 04/02/2001, pg. 924);
- TRF-5:  
⇒ AC 99.05.58386-6 (DJ de 11/03/2003, pg. 506)

#### Apelação em Mandado de Segurança

Proc. 98.02.51922-7 – DJ 06/02/2002, pg. 602

Relator: Des. Fed. RICARDO REGUEIRA

Relator para acórdão: Des. Fed. JULIETA LUNZ

TRIBUTÁRIO – PREJUÍZOS DECORRENTES DE ATIVIDADE DE INVESTIMENTO – NÃO DEDUÇÃO BASE DE CÁLCULO IMPOSTO – RISCO INERENTE À PRÓPRIA ATIVIDADE DE CORRETAGEM DE VALORES MOBILIÁRIOS.

I – Na atividade-fim da empresa que se dedica a investimento, mesmo que ele seja no mesmo dia – aplicação diária –, se a empresa perde na especulação ou assumindo o risco inerente ao próprio investimento, à própria atividade-fim, ela não pode, em regresso, atribuir ao Fisco esse prejuízo, através de dedução fiscal. Agora, se ela não obtém lucro, evidentemente, não há o que se pagar.

II – Quanto à dedução fiscal dos prejuízos, reconheço – e é consabido – que, na atividade de investimento, existe o risco inerente a essa atividade. Assumindo o investidor esse risco, ele não pode, por regresso ou por cascata, fazer regredir na fonte tributária aquilo que é inerente à sua função.

**POR MAIORIA, DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.**

1ª Turma

#### APLICAÇÃO FINANCEIRA: PREJUÍZO – POSSIBILIDADE OU NÃO DE DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA

Corretora de valores mobiliários impetrou mandado de segurança em face do Delegado da Receita Federal com o objetivo de obstar a prática de atos que possam

impedir a impetrante de deduzir, na determinação do lucro sujeito ao imposto de renda, as perdas ocorridas em operações financeiras iniciadas e encerradas no mesmo dia, desta forma afastado o art. 76, § 3º, da Lei 8981/95.

A ordem foi denegada na sentença monocrática pelo entendimento que o legislador comum pode definir as despesas, encargos, custos e perdas que poderão ser deduzidas do imposto de renda, acolhendo o

argumento de que as operações “day trade” são comumente usadas para forjar prejuízos, com vistas a deduzir o pagamento daquele tributo.

A corretora sustentou que o legislador não tem poder discricionário no plano da tributação, e que atividades diversificadas de negócios diárias são corriqueiras nesse tipo de sociedade.

O Desembargador Federal RICARDO REGUEIRA concordou com a argumentação expendida pela Corretora e concedeu a segurança, fundamentando dessa forma o seu entendimento:

“ (...)

*Sob a orientação do princípio da estrita legalidade, apenas os valores que inequivocamente representam aumento patrimonial é que configurarão hipótese de incidência do imposto de renda.*

*Entretanto, trata-se, aqui, de perda patrimonial, de prejuízo social, ou seja, de valores não sujeitos à tributação, motivo que levou a impetrante a acionar o Judiciário.*

*A atividade-fim de uma sociedade corretora de títulos e valores mobiliários inclui operação diária de compra e venda, que pode ter como objeto diferentes títulos e valores, ou os mesmos, renegociados em um mesmo dia, denotando o dinamismo inerente a este ramo de negócios.*

*Aliás, isto não nega a apelada, expondo a fragilidade da acusação que faz, qual seja, a de que seria bem possível estar a empresa manipulando seus resultados com o fito de forjar prejuízos para deduzi-los depois. Cabe lembrar que o Banco Central mantém tais empresas sob vigilância permanente, e o Fisco, se supõe a prática de operações forjadas ou fraudulentas, tem obrigação, perante a sociedade, de fiscalizar e apurar com transparência o fato.*

*Pelo exposto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e conceder a segurança, nos termos da inicial, determinando à autoridade coatora que se abstenha da prática de ato que constitua crédito tributário oriundo da dedução de valores referentes a perdas em operações iniciadas e encerradas em um mesmo dia, afastando-se a aplicação do artigo 76, § 3º, da Lei 8981/95.”*

Desse entendimento, não compartilhou a Desembargadora Federal JULIETA LUNZ, cujo voto, apoiado pelo Desembargador Federal NEY FONSECA, se tornou maioria. Ei-lo, na íntegra:

*“Eu vou dissentir do eminente Relator. Eu concordo quando Sua Excelência afirma e é evidente que, não havendo acréscimo patrimonial, não há imposto a ser pago. Entretanto, na atividade-fim da empresa que se dedica a investimento, mesmo que ele seja no*

*mesmo dia – aplicação diária – se a empresa perde na especulação ou assumindo o risco inerente ao próprio investimento, à própria atividade-fim, ela não pode, em regresso, atribuir ao Fisco esse prejuízo, através de dedução fiscal. Agora, se ela não obtém lucro, evidentemente, não há o que se pagar.*

*Quanto a esse sentido, está tudo bem, mas, quanto à dedução fiscal dos prejuízos, eu reconheço – e é sabido – que, na atividade de investimento, existe o risco inerente a essa atividade. Assumindo o investidor esse risco, ele não pode, por regresso ou por cascata, fazer regredir na fonte tributária aquilo que é inerente a sua função – ainda que eu faça uma distinção muito nítida entre investimento, risco de investimento e especulação. Se tivermos que assegurar ao investimento sempre só o crescimento patrimonial, alguém vai pagar isso e não será, por certo, o Fisco porque não há previsão legal para isso.*

*Se não há acréscimo patrimonial, no caso, eu dou parcial provimento ao Recurso para excluir a incidência do imposto ou da tributação, desde que não haja acréscimo patrimonial. Entretanto, afastado qualquer pretensão no sentido de compensação, a título de prejuízos fiscais, daquilo que consiste no risco de investimento.”*

No estudo comparado de jurisprudência, foram pesquisados outros acórdãos condizentes com o tema abordado:

- STF:
  - ⇒ RE 278466 AgR/RS – (DJ de 6/12/2002, pg.73)
- STJ:
  - ⇒ AGA 508251/SP (DJ de 1/12/2003, pg. 267)
- TRF-1:
  - ⇒ AMS 2000.33.00.005447-2 (DJ de 10/10/2003, pg. 52)
- TRF-2:
  - ⇒ AG 98.02.30243-0 (DJ de 3/12/2002, pg. 397) – Segunda Turma – Relator: Des. Fed. CRUZ NETTO
  - “*CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DAS PESSOAS JURÍDICAS E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. DEDUÇÃO DE PREJUÍZOS ACUMULADOS. LIMITAÇÃO A 30%. LEIS 8.981/95 E 9.065/95. CONSTITUCIONALIDADE. I – As Leis nºs 8.981/95 e 9065/95 estabelecem apenas que a compensação dos prejuízos acumulados seja feita em parcelas anuais não superiores a 30% (trinta por cento) do lucro líquido, mas isto não impede, de forma alguma, que todo o*

prejuízo seja deduzido para fins de apuração da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição sobre o lucro, sendo que o valor que não for deduzido em um ano, por superar este limite, o será nos anos seguintes.

II – Não há que se falar em direito adquirido, pois a compensação de prejuízos só ocorre no momento em que a empresa apresenta lucro no seu balanço. Logo, este é o momento em que se concretiza esse direito, pois só então ele é exercitável, mesmo porque até então não havia como fazer compensação nenhuma.

III – Não se configura, no caso, uma tributação do patrimônio da empresa, como sustenta a agravante, ao argumento de que a dedução dos prejuízos é uma forma de recomposição do patrimônio que fora diminuído com aqueles prejuízos. Há de se considerar que os prejuízos serão integralmente deduzidos, ao longo dos anos seguintes. Além disso, só há tributação se a empresa tiver lucro. Logo, só se tributa a renda que ela auferiu e cuja base de cálculo é, inclusive, reduzida em face da compensação permitida pelas Leis nº 8.981/95 e 9.065/95.

IV – Não restou comprometida pelas referidas leis o princípio da capacidade contributiva, pois só paga imposto de renda e CSL a empresa que apura lucro. No caso, elas, aliás, pagam menos do que as empresas que não têm prejuízos a compensar.

V – Também improcede a afirmação de que aquelas leis teriam instituído um empréstimo compulsório, pois as empresas é que recebem um benefício ao lhes ser permitido deduzir os prejuízos na apuração do lucro real. A União nada recebe delas.

VI – No tocante à violação ao princípio da anterioridade da lei, ao argumento de que a publicação oficial da MP nº 812/94 deu-se no dia 31/12/94, a questão já está superada na jurisprudência das cortes superiores, que consideram válida a publicação feita no último dia do ano.

VII – Agravo de instrumento improvido.”

- ⇒ AC 99.02.00119-0 (DJ de 28/08/2003, pg. 178)  
 – TERCEIRA TURMA – Relator: Des. Fed. FRANCISCO PIZZOLANTE  
 “**TRIBUTÁRIO – COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS ACUMULADOS – IMPOSTO DE RENDA – LEI 8981/95 – LIMITAÇÃO DE 30%.**  
 - A limitação de 30% (trinta por cento) imposta pela Lei 8.981/95 não deve prevalecer, uma vez que ao limitar a compensação, restou por desfigurar os conceitos de renda e de lucro definidos no Código Tributário Nacional (Lei Complementar).  
 – Tal limitação passou a fazer incidir o tributo sobre valores que não se configuram como ganho do contri-

buíte, criando-se assim um verdadeiro empréstimo compulsório não autorizado pela Carta Magna.

– A lei nova não pode atingir fato já aperfeiçoado, limitando o direito do contribuinte ao patamar de 30%, sob pena de violar o direito adquirido em face da Lei 8.383/91 que garantia a dedução integral dos referidos prejuízos, bem como o princípio da irretroatividade da lei tributária.

– Apelação provida.”

- ⇒ AC 2001.02.01.001414-7 (DJ de 29/04/2003, pg. 173) – Quarta Turma – Relator: Des. Fed. ROGÉRIO CARVALHO  
 “**TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. COMPENSAÇÃO. LEI Nº 8.981/95.**  
 – Não há inconstitucionalidade no limite de dedução de 30%, imposto pela Lei nº 8.981/95, para compensação de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas.”
- ⇒ AG 97.02.14095-1 (DJ de 1/10/2002, pg. 108)  
 – Quinta Turma – Relator: Juíza Conv. NIZETE RODRIGUES  
 “**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DEDUÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO DA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. OMISSÕES. PROVIMENTO PARCIAL.**  
 – O art. 535 do CPC só admite embargos de declaração em caso de omissão, obscuridade ou contradição, no julgado.  
 – A controvérsia sobre a distorção do conceito de lucro, tal como definido nos arts. 195, I, da CF/88 e 110 do CTN, em face do entendimento abraçado pelo acórdão embargado, de que “a parte que vai para os cofres públicos não perde a natureza de lucro”, concerne ao mérito, devendo ser veiculada no recurso adequado.  
 – O Tribunal não fica obrigado a examinar todos os artigos de lei invocados no recurso. O princípio do livre convencimento motivado justifica a ausência de análise de dispositivos que, senão irrelevantes, constituem questões superadas pelas razões de julgar. A omissão que enseja o cabimento dos embargos diz respeito a questões postas, não a argumentos (precedentes jurisprudenciais nos EDAC 24.242/RN, TRF5, e EEIAC 95.04.26287-2/PR, TRF4).  
 – Embargos de declaração parcialmente providos para acrescentar que a indedutibilidade introduzida pela Lei nº 9.316/96 não alterou os moldes definidos na Lei nº 7.689/88 nem majorou a base de cálculo da Contribuição sobre o Lucro mas, isto sim, suspendeu liberalidade conferida por norma infra legal (IN SRF

*nº 198/88), que o legislador ordinário não estava obrigado a permitir. Inexistência de violação aos artigos 72, III, e 73 do ADCT/88, ou aos princípios da irretroatividade e da anterioridade.”*

⇒ AMS 94.02.18747-2 (DJ de 31/07/2002, pg. 284) – Sexta Turma – Relator: Juiz Conv. FRANÇA NETO

*“TRIBUTÁRIO – CORREÇÃO MONETÁRIA – BALANÇO PATRIMONIAL – DIFERENÇA IPC E BTN – IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO IMEDIATA DE PREJUÍZOS – LEGALIDADE DO DECRETO N.º 332 (ARTS. 39 e 40) – REGULAMENTAÇÃO DO LIMITE LEGAL.*

*1 – Presentes os motivos suficientes para a decisão, não é necessário rebater todos os argumentos enumerados pelo Embargante.*

*2 – Não é permitida a utilização da diferença advinda da variação dos índices em substituição ao BTNF, sem a observância do diferimento estabelecido pela Lei nº 8.200/91, em seu art. 3º, que fixa o tratamento fiscal para efeitos da demonstração financeira.*

*3 – O Decreto 332/91 (arts. 39 e 41) apenas explicita as diretrizes traçadas pela Lei nº 8.200/91; portanto, perfeitamente configurada a sua adequação de norma regulamentar.*

*4 – O prequestionamento não quer significar a menção do dispositivo legal violado, mas sim a discussão do tema, objeto do recurso. Desta sorte, merecem provimento os presentes embargos para acrescentar ao julgado anterior melhor esclarecimento sobre a legalidade do Decreto 332/91.*

*5 – Embargos de Declaração a que se dá provimento, à unanimidade.*

● TRF-3:

⇒ AMS 2000.03.99.068786-5 (DJ de 15/10/2003, pg. 211)

● TRF-4:

⇒ AC 2001.04.01.045432-2 (DJ de 8/10/2003, pg. 446)

● TRF-5:

⇒ AC 2002.05.00.023515-4 (DJ de 27/06/2003, pg. 607)

#### **Agravo de Instrumento**

**Proc. 2002.02.01.008350-2 - Publ. DJ 29/04/2003, pg. 159**

**Relator: Des. Fed. CRUZ NETTO**

**Relator para acórdão: Des. Fed. SÉRGIO FELTRIN CORRÊA**

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EXECUTADO EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO – LOCALIZAÇÃO DE BENS – VEÍCULOS AUTOMOTORES – OFÍCIO AO DETRAN – AVERBAÇÃO NOS PRONTUÁRIOS – VEDAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA – MEDIDA ACAUTELATÓRIA – PERTINÊNCIA.

A Fazenda Pública tem a seu dispor, na cobrança da dívida ativa, a ação cautelar fiscal – instituída pela Lei n.º 8.397, de 06/01/1992, vigente com as alterações processadas pela Lei n.º 9.532, de 10/12/1997 – como medida para promover a apreensão antecipada e provisória do bem do Executado.

No caso vertente, entretanto, o que pretende a Agravante/Exeqüente é algo bem menos severo do que a indisponibilidade prevista na lei mencionada, militando, a favor do deferimento da medida, o princípio da menor gravosidade.

O credor está autorizado a requerer medidas acautelatórias e urgentes que visem garantir e preservar o seu direito, a teor do artigo 615, III, do Código de Processo Civil.

Precedentes.

Agravo de instrumento provido.

**POR MAIORIA, DADO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**2ª Turma**

#### **EXECUÇÃO FISCAL: EXECUTADO EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO**

O sucinto relatório nos esclarece a questão em pauta:

*“Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação de execução fiscal, indeferiu o pedido para que fosse expedida notificação ao Diretor do DETRAN-RJ para tornar intransferível o veículo registrado em nome do executado/agravado.*

*Não tendo sido este localizado, quando do cumprimento do mandado de citação, penhora e avaliação, a agravante peticionou para que fosse determinado ao DETRAN-RJ que lançasse restrição no registro do veículo, único bem localizado em nome do executado, objetivando a utilização do mesmo para garantir a execução sem que haja o risco de que ele venha a ser alienado.”*

A magistrada indeferiu o pedido sob o fundamento de que o exequente deve “(...) utilizar-se da medida judicial adequada, a fim de promover a apreensão antecipada e provisória do bem do executado”. Determinou, ainda, que fosse fornecido o endereço atualizado do executado e a localização do bem para possibilitar o prosseguimento do processo sob pena de suspensão do feito, nos termos do *caput* do art. 40 da Lei 6.830/80.

Restou indeferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo às fls.20/21.

Por maioria, vencido o Relator, a 2ª Turma entendeu merecer acolhida o recurso da Fazenda Nacional. O Des. Fed. Sérgio Feltrin defensor da tese vencedora, assim fundamentou o seu voto:

*“Entendeu o d. Juízo monocrático que a Recorrente deveria utilizar-se da medida judicial adequada a fim de promover a apreensão antecipada e provisória dos bens da Executada.*

*Realmente, tem a Fazenda Pública a seu dispor, na cobrança da dívida ativa, a ação cautelar fiscal – instituída pela Lei nº 8.397, de 06/01/1992, vigente com as alterações processadas pela Lei n.º 9.532, de 10/12/1997 – como medida própria para tal fim. A concessão desta medida tem como efeito imediato a indisponibilidade dos bens do devedor até o limite da satisfação da obrigação, se pessoa física (art. 4º); se pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, podendo, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais ao tempo do fator gerador – nos casos de lançamento de ofício – ou do inadimplemento da obrigação fiscal – nos demais casos (art. 4º, § 1º, a e b). Mais ainda: decretada a medida cautelar fiscal, haverá comunicação ao registro público de imóveis, ao Banco Central do Brasil e à Comissão de Valores Mobiliários e demais repartições que processem registros de transferência de bens, conforme disposto no § 3º do artigo 4º da lei em comento.*

*Porém, como visto, o que pretende a Agravante é algo bem menos severo do que a indisponibilidade prevista na lei suso mencionada, militando, a favor do deferimento da medida, o princípio da menor gravosidade.*

*Ademais, a teor do artigo 615, III, do Código de Processo Civil, perfeitamente aplicável à espécie, está o credor autorizado a requerer medidas acautelatórias e urgentes que visem garantir e preservar o seu direito. Lembra HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que tal faculdade pode ser exercitada ‘na própria petição inicial, ou em petição*

*avulsa, e independará de abertura de um processo cautelar separado’ (in Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro; Forense, 1998, p. 141).”*

Finalizando, acrescentou ao seu pronunciamento vários precedentes jurisprudenciais.

Sobre o assunto foram localizados os seguintes acórdãos correlatos:

- STJ:
  - ⇒ RESP 2003.00.05863-6 (DJ de 02/06/2003, pg. 209);
- TRF-1:
  - ⇒ AG 2000.01.00.003340 (DJ de 15/05/2003, pg. 108)
- TRF-2:
  - ⇒ AG 2002.02.01.006371-0 (DJ de 13/12/2002, pg. 143) – Primeira Turma – Rel. Des. Fed. CARREIRA ALVIM:
    - “PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – NOTIFICAÇÃO DO DIRETOR DO DETRAN – LOCALIZAÇÃO DO EXECUTADO – APREENSÃO ANTECIPADA E PROVISÓRIA DO BEM DO EXECUTADO*
    - I – O deferimento de expedição de ofício a órgãos da administração pública, com o fim de obter informações sobre bens passíveis de penhora, é restrito aos casos excepcionais e após a comprovação de que o exequente exauriu os meios à sua disposição para localizar o patrimônio do executado.*
    - II – A Fazenda Nacional tem a seu dispor a medida cautelar fiscal de que trata a Lei nº 8.397/92, no caso de urgência na obtenção da diligência no sentido de tornar intransferível no seu cadastro o veículo apontado como de propriedade do executado, bem assim na obtenção do endereço deste constante dos registros do DETRAN/RJ.*
    - III – O fato de um veículo figurar no DETRAN/RJ em nome de alguém não significa que seja ele o seu proprietário, porque não são raros os casos em que os veículos são alienados, mas não providenciaram os compradores a transferência da propriedade junto ao citado órgão.*
    - IV – Agravo improvido.”*
  - ⇒ AG 2001.02.01.039495-3 (DJ de 23/12/2002, pg. 164) – Segunda Turma – Rel. Des. Fed. PAULO ESPIRITO SANTO:
    - “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. LOCALIZAÇÃO DE BENS DO DEVEDOR. AVERBAÇÃO EM PRONTUÁRIO DO DETRAN. Recurso interposto em face de decisão que indeferiu o pedido formulado pela Fazenda Nacional, visando a expedição de ofício ao Sr. Diretor do*

*Departamento de Trânsito – DETRAN, para tornar intransferível veículo encontrado em nome do Agravado, bem como informar o endereço constante em seu cadastro.*

*Apresenta-se adequada a medida solicitada ao Juízo, de registro junto ao órgão competente para que torne os veículos intransferíveis em seu cadastro, diante dos obstáculos apresentados para a satisfação do crédito fazendário, pois a Exeqüente encontra-se impossibilitada de fornecer o endereço do Executado, por culpa do devedor, que não atualizou seu endereço junto ao Fisco.*

*O art. 40 da Lei nº 6.830/80 possibilita o juiz suspender o curso da execução fiscal somente enquanto não localizado o devedor ou encontrados os bens sobre os quais possa recair a penhora. Ocorre que a Agravante-Exeqüente informou ao Juízo a quo a existência de tais bens e requereu o procedimento adequado para resguardar a satisfação do crédito.*

*Inteligência dos arts. 615, III e 798, ambos do Código de Processo Civil.*

*Precedentes jurisprudenciais.*

*Reforma da decisão impugnada.”*

- ⇒ AG 2001.02.01.038053-0 (DJ de 05/07/2002) – Terceira Turma – Rel. Des. Fed. Tania Heine:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – NÃO LOCALIZAÇÃO DO EXECUTADO – OFÍCIO AO DETRAN.*

*I – A Lei Adjetiva Civil exige no seu artigo 652 a prévia citação do executado para no prazo de 24 (vinte e quatro) horas pagar a dívida ou garanti-la mediante a nomeação de bens à penhora, podendo a União Federal na hipótese do devedor não ser encontrado requerer a citação por edital com fulcro no artigo 599 do mesmo diploma legal.*

*II – Uma vez esgotada a via administrativa e não tendo sido localizado o ora agravado no endereço constante dos cadastros da Receita Federal, cabe ao Poder Judiciário a expedição de ofício ao Departamento de Trânsito do Rio de Janeiro para obtenção de informações sobre o executado, para o prosseguimento da execução.*

*III – Agravo de Instrumento parcialmente provido.”*

- ⇒ AG 2002.02.01.007313-2 (DJ DE 20/08/2002, pg. 149) – Quarta Turma – Rel. Des. Fed. BENEDITO GONÇALVES:
- “AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCESSUAL*

*CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – NÃO LOCALIZAÇÃO DO EXECUTADO - OFÍCIO AO DETRAN*

*I- A Lei Adjetiva Civil exige no seu artigo 652 a prévia citação do executado para no prazo de 24( vinte e quatro) horas pagar a dívida ou garanti-la mediante a nomeação de bens à penhora, podendo a União Federal na hipótese do devedor não ser encontrado requerer a citação por edital com fulcro no artigo 599 do mesmo diploma legal.*

*II – Uma vez esgotada a via administrativa e não tendo sido localizado o ora agravado no endereço constante dos cadastros da Receita Federal, cabe ao Poder Judiciário a expedição de ofício ao Departamento de Trânsito do Rio de Janeiro para obtenção de informações sobre o executado, para o prosseguimento da execução.*

*III – Agravo de Instrumento parcialmente provido.”*

- ⇒ AG 2002.02.01.004205-6 (DJ de 27/05/2003, pg. 147) – Quinta Turma – Rel. Des. Fed. RALDÊNIO BONIFÁCIO:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – OFÍCIO AO DETRAN – AVERBAÇÃO PARA IMPEDIR ALIENAÇÃO – FORNECIMENTO DE ENDEREÇO.*

*1 – A medida de averbação em prontuário do DETRAN não é suficiente para impedir a alienação do bem móvel.*

*2 – De acordo com o artigo 1.267 do Novo Código Civil (Lei n.º 10.406 de 10/01/2002) a transferência do bem móvel opera-se com a tradição.*

*3 – Tem o Exeqüente direito de obter, através de ofício do Juiz ao DETRAN, informação sobre o endereço do executado constante de seu cadastro, conforme o disposto no artigo 198, parágrafo único do CTN. Requisição que se faz no interesse da Justiça.*

*4 – Jurisprudência desta Egrégia Corte (Agravos 2002.02.01.008278-9, 2001.02.01.038056-5 e 91.02.15526-5).*

*5 – Agravo parcialmente provido.”*

- ⇒ AG 2002.02.01.022732-9 (DJ de 03/12/2002, pg. 459) – Sexta Turma – Rel. Des. Fed. POUL ERIK DYRLUND:

*“EXECUÇÃO FISCAL. OFÍCIO AO DETRAN. AVERBAÇÃO DE VEÍCULO. PROIBIÇÃO DE TRANSFERÊNCIA E PROSSEGUIMENTO DO FEITO.*

*1 – O poder geral de cautela conferido ao juiz pelo artigo 798, do CPC, permite a adoção de medidas adequadas à garantia do direito das partes, sendo aplicável ao caso em tela, uma vez que, em qualquer*

execução, a demora na localização de bens do executado pode gerar prejuízo à parte credora, o que ocorre principalmente na execução fiscal, cujo objeto é a satisfação de crédito público, de interesse de toda a coletividade.

2 – Além disso, o pedido de averbação não se presta para a apreensão do veículo, e sim, para impedir sua possível alienação por parte do devedor e garantir o juízo.

3 – Assim, a agravante faz jus à averbação pleiteada e ao prosseguimento do feito, eis que o sistema consagrado pela Lei nº 6830/80 só admite suspensão do processo executivo na hipótese prevista em seu artigo 40.

4 – Precedentes desta Egrégia Turma.

5 – Agravo de instrumento parcialmente provido, para prenotar a averbação, com o intuito de alertar eventuais adquirentes de boa-fé sobre a existência de exação fiscal.”

- TRF-3:  
⇒ REO 1999.03.99.030423-6 (DJ de 09/11/2001, pg. 482);
- TRF-4:  
⇒ AC 2000.04.01.046680-0 (DJ de 20/03/2000, pg. 744);
- TRF-5:  
⇒ AG 2001.05.00.032624-6 (DJ de 03/06/2002, pg. 359).

### Apelação Cível

Proc. 2002.02.01.010822-5 – Publ. DJ de 06/10/2002, pg. 457

Relator: Des. Fed. TANIA HEINE

APELAÇÃO CÍVEL - FGTS - DANOS MORAIS - ART. 5º, X, DA CF/88

I - Cabível a condenação da CEF quanto à liberação do saldo de conta vinculada ao FGTS, bem como quanto ao pagamento por danos morais, em virtude dos acontecimentos que levaram a autora a ficar privada dos valores depositados desde o pedido de liberação, por cerca de sete anos, causando-lhe transtornos e aborrecimentos.

II - Apelação improvida.

**POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO.**

3ª Turma

### FGTS – DANOS MORAIS

O relatório:

“Trata-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal - CEF, objetivando a reforma da sentença na qual o MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido para determinar o levantamento do fundo de garantia por tempo de serviço em favor da autora, bem como a condenação a título de danos morais, no valor de R\$9.000,00 (nove mil reais).

Alega a recorrente que o dano deve ser real e efetivo e que mesmo na hipótese de ser mantida a procedência, o valor da condenação há de ser moderado, posto que é excessiva a estimativa feita na sentença, fixando em R\$9.000,00 (nove mil reais).

Aduz, ainda, que a jurisprudência dos Tribunais vem se manifestando em sentido contrário ao valor fixado na sentença de 1º grau.

Contra-razões às fls. 95/97.

O MPF, a fls. 100, deixa de lançar parecer, por não guardar a matéria versada nos autos pertinência com nenhuma de suas funções constitucionais ou legais.”

Por unanimidade, a Terceira Turma negou provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. Tania Heine, assim expresso:

“Tenho que deve ser mantida a sentença de 1º Grau, por seus próprios fundamentos.

No caso em tela, o direito pleiteado teria justificativa, basicamente, em razão dos dissabores enfrentados pela autora quando da liberação do seu fundo de garantia, a qual teria sido recusada e posteriormente, procrastinada de maneira indevida.

Observa-se que a autora, em 05.07.96, mediante acordo celebrado com sua ex-empregadora, perante a 22ª Junta de Conciliação e Julgamento, solicitou à CEF a liberação do valor correspondente ao seu fundo de garantia, sendo que, na oportunidade, lhe foi informado que sua conta não havia sido localizada e o referido valor já sacado.

Ao saber de tal informação, requereu junto àquele Juízo Trabalhista que oficiasse à CEF para que fosse esclarecido o ocorrido e prestasse contas dos depósitos fundiários, o que foi deferido, sendo expedido ofício nº 1069/96 em 17.10.96, o qual não foi respondido, tendo sido reiterado o pedido em 18.04.97 através do ofício nº 374/97, que também não foi respondido, sendo novamente reiterado o pedido pelo ofício 887/97 de 22/08/97, respondido pela ré como não localizada a conta, o que consta de fls.32.

Ressalta-se, ainda, o fato de que, somente em

01/2001, a CEF comprovou a existência do depósito na conta vinculada ao FGTS da autora.

Como ressalta na sentença de 1º grau:  
No que concerne à natureza jurídica da indenização por Dano Moral, merece destaque o texto da lavra do Ministro Costa Leite:

*‘A indenização por dano moral, contrariamente ao que ocorre com a concernente ao dano material, não se funda na **restitutio in integrum**, pois é possível repor o estado anterior à lesão, em decorrência mesmo do efeito desta outra é a sua natureza jurídica. Consoante Windscheid visa a compensar a sensação de dor da vítima com uma sensação agradável em contrário. A indenização tem, pois, caráter compensatório. A compensação pode residir, inclusive, no simples reconhecimento judicial, a exemplo das conhecidas ações de um dólar dos norte-americanos.*

*Sem embargos de ser possível, em alguns casos, outra modalidade de reparação, consiste a regra na reparação pecuniária.*

*De acordo com que o que escorreitamente observa Maria Helena Diniz, traduzindo o pensamento que predomina na doutrina e na jurisprudência, a reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor tristeza, angústia, pela superveniência de sensações positivas de alegria, satisfação, pois possibilitaria ao ofendido algum prazer que, em certa medida, poderia atenuar o seu sofrimento’ (Resp nº 157.580/AM – citado, em seu voto, pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).*

*Nego, pois, provimento à apelação.”*

Acórdãos pertinentes localizados na pesquisa de jurisprudência:

- STJ:  
⇒ CC 31499/ES (DJ de 04/06/2001, pg. 55);
- TRF-2:  
⇒ AC 2001.51.07.000070-2 (DJ de 03/06/2003)  
– Primeira Turma – Rel. Des. Fed. NEY FONSECA:  
“**PROCESSUAL CIVIL - FGTS – RETENÇÃO INDEVIDA – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – PERDAS E DANOS.**  
I – A ré não comprovou a ocorrência de nenhum motivo a ensejar a retenção de quantia do saldo de conta vinculada, tratando-se, portanto, de retenção indevida.  
II – Não resta dúvida de que a expectativa de receber verba alimentar, após acordo firmado em rescisão

*de contrato de trabalho, frustrada por expedientes escusos da ré, efetivamente causou no autor, homem humilde, sofrimento intenso, a ensejar danos morais.*

*III – Apelação e recurso adesivo improvidos.”*

- ⇒ AC 2001.02.01.035132-2 (DJ de 23/01/2002)  
– Terceira Turma – Rel. Des. Fed. FREDERICO GUEIROS:

*“ADMINISTRATIVO E CIVIL – FGTS – LIBERAÇÃO DE DEPÓSITOS – DANO MORAL – INDENIZAÇÃO.*

*1 – Correta a extinção do processo em relação ao pedido de liberação de depósitos do FGTS, face ao reconhecimento da procedência do pedido por parte da CEF, que disponibilizou o montante.*

*2 – O fato de a CEF não ter computado, por negligência, os depósitos efetuados pelo empregador da autora em sua conta vinculada ao FGTS, declarando-os como inexistentes, ocasionou uma aflição indevida, passiva de indenização.*

*3 – Suficiente o valor fixado na sentença para reparar o dano moral, uma vez que, mesmo tardiamente, a CEF reconheceu o seu equívoco, reduzindo o potencial danoso da sua ação.*

*4 – Apelação improvida. Sentença confirmada.”*

- ⇒ AC 98.02.31146-4 (DJ de 24/09/1999) – Quarta Turma – Rel. Des. Fed. ROGÉRIO CARVALHO

*“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FGTS. ATRASO NA LIBERAÇÃO DO SALDO FUNDIÁRIO. INQUÉRITO QUE APURAVA SAQUE INDEVIDO. DANOS MORAIS.*

*1 – INEXISTINDO PROVA MÍNIMA DA APONTADA INVESTIGAÇÃO PROMOVIDA PARA APURAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE FRAUDE NO SAQUE DA CONTA DE FGTS DO AUTOR, MEDIANTE, V.G., CÓPIA DO INQUÉRITO POLICIAL NOTICIADO, APTA QUE SERIA NÃO SÓ PARA REFORÇAR A TESE DE DEMORA INJUSTA NA LIBERAÇÃO DOS VALORES PRETENDIDOS, COMO TAMBÉM DE SUBMISSÃO A CONSTRANGIMENTOS ENSEJADORES DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, NÃO SE ABRE ESPAÇO PARA ACOLHIMENTO DO PLEITO DEDUZIDO.*

*2 – ‘NÃO É TODO SOFRIMENTO, DISSABOR OU CHATEAÇÃO QUE GERAM A OFENSA MORAL RESSARCÍVEL. É NECESSÁRIO QUE A MÁGOA OU A ANGÚSTIA, ALÉM DE EFETIVAS, SEJAM DECORRÊNCIA DO DESDOBRAMENTO*

*NATURAL DE SEU FATO GERADOR. EXISTEM ABORRECIMENTOS NORMAIS, PRÓPRIOS DA VIDA EM COLETIVIDADE, E ESTES SÃO INDIFERENTES AO PLANO JURÍDICO.* (“A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO”, ED. FORENSE, 1997, PÁGS. 022/023).

3 – APELO IMPROVIDO.”

⇒ AC 2001.02.01.009513-5 (DJ de 07/06/2001) – Sexta Turma – Rel. Des. Fed. SERGIO SCHWAITZER:  
 “ADMINISTRATIVO - RECEBIMENTO DE VALOR DEPOSITADO PELO EMPREGADOR NA CONTA DO FGTS DO EMPREGADO E NÃO LANÇADO COMO CRÉDITO NA REFERIDA

CONTA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - DANO MORAL.

I – Comprovado o depósito efetuado pelo empregador, deve a CEF responder pela diferença não creditada na conta do empregado.

II – Dano moral incabível em caso de mero aborrecimento do titular.

III – Apelação provida, em parte.

IV – Recurso Adesivo improvido.

● TRF-4:

⇒ AC 2001.71.00.023387-8 (DJ de 17/01/2003), pg. 802;

● TRF-5:

⇒ MS 92.05.05204-6 (DJ de 12/03/93), pg. 7804.

#### Conflito de Competência

Proc. 2002.02.01.016936-6 – Publ. DJ de 13/09/2002, pg. 1258

Relator: Des. Fed. ROGÉRIO CARVALHO

PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL PARA INVESTIGAÇÃO DE CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÕES DOS MAGISTRADOS CONFLITANTES EM FEITOS DIVERSOS DESTES.

– O fato de os juízes conflitantes terem se manifestado em feitos diversos deste - o suscitante determinando a quebra de sigilo fiscal de várias pessoas, em bloco, de modo a somente a partir da obtenção de dados das mesmas definirem-se situações individuais para investigação policial como no presente caso, enquanto que a atuação do suscitado se deu em mandado de segurança impetrado para o fim de discutir a instauração de procedimento administrativo-fiscal, instaurado para averiguar a origem de altas somas que a quebra de sigilo fiscal revelou inexplicável no tocante à indiciada que figura como isenta para fins de imposto de renda -, demonstra que nenhum deles encontra-se vinculado ao presente inquérito, que sequer fora distribuído de modo a ensejar a aplicação do disposto no parágrafo único do art. 75 do CPP, e cuja autonomia em relação aos feitos anteriores é patente, posto que através dele se busca a quebra de sigilo fiscal e bancário de pessoa determinada, cuja situação impõe-se ser individualizada e averiguada por apuratório diferente daqueles que serão instaurados relativamente aos demais indivíduos que tiveram seus sigilos de dados fiscais judicialmente vulnerados em bloco.

– Conflito de competência que se julga parcialmente procedente para determinar a livre distribuição do feito.

**POR UNANIMIDADE, JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE O CONFLITO.**

4ª Turma

#### INQUÉRITO POLICIAL: SONEGAÇÃO FISCAL – LIVRE DISTRIBUIÇÃO

O relator deste feito, ao iniciar seu voto, unanimemente referendado por seus pares da Quarta Turma, descreveu pormenorizadamente o objeto do mesmo:

“Registre-se, primeiramente, que a atuação do feito conta com etiqueta indicativa da observância do segredo de justiça, estando a seguir descritos os motivos pelos quais tal providência foi tomada. A discussão acerca da competência para julgamento do presente feito tem sua origem no requerimento formulado pelo Ministério Público Federal, em cópia às fls. 08/017, formalizado com base em dados

fornecidos pela Secretaria da Receita Federal que, anteriormente, atendendo a pedido formulado pelo próprio *parquet* ‘No exercício das competências constitucionais e legais’ (fls. 08), apresentara ‘informações globais dos contribuintes da CPMF em todos os Estados do País (...) em que se vislumbram elementos altamente eloquentes quanto à prática de crimes diversos, notadamente contra a ordem tributária’, informações essas referentes apenas ao exercício de 1999, ano-base 1998, e que deram conta de que nada menos do que 106 (cento e seis) pessoas tiveram movimentação em contas correntes por elas titularizadas em montantes superiores a R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais),

apesar de se declararem isentas para fins de imposto de renda perante o Fisco.

Requeru o MPF, entre outras coisas, que se determinasse à Superintendência Regional da Receita Federal, no Estado do Espírito Santo, quanto às pessoas físicas detectadas, domiciliadas nessa unidade da federação, a remessa de relação com os seus dados de identificação, bem como indicação das respectivas instituições financeiras nas quais mantiveram contas correntes que, no referido ano-base de 1998, tiveram movimentação financeira igual ou superior a R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais).

Distribuído livremente referido requerimento, o mesmo, como já apontado, sob o nº 2001.50.01.000238-8 (fls. 08), coube por sorteio ao MM. Juízo da 5ª Vara Federal de Vitória-ES, cuja titular, ora suscitante, através da douta decisão de fls. 032/040, deferiu a quebra de sigilo fiscal, em bloco, pretendida.

Fornecidos individualizadamente ao parquet os dados objetivados (fls. 041), este requisitou a instauração do presente inquérito, que tem como indiciada a pessoa aludida pelo documento de fls. 042, a qual, apesar de nele figurar como isenta para fins de declaração de ajuste anual de imposto de renda perante a SRF, teve movimentação financeira total, em 1998, de R\$3.518.150,80 (três milhões, quinhentos e dezoito mil, cento e cinquenta reais e oitenta centavos). O órgão ministerial, outrossim, consignou a necessidade de observância do caráter sigiloso decretado pelo MM. Juízo da 5ª Vara Federal de Vitória-ES.

A indiciada, então, impetrou mandado de segurança, distribuído por sorteio à 1ª VF-Vitória-ES (nº 2001.5001006440-0), obtendo decisão concessiva de liminar 'tão somente para suspender o item 2.1 (fls. 25) que determina ao contribuinte a apresentação de extrato bancário correspondente ao período investigado', conforme consignado pelo magistrado que figura como suscitado. Este, o pronunciamento constante de fls. 053/061, que entendeu a MM. Juíza suscitante ter a força atrativa para tornar prevento o MM. Juízo da 1ª VF-Vitória-ES relativamente a este inquérito.

Pois bem, a discussão que destes autos emana, exige para ser solucionada que se saiba se o disposto no parágrafo único do art. 75 do CPP aplica-se, ou não, ao caso dos autos."

Após análise do dispositivo legal citado e da jurisprudência do STF e do STJ, o Des. Fed. Rogério Carvalho deu sua decisão e o respectivo fundamento à mesma:

"Ora, atento ao que disse o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, no que concerne ao parágrafo único do art. 75 do CPP, quanto ao mesmo dispor que somente haverá prevenção do Juízo quando a ele

tenha sido, efetivamente, distribuído algum feito e, frise-se, visando-se à realização de qualquer diligência em data anterior à denúncia, parece-me que, como sequer houve distribuição destes autos, e ainda mais que provimento judicial algum existe no bojo deste processo e, frise-se, anterior ao livre sorteio que vincule quaisquer das partes do conflito, não há se falar que um deles seja competente.

Nem se diga que a MM. Juíza suscitante estaria vinculada, posto que a sua atuação se deu em processo completamente sem ligação com este, e limitou-se a autorizar que a quebra de sigilo fiscal de várias pessoas se desse em bloco, só após o que, a meu sentir, é que se pode falar em individualização de situações para exame de responsabilidades penais, já que a partir de conhecimento dos dados fiscais da aqui indiciada é que ficou autorizada a investigação visada pelo presente feito.

Ademais, da mesma forma como se deu com a suscitante, também a anterior manifestação do MM. Juízo suscitado de maneira alguma concorreu para criação de vínculo, já que o mandado de segurança na qual exarada, atacava procedimento de natureza administrativo-fiscal, unicamente, de modo que as duas participações dos Magistrados conflitantes, em processos anteriores, aplicando-se ao caso o que se encontra previsto no seio desta Corte para situações da espécie, parecem enquadrar-se na previsão contida no § 1º, do art. 16, parte final, do Regimento Interno deste TRF da 2ª Região, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 17/2002, ou seja, a autonomia processual entre os processos nos quais cada um dos conflitantes exarou decisão, e este inquérito, é patente, posto que as suas participações naqueles feitos esgotaram-se (ou esgotar-se-á com a prolação da sentença, no caso do *mandamus*) no âmbito concernente à pretensão a que cada um deles se refere, tendo cada um deles objeto completamente sem ligação com o destes autos.

(...)

Isto posto, julgo parcialmente procedente o conflito para determinar que o presente feito seja levado à livre distribuição."

Acórdãos pertinentes localizados no estudo comparado de jurisprudência:

- STF:
  - ⇒ CC 7066/PI (DJ de 05/06/98, pg. 2);
- STJ:
  - ⇒ CC 33582/MT (DJ de 13/05/2002, pg. 149);
- TRF-1:
  - ⇒ CC 1993.01.28610-6 (DJ de 14/03/94, pg. 9266);
- TRF-2:
  - ⇒ CC 2001.02.01.030735-7 (DJ de 12/12/2002,

pg. 256) – Primeira Turma – Rel. Juiz Conv. LUIZ ANTONIO SOARES:

“*PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR DE QUEBRA DE SIGILO FISCAL E BANCÁRIO. POSTERIOR INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. PREVENÇÃO DO JUÍZO QUE DECIDIU A QUEBRA DE SIGILO.*

*I – Em consequência da Medida Cautelar de Quebra de Sigilo Fiscal, processada e julgada perante a 4ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, de cunho decisório, foi promovida a instauração do Inquérito Policial. Entretanto, este foi distribuído para a 7ª Vara Criminal do Rio de Janeiro.*

*2 – Conflito de competência conhecido para declarar competente o MM. Juízo Federal suscitante, da 4ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, por prevenção.*

*3 – Precedente (TRF – 2ª Região, 2ª T., CC nº 4698, DJU de 08/02/2001, Relator: Juiz Espírito Santo).”*

⇒ CC 2002.02.01.016934-2 (DJ de 14/11/2002, pg. 437) – Segunda Turma – Rel. Des. Fed. PAULO ESPIRITO SANTO:

“*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO-FISCAL. INQUÉRITO POLICIAL PARA APURAR CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DISTRIBUIÇÃO A DOIS JUÍZOS DIFERENTES.*

*– Conflito negativo de competência suscitado pelos Juízos da 5ª e 7ª Varas Federais da Seção Judiciária do Espírito Santo.*

*– Configurada a inexistência de prevenção do Juízo suscitado, ao qual foi distribuído mandado de segurança previamente ao Inquérito Policial instaurado para apurar a prática de crime contra a ordem tributária, distribuído ao Juízo suscitante.*

*Declarada a competência do Juízo suscitante uma vez reconhecida a independência entre as esferas administrativa e penal.”*

⇒ CC 2002.02.01.016933-0 (DJ de 25/10/2002, pg. 343) Quarta Turma – Rel. Des. Fed. VALMIR PEÇANHA:

“*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – INQUÉRITO POLICIAL – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, I, LEI 8.137/90)*

*– PROCEDIMENTO AUTÔNOMO DE NATUREZA PENAL – DECISÃO DE QUEBRA DE SIGILO FISCAL – MEDIDA GENÉRICA - PREVENÇÃO INEXISTENTE.*

*I – Decisão proferida em procedimento criminal*

*autônomo, autorizando a quebra indeterminada de sigilo fiscal de todos os contribuintes do Estado do Espírito Santo, que, embora movimentassem, em certo período, vultosa quantia em suas contas bancárias, declaravam-se isentos do imposto de renda;*

*II – Trata-se de medida genérica que possibilitou ao Ministério Público identificar eventuais autores de delito contra a ordem tributária, fazendo desaparecer um dos pressupostos indispensáveis à configuração da prevenção, qual seja, a determinação subjetiva da lide, mediante a exata identidade da pessoa envolvida no inquérito com aquela individualizada nos autos do procedimento criminal, que culminou na quebra do sigilo fiscal;*  
*III – A determinação de quebra de sigilo fiscal de uma gama incerta e não identificada de pessoas não torna o juízo preventivo em relação a nenhuma delas, sob pena de violação ao princípio do juiz natural, uma vez que a identificação da parte-ré ocorreria ao tempo em já estivesse determinado, personificadamente, o juízo para o seu julgamento;*

*IV – Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juízo Suscitado.”*

⇒ CC 2001.02.01.045000-2 (DJ de 20/03/2003, pg. 180) – Quinta Turma – Rel. Des. Fed. ALBERTO NOGUEIRA:

“*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO PARA APURAR CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, PREVISTO NO ARTIGO 1º, INCISO I, DA LEI Nº 8.137/90 E ENCAMINHADO À 7ª VARA FEDERAL/ES EM FACE DE POSSÍVEL PREVENÇÃO.*

*A hipótese não se enquadra no art. 61 da Lei nº 5010, de 30/05/1966, segundo a qual ‘Na Seção em que houver Varas da Justiça Federal especializadas em matéria criminal, a estas caberá o processo e julgamento dos mandados de segurança e de quaisquer ações ou incidentes relativos a apreensão de mercadorias entradas ou saídas irregularmente do país, ficando o Juiz preventivo para o procedimento penal do crime de contrabando ou descaminho (Código Penal, artigo 334).’*

*Ademais, tendo sido extinta a 6ª Vara Federal, (Juízo suscitante), de qualquer modo resta prejudicado o conflito, declarando a competência da 7ª Vara Federal. Conflito acolhido para se declarar competente o MM. Juízo da 7ª Vara Federal do Espírito Santo. Decisão unânime.”*

⇒ CC 2001.02.01.044980-2 (DJ de 03/12/2002, pg. 467) – Sexta Turma – Rel. Des. Fed. SÉRGIO SCHWAITZER:

*“PROCESSUAL PENAL – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – DECISÃO JUDICIAL DE QUEBRA DE SIGILO FISCAL DE CARÁTER GENÉRICO – PREVENÇÃO – INEXISTÊNCIA – HABEAS CORPUS – EX OFFICIO – DENEGAÇÃO. I – A decisão judicial de quebra de sigilo fiscal de contribuintes indeterminados, em autos de procedimento penal autônomo, promovido pelo Ministério Público Federal, para fins de apuração de eventuais práticas de crimes contra a ordem tributária, não tem o condão de tornar prevento o juízo, uma vez que se trata de decisão de cunho genérico. Ademais o reconhecimento da prevenção, nesses casos, denota verdadeira afronta ao Princípio do Juiz Natural.*

*II – Verifica-se inviável a concessão, de ofício, de ordem de **habeas corpus** em casos que denotam discrepância entre a movimentação bancária (cerca de 2 milhões de reais) e a declaração de renda do contribuinte (modalidade “isenta”), uma vez que tal fato ecoa indícios suficientes de cometimento de ilícito penal à ordem tributária, restando autorizado o indiciamento.”*

- TRF-3:  
⇒ CC 2002.03.00.035871-6 (DJ de 14/01/2003, pg. 226);
- TRF-5:  
⇒ AGRMC 2002.05.00.007235-6 (DJ de 12/10/2002, pg. 629).

#### Apelação Cível

**Proc. 2000.02.01.035819-1 – Publ. DJ de 16/04/2002, pg. 169**

**Relator: Des. Fed. RALDÊNIO BONIFÁCIO**

PENAL – USO DE DOCUMENTO FALSO – ART. 304 DO CP - SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU IRRETOCÁVEL – APELAÇÃO - ABALO DA FÉ PÚBLICA – DELITO DE USO DE DOCUMENTO FALSO, ART. 304 DO DIPLOMA LEGAL, NÃO DEPENDE DE RESULTADO LESIVO CONCRETO, BASTANDO A SIMPLES ATIVIDADE DO SUJEITO, INDEPENDENTE DA OBTENÇÃO DE QUALQUER PROVEITO OU EFETIVAÇÃO DO DANO - APLICAÇÃO DA LEI Nº 9714/98.

I- No presente caso, constatou-se a ocorrência do delito de uso de documento falso por parte do ora apelante. Geralmente, quando decorrente da falsificação, o citado delito é *post factum* impunível.

II- Ocorre que, na questão em tela o crime foi somente o de uso de documento de passaporte falso, cuja pena a ser aplicada é o da falsificação.

III- O laudo pericial foi conclusivo ao demonstrar que realmente houve a adulteração do documento público, acostado aos autos.

IV- Nesta direção, por ser o uso de documento falso, crime comissivo, nota-se no caso em apreço que este consumou-se, na medida que o ora apelado foi deportado, ao tentar ingressar nos Estados Unidos da América. Assim, por ter se utilizado de documento falso, conhecendo da falsidade, ainda que não tenha logrado sucesso com a sua conduta ou não tenha causado dano a ninguém, praticou violação à lei penal.

V- Assim, agiu com acerto o Juízo *a quo* ao aplicar ao caso a Lei nº 9.714/98, conhecida como Lei das Penas Alternativas, que alterou os artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Código Penal, não exigindo qualquer modificação.

VI- Recurso improvido.

**POR MAIORIA, NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.**

5ª Turma

#### USO DE DOCUMENTO FALSO – INDEPENDÊNCIA DE RESULTADO LESIVO CONCRETO

Condenado por uso de documento falso, nos termos do art. 304 do Código Penal, inconformado com a sentença, interpôs apelação, visando à reforma integral da decisão impugnada.

Por maioria, a 5ª Turma negou provimento ao recurso, acolhendo a fundamentação do Relator, Des. Fed. Raldênio Bonifácio:

*“A r. sentença ( fls. 150/153), exarada pelo MM. Magistrado de primeiro grau, não merece retoques.*

*Na questão sob julgamento, qualquer pessoa, seja qual for seu grau de instrução, tem consciência de estar agindo errado ao apresentar às autoridades públicas um documento que contém sua foto, mas expedido em nome de outro pessoa.*

*Ademais, se for adotada a justificativa esposta pela defesa, de que o acusado no momento da contratação do serviço, não sabia que receberia um passaporte falso, isto não afasta a gravidade de seu ato, já que o utiliza, mesmo sabendo que o passaporte está com sua foto, mas em nome de outrem.*

*Com efeito, mesmo desvinculado da falsificação, o uso do documento falso constitui fato grave o*

bastante para que não seja considerado delito de pequena lesividade.

Outrossim, a situação de fato que permeia o caso, como também a prova constante nos autos, permite reconhecer que houve abalo a fé pública, digna de tutela. Para a configuração do delito do art. 304 do diploma legal, pouco importa o resultado. Por ser um delito de conduta comissiva, consuma-se com o primeiro ato de utilização do documento, ainda que o sujeito não obtenha a vantagem colimada ou não ocorra detrimento de outrem. Portanto, basta a simples atividade do agente independente da obtenção de qualquer proveito ou efetivação do dano.

Além do que, o laudo pericial (fls. 26/27) foi conclusivo ao demonstrar que realmente houve a adulteração do documento público, acostado aos autos.

Nesta direção, já se manifestou a jurisprudência:

A) ‘Comete o crime de uso de documento falso quem, conhecendo da falsidade, mas não sendo o autor, o utiliza como autêntico ou verídico, ainda que não lhe resulte proveito ou cause dano a outrem’ ( TJRJ - AC 10.448 - Rel. Enéas Cotta).

B) ‘Para que se configure o delito do art. 304 do CP é indispensável o dolo, que consiste na vontade livre e consciente de fazer uso de documento falso conhecendo a sua falsidade’ ( TJSP - AC - Rel. Camargo Sampaio - RT 513/367).

C) ‘A substituição de retrato importa na falsificação do documento e quem o use estará praticando crime de uso de documento falso, que absorve o delito subsidiário previsto no art. 308 do CP, que passa em situação tal a constituir seu próprio elemento’ ( TFR - AC - 5.750 - Rel. Fláquer Scartezini - DJU 2.10.86, p. 18.165).

D) ‘Quem faz uso de documento ideologicamente falso pratica o crime capitulado no art. 304 do CP’ (TJSC - AC - Rel. Tycho Brahe - Rt557/361 e JC 35/484). Com efeito, Mestre Damásio E. de Jesus assevera que ‘Se a lei nova, sem excluir a incriminação, é mais favorável ao sujeito, retroage. Aplica-se o princípio da retroatividade da lei mais benigna’ (RTJ, 83:1003 e 95: 814). Sobre o assunto, reza o parágrafo único do art. 2º: ‘A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado’. A expressão ‘de qualquer modo’ significa que a lei posterior favorece o sujeito de qualquer modo que não seja através da **abolitio criminis** ( art. 2, **caput**)

Assim, agiu com acerto o Juízo **a quo** ao aplicar ao caso, a Lei nº 9.714/98, conhecida como Lei das Penas Alternativas, que alterou os artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Código Penal, não exigindo qualquer modificação.

*Por estas razões, VOTO pelo improvimento do recurso para que a r. sentença atacada seja mantida in totum.”*

Acórdãos correlatos ao presente são indicados a seguir:

- STF:
  - ⇒ HC 70422/RJ (DJ de 24/06/94, pg. 16649);
- STJ:
  - ⇒ RESP 2003.00.53548-6 (DJ de 29/09/2003, pg. 341);
- TRF-1:
  - ⇒ ACR 1999.01.00.007265-5 (DJ de 14/03/2003, pg. 25);
- TRF-2:

⇒ ACR 93.02.19043-9 (DJ de 03/05/94, pg. 20080) – Primeira Turma (Rel. Des. Fed. CHALU BARBOSA):

*“PENAL - FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS.*

*I – INCURSOS, RESPECTIVAMENTE, NAS PENAS DOS ARTIGOS 304 E 297 DO CÓDIGO PENAL, POR RESTAREM COMPROVADAS A MATERIALIDADE E A AUTORIA DO DELITO PELOS LAUDOS PERICIAIS E CONFISSÕES, A ALEGAÇÃO DOS RÉUS DE QUE NÃO SE PODE PUNIR A FALSIDADE PELA AUSÊNCIA DE DANO É FRÁGIL, VEZ QUE A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA SÃO UNÂNIMES EM AFIRMAR QUE É INADMISSÍVEL A TENTATIVA DE USO DE DOCUMENTO FALSO. O CRIME DE USO CONSUMA-SE NO INSTANTE EM QUE O DOCUMENTO ENTRA NO ÂMBITO DA PESSOA ILUDIDA, SENDO IRRELEVANTE HAVER PROVEITO PARA O AGENTE OU PREJUÍZO EFETIVO PARA A VÍTIMA. A AFIRMAÇÃO DA APELADA DE QUE NÃO VISAVA OBTER QUALQUER VANTAGEM PECUNIÁRIA, EM NADA LHE APROVEITA. AINDA QUE TIVESSE FALSIFICADO, APENAS, PARA ATENDER UM PEDIDO, SEM QUALQUER RETORNO MONETÁRIO, PREVALECEU-SE DO CARGO E DA CONFIANÇA NELA DEPOSITADA, A PONDO EM UM ATESTADO, CARIMBO MÉDICO DE QUE TINHA ACESSO, COM INTENÇÃO ESCUSA.*

*II – RECURSO IMPROVIDO, PARA MANTER A SENTENÇA.”*

- ⇒ HC 2001.02.01.024013-5 (DJ de 23/10/2001) – Segunda Turma – Rel. Des. Fed. CRUZ NETTO “PROCESSUAL PENAL E PENAL. “HABEAS CORPUS”. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. PASSAPORTE OBTIDO COM CERTIDÃO DE NASCIMENTO REPUTADA INAUTÊNTICA.

ART. 304 C/C 299, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA DESTE VÍCIO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA.

*I – Imputa-se ao paciente o crime de uso de passaporte falso, falsidade essa que decorreria do fato de que, ao requerer o referido documento, ele teria utilizado uma certidão de nascimento inautêntica, por conter data do seu nascimento que não seria a correta.*

*II – Apurou-se no inquérito a existência de dois registros de nascimento do paciente, ambos requeridos por seu pai, sendo o primeiro, do ano de 1952, constando a data de nascimento dele como sendo 10/5/1952, e o segundo, por ordem judicial, em 1967, constando a data do nascimento como sendo 10/5/1955.*

*III – Há que se reconhecer, contudo, a validade do passaporte, e isto porque lavrada a segunda certidão, por ordem judicial, de forma que prevalece ela sobre aquela registrada em 1952, não havendo, pois, como se lhe negar validade, ao menos até que venha a ser cancelada ou retificada por outra ordem judicial.*

*IV – Acresce que a Justiça Federal, sobretudo a vara criminal, não tem competência para desfazer a decisão da justiça estadual que determinou o registro de nascimento do paciente, daí resultando a atipicidade do fato, pois se não é possível, no caso, ao juízo criminal declarar a falsidade da certidão de nascimento do paciente e se esse vício é que acarretaria a falsidade do passaporte, não se pode, conseqüentemente, afirmar a falsidade deste.*

*V – O uso de documento falso é “crime remetido”, isto é, delito que faz referência a outro. No caso, a existência do uso depende do falso. Assim, faltando um elemento típico do crime de falso não há delito de uso. Ademais, a doutrina moderna firmou-se no sentido de que o crime de falso só se consuma pelo uso do documento falso em detrimento de outrem, porque a intenção de prejudicar constitui a essência do delito. É indispensável, pois, que o documento falso seja capaz de causar prejuízo, não sendo imprescindível o dano efetivo, mas ao menos em potencial, o que não ocorre no caso, vez que do fato imputado ao paciente não se extrai nenhuma conseqüência capaz de causar uma ofensa ou expor a perigo um bem ou valor; objeto de proteção jurídico-penal.*

*VI – Faz-se mister, outrossim, que a peça acusatória seja materialmente apta, isto é, que venha embasada em elementos mínimos de prova e de convencimento a ensejar uma eventual condenação. Inexistem, contudo, na hipótese, esses elementos, sobretudo e principalmente porque o documento usado pelo paciente – passaporte – não pode ser reputado falso, diante das circunstâncias fáticas do caso.*

*VII – Ordem de habeas corpus concedida para*

*determinar o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente.”*

⇒ ACR 2001.02.01.012535-8 (DJ de 19/05/2003, pg. 299) – Quarta Turma – Rel. Juiz Conv. JOSÉ ANTÔNIO NEIVA

*“DIREITO PENAL. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. PASSAPORTE ADULTERADO. CARACTERIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE.*

*I – Crime consumado no Brasil, com o uso do documento para embarque em voo destinado ao exterior;*

*II – Adulteração do passaporte, com colocação de fotografia do apelante, comprovada. Configurado o dolo, com a vontade livre e consciente de usar o documento irregular;*

*III – Inaplicabilidade da excludente da culpabilidade consubstanciada na inexigibilidade de conduta diversa. Apenas situação anormal, extremamente grave e excepcional, afastaria a culpa do agente, sendo insuficiente alegações de dificuldades econômicas e esperança de vida melhor no exterior;*

*IV – Apelação conhecida e improvida.”*

⇒ RCCR 2000.02.01.015813-0 (DJ de 16/09/2002, pg. 197) – Quinta Turma – Rel. Des. Fed. RALDÊNIO BONIFÁCIO

*“PENAL – USO DE DOCUMENTO FALSO – ART. 304 DO CP - SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU, QUE DECIDIU PELA REJEIÇÃO DA INICIAL, MERECE REPARO – ABALO DA FÉ PÚBLICA.*

*I – Na questão sob julgamento, não se pode admitir a tese da inexigibilidade de conduta diversa, pois qualquer pessoa, seja qual for seu grau de instrução, tem consciência de estar agindo errado ao apresentar às autoridades públicas um documento que, contém sua foto, mas expedido em nome de outra pessoa.*

*II – Ademais, se for adotada a justificativa esposada pela sentença, há que se estendê-la, inevitavelmente, aos demais casos, o que acarretará a absolvição de autores de outros tipos de delito, que, em nome das dificuldades financeiras, ferem os bens jurídicos salvaguardados pelo ordenamento.*

*III – Recurso provido para que a r. sentença atacada seja reformada, retornando os autos à vara de origem, a fim de que a denúncia seja recebida, prosseguindo-se o feito até decisão final.”*

⇒ ACR 2000.02.01.053007-8 (DJ de 04/02/2003, pg. 202) – Sexta Turma (Rel. Des. Fed. SERGIO SCHWAITZER):

“PENAL – PROCESSO PENAL – USO E ADULTERAÇÃO DE DOCUMENTO – PASSAPORTE – INOCORRÊNCIA DE ERRO DE TIPO ESCUSÁVEL – TIPICIDADE CONFIGURADA – ART. 304, DO CP – INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONFISSÃO – ATENUANTE – PENA AQUEM DO MÍNIMO LEGAL – INAPLICABILIDADE – DEPOIMENTO DE CO-RÉU – PROVA PRÉSTIMA – CONDENAÇÃO MANTIDA.

*I – Não se verifica erro de tipo escusável, fundamentado no uso inconsciente de documento falso, nos casos de utilização de documento com foto própria, porém com nome diverso, eis que a ilicitude de tal conduta é previsível a qualquer homem médio, e aqui se fala tanto da previsibilidade objetiva quanto da subjetiva.*

*II – A utilização voluntária de um documento público alterado, ciente de sua alteração, encontra tipicidade no art. 304, do CP. Tal conduta ilícita não configura o art. 307, do CP, uma vez que este descreve a ação de atribuir-se ou atribuir a outrem a falsa identidade, ou seja, fazer-se passar ou a terceiro por outra pessoa. Possui esta norma penal natureza subsidiária, restando afastada nos casos de uso de documento público falsificado ou alterado.*

*III – O fato do art. 304 fazer referência às penas*

*dos arts. 297 / 302, do CP, artigos estes que delineiam os diversos gêneros de falsificação e alteração de documento, não significa ausência de preceito secundário da norma, nem mesmo ofensa ao Princípio da intervenção penal legalizada. Trata-se de mera opção legislativa, visando à não repetição de conceitos, uma vez que o uso está atrelado à falsificação e pode versar sobre as suas mais variadas espécies. IV – Não se admite a aplicação da atenuante descrita na alínea ‘d’, do inciso III, do art. 65, do CP, quando a pena-base for fixada no seu mínimo legal, uma vez que tal aplicação resultaria uma pena definitiva aquém deste patamar mínimo.*

*V – Possui valor probante o depoimento do co-réu quando se apresenta harmônico ao conteúdo probatório.”*

- TRF-3:  
⇒ ACR 2000.03.99.071019-0 (DJ de 26/03/2003, pg. 466);
- TRF-4:  
⇒ ACR 1998.04.01.083225-0 (DJ de 06/03/2002, pg. 2434);
- TRF-5:  
⇒ ACR 99.05.13469-7 (DJ de 16/03/2001, pg. 769).

#### Apelação Cível

6ª Turma

**Proc. 92.02.21033-0 – Publ. DJ de 06/09/2002, pg. 451**

**Relator: Des. Fed. ANDRÉ FONTES**

**Relator para acórdão: Des. Fed. SERGIO SCHWAITZER**

CIVIL – ADMINISTRATIVO – RESERVA DE TEATRO PARA APRESENTAÇÃO DE ESPETÁCULO – DOCUMENTO ASSINADO POR SERVIDOR PÚBLICO – INDICATIVOS DE COMPROMETIMENTO COM O GRUPO TEATRAL - INEXISTÊNCIA DE TODOS OS ELEMENTOS QUE CARACTERIZEM OBRIGAÇÃO CONTRATUAL – DIVULGAÇÃO DE ESPETÁCULO NÃO REALIZADO – INDENIZAÇÃO – REDUÇÃO – NEGLIGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES - Tendo havido precipitação da Administração, pela imprudente aposição de assinatura de servidor a documento que, embora desprovido dos elementos essenciais à caracterização de obrigação contratual, apresentava indicativos de comprometimento com o Autor, bem como do grupo de teatro, por empreender a promoção e divulgação do espetáculo com base em documento que não lhe assegurava efetivamente o local para sua realização, é de ser imputada à primeira a responsabilidade por metade dos prejuízos sofridos pelo segundo em razão de o teatro não ter sido liberado.

**POR MAIORIA DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.**

#### RESERVA DE TEATRO PARA APRESENTAÇÃO DE ESPETÁCULO – INEXISTÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL

O Relator expõe a lide em seu relatório:

“Trata-se de ação ajuizada com a finalidade de obter ressarcimento dos danos emergentes, lucros cessantes e danos morais decorrentes de

*inadimplemento de obrigação contratual por parte da FUNABEM, que deixou de ceder teatro objeto do contrato de locação firmado com a demandante, inviabilizando a apresentação de peça teatral.*

*Sentenciando às fls. 77/81, o magistrado de primeiro grau julgou procedente em parte o pedido, condenando a ré tão-somente no ressarcimento dos lucros cessantes, afastando*

a condenação quanto às parcelas relativas aos danos emergentes e morais por ausência de prova. Fundamentou sua decisão na caracterização de ajuste contratual e no seu descumprimento pela parte ré.

*Insatisfeita, apela a parte ré às fls. 84/91, alegando para tanto que o instrumento ajustado com o apelado não se trata de contrato e sim de mera reserva de datas, impossibilitando a imposição de obrigações entre as partes.*

*Contra-razões às fls. 94/97 pugnando pela irretocabilidade da sentença recorrida.*

*Opinou o Ministério Público às fls. 107/108 no sentido de ser dado parcial provimento ao apelo, ante a reciprocidade de culpas”.*

Em seu voto, assim se expressou o Des. Fed. ANDRÉ FONTES:

*“Vigora no direito pátrio o princípio da obrigatoriedade dos contratos, que se costuma traduzir no bordão extraído do Código Civil Francês (e porque não dizer também do chileno) que ‘o contrato faz lei entre as partes’.*

*Na hipótese dos autos, as partes, através da celebração do instrumento de fls. 11, se comprometeram a obrigações recíprocas referentes à apresentação de peça teatral. A apelante ajustou o compromisso de disponibilizar o teatro FUNABEM para apresentação da peça teatral de responsabilidade do apelado, no período de 04 de março de 1989 a 30 de março do mesmo ano. Já o apelado se obrigara ao pagamento, a título de contraprestação, no valor de 25% da arrecadação do evento.*

*Não há como se afastar a natureza contratual do negócio celebrado, eis que há a estipulação de prazo para o cumprimento do acordo, fixação do valor a ser pago a título de contraprestação pela disponibilização do espaço teatral, bem como a assinatura do responsável pelo teatro.*

*Portanto, ante a configuração do contrato, o inadimplemento da obrigação por parte do apelante, qual seja, a cessão do teatro ao grupo no prazo fixado, gera a obrigação de indenizar os danos decorrentes da sua conduta, nos termos do art. 1056 do Código Civil.*

*Cumprе ressaltar que o autor apelado realizou ampla divulgação da peça a ser apresentada na data acordada e na localidade pré-fixada, conforme se verifica dos documentos de fls. 12/17, o que demonstra a má-fé da apelante em não ceder o teatro, ocasionando danos patrimoniais ao apelado, bem como inconvenientes àqueles que se dispuseram a*

*assistir o evento. Portanto, caracterizado o inadimplemento do contrato por parte da apelante, se torna certo o dever de indenizar os danos causados ao apelado.*

*Por todo exposto, nego provimento ao apelo, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos.”*

Divergindo deste entendimento, o Des. Fed. Sergio Schwaitzer emitiu seu voto que, por maioria, se tornou vencedor:

*“Entendo que o parecer emitido pelo eminente representante do MPF no segundo grau de jurisdição resolve bem a matéria.*

*Com efeito, o documento de fls. 11, embaixador da pretensão autoral, é um formulário da própria produtora, apresentando o teatro, o período em que o mesmo seria utilizado, bem como outras características do espaço.*

*Se por um lado tal documento não configura um contrato, eis que não avençada expressamente a locação do teatro, sendo mais razoável considerar se tratar de uma proposta ou reserva, por outro lado não há nos autos comprovação de que não tenha sido confirmada a disponibilização na data referida.*

*Assim, ainda que o agente administrativo tenha agido com excesso – em razão de não possuir atribuição para o ato praticado – foi causado um prejuízo.*

*Noutro giro, no confronto dos depoimentos colhidos em audiência com o documento apresentado, é fato incontestado que o teatro estava em obras, bem como que o Autor sabia disso, e, conseqüentemente, da possibilidade de o mesmo não ficar pronto a tempo para a realização do espetáculo, como não ficou.*

*Verifica-se, portanto, que houve precipitação de ambos os lados. De um, pela imprudente aposição de assinatura de servidor a documento que, embora desprovido dos elementos essenciais à caracterização de obrigação contratual, apresentava indicativos de comprometimento com o Autor. Do outro, por empreender a promoção e divulgação do espetáculo com base em documento que não lhe assegurava efetivamente o local para sua realização.*

*Face ao exposto, dou parcial provimento ao recurso, de forma que a Ré arque somente com metade do quantum indenizatório estabelecido pelo juízo a quo.”*

Não foi encontrado acórdão assemelhado em pesquisa de jurisprudência.

## EMENTÁRIO TEMÁTICO

### Competência da Justiça Federal x Competência da Justiça Estadual

#### PLENÁRIO - TRF-2ª RG

##### QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL

Proc.: 2001.02.01.045099-3

Publ. no DJU de 10/04/2002

Relator: Des. Fed. ALBERTO NOGUEIRA

PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL OFERECE QUEIXA CONTRA DEPUTADO ESTADUAL DO ESPÍRITO SANTO, FACE AO ARTIGO PUBLICADO NO JORNAL “A GAZETA DE VITÓRIA/ES”, COM DIZERES CONSIDERADOS ATENTATÓRIOS À SUA HONRA E À SUA IMAGEM. OCORRÊNCIA. INTERESSE DA UNIÃO. INEXISTÊNCIA, VEZ QUE TAL ARTIGO EM RESPOSTA À ENTREVISTA CONCEDIDA SE DEU EM CARÁTER PESSOAL E NÃO NA QUALIDADE DE MEMBRO DO ÓRGÃO DO *PARQUET*. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO DECLINA DE SUA COMPETÊNCIA PARA O EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, FACE À CONDIÇÃO DE DEPUTADO ESTADUAL/ES (AUTOR DO ARTIGO).

#### 1ª TURMA - TRF-2ª RG

##### AGRAVO DE INSTRUMENTO

Proc.: 2002.02.01.044567-9 UF: RJ

Publ. no DJU de 28/08/2003, pág.130

Relator: Des. Fed. RICARDO REGUEIRA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. COBRANÇA IPTU. IMÓVEL PERTENCENTE À UNIÃO. INTERESSE. JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

- Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que declinou de sua competência para o processamento e julgamento do feito originário, determinando a remessa dos autos à Justiça Estadual.

- A agravante não passa de mera possuidora direta de imóvel pertencente à União, cuja administração cabe à Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária.

- A relação jurídico-tributária, nascida a partir da pretensão de cobrança do IPTU pela Prefeitura deste Município envolve, em última instância, o ente público federal, pelo que seu interesse no deslinde da controvérsia é evidente, havendo de ser chamada a compor a polaridade passiva do feito originário.

- Evidenciada a competência da Justiça Federal para processar e julgar o mandado de segurança, a teor do disposto no art. 109, inc. I, da Constituição Federal.

- Agravo de instrumento provido.

#### 2ª TURMA - TRF-2ª RG

##### APELAÇÃO CIVEL

Proc.: 2001.51.01.018667-2

Publ. no DJU de 14/10/2003, pág.106

Relator: Des. Fed. ANTÔNIO CRUZ NETTO

CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL CIVIL – DESCONTOS NÃO EFETUADOS PELO INSS EM PROVENTOS DE APOSENTADORIA DE DEVEDOR DE PENSÃO ALIMENTÍCIA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. O magistrado extinguiu o processo, com base no art. 267-IV, do CPC, por entender que a Justiça Federal é incompetente para julgar a causa em que se visa a condenação do INSS a cumprir determinação da Justiça Estadual, no sentido de efetuar descontos nos proventos de aposentadoria de segurado, relativos à pensão alimentícia, bem como pagar as parcelas atrasadas, a partir do descumprimento da determinação judicial.

2. A sentença não pode prevalecer. Com efeito, trata-se de ação na qual se visa a condenação do INSS na obrigação de fazer, consistente em efetuar os descontos, bem como na obrigação de dar, quando se pede o pagamento de verbas atrasadas. Portanto, figurando uma autarquia federal, no caso, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, na condição de ré, a competência para processar e julgar a ação é da Justiça Federal, de acordo com o inciso I, do art. 109, da Constituição Federal.

3. Na verdade, se se tratasse apenas de fazer cumprir a sentença da Justiça Estadual, no tocante ao desconto nos proventos do segurado, em favor da autora, do valor da pensão alimentícia, a questão deveria realmente ser levada ao conhecimento daquele juízo, para as providências legais pertinentes.

4. Ocorre que a autora não só imputa ao réu a culpa

pela demora no cumprimento daquela sentença, mas pede que ele seja condenado a lhe pagar os valores atrasados, que entende devidos desde outubro de 1999.

5. Assim, está claro que a pretensão da autora tem cunho condenatório.

6. Se ela tem ou não esse direito, é outra questão, cabendo ao Juiz Federal julgar o mérito do pedido.

7. Apelação provida para anular a sentença.

### 3ª TURMA - TRF-2ª RG

#### *HABEAS CORPUS*

Proc.: 2003.02.01.003916-5

Publ. no DJU de 05/05/2004, pág.844

Relator: Des. Fed. FRANCISCO PIZZOLANTE

PROCESSUAL PENAL – PENAL – *HABEAS CORPUS* – INEXISTÊNCIA DE CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – REMESSA DOS AUTOS DO PROCESSO PRINCIPAL À JUSTIÇA ESTADUAL – AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

- A hipótese ora tratada não é de mera desclassificação ou mesmo de absolvição do paciente, mas, sim, de decisão que reconhece a inexistência do crime contra o Sistema Financeiro Nacional;

- Como o crime contra o Sistema Financeiro Nacional nunca ocorreu, jamais teve sua tipicidade subsumida na previsão de tipo do crime de competência da Justiça Federal, o que constitui caso diverso daquele abstratamente previsto no art. 81 do CPP;

- No julgamento do *Habeas Corpus* nº 98.02.50668-0, sua eficácia foi estendida para o ora paciente, por força do art. 580 do CPP, ficando nele determinado que o delito de competência da Justiça Federal não existiu, ou seja, não havia e nunca chegou a haver tipicidade possível por se tratar de norma penal em branco sem complementação;

- Tal realidade, diferentemente do que ocorre com as hipóteses do art. 81 do CPP, atinge, de maneira evidente, a denúncia por lhe faltar justa causa, e, conseqüentemente, também atinge todo o processo, conforme o acórdão acima referido, sendo caso de se reconhecer a aplicação do art. 43 do CPP;

- Deve-se observar o entendimento exposto na Súmula nº 498 do STF, que afirma ser da competência da Justiça dos Estados, em ambas as instâncias, o processo e o julgamento dos crimes contra a economia popular;

- Ordem de *habeas corpus* concedida, reconhecendo-se a incompetência da Justiça Federal para julgamento da Ação Penal nº 2002.51.01.5105861;

- Agravo Interno prejudicado.

### 4ª TURMA - TRF-2ª RG

#### EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

Proc.: 2003.02.01.001401-6

Publ. no DJU de 31/03/2004, pág. 191

Relator: Des. Fed. ROGERIO CARVALHO

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE NEGA SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREJUÍZO DO RECURSO. ART. 557 DO CPC. RECEBIMENTO COMO AGRAVO. FUNGIBILIDADE. PRECEDENTES DA E. QUARTA TURMA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR FEITO ORIGINÁRIO, RECONHECIDA EM ANTERIOR RECURSO, SEM QUE TENHA HAVIDO TRÂNSITO EM JULGADO. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DA UNIÃO FEDERAL. EXCLUSÃO DO FEITO. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE REFORMA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. ALEGADA AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. REQUERIMENTO DE SOBRESTAMENTO DO FEITO.

1. Na hipótese de provimento de recurso – especial ou extraordinário - que não dispõem, em regra, de efeito suspensivo, firmando-se a competência da Justiça Federal para processar o feito originário – os atos decisórios praticados por Juiz incompetente são considerados nulos, na precisa dicção do art. 113, § 2º, do CPC. Assim, abrir-se-á nova oportunidade para que a questão seja apreciada pelo MM. Juiz *a quo*, à luz dos elementos fáticos presentes no momento, cotejando os dados constantes do processo até então produzidos. De toda sorte, a antecipação da tutela, seja parcial ou não, não mais estará vinculada ao presente recurso, cujo prejuízo persiste.

2. Aguardar o desfecho definitivo de eventuais recursos, que sequer foram interpostos, cujo resultado poderá manter a competência da Justiça Estadual, como entendido à unanimidade pela E. Quarta Turma, acarreta odioso atraso na prestação jurisdicional para ambas as partes, mormente em se tratando de matéria de especial relevo – ação civil pública por dano a patrimônio municipal.

3. Embargos Declaratórios, recebidos como agravo interno a que se nega provimento.

**5ª TURMA - TRF-2ª RG**
**CONFLITO DE COMPETÊNCIA**

Proc.: 95.02.29074-7

Publ. no DJU 03/09/2003, pág. 204

Relator: Juiz Fed. Convocado GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PRESSUPOSTOS RECURSAIS. ART. 108, CF/88. COMPETÊNCIA RECURSAL DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. SENTENÇA DE JUIZ ESTADUAL EM PROCEDIMENTO VISANDO A DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA CIVIL DE COOPERATIVA. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.

1 – Com efeito, nos termos do art. 108, da Constituição Federal, o Tribunal Regional Federal somente é competente para conhecer e julgar recursos contra decisões e sentenças de juiz federal, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas no texto constitucional quanto à delegação de competência da Justiça Federal ao Juiz de Direito.

2 – Vê-se, claramente, que o próprio Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro (atualmente substituído pelo Tribunal de Justiça) é competente para conhecer e julgar o recurso de Apelação contra sentença proferida por Juiz de Direito e, caso conclua pela incompetência da Justiça Estadual, com base no art. 109, inciso I, da Constituição Federal de 1988, deveria reconhecer a nulidade da sentença e dos atos processuais decisórios praticados por juiz absolutamente incompetente, com a remessa dos autos ao Juiz Federal.

3 – De ofício, suscita-se conflito de competência, em matéria recursal, ao Superior Tribunal de Justiça, com encaminhamento dos autos.

**6ª TURMA - TRF-2ª RG**
**APELAÇÃO CRIMINAL**

Proc.: 2002.51.02.001545-3

Publ. no DJU 27/01/2004, pág. 49

Relator: Des.Fed. POUL ERIK DYRLUND

PROCESSO PENAL – ARMAS ESTRANGEIRAS – DESCAMINHO – ART.334, §1º, DO CP – DA JUSTIÇA FEDERAL – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA – INEXISTÊNCIA DE CONEXÃO – SÚMULA 122/STJ – INAPLICABILIDADE *IN CASU* – RECEPÇÃO – ART.180/CP – MANUTENÇÃO DA PRISÃO – PRECEDENTES.

– Em inexistindo nos autos qualquer indício de que sejam os réus autores do delito de contrabando, nem restando evidenciado em que circunstâncias teriam eles adquirido as armas apreendidas em seu poder, não há que se falar em tipificação do art.334/

CP, seja por seu *caput*, seja, pela letra “d” de seu §1º, a atrair a competência da Justiça Federal, sendo a competência do Juízo Estadual, a uma, porque se deu a apreensão das armas de origem alienígena em poder da parte apelante, após sua internação no país, a teor do que ocorre com a interpretação do art.27, da Lei nº6368/76 (*mutatis mutandis* STF, HC76493/RJ, RTJ130/242; STF, HC 77598, DJ 06/11/98; STF, HC76493, RTJ130/242; STF, CC17973/MS, DJ16/06/97; STJ HC 8288/SC, DJ 07/06/99); a duas, porque a simples apreensão de armas estrangeiras, ou daquelas cuja importação é proibida ou que se tenha dado de forma irregular, não evidencia a prática de contrabando ou descaminho pelos réus, não tendo o condão de deslocar a competência (STJ, CC31927/MA, DJ17/09/01); a três, porque inexistente nos autos qualquer prova de sua participação no comércio de armas seja legal seja clandestino – delito antecedente –, que nos termos do dispositivo legal (art.334) para atrair a competência desta Justiça especializada, é de ser a atividade-fim, ou seja, habitual, não bastando para tal o seu uso como suporte para as atividades ilícitas, como, na hipótese, o comércio de entorpecentes, como expressamente reconhecido na denúncia e por eles confessado, de que tinham “... o intuito de empreenderem fuga à operação policial levada a efeito naquela localidade, tendo o primeiro denunciado admitido ao condutor, Subtenente da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, Paulo Emanuel Dias Moreira, pertencerem às organizações criminosas Terceiro Comando e Facção ADA (Amigo dos Amigos), e que a intenção do grupo era a tomada dos Morros do Estado e do Cavalão” ; a quatro, porque o contrabandista Valdenício Antunes Barbosa, em suas declarações (fls85/93), expressamente aponta Wanderley Soares, vulgo Orelha ou Louco, como a pessoa que encomendava as armas, não fazendo qualquer menção aos réus, não querendo significar o só fato de fazerem os apelantes parte da mesma facção criminosa do “importador” do armamento – Wanderley Soares, vulgo Orelha ou Louco (universo maior), qual seja, Terceiro Comando /ADA, encomendado ao “contrabandista” Valdenício Antunes Barbosa, que façam parte da mesma quadrilha ou subgrupo (universo menor), ou ainda, que tenham sido os destinatários das armas por ele irregularmente introduzidas no país (fls.85/93), podendo ter sido tal armamento, até mesmo, roubado de grupo rival em empreitada semelhante a em comento, e, sobretudo, tendo-se em vista a inexistência de qualquer prova ou mesmo menção de relacionamento entre eles ou conhecimento (inexistente menção de Valdenício no sentido de conhecer os réus ou destes no sentido de conhecerem Valdenício ou Wanderley).

– Noutro eito, não há que se cogitar, outrossim, em tipificação da Lei nº9437/97, sendo enquadrável, em tese, pela regra da especialidade, no artigo 12 da

Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7170/83) – detém armamento ou material militar privativo das Forças Armadas -, o que implicaria na incidência do artigo 109, IV, 1ª figura, da Carta da República, pelo que, nesta rota, segundo o reiterado entendimento da Terceira Seção do STJ, não basta a circunstancial apreensão de armamento de fabricação estrangeira ou de uso restrito para deslocar-se a competência para a Justiça Federal (STJ, CC31927/MA, DJ17/09/01; STJ, CC23501/RJ, DJ22/02/99; STJ, CC21726/RJ, DJ29/03/99; STJ, CC23501/RJ, DJ22/02/99).

– Neste panorama processual, não se alegue, como faz a decisão objurgada, a existência dentre as armas apreendidas, de armas de uso privativo das Forças Armadas que atrairia a competência da Justiça Federal, eis que, em não havendo, como efetivamente não existe, afronta à LSN – art.12, Lei nº 7170/83 –, tendo em vista que para caracterização deste delito, necessária a conotação política, “..., não basta que a arma seja de uso privativo das Forças Armadas. É necessário que se analise “a motivação e os objetivos do agente”, bem como “a lesão real ou potencial” à integridade do território brasileiro e à soberania nacional, ao regime democrático e representativo, à federação e ao Estado de Direito ou à pessoa dos chefes dos Poderes da União” (STJ, CC38002, Rel.Min.Felix Fischer, DJ30/06/03) ou conexão com os delitos de contrabando, descaminho ou tráfico internacional de entorpecentes (STJ, CC34549/SP, DJ05/08/02), não há que se perquirir da competência daquela (STJ, CC38002/GO, DJ 30/06/03; STJ, CC22745/SP, DJ22/04/02).

– Outrossim, diversa é a presente hipótese daquela do art.81, do CPP – perpetuação da jurisdição -, dispositivo incompleto por cuidar, tão-somente, de situações que teriam gerado a competência de determinado Juízo, de molde a remanescer a referida competência perante aquele Juízo prevalente, inobstante afastado o crime-base, porquanto não se trata de absolvição, pois se o fosse, absolvido o réu pelo crime federal, sobejariam os demais, aplicando-se a Súmula 122/STJ (STJ, HC21758, DJ14/04/03; STJ, HC14164, DJ19/03/01); se arquivado o delito federal, inaplicável a apontada Súmula pelo que, insubsistente a competência desta Justiça especializada (STJ, CC32758, DJ18/03/02; STJ, CC24033, DJ05/04/99), se sentenciado no crime federal, também inaplicável o verbete Sumular, não subsistindo a competência (STJ, CC12134, DJ19/10/98; STF, HC76276, DJ05/06/98). - Ocorrendo desclassificação de crime federal para crime que não ostente esta qualidade, resta sem razão de ser o verbete nº122, da Súmula do STJ, que pressupõe, ao menos, a existência de um delito federal, e se este não existe, não há como se manter a competência da Justiça Federal para apreciação e julgamento dos demais crimes, sob pena de vulneração do art.109, da Carta da República, que diz ser tal competência absoluta e neste aspecto

improrrogável (STF, HC75219, DJ03/04/98; STF, ADIN2473, DJ07/11/03).

– Na realidade, na hipótese, a conduta da parte apelante amolda-se aos termos do art.180/CP, que, no entendimento já esposado pelo Pretório Excelso, é de competência estadual, por não se configurar nenhuma das situações do artigo 109, IV, da Constituição Federal.

– Por outro lado, não há liame entre os delitos, porque não há conexão probatória ou instrumental eis que o fato retratado no auto de prisão em flagrante e na própria denúncia não guarda qualquer pertinência com os fatos relativos à prisão de Valdenício, não havendo, outrossim, prova da prática dos dois delitos pelos mesmos agentes (*a contrario* senso STJ, CC30688, DJ18/02/02), e não se cuidando a hipótese de absolvição (*a contrario* senso STF, HC83266, Inf.324/STF) no que pertine ao delito tipificado no art.334/CP, inaplicável o verbete nº122, da Súmula do STJ.

– Entendeu o Supremo Tribunal Federal que, “para configurar-se a conexão instrumental (CprPen., art.77, III), não bastam razões de mera conveniência no *simultaneus processus*, reclamando-se que haja vínculo objetivo entre os diversos fatos criminosos; (...).” (*a contrario* senso, STF, HC 81.811/RJ, DJ22/11/01) (grifamos) -Assim, afastado o delito de contrabando, cuidando-se daquele do art.180/CP, e remanescendo os demais delitos, competente a Justiça Estadual para apreciação e julgamento do feito, eis que não se cogita de eventual conexão de crimes.

– Nesta linha, não há como se acolher a tese do Juízo de 1º grau, que com supedâneo em indícios (art.239, do CPP), inexistentes, e sim veras ilações, destituídas de base empírica, permitiu divisar o tipo penal do artigo 334, do CP, na sua forma equiparada (§1º, d), de molde a fixar a competência da Justiça Federal.

– Desta forma, absolutamente incompetente esta Justiça Federal, pelo que, nulos os atos decisórios por ela proferidos.

– E, *ad argumentandum tantum*, ainda que se admitisse a subsistência do delito do art.334/CP, em sua forma equiparada, não é o caso de se vislumbrar a presença de conexão para os fins do verbete nº122, da Súmula do STJ, eis que, a conexão para efeitos do CPP, nos termos da orientação da Corte Suprema, exige vínculo objetivo entre os fatos criminosos (*a contrario* senso, STF, HC81.811/RJ, DJ22/11/01), o que inexistente na hipótese presente.

– Precedentes citados.

– Preliminar de incompetência absoluta acolhida, declarando-se nulos todos os atos decisórios praticados pela Justiça Federal, declinando-se da competência em favor da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com determinação de remessa dos autos, mantendo, inobstante a incompetência absoluta, a prisão dos réus/apelantes, até ulterior deliberação do Juízo competente (STF, HC83143, DJ10/10/03).