



TRF - 2ª Região

INFO JUR

Informativo de
Jurisprudência
**TRIBUNAL REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO**
PRESIDENTE:

Desembargador Federal Valmir Peçanha

VICE-PRESIDENTE:

Desembargador Federal Frederico Gueiros

CORREGEDOR-GERAL:

Desembargador Federal Castro Aguiar

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

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

Desembargador Federal André Fontes

DIRETOR GERAL:

Luiz Carlos Cameiro da Paixão

**DIRETOR:**

Desembargador Federal Sergio Feltrin Corrêa

COORDENADOR:

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

PROJETO EDITORIAL:

Alexandre Tinel Raposo (Diretor da SED)

COORDENAÇÃO DE PRODUÇÃO:

Sergio Mendes Ferreira (ATED/SED)

COORDENAÇÃO EDITORIAL:

Carmem Lúcia de Castro (DIJAR/SED)

GERENCIAMENTO DE MATÉRIAS:

Ana Cristina Lana Albuquerque (SEJURI/DIJAR/SED)

SELEÇÃO, REDAÇÃO E REVISÃO:

Seção de Jurisprudência (SEJURI/DIJAR/SED)

DIAGRAMAÇÃO E IMPRESSÃO:

Divisão de Produção Gráfica e Editorial (DIGRA/SED)

As matérias publicadas na coluna "Pelos Sessões", de autoria da Assessoria da Comunicação Social (ACOS), são extraídas do site do TRF-2ª Região.

PERIODICIDADE: quinzenal**TIRAGEM:** 2.200 exemplares

N ESTA EDIÇÃO

PELAS SESSÕES

2ª Turma	02
5ª Turma	02
6ª Turma	03

ACÓRDÃOS EM DESTAQUE

Órgão Especial	04
1ª Seção	05
2ª Seção	09
1ª Turma	11
2ª Turma	13
3ª Turma	14
4ª Turma	17
5ª Turma	18
6ª Turma	20

EMENTÁRIO TEMÁTICO

1ª Turma	21
2ª Turma	21
3ª Turma	22
4ª Turma	23
5ª Turma	23
6ª Turma	24

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

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

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

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

www.trf2.gov.br

Acidente com a família possibilita renovação de prazo processual

Por meio de um recurso de agravo, um advogado conseguiu a renovação de prazo para apelar, perdido em razão dos desdobramentos de grave acidente automobilístico ocorrido com dois de seus filhos, na Barra da Tijuca, Rio de Janeiro. A decisão, unânime, foi da 2ª Turma do TRF da 2ª Região e possibilitou ao advogado que recorresse de uma sentença desfavorável a seu cliente (também seu filho), nos autos de ação ordinária ajuizada na 37ª Vara Federal/RJ.

Segundo informações dos autos, o acidente aconteceu no dia 19 de fevereiro de 2003 e a apelação deveria ser apresentada a partir do dia 25 de fevereiro do mesmo ano, mas o pai do autor da ação, único a figurar na procuração, sustentou que teria que se dedicar exclusivamente à família, principalmente à sua filha, que foi operada por causa de lesões sofridas na ocasião. O advogado chegou a protocolizar documentos que comprovavam suas alegações, mas não a tempo de a secretária da 37ª Vara Federal juntá-los para o Juiz da causa apreciá-los. Esta ausência de provas do acontecimento motivou o indeferimento da devolução do prazo (possibilidade que a parte tem de apresentar

recursos e outros atos, fora do prazo, por motivo de força maior), por parte da 1ª instância.

O relator do agravo, Desembargador Federal Paulo Espírito Santo, que já havia concedido liminar para permitir ao autor da ação ordinária o oferecimento de sua apelação, acolheu seus argumentos para também possibilitar de forma definitiva a apresentação, além do tempo estabelecido por lei, do recurso contra a sentença. O principal fundamento jurídico acolhido foi o conteúdo do artigo 183, parágrafos 1º e 2º do Código de Processo Civil, que determina:

“Art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa.

§ 1º Reputa-se justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.

§ 2º Verificada a justa causa o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar.”

► Proc. 2003.02.01.006626-0

Equipamento importado para uso próprio é liberado sem pagamento imediato de ICMS

DECISÃO DA JUSTIÇA FEDERAL CONCLUIU QUE APARELHO DE RESSONÂNCIA MAGNÉTICA PODERIA SOFRER DETERIORAÇÃO NAS DEPENDÊNCIAS DA INFRAERO

A 5ª Turma do TRF-2ª Região determinou que as autoridades alfandegárias do aeroporto internacional Tom Jobim, no Rio, liberem os componentes de um aparelho de ressonância magnética importados por uma empresa carioca, que foram retidos por não ter sido recolhido o ICMS. A decisão foi proferida em favor da Clínica de

Ressonância e Multi-Imagem Ltda., localizada no bairro de Madureira (zona norte do Rio), confirmando sentença da Justiça Federal da capital fluminense. A clínica havia impetrado mandado de segurança contra a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero, quando o equipamento, importado em dezembro de 2002 da empresa alemã Siemens Aktiengesellschaft Medical Solutions, ficou embaraçado nas dependências da autarquia federal, no aeroporto, até que a importadora comprovasse o pagamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, recolhido em favor dos cofres estaduais.

Nos termos da sentença confirmada pela 5ª Turma, o equipamento deve ser desembaraçado sem o recolhimento do ICMS, mas “a liberação não importa reconhecimento de isenção”. Isso porque, no entendimento do juiz federal, tratando-se de um tributo estadual, compete à Justiça do Estado decidir sobre a questão da isenção ou da não incidência do imposto. Além disso, antes da decisão de mérito, o juízo de 1º grau já havia concedido uma liminar para antecipar o desembaraço aduaneiro, entendendo que seria uma violação ao princípio da razoabilidade reter o equipamento médico, que pode sofrer deterioração, já que o imposto pode ser cobrado depois, se a Justiça concluir ser procedente.

A clínica já havia recolhido o correspondente imposto de importação, mas alegou que os bens teriam sido importados para integrar o ativo permanente da empresa e, por não serem mercadorias destinadas à revenda, não haveria sobre elas incidência de ICMS, já que o fato gerador do imposto, nos termos da lei, é a realização de operações de circulação de mercadoria. A empresa sustentou que o ICMS não se aplicaria às importações realizadas por pessoas jurídicas que não são contribuintes do ICMS, justamente por não terem por objetivo a comercialização de mercadorias. A clínica afirmou que esse seria o seu caso, já

que ela se dedica apenas à prestação de serviços médicos de rádio-diagnóstico e terapia por imagem.

Entre seus argumentos, a Infraero sustentou que o artigo 155 da Constituição Federal estabeleceria que o ICMS deve incidir sobre a “*entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior (...)*”.

Em seu voto, o relator do processo na 5ª Turma, Desembargador Federal Alberto Nogueira, chamou atenção para o fato de que a incidência de ICMS nos casos de bens adquiridos para serem anexados ao patrimônio do importador, como na hipótese do processo da Multi-Imagem, violaria o princípio da não cumulatividade do imposto, considerando que a lei garante a quem importa a mercadoria para comercializá-la o direito de compensar, junto ao fisco, o valor recolhido do tributo com o que já tiver sido recolhido em operações comerciais anteriores, mas quem adquire o bem para si não teria essa oportunidade. O magistrado entendeu que o artigo 155 da CF refere-se à importação feita por estabelecimento comercial de mercadorias que tenham destinação comercial, segundo o próprio objeto social do importador.

► *Proc. 2002.51.01.024664-8*

6ª Turma

Negado Habeas Corpus a acusado de integrar quadrilha de estelionatários que atuavam em caixas eletrônicos

A 6ª Turma do TRF/2ª Região negou um *habeas corpus* a um homem que teria instalado um “chupacabra” na agência da Caixa Econômica Federal situada em Botafogo, Rio de Janeiro. O dispositivo colocado em um caixa eletrônico serve para coleta de dados gravados nas tarjas magnéticas de cartões de crédito/débito. No dia 15 de julho de 2004, o réu e mais 3 comparsas estariam induzindo as vítimas a usar o caixa adulterado com a informação falsa de que os demais terminais da agência estariam defeituosos. A quadrilha também se encarregaria de ficar próxima aos clientes, para anotar suas respectivas senhas e possibilitar saques e transferências de valores de contas correntes. Eles foram enquadrados na denúncia do Ministério Público Federal, portanto, nos crimes de estelionato (art. 171, parágrafo 3º do Código Penal) e quadrilha (art. 288 do CP).

A quadrilha, descoberta durante a ação no interior da agência, teria chegado a correr pela Rua Voluntários da Pátria, no bairro de Botafogo, e apenas dois foram capturados. Ambos os réus que fugiram tiveram sua prisão preventiva decretada pela 5ª Vara Federal Criminal/RJ. Foi um deles que impetrou, através de seu advogado, o *habeas corpus* negado pela 6ª Turma.

Como fundamentos para afastar a ordem de prisão, o acusado argumentou que houve ilegalidade na prisão, por falta de fundamentação jurídica, além de ter sustentado ser desnecessária, pois ele teria residência fixa, exercendo ocupação certa como comerciante em São Paulo. O réu também enfatizou a inexistência do crime, pois toda a ação do grupo configuraria apenas atos preparatórios do delito, ou seja, tecnicamente não teria havido nem tentativa de estelionato.

Em parecer, o Ministério Público Federal destacou que se verifica “a existência de indícios de uma organização criminosa voltada para a prática de delitos com alto grau de sofisticação... Ademais, os réus, incluindo o paciente, são detentores de ficha criminal com antecedentes, tudo autorizando inferir que trata-se de pessoas que fazem do crime seu estilo de vida, e que, uma vez em liberdade, certamente pretenderão retornar à atividade criminosa... O fato de que os acusados não residem no distrito da culpa, aliado a todas as demais circunstâncias já mencionadas, é fundamental para aconselhar a manutenção da preventiva. Aliás, é possível verificar de pronto que as diligências levadas a efeito pela autoridade policial permitem inferir que os acusados não residem nos endereços fornecidos nos autos.”

O relator do processo, Desembargador Federal Poul Erik, entendeu que “a materialidade e a autoria se fazem

presentes, na medida em que, conforme se extrai das peças carreadas aos autos, restou provada a ocorrência da infração penal, bem como da autoria da mesma, em especial, a exordial acusatória e informações, depoimentos das testemunhas e fotos obtidas a partir das câmeras de segurança da CEF, bem como interrogatório dos co-réus, um deles irmão do Paciente, presos em flagrante e que afirmam a presença daquele no Rio de Janeiro na data dos fatos, bem como a compra da passagem aérea para um dos cúmplices de retorno para São Paulo e aluguel de automóvel naquela mesma data, não tendo os mesmos, em seus interrogatórios, negado sua participação. Noutro eito, concreta se afigura a evasão e ocultação do Paciente, com o objetivo de se furtar à aplicação da lei penal.”

► Proc. 2004.02.01.010773-4

ACÓRDÃOS EM DESTAQUE

Agravo Interno em Mandado de Segurança

Proc. nº 2000.02.01.073425-5 – Publ. no DJ de 15/04/2004, pg. 147

Relator: Des. Fed. FERNANDO MARQUES

Relator p/ acórdão: Des. Fed. CARREIRA ALVIM

Agravante: Ministério Público Federal

Agravado: D.F.F.P.

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO – PRINCÍPIO DA PROATIVIDADE – ART. 241, § 2º DO REGIMENTO INTERNO

I – Agravo interno que teve iniciado o seu julgamento na vigência do Regimento Interno anterior, deve ser concluído com base nessa legislação, ainda que revogada. Aplicação do princípio da proatividade.

II – Reconhecida a preliminar de competência deste Tribunal para processar e julgar o agravo regimental.

III – No mérito é incabível o agravo regimental da decisão que defere ou indefere medida liminar em mandado de segurança (art. 241, § 2º do Regimento Interno).

IV – Agravo interno a que se nega provimento.

POR MAIORIA, CONHECIDO O RECURSO, E NO MÉRITO, TAMBÉM POR MAIORIA, NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO.

Órgão Especial

PRINCÍPIO DA PROATIVIDADE – ART. 241, § 2º DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL

O Ministério Público Federal, agravante no Processo em comento, impetrou mandado de segurança visando à obtenção de provimento liminar que atribuísse efeito suspensivo a anterior agravo regimental tirado de decisão monocrática da lavra do Des. Fed. Francisco Pizzolante, proferida nos autos de mandado de segurança impetrado contra ato praticado por Procurador Regional do Trabalho. A referida decisão monocrática determinou que a autoridade coatora se abstivesse de prosseguir com inquérito civil público, até que fosse julgado o mérito do

mencionado *mandamus*.

Ao examinar a pretensão liminar de atribuição de efeito suspensivo ao agravo interno, o Des. Fed. Fernando Marques indeferiu a petição, extinguindo o processo sem julgamento do mérito.

Dessa decisão o Ministério Público Federal interpôs o presente recurso de agravo regimental, sustentando que a decisão proferida no Mandado de Segurança nº 2000.02.01.063145-4 é “absolutamente inusitada e teratológica”, pois, ao determinar que a autoridade coatora (Procuradora Regional do Trabalho) se abstivesse em prosseguir com inquérito civil público, impede “que o MPT cumpra seu *múnus*”, constituindo dever

constitucionalmente previsto a apuração de irregularidade “seja qual for a ordem e que a simples investigação não gera qualquer lesão”.

O Des. Fed. Fernando Marques votou pela manutenção da decisão impugnada e, por consequência do improvimento do agravo regimental.

Em suas considerações, afirmou:

*“Indeferida a inicial do aludido **mandamus**, interpôs-se o presente agravo regimental visando à reforma da decisão monocrática prolatada por esta relatoria, que lhe extinguiu processo sem julgamento do mérito. Em suma, pois, a pretensão deduzida neste agravo há necessariamente de se cingir à análise da pretensão de se obter deste Tribunal Pleno a reforma da decisão monocrática, para que esta relatoria decida sobre o provimento liminar requerido no mencionado mandado de segurança, impetrado para obtenção de efeito suspensivo a agravo regimental em que órgão do **Parquet** impugna a referida decisão monocrática daquela relatoria.*

Nesse aspecto é bem de ver, desde logo, que, caso viesse a ser atribuído efeito suspensivo ao agravo manejado contra o ato praticado pelo Des. Federal Francisco Pizzolante, tal providência teria implicado necessariamente na revogação, ainda que provisória, da decisão monocrática de S.Exa. como autoridade impetrada. Por outras palavras, a liminar porventura deferida implicaria na suspensão de liminar concedida em mandado de segurança, que, em nosso ordenamento jurídico (Lei 4.348/

*64. art. 4º), configura procedimento específico de suspensão de segurança. Nesse passo, na forma do disposto no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, compete a seu Presidente decidir os pedidos de suspensão da execução de medida liminar ou de sentença em mandado de segurança proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais do Estado e do Distrito Federal (RISTJ, art. 21, XIII, b c/c o art. 273, **caput**). Calcado nessa argumentação, firme é entendimento da Corte Uniformizadora do direito federal no sentido de que é incabível mandado de segurança contra liminar concedida em outro mandado de segurança (RSTJ 38/23, 48i’510 e 76/101).”*

Foi, no entanto, o Relator vencido parcialmente pela maioria dos seus colegas de Plenário, que acompanhou o voto do Des. Fed. Carreira Alvim – Relator para acórdão – na decisão de que o agravo interno que teve iniciado o seu julgamento na vigência do Regimento Interno anterior deve ser concluído com base nessa legislação, ainda que revogada; de reconhecer a preliminar de competência deste Tribunal para processar e julgar o agravo regimental; e de que é incabível o agravo regimental da decisão que defere ou indefere medida liminar em mandado de segurança.

Precedente jurisprudencial referido no voto do Des. Fed. Fernando Marques:

● STJ:

⇒ RMS 4.413-4-PE

Ação Rescisória

Proc. nº 2002.02.01.047242-7 Publ. no DJ de 08/03/2004, pg. 229

Relator: Des. Fed. POUL ERIK DYRLUND

Relator p/ acórdão: Des. Fed. JULIETA LUNZ

Autor: União Federal

Réu: D.D.

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO RESCISÓRIA – CANDIDATA APROVADA – ART. 41 DA LEI Nº 4.863/65 – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO LEGAL.

I – Ação voltada à pretensão da parte, que viu reconhecida a sua capacidade pessoal, é uma ação personalíssima, portanto não abrangido pelo prazo prescricional o fundo do direito no qual a ora ré postulou perante o Judiciário o provimento do cargo, com base no art. 41 da Lei nº 4.863, de 1965. Prescrevem, sim, as parcelas abrangidas pelo lapso de cinco anos, e não o fundo do direito à postulação de se ver inserida no serviço público, ocupando o cargo de fiscal de tributos federais.

1ª Seção

II – A transformação do cargo, não invalidando as nomeações e o cargo daqueles fiscais aduaneiros que viram as suas funções transformadas, também não tem essa transformação a virtude de prejudicar o direito da parte, no caso da ré, em se ver nomeada, porque o seu direito surge não de uma convenção ou de uma interpretação, mas surgiu de uma expressa disposição legal.

III – Não se cogita de prazo de validade de concurso, e sim de nomeação em razão de concurso homologado e já textualmente reconhecido por lei o direito daqueles que aprovados à nomeação.

POR MAIORIA, JULGADA IMPROCEDENTE A AÇÃO RESCISÓRIA.

CONCURSO PÚBLICO CANDIDATA APROVADA

O Relatório:

“Trata-se de Ação Rescisória ajuizada pela UNIÃO FEDERAL em face de DIRA DIAS, objetivando desconstituir o v. acórdão proferido pela Egrégia Quarta Turma deste Tribunal, quando do julgamento da Apelação Cível, processo nº 96.02.42400-1, em que foi Relator o Desembargador Federal Doutor Carreira Alvim, o qual determinou a reforma da sentença, condenando a União Federal a nomear a autora para o cargo de Fiscal de Tributos Federais, em virtude de haver sido preterida por outros candidatos no concurso público em que fora aprovada.

Alega, em suma, como causa de pedir, ter sido aprovada no referido concurso, homologado em 29/06/62, e que através da Portaria nº 129, o DASP prorrogou a validade do mesmo até 30 de setembro de 1966 e que a Lei nº 4.863, de 29/11/65, dispunha que os prazos de validade dos concursos públicos pela DASP, ainda em vigor, ficam prorrogados até a nomeação do último candidato aprovado.

Aduz, que a Fazenda nomeou outros candidatos que não eram do mesmo concurso e concorrendo às vagas independentemente de classificação em detrimento da candidata aprovada que tem direito à nomeação, assegurada pela Súmula nº 15 da Suprema Corte. A Lei nº 4.863/65, art. 41, mantinha-se tão somente aos direitos adquiridos até aquela data ainda em vigor, afastando-se os demais.

Citada a ré, requereu a juntada de substabelecimento às fls. 62/63.

O pedido foi contestado às fls. 65/70, argumentando, inicialmente, que a ação rescisória estava sendo intentada porque o recurso especial

interposto pela União foi inadmitido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, bem como o agravo de instrumento movido em face daquela decisão. Nesse passo, afirma que tal ação rescisória está sendo empregue como sucedâneo do recurso adequado, pretendendo corrigir situação já constituída, além de não carrear qualquer fundamento novo ao feito, concluindo pela inaplicabilidade de tal remédio processual.

Ainda em sede de contestação, assinala que o direito da ré ficou reconhecido pelo v. acórdão rescindendo após exame fático-probatório de que a mesma havia sido preterida por outros candidatos do mesmo concurso público no qual obtivera a aprovação, alegando também o reconhecimento da aplicação do dispositivo do art. 41, da Lei nº 4.863/65, o qual prorrogou o prazo de validade do concurso realizado, limitado pela nomeação do último candidato aprovado. Desta forma, conclui pela inexistência de prescrição contra a ré, em conformidade com o art. 170, I do Código Civil, antagonizando à alegação oferecida, pela União, a qual alega não mais subsistir tal prorrogação de prazo de validade do concurso em voga, frente às disposições da Emenda Constitucional nº 08/77 e da CF/88, que limitaram, respectivamente, em quatro e dois anos o prazo de validade dos concursos públicos. Contudo, argumenta rebatendo que nem a EC nº 08/77, tampouco a CF/88, podem retroagir para atingir o direito adquirido da ré, citando farta jurisprudência acerca de tal celeuma. Finalmente, considera que não se mostra razoável admitir a ação rescisória quando a jurisprudência dos Colendos STJ e STF são no mesmo sentido da decisão rescidenda.”

Ao principiar a análise das questões levantadas, assim se pronunciou o Relator, Des. Fed. Poul Erik:

“Inicialmente, desacolho as questões prévias suscitadas na peça de bloqueio.

Destarte, a uma, porque não há que cogitar da sub-rogação acenada, porquanto esta ação autônoma de impugnação não se vê condicionada ao esgotamento de todos os respectivos recursos em face da decisão vergastada (Súmula 514/STF); a duas porque não se impõe fundamento novo, ao reverso, como regra, é defeso invocar-se o mesmo, em sede rescisória, mormente quando do amparo jurígeno do inciso V, do art. 485, do CPC, para a respectiva demanda; a três, porque a questão do enquadramento, ou não, no inciso processual antes delineado entrosa-se com a questão de fundo, e será, afinal, apreciada; e a quatro que não se cuida de revolvimento do quadro fático-probatório, e sim como reconhece, expressamente, a parte ré o correto entendimento do alcance da legislação referente ao concurso público prestado, especialmente o artigo 41 da Lei nº 4.863/65.

Inicialmente, não há que se cogitar da incidência do verbete nº 343, da Súmula do STF, porquanto se trata de matéria constitucional a atrair o princípio da efetividade máxima do Texto Básico, conforme orientação dos Tribunais Superiores (STJ, AR 705, 1ª Seção, DJ 24/02/2003; STF, RE 328812, DJ 11/04/03; STJ, Resp 531817, DJ 06/10/03)

Quanto à questão de fundo, cuida-se do concurso público de 'Agente Fiscal do Imposto Aduaneiro do Ministério da Fazenda', promovido pelo então DASP, identificado como – Concurso nº 436 –.

O referido concurso não é estranho aos Tribunais Superiores, já havendo sobre o mesmo pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, e do Superior Tribunal de Justiça.”

A partir daí, citou o Des. Fed. Poul Erik copiosa jurisprudência, toda no sentido de que o art. 41 da Lei nº 4863/65, que prorrogou o prazo de validade do certame até a nomeação do último aprovado, foi revogado pela Emenda Constitucional nº 8/77, que acrescentou o parágrafo 3º ao art. 97 da Constituição vigente à época, estabelecendo prazo de validade de quatro anos para os concursos públicos.

Diante do exposto, julgou o Relator procedente o pedido para rescindir o acórdão proferido na Apelação Cível nº 96.02.42400-1 da 4ª Turma desta Corte e, por

consequência, estabelecendo a sentença proferida na ação ordinária, do Juízo da 19ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, entre as mesmas partes, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

Foi, no entanto, o Relator voto vencido. O voto vencedor foi o da Des. Fed. Julieta Lunz, assim proferido na Sessão Plenária do Tribunal:

“Senhora Presidente, egrégia Seção, a matéria não é nova aqui, já vem se repetindo em diversas oportunidades, de sorte que vou poupar Vossas Excelências fazendo referência ao voto proferido em outras oportunidades, a derradeira delas no início deste ano.

Quanto à prescrição, eu a afasto, uma vez que se trata de ação de cunho personalíssimo, entendendo que em face da alegação de reconhecimento de capacidade pessoal, a ação voltada à pretensão da parte, que viu reconhecida a sua capacidade pessoal, é uma ação personalíssima, portanto não abrangido pelo prazo prescricional o fundo do direito no qual a ora ré postulou perante o Judiciário o provimento do cargo, com base no art. 41 da Lei nº 4.863, de 1965. Prescrevem, sim, as parcelas abrangidas pelo lapso de cinco anos, e não o fundo do direito à postulação de se ver inserida no serviço público, ocupando o cargo de fiscal de tributos federais.

Com relação ao segundo aspecto, qual seja a transformação do cargo de fiscal aduaneiro em fiscal de tributos federais, é fato que aqueles originários do primeiro concurso, ou do concurso oriundo, de 1962, é longe sim, para nós que estamos em 2003, mas não o era para os que prestaram concurso naquele período.

De sorte que a transformação do cargo, não invalidando as nomeações e o cargo daqueles fiscais aduaneiros que viram as suas funções transformadas, também não tem essa transformação a virtude de prejudicar o direito da parte, no caso da ré, em se ver nomeada, porque o seu direito surge não de uma convenção ou de uma interpretação, mas surgiu de uma expressa disposição legal. Não se aplicando, a premissa, ou a súmula, ou a interpretação de que a aprovação em cargo público não gera o direito adquirido a

nomeação, no caso dos autos dá-se exatamente o contrário daquilo que se afirma nesse pré-julgado. O reconhecimento do direito adquirido à nomeação deflui claramente de prescrição legal, qual seja da Lei nº 4.863 que, na esteira daquelas outras citadas pelo eminente Relator, consolidaram a situação adquirida pela ora ré em ser empossada no cargo, na ocasião, de fiscal de tributos aduaneiros, já agora fiscal de tributos federais.

Com relação à divergência de interpretações, não precisamos chegar ao STJ. Parece-me que o eminente Relator se referiu a um julgado do Tribunal Federal de Recursos – 6ª Turma – oriundo de 1962, não poderia ser do STJ, e sim do Tribunal Federal de Recursos, bem assim a interpretação vacilante no egrégio Supremo Tribunal Federal dando conta de que os precedentes inicialmente citados de maneira muito brilhante e eloqüente pelo eminente Relator dão conta da evolução do tratamento do tema na própria Suprema Corte do País.

Nesse sentido, Senhora Presidente, e poupando Vossas Excelências de maiores esforços, até porque a matéria já é conhecida e seguramente serão mais uma vez abrangidas aqui todas aquelas causas que dizem da supressão do direito legalmente reconhecido à parte ré, através da lei já tantas vezes citada – a Lei nº 4.863 – resta, finalmente, a apreciação de que a Constituição teria ab-rogado todas as prorrogações, ou todas as pretensões à nomeação, em razão de vincular o prazo de validade dos concursos públicos a quatro anos. Entretanto, não se cogita de prazo de validade de concurso, e sim de nomeação em razão de concurso homologado e já textualmente reconhecido por lei o direito daqueles que aprovados à nomeação.

Penitenciando-me com o eminente Relator e com a devida vênia dos que entendem o contrário, julgo improcedente a rescisória, Senhora Presidente.”

Precedentes jurisprudenciais:

● TRF-1:

⇒ MS 1991.01.14890-7 (DJ de 25/02/93, pg. 5302)

● TRF-2:

⇒ AC 94.02.13381-0 (DJ de 5/12/96, pg. 94130) – Terceira Turma – Rel. Des. Fed. ARNALDO LIMA

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL: CONCURSO PÚBLICO PARA FISCAL DO IMPOSTO ADUANEIRO. PROCESSUAL CIVIL: PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO.

I – A EC Nº 8/77 LIMITOU AO MÁXIMO DE 4 ANOS O PRAZO DE VALIDADE DOS CONCURSOS PÚBLICOS.

II – AINDA QUE SE CONSIDERASSE, COMO TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO, A DATA EM QUE FOI PROMULGADA TAL EMENDA, NÃO HAVERIA COMO AFASTAR-SE DA ARGUÍDA PREJUDICIAL DE MÉRITO, TENDO EM VISTA QUE A AÇÃO FOI AJUIZADA EM NOVEMBRO/88, QUANDO JÁ ULTRAPASSADO, EM MUITO, O REFERIDO QUATRIÊNIO.

III – APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA; ‘REO’ PREJUDICADA; TUDO, NOS TERMOS DO VOTO CONDUTOR.”

⇒ AC 98.02.04074-6 (DJ de 8/12/98) – Terceira Turma – Rel. Des. Fed. MARIA HELENA CISNE

“ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO E POSSE EM CONCURSO PÚBLICO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PRAZO CONSTITUCIONAL DE VALIDADE DOS CONCURSOS PÚBLICOS.

I – AJUIZADA A AÇÃO EM 13 DE AGOSTO DE 1993, É DE SER ACOLHIDA A PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL UMA VEZ QUE A LESÃO AO DIREITO OCORREU EM 13/01/78, QUANDO FORAM NOMEADOS CANDIDATOS SEM QUE HOUVESSE SIDO ATENDIDO O COMANDO DO ART. 41, DA LEI Nº 4.863/65, DATA INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL, QUE É QUINQUENAL, NOS TERMOS DO DECRETO Nº 20.910/32.

II – PEDIDO INVIÁVEL EM FACE DAS DISPOSIÇÕES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 8/77 E DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988, QUE LIMITARAM A QUATRO E DOIS ANOS O PRAZO DE VALIDADE DOS CONCURSOS PÚBLICOS, NORMAS CONTRA AS

QUAIS NÃO CABE A INVOCAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO.”

⇒ AC 2002.02.01.002451-0 (DJ de 04/09/2002)
– Quarta Turma – Rel. Des. Fed. VALMIR PEÇANHA

“ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO 436 – PRAZO DE VALIDADE – ART. 41 DA LEI 4.863/65 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 08/77 – PRESCRIÇÃO.

I – A validade do concurso público 436 realizado em 1962, para provimento de cargos de Agente Fiscal do Imposto Aduaneiro, o qual, após algumas

prorrogações foi indeterminada pelo art. 41 da Lei 4.863/65, expirou-se em 1981 por força da Emenda Constitucional nº 8 de 1977, que acrescentou o § 3º ao art. 97 da Carta Constitucional então vigente, fixando em quatro anos o prazo de validade dos concursos que ainda tinham candidatos aprovados e não nomeados;

II – Precedente do plenário do Eg. Supremo Tribunal Federal;

III – Tendo sido a presente ação proposta em 17/12/99, não há que prosperar, uma vez que a prescrição do próprio fundo do direito deu-se desde 1986;

IV – Apelo desprovido.”

Ação Rescisória

Proc. nº 97.02.39133-4 – Publ. no DJ de 31/03/2004

Relator: Des. Fed. ARNALDO LIMA

Autor: V.C.

Réu: INSS

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DESCONSTITUIÇÃO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA AÇÃO PARA SUBSTITUIR RECURSO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

I – Consoante precedentes jurisprudenciais, inclusive do eg. STJ, incabível a utilização da ação rescisória para substituir recursos que não foram interpostos oportunamente.

II – Por outro lado, como o prolator da sentença não apreciou o pedido de pagamento dos atrasados, com acréscimo de juros e correção monetária, conclui-se que, nesse ponto, não há que se falar em coisa julgada, sendo viável, em princípio, a propositura de uma nova ação.

III – Extinção do processo, sem julgamento do mérito, na forma do artigo 267, VI, do CPC, ante a ausência dos requisitos que autorizam a Rescisória. Custas, valor do depósito e honorários, estes de 10% sobre o valor da causa, na forma da lei, a favor do Réu.

POR MAIORIA, JULGADO EXTINTO O PROCESSO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

2ª Seção

**INADEQUAÇÃO DA AÇÃO PARA
SUBSTITUIR RECURSO**

O espólio de Virgílio Cardoso ajuizou ação rescisória em face do INSS, visando rescindir a sentença proferida nos autos de ação ordinária, que julgou procedente o pedido de aposentadoria, sem, no entanto, fazer menção ao pagamento dos atrasados, que também integrava a inicial do pedido.

Alegou, desta forma, o autor ter se cristalizado a ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC e ao art. 272 do Decreto nº 83.080/79, gerando uma sentença *contra-petita*.

Contestou a Autarquia previdenciária com a alegação de ausência de fundamentação jurídica da ação

rescisória, postulando pela extinção do processo sem julgamento do mérito. O Ministério Público Federal também opinou pela extinção do processo, por ser o autor carecedor da ação.

Por maioria, a Segunda Seção julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, referendando o voto do Relator, então Des. Fed. deste TRF e atual Ministro do STJ Arnaldo Lima, transcrito a seguir:

“1. Como vimos, cuida-se de Ação Rescisória ajuizada pelo Espólio de Virgílio Cardoso em face do Instituto Nacional do Seguro Social, com base no artigo 485, IV, do CPC, por suposta violação dos arts. 128 e 460 do mesmo diploma legal, objetivando a desconstituição de sentença proferida

nos autos da ação ordinária nº 91.002.7866-1 (concessão de benefício), não obstante ter a decisão consistido em julgar procedente o pleito autoral, restando, no entanto, não apreciado o pedido de pagamento dos atrasados, com inclusão de juros e correção monetária.

2. O Ministério Público Federal oficiando no feito, emitiu o parecer de fls. 70/71, o qual segue parcialmente transcrito:

*'A providência pleiteada pelo Autor poderia ter sido atendida em sede de embargos de declaração. Da mesma forma, o autor poderia ter anulado a r. sentença pelas vias recursais ordinárias, alegando julgamento **citra petita**. Entretanto, requerente deixou transcorrer **in albis** as oportunidades acima para se valer da ação rescisória.*

*Consabido é que o **judicium rescindens** só é cabível nas hipóteses taxativas do art. 485, do CPC, sendo impossível a sua utilização como substitutivo de embargos de declaração ou de apelação, como pretende o requerente, sob pena de transformá-lo em recurso ordinário com prazo de dois anos.*

Há que se respeitar a coisa julgada como regra e apenas desconstituí-la como exceção.

No caso em tela, o autor obteve provimento favorável ao pleito de concessão de aposentadoria, restando o pagamento dos atrasados, que não foi objeto de apreciação pelo MM. Juízo e, portanto, não transitou em julgado, podendo tal pedido ser renovado em outra ação, sem a necessidade de desconstituir a sentença evitando, assim, maior prejuízo à parte.

Não se vislumbra, portanto, interesse do autor na ação rescisória.

À vista do exposto, opina esta Procuradoria Regional da República pelo indeferimento da inicial, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito, por ser o autor carecedor do direito de ação."

3. Examinando a hipótese, peço **venia** para adotar o bem lançado parecer do **Parquet** Federal.

4. Com efeito, a Ação Rescisória não pode ser

manejada para substituir recursos não interpostos oportunamente e sim para atender as finalidades e pressupostos do artigo 485 do CPC.

5. Nesse sentido, o trecho em destaque da ementa colacionada:

'(...)

II – a ação rescisória não se confunde com recurso. Seus pressupostos estão insculpados no art. 485 e incisos do Código de Processo Civil. Inadequada, pois, a propositura de ação como forma derradeira da via recursal. Precedente: AR 565-DF.

(...)

(STJ, AR 725, Terceira Seção, Rel. em. Min. Gilson Dipp, DJ de 03/02/2003, p. 261)

6. Ademais, como o prolator da sentença não apreciou o pedido de pagamento dos atrasados, com acréscimo de juros e correção monetária, conclui-se que, nesse ponto, não há que ser falar em coisa julgada, sendo viável, em princípio, a propositura de nova ação, sem necessidade de desconstituir a sentença, evitando assim, conforme salientou o MPF, maior prejuízo à parte.

7. CONCLUSÃO:

Isto posto, adoto o parecer de fls. 70/71, para julgar extinto o processo, sem julgamento do mérito, na forma do artigo 267, VI, do CPC, ante a ausência dos requisitos que autorizem a AR. Custas, valor do depósito e honorários, estes de 10% sobre o valor da causa, na forma da lei, a favor do Réu."

Precedentes jurisprudenciais:

- TRF-1:
 - ⇒ AR 1995.01.20369-7 (DJ de 03/06/2002, pg.7)
 - ⇒ AR 1989.01.06642-4 (DJ de 05/03/90)
- TRF-2:
 - ⇒ AR 91.02.00690-1 (DJ de 20/04/93) – Plenário – Relator: Des. Fed. FREDERICO GUEIROS "I – RESCISÓRIA – DESCONSTITUIÇÃO DE SENTENÇA QUE REJEITOU EMBARGOS INFRINGENTES – DESCABIMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA POSTULANDO O PAGAMENTO DE QUINQUÊNIOS, JULGADA PROCEDENTE EM PARTE, AJUIZADA POR FUNCIONÁRIOS

ESTATUTÁRIOS DO ANTIGO D.C.T., CONTRATADOS PELA E.B.C.T., COM OBSERVÂNCIA DA LEIN. 6.184/74 – INCABÍVEL A AÇÃO RESCISÓRIA, POR TRATAR-SE DE MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA DA LEI A ÉPOCA EM QUE FOI PROLATADA A SENTENÇA RESCINDENDA – OBSERVÂNCIA DAS SÚMULAS Nº 134 DO E. EXTINTO T.F.R. E Nº 343 DO COLENDO S.T.F. – A SÚMULA Nº 90 DO E. EXTINTO T.F.R., QUE DECIDIA PELA INCLUSÃO DOS QUINQUÊNIOS, SO VEIO A SER CANCELADA EM DATA POSTERIOR A PROLAÇÃO DA R. SENTENÇA.

II – AUTORA CARECEDORA DE AÇÃO – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – ART. 267, VI, C.P.C. – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE

10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CAUSA, COM A REVERSÃO DO DEPÓSITO.”

- ⇒ AC 99.02.14622-8 (DJ de 13/02/2001) – Terceira Turma – Relatora: Juíza Conv. VIRGINIA PROCÓPIO
“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PIS. DESCONSTITUIÇÃO DE SENTENÇA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

A ação própria para se pleitear a desconstituição de sentença de mérito transitada em julgado é a ação rescisória (art. 485 e s. do CPC). Ante a impropriedade da via eleita e a impossibilidade de convalidação, é de se extinguir o feito sem julgamento do mérito.”

- TRF-5:

⇒ AR2000.05.00.044871-2 (DJ de 30/04/2003, pg 947)

Apelação Cível

Proc. nº 2001.51.01.008332-9 – Publ. no DJ de 11/02/2004, pgs. 101/102

Relator: Des. Fed. Julieta Lunz

Apelante: CEF

Apelante: C.E.R.L.D.

Apelados: Os mesmos

CIVIL – QUOTAS CONDOMINIAIS – CEF – RESPONSABILIDADE QUE ONERA IMÓVEL ADJUDICADO.

I - A adjudicação do imóvel transfere ao adjudicatário a responsabilidade pelos encargos condominiais.

II - Certo que as quotas condominiais em atraso presume-se tenham sido levadas em consideração para efeito de avaliação do imóvel adjudicado pela CEF.

III – Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA CEF E DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO CONDOMÍNIO.

1ª Turma

QUOTAS CONDOMINIAIS – RESPONSABILIDADE QUE ONERA IMÓVEL ADJUDICADO

A Caixa Econômica Federal e condomínio residencial apelaram de sentença que julgou procedente a pretensão do último no sentido de condenar a CEF ao pagamento do valor referente a quotas condominiais em atraso relativas ao apartamento do qual é proprietária, conforme certidão do 8º RGI, integrante do condomínio autor da ação. A sentença condenatória determinou ainda o

pagamento de multa de dez por cento e juros de mora de um por cento ao mês.

Sustentou a CEF em seu arrazoado não reconhecer como corretos os valores unilateralmente determinados pelo apelado, por não terem sido juntados documentos que comprovem sua regularidade, contestando ainda a existência de encargos sucumbenciais, por entender que não há lide, uma vez que mesma foi constituída em mora.

O condomínio, por seu lado, recorreu da sentença, alegando que débitos de cotas condominiais são

prestações periódicas que constituem pedido implícito, devendo constar da sentença enquanto durar a obrigação nos termos do art. 290 do CPC.

Unanimemente, a Primeira Turma negou provimento ao recurso da CEF e deu parcial provimento ao recurso do Condomínio. No limiar do seu voto, a Desembargadora Federal Julieta Lunz, a quem incumbiu relatar o feito, definiu o problema:

“A questão prende-se à responsabilidade dos débitos condominiais, que, onerando o imóvel, não de ser suportados por seu proprietário, seja ele originário ou aquele que por adjudicação lhe sucede na responsabilidade dos encargos que pesam sobre o imóvel.

Neste contexto, há de ser mantida a decisão recorrida, por seus próprios fundamentos, a qual reflete a orientação judicial prevalente desde a 1ª Instância ao Superior Tribunal de Justiça...”

Em suporte a sua decisão, citou duas decisões do STJ, a saber:

RESP 323947/RS (DJ de 01/04/2002)

RESP 479782/DF (DJ de 04/08/2003)

Outros precedentes jurisprudenciais:

● STJ:

⇒ RESP 67701/RS (DJ de 16/06/97, pg. 27361)

⇒ RESP 345372/PR (DJ de 20/05/2002, pg. 153)

● TRF-2:

⇒ AC 97.02.32285-5 (DJ de 10/12/2002, pg. 174)

– Terceira Turma – Relator: Juiz Conv. GUILHERME DIFFENTHAELER

A responsabilidade pelo pagamento das cotas condominiais em atraso é do adjudicante do imóvel.

⇒ AC 2000.02.01.071535-2 (DJ de 12/09/2003, pg. 404) – Quarta Turma – Relator: Juiz Conv. JOSÉ ANTONIO NEIVA

“DIREITO CIVIL. COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS ATRASADAS. ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. RESPONSABILIDADE. ENCARGOS SUCUMBENCIAIS.

1 – A CEF adjudicou imóvel, tornando-se

proprietária e responsável pelos encargos condominiais;

2 – A ausência de pagamento com base no argumento de que inexistem elementos para verificação correta dos valores. Descabimento;

3 – Encargos sucumbenciais devidos pelo vencido, nos termos do art. 20 do CPC;

4 – Apelo conhecido e improvido.”

⇒ AC 2000.51.02.000394-6 (DJ de 30/05/2003, pg. 250) – Quarta Turma – Relator: Des. Fed. FERNANDO MARQUES

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. ADJUDICAÇÃO. OBRIGAÇÃO PROPTER REM.

*– Aquele que adquire a unidade condominial, a qualquer título (compra e venda, adjudicação, etc...), deve responder pelos encargos junto ao condomínio, mesmo os anteriores à aquisição do imóvel. É que esses encargos condominiais constituem-se em obrigações **propter rem**, de modo que acompanham o bem.*

– Restando suficientemente provada a propriedade da ré relativa ao imóvel sobre o qual recaem os encargos condominiais, bem como a liquidez do crédito que deflui da farta prova documental carregada aos autos, impõe-se o reconhecimento da procedência do pedido.

– Conforme estabelece o parágrafo 3º, do artigo 12, da Lei nº 4.591/64, ‘O condômino que não pagar a sua contribuição no prazo fixado na Convenção fica sujeito ao juro moratório de 1% ao mês, e multa de até 20% sobre o débito, que será atualizado, se o estipular a Convenção, com a aplicação dos índices de correção monetária levantados pelo Conselho Nacional de Economia, no caso da mora por período igual ou superior a seis meses.’

– Precedentes do STJ (AgRgAg nº 305.718/RS; REsp nº 6.123/RJ; REsp nº 109.638/RS)

– Recurso improvido.”

● TRF-4:

⇒ AC 2002.71.12.000663-8 (DJ de 07/01/2004, pg. 308)

Agravo de Instrumento**Proc. nº 2001.02.01.028751-6 – Publ. no DJ de 14/11/2002, pg. 423****Republ. no DJ de 26/02/2003, pg. 102****Relator: Des. Fed. PAULO ESPIRITO SANTO****Agravante: Sindicato dos Trabalhadores no Serviço Público****Agravado: União Federal**

PROCESSO CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE SUBSTITUÍDOS.

– Os sindicatos, quando expressamente autorizados, têm legitimidade para representar seus filiados, judicial ou administrativamente, a teor do inciso III, artigo 8º, da Constituição Federal de 1988.

– Instituto da substituição processual não se confunde com o litisconsórcio, todavia, no que diz respeito à limitação do número de substituídos, deve-se levar em conta que será necessária a análise individual para configuração do alegado direito, bem como o tumulto estabelecido no momento da execução do julgado, caso sejam vencedores os substituídos no feito.

– Em face do § 2º, do artigo 109, da Constituição Federal, o foro do domicílio do autor de que trata o referido artigo há que ser entendido como foro do domicílio do substituto processual, e não dos substituídos, isto porque quem litiga em verdade na defesa dos direitos destes, em razão da substituição processual, é o sindicato.

– Reforma parcial da decisão *a quo*.

POR MAIORIA, DADO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.**2ª Turma****SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE SUBSTITUÍDOS**

O Sindicato dos Trabalhadores no Serviço Público interpôs Agravo de Instrumento contra decisão do Juízo da 27ª Vara Federal que, nos autos da ação ordinária, proposta pelo Sindicato agravante, limitou em dez o número de substituídos processualmente pelo Sindicato, sendo eles residentes na cidade do Rio de Janeiro.

A ação tinha como objeto índices de reajuste expurgados dos vencimentos dos servidores em razão de planos econômicos do governo. Sustentou o agravante que o sindicato age como substituto processual, na defesa dos interesses coletivos, ou individuais da categoria, sendo o foro competente aquele em que o sindicato tem sede, não cabendo limitar o número de substituídos.

O pedido liminar de efeito suspensivo foi indeferido.

Por maioria, a Segunda Turma deu parcial provimento ao agravo de instrumento.

O Relator, Des. Fed. Paulo Espírito Santo, assim se manifestou quanto aos aspectos das questões levantadas.

“Sob o aspecto do número de sindicalizados substituídos na ação, frise-se que o instituto da

substituição processual não se confunde com o litisconsórcio, todavia, deve-se levar em conta que será necessária a análise individual para configuração do alegado direito, como salientou o MM. Juízo a quo, bem como é possível vislumbrar o tumulto estabelecido no momento da execução do julgado caso a parte autora seja vencedora na demanda.

Um elevado número, sem sombra de dúvida, pode prejudicar o andamento do pleito, podendo-se comparar, sim, com a recomendação em se limitar em 10 (dez) a quantidade de litisconsortes por demanda, mesmo não sendo esta regra cogente, e sim, de ordem prática, sob a égide do juiz.

No que tange, entretanto, à exclusão do feito daqueles não domiciliados na cidade do Rio de Janeiro, merece reforma a decisão de 1º grau, tendo em vista o § 2º, do artigo 109, da Constituição Federal, pois o foro do domicílio do autor de que trata o referido artigo há que ser entendido como foro do domicílio do substituto processual, e não dos substituídos, isto porque quem litiga em verdade na defesa dos direitos destes, em razão da substituição processual, é o sindicato.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao

agravo de instrumento, mantendo a parte da decisão que limita o número de substituídos, reformando, apenas, quanto à exclusão em razão do domicílio.”

Foi voto vencido o Des. Fed. Cruz Netto, alegando, contra a limitação do número de substituídos, que o objeto de lei é exatamente impedir a multiplicação de ações, e, pelo efeito prático, que o momento em que o juiz limita, os efeitos da coisa julgada só vão beneficiar aqueles poucos substituídos.

Precedentes jurisprudenciais:

- STJ:
 - ⇒ MS 7414/DF (DJ de 09/06/2003, pg. 168)
 - ⇒ ROMS 14628/TO (DJ de 09/12/2003, pg. 251)
- TRF-1:
 - ⇒ AG 1999.01.00.087312-5 (DJ de 17/01/2002, pg.9)
- TRF-2:
 - ⇒ AC 2000.02.01.059362-3 (DJ de 11/11/2002, pg. 184 (Quinta Turma) – Relator: Des. Fed. RALDÊNIO BONIFÁCIO

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PROPOSTA POR

SINDICATO. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE SUBSTITUÍDOS. CF/88. LEI Nº 8.112/90.

1 – ‘O Sindicato age como substituto processual de seus filiados, sendo o único autor na ação, por ele proposta no interesse daqueles.’ (TRF 2ª Região; AMS nº 97.02.01179-5/RJ; Juiz REIS FRIED)

*2 – O caso **sub examen** se refere à substituição processual e não a litisconsórcio, cujo dispositivo processual – art. 46, da Lei de Ritos – permite a limitação, visando a não comprometer a rápida solução do litígio e a defesa da parte contrária.*

3 – O direito à associação sindical é consagrado pela Constituição Federal como garantia fundamental, assim como pela Lei nº 8.112/90, que também assegurou o mesmo direito à livre associação sindical aos servidores públicos civis.

4 – Apelação provida, com o retorno dos autos à Vara de origem para que se prossiga com a regular instrução do feito, citando-se a Ré.”

Apelação Criminal

3ª Turma

Proc. nº 2003.51.01.505240-0 – Publ. no DJ de 07/06/2004, pg. 181

Relator: Des. Fed. PAULO BARATA

Apelante: F. F. (Réu Preso)

Apelado: Ministério Público Federal

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS (IMPOSSIBILIDADE). PRESENÇA DA ATENUANTE DO ART. 65, I, DO CP. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1 – Os elementos probatórios são convergentes de modo a se concluir pela existência do dolo necessário à consumação do delito previsto no art. 12, na forma do inciso I do art. 18, ambos da Lei nº 6.368/76.

2 – Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos no crime de tráfico ilícito de entorpecente, eis que equiparado ao crime hediondo, cuja pena deve ser cumprida em regime integralmente fechado, e o art. 5º, XLIII, da Constituição de 1988 o considera crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

3 – Sendo o agente menor de 21 anos na data do fato, impõe-se a aplicação da atenuante prevista no artigo 65, I, do Código Penal, ainda que leve a pena abaixo do mínimo legal.

4 – Apelação improvida. Habeas corpus deferido, de ofício, a fim de reduzir a pena aplicada ao recorrente.

POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO, E, DE OFÍCIO, DEFERIDA A ORDEM DE HABEAS CORPUS

TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS

Condenado a quatro anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de cinquenta dias-multa pela prática do crime descrito no art. 12, na forma do art. 18, I, ambos da Lei nº 6.368/76, F.F. apelou da sentença prolatada na 4ª Vara Federal Criminal.

O sentenciado foi preso em flagrante no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, no momento em que tentava embarcar com destino a Madri, transportando cocaína no interior de sua bagagem.

Em suas razões de apelação, sustentou a ausência do elemento subjetivo do tipo, alegando que não tinha conhecimento de que estava transportando a droga. Nesses termos, requereu a substituição da pena privativa de liberdade, por preencher todos os requisitos elencados no art. 44 do Código Penal, por pena restritiva de direitos. Alegou, ainda, a atenuante da menoridade, existente quando da prática do delito.

Por unanimidade, a Terceira Turma negou provimento ao recurso, mas, de ofício, deferiu ordem de *habeas corpus* para reduzir a pena.

Ao analisar a prova que embasou a condenação, o Relator, Des. Fed. Paulo Barata, considerou que a mesma “*se harmoniza de tal forma que não deixa dúvida quanto à existência do elemento subjetivo necessário à consumação do delito.*”

E, depois de se referir a alguns depoimentos:

“Não assiste razão ao recorrente quando alega ser possível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, com base na Lei nº 9.714/98.

O art. 44 do Código Penal, alterado pela Lei nº 9.714/98, permite a substituição das penas privativas de liberdades pelas restritivas de direitos quando:

‘I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à

pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente’.

O objetivo da modificação introduzida pela Lei nº 9.714/98 é afastar a aplicação da pena privativa de liberdade aos crimes de menor repercussão. Não é o caso do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o qual foi equiparado ao crime hediondo, estabelecendo o § 1º, do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que a pena decorrente desse crime será cumprida em regime integralmente fechado e, ainda, o art. 5º, XLIII, da Constituição de 1988, o considera crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, o que demonstra a impossibilidade da substituição pretendida.”

E, por fim:

“Verifico que o magistrado de primeiro grau, apesar de ter reconhecido a atenuante do artigo 65, I, do Código Penal (agente menor de 21 anos na data do fato), deixou de aplicá-la, por ter fixado a pena-base no mínimo legal. Entendo de forma diferente.

*Antes da Reforma Penal de 1984, a individualização da pena era realizada em duas operações. Na primeira, o juiz examinava globalmente as circunstâncias judiciais (art. 42) e as circunstâncias agravantes e atenuantes (arts. 44, 45 e 48) determinando a pena-base. Na segunda, levava em conta as causas de aumento e as de diminuição. Com o advento da Lei nº 7.209/84 (Nova Parte Geral), adotou-se o sistema trifásico para a fixação da pena, estatuído no art. 68, **caput**, do Código Penal:*

‘Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento’.

As circunstâncias atenuantes e agravantes não são

mais consideradas na fixação da pena-base, pois passaram a ser apreciadas na segunda etapa do cálculo da pena.

Para a pena-base devem ser obedecidos os limites da pena cominada ao crime (CP, art. 59, II). Já na fase seguinte, havendo circunstâncias atenuantes e agravantes, essa restrição não mais se impõe, a exemplo do que ocorre com as causas de diminuição e de aumento.

*Vale lembrar que o Decreto-Lei nº 1.004, alterado pela Lei nº 6.016/73, que não chegou a vigor, estabelecia no seu art. 59, parte final, que o **quantum** da atenuação ou agravação deveria guardar os limites da pena cominada ao delito. Entretanto, na Nova Parte Geral, não há qualquer dispositivo nesse sentido. Ao contrário, por serem de aplicação obrigatória, a restrição deve ser afastada. Sobre as circunstâncias atenuantes, dispõe o **caput** do art. 65: ‘São circunstâncias que sempre atenuam a pena:’ (grifei).*

A presença de uma atenuante demonstra a diminuição da culpabilidade do agente, fato que não pode ser desconsiderado.

*Sem dúvida, não se pode dar um tratamento igual aos que são desiguais. Se dois indivíduos são co-autores de um crime e não lhes são desfavoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59, **caput**, do CP, deverá a pena-base ficar no mínimo legal. Todavia, se em relação a um deles, existir uma atenuante como, por exemplo, a da confissão espontânea, que o diferencie do outro, diminuindo-lhe a reprovabilidade da conduta, deverá o agente ser recompensado com a diminuição da pena, por sua colaboração na ação da Justiça, embora com dano próprio.”*

Precedentes jurisprudenciais:

● TRF-1:

⇒ ACR 1997.01.00.002064-5 (DJ de 19/09/97, pg. 76026)

● TRF-2:

⇒ ACR 93.02.08587-2 (DJ de 29/09/94, pg. 55345)

– Segunda Turma – Rel. Des. Fed. ALBERTO NOGUEIRA

“PENAL E PROCESSUAL PENAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COM CONEXÃO COM O EXTERIOR. RÉ, QUE CONFESSA, E INVOCA A CONDIÇÃO DE MENOR, DEFICIENTEMENTE COMPROVADA, EMBORA LAUDO PERICIAL CONCLUA QUE A APELANTE POSSA TER ENTRE DEZESSETE E DEZENOVE ANOS. DEFESA QUE SE CENTRA NO PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA MENORIDADE, COM SUAS CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS.

INEXISTÊNCIA, NO PROCESSO PENAL, DO LIMITE, PARA O TRIBUNAL, DE CONHECIMENTO, APENAS, DO POSTULADO NA APELAÇÃO, MESMO PORQUE AS RAZÕES RECURSAIS NÃO SÃO NECESSÁRIAS (ART. 601 DO CPP). PENA-BASE, QUE SE FEZ FINAL NA SENTENÇA, DE TRÊS ANOS, QUE, CONFORME O DISPOSTO NO ART. 68 DO CP, SE REDUZ DE UM TERÇO, NA PRIMEIRA OPERAÇÃO, EM RAZÃO DA IDADE ABAIXO DE VINTE E UM ANOS E DA CONFISSÃO, COM O CARÁTER OBJETIVO QUE A NOVA PARTE GERAL DO CP CONFERIU A ESSA ATENUANTE (CP, ART. 65, I, E III, D), DIVERSAMENTE DO ESTATUÍDO PELOS ARTS. 317 E 318 DO CPP. INCIDÊNCIA, SOBRE ESSA SEGUNDA PENA-BASE, DA MAJORANTE DO ART. 18, I, DA LEI Nº 6368/76. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.”

⇒ ACR 91.02.18843-0 (DJ de 27/04/93) – Segunda Turma – Relator: Des. Fed. SILVÉRIO CABRAL

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. ENTORPECENTES. REJEIÇÃO DE PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA, SALVO COM RELAÇÃO AO APELANTE WALID MOHAMED EL TOGHOLOBI, QUE, SENDO MENOR DE 21 ANOS, FAZ JUS A ATENUANTE OBRIGATÓRIA: ART. 65, I, DO CP.”

⇒ ACR 91.02.08198-9 (DJ de 27/02/92) – Terceira Turma – Relator: Des. Fed. NEY VALADARES
“PROCESSUAL PENAL E PENAL. LEI DE TÓXICOS. TRÁFICO COM O EXTERIOR. NÃO ADOTOU O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. CONDENAÇÃO SUFICIENTEMENTE MOTIVADA, SENDO INVEROSSÍMELA VERSÃO DE QUE OS APELANTES DESCONHECIAM O CONTEÚDO DAS SACOLAS PLÁSTICAS QUE

TRAZIAM SOB AS VESTES E QUE CONTINHAM COCAÍNA. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA, EM RELAÇÃO A UM DOS APELANTES, CONSIDERANDO-SE NA FIXAÇÃO DA PENA A ATENUANTE DA MENORIDADE.”

- TRF-3:
⇒ ACR 2003.60.02.000444-8 (DJ de 30/04/2004, pg. 433)
- TRF-4:
⇒ ACR 2001.71.04.000058-5 (DJ de 03/10/2001, pg. 948)

Apelação Cível

Proc. nº 1996.51.01.014312-2 – Publ. no DJ de 02/04/2004, pg. 159

Relator: Des. Fed. FERNANDO MARQUES

Apelante: União Federal

Apelado: M.R.

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. DESISTÊNCIA DA ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO. REPOSICIONAMENTO NO FINAL DA LISTA. CADUCIDADE DO CERTAME. IMPOSSIBILIDADE DE NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS REMANESCENTES, INCLUÍDO O AUTOR.

– Candidato que, nomeado, apresenta pedido de adiamento da posse, abrindo mão da ordem de classificação em concurso público, e é reposicionado no final da lista de aprovados, não tem direito adquirido de ser empossado no exercício efetivo do cargo para o qual foi aprovado, se antes de nova nomeação sobrevém a caducidade do certame pelo decurso de prazo.

– A aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à nomeação, ficando os candidatos aprovados adstritos à oportunidade e conveniência da Administração.

– O preenchimento de vagas no serviço público é feito de acordo com a necessidade da Administração, no exercício de seu poder discricionário.

– No caso, o direito do autor à nomeação somente exsuriria em caso de inobservância da ordem classificatória ou preterição de aprovados no prazo de validade do concurso, hipóteses que não se verificaram.

POR UNANIMIDADE, DADO PROVIMENTO AO RECURSO E À REMESSA NECESSÁRIA.

4ª Turma

CONCURSO PÚBLICO – NOMEAÇÃO – DESISTÊNCIA – CADUCIDADE

Além da remessa de ofício, a União Federal apelou da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido contido na petição inicial: a nomeação do autor para o exercício do cargo de Procurador da Fazenda Nacional de 2ª Categoria, rejeitando, porém, o pedido de pagamento da remuneração vencida e vincenda.

Em suas razões, alegou a União: que a aprovação em concurso público não cria para o aprovado direito à nomeação; que o concurso em epígrafe foi homologado em 07/05/93, tendo sido prorrogado por mais um ano,

esgotando-se seu prazo em 07/05/95; que, esgotado o prazo, não podem os candidatos aprovados pleitear investidura; que não foram nomeados candidatos classificados em posição inferior a do autor, de vez que mesmo quando de sua desistência da nomeação, requereu fosse colocado no final da lista, portanto, atrás dos referidos candidatos.

Por unanimidade, a Quarta Turma deu provimento à apelação e à remessa necessária.

Ao alinhar as suas razões pelas quais o autor não tinha o direito adquirido à nomeação reclamada, acentuou o Relator, Des. Fed. Fernando Marques:

“Da situação fática apresentada, observa-se que

o autor não tem direito adquirido a ser empossado no exercício efetivo do cargo, para o qual foi aprovado, após a caducidade do certame pelo decurso de prazo, podendo a Administração, inclusive, promover outro certame e proceder a nomeações de novos candidatos aprovados.

Doutrina e jurisprudência entendem que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à nomeação, ficando os candidatos aprovados adstritos à oportunidade e conveniência da Administração, que não tem a obrigação de nomeá-los dentro do prazo de validade do concurso.

O preenchimento de vagas no serviço público é feito de acordo com a necessidade da Administração, no exercício de seu poder discricionário. O direito do autor à nomeação somente exsurgiria em caso de inobservância da

ordem classificatória ou preterição de aprovados no prazo de validade do concurso, hipóteses que não se verificaram nos autos.

O recorrente não foi preterido em seu direito à nomeação para o cargo de Procurador da Fazenda Nacional, pois manifestou desistência ao ser nomeado, tendo seu nome reposicionado no final da lista de aprovados.

Acontece que, antes dos candidatos restantes serem convocados, sobreveio a caducidade do certame e o autor, assim como os demais aprovados, perderam a possibilidade de nomeação, sem que se vislumbre com isso qualquer lesão jurídica.”

Concluiu seu voto com a citação de precedentes jurisprudenciais (ROMS 10676-DJ de 13/03/2000, pg. 187; e ROMS 6565/RS – DJ de 4/11/96, pg. 42527), ambos do STJ.

Apelação Cível

Proc. nº 2000.02.01.003999-1 – Publ. no DJ de 16/08/2004, pg. 947

Relator: Juiz Federal Convocado ALFREDO FRANÇA NETO

Apelante: Conselho Regional de Enfermagem do Espírito Santo

Apelado: Hospital Pedro Canário

ADMINISTRATIVO – HOSPITAL - ATIVIDADE BÁSICA: MEDICINA – NÃO OBRIGATORIEDADE DO REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM.

I – A atividade básica do hospital cinge-se à assistência médica e ambulatorial, de natureza hospitalar, de modo que a enfermagem é a atividade complementar da medicina, tida como atividade meio.

II – O entendimento dos Tribunais Federais é que a obrigatoriedade de registro, junto aos Conselhos Profissionais, é determinada pela atividade básica, de forma que o hospital deve se registrar junto ao Conselho Regional de Medicina, não estando obrigado à inscrição junto ao Conselho Regional de Enfermagem.

III – Apelação improvida.”

POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

5ª Turma

NÃO-OBRIGATORIEDADE DE REGISTRO DE HOSPITAL NO CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM

O Conselho Regional de Enfermagem do Estado do Espírito Santo – COREN – apelou da sentença do Juízo da 5ª Vara Federal do Espírito Santo, que julgou improcedente o seu pedido para obrigar o Hospital Pedro Canário a inscrever-se no Conselho Regional de Enfermagem, e procedente, em parte, o pedido para impor ao Réu a contratação de profissionais da área de

enfermagem, devidamente habilitados e inscritos no COREN.

Requeru, assim, a reforma parcial da sentença, no que concerne à negativa de registro junto ao COREN, sustentando que o hospital possui profissionais ligados à área de enfermagem, motivo porque a inscrição seria obrigatória.

Por unanimidade, a Quinta Turma rejeitou a apelação, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau. O Juiz Federal Convocado França Neto assim fundamentou o seu voto, ao relatar o feito:

“Os Conselhos Regionais devem observar a atividade básica ou a prestação de serviços a terceiros, próprios da profissão por eles disciplinada, para impor uma vinculação e, por sua vez, a incidência da ação regulamentadora e fiscalizadora das entidades.

Não se pode aceitar, mesmo que por absurdo, qualificar-se a atividade de prestação de assistência médico hospitalar como atividade inerente ao exercício da fiscalização profissional a ser exercida pelo COREN, porquanto o Réu exerce atividades de enfermagem como atividade-meio e não como atividade-fim.

Ademais, deve o Réu encontrar-se inscrito no Conselho Regional de Medicina, que é o Conselho pertinente à efetiva atividade exercida pela empresa. Na verdade, há que se ressaltar que a inscrição obrigatória junto aos Conselhos Regionais se faz ao profissional, pessoa física, de nível superior, que desempenhe a referida atividade; quanto à empresa, basta a sua filiação junto ao Conselho da atividade preponderante.”

Precedentes jurisprudenciais citados pelo Relator:

- STJ:
 - ⇒ RESP 197757/DF (DJ de 07/06/1999, pg. 60)
 - ⇒ RESP 446244/PE (DJ de 28/10/2002, pg. 255)
 - ⇒ RESP 464836/RS (DJ de 08/09/2003, pg. 293)

Outros precedentes jurisprudenciais:

- STJ:
 - ⇒ AGA 454083/AC (DJ de 07/04/2003, pg. 242)
- TRF-1:
 - ⇒ AC 1995.01.10674-8 (DJ de 27/03/2003, pg. 218)
- TRF-2:
 - ⇒ AC 2001.02.01.041167-7 (DJ de 17/10/2003, pg. 155) - Sexta Turma – Relator: Juiz Conv. GUILHERME COUTO

“ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM. ATIVIDADES DE SAÚDE E ATIVIDADES MÉDICAS. EXIGÊNCIA DE REGISTRO.

1 – As clínicas que prestam serviço de medicina, e estão registradas no Conselho de Medicina, não

estão sujeitas a duplo registro, como pretende o Conselho de Enfermagem. A apelada é clínica médica, de modo que sua atividade principal é a prestação de serviços médicos. O Conselho de Enfermagem não pode impor novo registro, e nem fazer exigências de contratação de mais enfermeiros, sem base em lei, e pretendendo atuar como um sindicato, no particular.

2 – A atitude da autarquia, ao pretender impor novo registro, ao invés de centrar seus esforços na fiscalização e punição dos maus profissionais, caracteriza sede fiscal sem fundamento em lei. Apelação desprovida. Sentença confirmada.”

- ⇒ AC 2001.02.01.005183-1 (DJ de 22/04/2003, pg. 271) – Quarta Turma – Relator: Juiz Conv. JOSÉ ANTÔNIO NEIVA

DIREITO ADMINISTRATIVO. CLÍNICA MÉDICA. REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM. INEXIGIBILIDADE.

1 – A obrigatoriedade de registro, junto aos Conselhos Profissionais, bem como a contratação de profissional específico, são determinadas pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pela empresa.

2 – A medicina é a atividade-fim da empresa que explora serviço de assistência médica e ambulatorial, de natureza eminentemente hospitalar. A enfermagem, função auxiliar ou complementar da Medicina, é atividade-meio.

3 – Estando a empresa sujeita à fiscalização do Conselho Regional de Medicina, onde é devidamente registrada, não é necessário o registro em outras entidades fiscalizadoras com o mesmo objetivo.

4 – Quanto aos honorários, aplicável a regra contida no § 4º do art. 20 do CPC, na medida em que a sentença de improcedência não é condenatória e sim declaratória. Tendo em vista que a verba honorária não foi fixada em montante razoável, deve ser majorada para R\$ 600,00 (seiscentos reais), levando-se em conta, por sua

vez, que a discussão é predominantemente de direito.

5 – Apelação e recurso adesivo conhecidos. Apelação improvida e recurso adesivo parcialmente provido.

- TRF-4:
⇒ AMS 2000.71.00.021141-6 (DJ de 17/04/2004, pg. 1098)
- TRF-5:
⇒ AC2000.83.00.000293-8 (DJ de 19/04/2003, pg. 721)

Apelação Criminal

Proc. 2000.02.01.006631-3 – Publ. no DJ de 01/10/2003, pag. 184

Relator: Des. Fed. ANDRÉ FONTES

Apelante: C.S.

Apelado: Ministério Público Federal

DIREITO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

I – O art. 83 da Lei nº 9.430-96 não criou nova condição de procedibilidade para a ação penal em matéria tributária, ao prever que o encaminhamento ao Ministério Público da representação fiscal para fins penais está condicionada à decisão final na esfera administrativa.

II – É irrelevante a inexistência do certificado de lançamento contábil do fato gerador do tributo, pois os demonstrativos trazidos pelo Auditor Fiscal do Tesouro Nacional comprovam a existência de obrigação tributária não declarada ao Fisco.

III – Não há que falar em falta de perícia em tendo havido um levantamento fiscal realizado pelo Ministério da Fazenda.

IV – Não se tratando de crime de materialidade naturalística, dispensa-se o cumprimento do art. 158 do Código de Processo Penal, o qual prevê que a confissão do acusado não supre o exame de corpo de delito, direto ou indireto, quando a infração deixar vestígios.

V – Comprovada a sonegação fiscal em anos sucessivos, há incidência do art. 71 do Código Penal.

VI – Apelo do Ministério Público Federal provido e do réu CLAUDEMIRO DE SIQUEIRA desprovido.

POR UNANIMIDADE, DADO PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU.

6ª Turma

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Sócio-gerente em três empresas diferentes foi denunciado pelo MPF pela prática do crime tipificado no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, em interpretação conjunta com o art. 71 do Código Penal.

Segundo a denúncia, o réu teria se beneficiado indevidamente das vantagens do regime fiscal das micro-empresas, regulado pela Lei nº 7.256/84.

Na sentença monocrática, o juiz acolheu a pretensão punitiva, por julgar comprovado o juízo de responsabilidade na conduta do réu, principalmente devido ao fato de não ter sido apresentada defesa administrativa e de que o libelo acusatório não tivesse sido contestado de forma consistente. Com base no art. 59 do Código Penal, fixou a pena em 3 anos de reclusão e 90 dias-multa. Entretanto, face a continuidade delitiva, a pena foi aumentada em um terço, e o número de dias-

multa triplicado, tornando-se a pena definitiva em 4 anos de reclusão e 270 dias-multa.

Por unanimidade, a Sexta Turma deu provimento ao recurso do Ministério Público Federal e negou provimento ao do réu. Enfatizou o Relator, Des. Fed. André Fontes, a comprovação da materialidade do delito através do minucioso levantamento do Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, ao qual o réu sequer opôs a sua contestação. Por igual, a comprovação da autoria, definida a sua responsabilidade como sócio-gerente por ocasião da conduta delituosa nas três sociedades empresariais. Nenhuma dúvida também quanto à continuidade do crime, porque comprovada a sonegação fiscal em anos sucessivos.

Precedente jurisprudencial:

- STJ:
⇒ RHC 12477/SP (DJ de 15/12/2003, pg. 320)

EMENTÁRIO TEMÁTICO

Ação Popular

1ª TURMA - TRF-2ª RG

APELAÇÃO CÍVEL

Processo: 96.02.12768-6/RJ

Data da Decisão: 17/03/2003

Publ. no DJU de 26/05/2003, pág. 265

Relator: Juiz LUIZ ANTONIO SOARES

CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO POPULAR. SUSEP. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DE CONDUTA FISCALIZATÓRIA. FALTA DE PRESSUPOSTOS PARA A AÇÃO POPULAR. INDEFERIMENTO DA INICIAL. SENTENÇA MANTIDA.

1 - A ação popular é concebida como modalidade de defesa do patrimônio público, que se materializa nos bens de valor econômico, histórico, cultural, ecológico ou, ainda, no bem imaterial que é a preservação da moralidade administrativa. Ato lesivo à moralidade administrativa é o que agride a ética recomendável ao administrador público, que deve agir em estrito cumprimento da lei e com os olhos na realização do bem comum.

2 - No caso concreto, apontando omissões da SUSEP na fiscalização da emissão de apólices de seguros, o autor nela diagnostica comportamento antiético, imoral e lesivo ao patrimônio público.

3 - Na verdade, o autor popular procura defender o consumidor, sendo a via inadequada para tanto. Cumpre ao suplicante atentar para os instrumentos previstos na Lei 8.078/90 (CDC). Eventual conduta omissiva da SUSEP não se enquadra na locução imoralidade administrativa, que se encontra ligada à gestão fora dos padrões éticos.

4 - A venda irregular de bilhetes de passagens acoplados a seguro pessoal não se enquadra em nenhuma hipótese de cabimento da ação popular, sendo certo que nem o erário está sendo lesado nem a moralidade pública encontra-se violada por eventual inércia da SUSEP na fiscalização.

5 - Ademais, a inicial não oferece um só indício de conivência do ente público com o comportamento

das empresas privadas narrado na inicial. A atividade de fiscalização, em qualquer órgão público, é realizada na medida das possibilidades operacionais do ente fiscalizador e normalmente feita por amostragem. No caso concreto, o desvio, ao que parece, ocorre na empresa de transporte. Nem se sabe se a seguradora envolvida tem os registros das operações impugnadas.

6 - Registrou a r. sentença que a questão parece ser mais de interesse político que de interesse público, sendo interpostas mais de quarenta ações populares entre as mesmas partes.

7 - Recurso não provido. Sentença mantida.

POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

2ª TURMA - TRF-2ª RG

APELAÇÃO CÍVEL

Proc.: 1999.51.01.056881-0

Publ. 19/01/2004

Relator: Des. Fed. CRUZ NETTO

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO, DO PATRIMÔNIO PÚBLICO OU DO MEIO AMBIENTE. ATO LESIVO. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO. AUTORIDADE OU ATO NÃO APONTADO. INTERESSES DE UMA PARCELA RESTRITA DA POPULAÇÃO E NÃO DA COLETIVIDADE. HIPÓTESE EM QUE NÃO CABE AÇÃO POPULAR.

I - Ao fazer menção a “anulação”, o inciso LXXXIII, do art. 5º, da Constituição, pretende abranger os atos administrativos. É possível, em tese, a propositura de ação popular também contra ato omissivo da Administração Pública, entretanto, no presente caso, além de a petição inicial ser imprecisa quanto à extensão dos atos inquinados de lesivos, estes não podem ser imputados à UNIÃO, pois não compete a ela o poder de polícia quanto aos fatos narrados pelos autores, constituindo-se, à toda

evidência, em atos passíveis de serem inspecionados pelas autoridades municipais e estaduais.

II – A UNIÃO não praticou qualquer ato lesivo, pois estes são imputados a particulares, e nem sequer faltou com o seu dever de vigilância, visto que os fatos descritos na peça inicial incluem-se na competência de outros órgãos.

III – Os autores nem sequer apontam a autoridade administrativa responsável pelo ato lesivo e em que consiste tal ato.

IV – A única justificativa encontrada pelos autores para a presença da UNIÃO no presente feito foi o aforamento da área aos proprietários do BAR E RESTAURANTE ILHA DOS PESCADORES LTDA. A discussão acerca da posse direta de terreno de Marinha entre particulares não enseja a intervenção da UNIÃO no feito, pois isto não afeta, de qualquer modo, o domínio dela.

V – Os fatos descritos pelos autores não se mostram condizentes com as hipóteses de cabimento da ação popular, pois, o que eles pretendem, na verdade, é defender interesses particulares, sob a aparência de defenderem o interesse de toda a coletividade, de modo que não é legítimo o uso da ação popular. Carência de ação.

VI – Os pedidos formulados na inicial têm todas as características de interditos possessórios, pois o que os autores pretendem, realmente, é garantir a permanência do uso de servidão de área que se encontra sob posse dos proprietários do 1º réu e embargo de obras que, se acaso consumadas, impedirão a utilização que eles têm até então, o que define tal demanda como de interesse restrito àqueles nela envolvidos e não de interesse da coletividade. Improriedade da via eleita.

VII – Não há que se falar em prescrição, pois os autores não se insurgem contra a concessão de uso da área (ocorrida em 03/12/1989), mas das obras que teriam sido realizadas sem observância a posturas municipais e à preservação do meio ambiente, bem como em violação a uso comum (servidão) dos moradores das ilhas.

VIII – Inexiste previsão legal para condenação dos autores em “perdas e danos”, visto que a ação popular é um instrumento legítimo de participação democrática, não podendo este remédio constitucional sofrer tal sorte de limitação. Ademais, esta ação não tem natureza dúplice como

ocorre com as possessórias, não havendo que se falar em tal sorte de pedido em sede de contestação, mesmo porque, o réu nem sequer especifica em que consistiram tais “perdas e danos”.

IX – Apelações e remessa necessária improvidas.

3ª TURMA - TRF-2ª RG

APELAÇÃO CÍVEL

Proc.: 98.02.33558-4

Publ. no DJ de 20/10/2003

Relator: Des. Fed. ANDRÉ KOZLOWSKI

PROCESSUAL CIVIL. PROVA. EFEITOS DA COISA JULGADA NO PROCESSO PENAL, REFLETINDO EM SEDE DE PROCESSO CIVIL. HIPÓTESE DO ARTIGO 65 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

II – AÇÃO POPULAR E AÇÃO PENAL CONTENDO IDÊNTICAS CAUSAS DE PEDIR. JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL, COM FORÇA DE COISA JULGADA, PELO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RECONHECENDO QUE O ATO ATRIBUÍDO AO AGENTE CONSTITUIU FATO PRATICADO NO EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. (STJ-INQUÉRITO 152-DF (94.0036823-2), REL. E. MINISTRO GARCIA VIEIRA, PUBL. DJ 24.06.96).

III – INCIDÊNCIA, POR FORÇA DA TÍPICIDADE, DA REGRA DO ART. 65 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FAZ COISA JULGADA NO CÍVEL A SENTENÇA PENAL QUE RECONHECER TER SIDO O ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO.

IV – IMPOSSIBILIDADE DE REABERTURA DA PROVA PARA A VERIFICAÇÃO E DISCUSSÃO, NO CÍVEL, SOBRE A INTERCORRÊNCIA DESSA JUSTIFICATIVA NO CASO CONCRETO.

V – REJEIÇÃO DA PROPOSTA PRELIMINAR DE REABERTURA DA DISCUSSÃO SOBRE A MATÉRIA DE FATO PELO ÓBICE ADVINDO DA COISA JULGADA.

VI – SENTENÇA, JUDICIOSA E BEM LANÇADA, PROFERIDA EM PERFEITA

SINTONIA COM A COISA JULGADA, QUE SE MANTÉM NA PARTE EM QUE JULGOU IMPROCEDENTE A PRETENSÃO DEDUZIDA EM JUÍZO.

VII – EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO NA PENA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FE, EM FACE DA INSUFICIÊNCIA DA PROVA NOS AUTOS DESTINADA À SUSTENTAÇÃO DE TAL COMPORTAMENTO.

4ª TURMA - TRF-2ª RG

APELAÇÃO CÍVEL

Proc.: 98.02.43643-7

Publ. no DJ de 4/11/2003

Relator: Des. Fed. ROGÉRIO CARVALHO

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE REVISÃO EM AÇÃO POPULAR. NULIDADE DO V. ACÓRDÃO. RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, COM O CONCURSO EXPRESSO DO REVISOR. AÇÃO POPULAR. PERMUTA DE IMÓVEIS. INOCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. CONDENAÇÃO NA VERBA HONORÁRIA. IMPOS-SIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE EVIDENTE MÁ-FÉ. LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* DE TERCEIROS ADQUIRENTES DO IMÓVEL PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO.

Celebrados contratos de permuta entre imóveis do extinto INAMPS e de particulares, de valores equivalentes, seguindo as prescrições legais, não há prejuízo ou dano ao patrimônio público, mormente em se considerando a finalidade pela qual se realizou a troca, objetivando imóvel a servir de unidade de apoio ao Hospital de Oncologia, no Rio de Janeiro. Dada a natureza da ação popular, a condenação do autor vencido na verba honorária somente será imposta nos casos em que evidente e inequívoca a sua má-fé. É parte legítima *ad causam*, terceiro adquirente de imóvel, porquanto – ainda que improcedentes – as alegações *in casu* imputavam-lhe a participação no conjunto de operações ditas ruins ao patrimônio público. Apelos e recurso *ex officio* improvidos.

5ª TURMA - TRF-2ª RG

REMESSA EX OFFICIO

Proc.: 1999.02.01.047670-5

Publ. 15/12/2003

Relatora: Des. Fed. VERA LÚCIA LIMA

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO POPULAR – MEIO AMBIENTE – IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS – ILEGALIDADE E LESIVIDADE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

– Ação popular por meio da qual pretende-se a tutela dos pássaros e animais silvestres. Autor reputa como lesivo suposta omissão do IBAMA na adoção de providências necessárias para impedir concretização de danos ao Meio Ambiente e requer busca e apreensão dos animais silvestres encontrados em cativeiro ilegal.

– Ao Judiciário é vedado, face ao princípio constitucional da Separação dos Poderes, apreciar o mérito dos atos Administrativos, sob pena de invadir seara que lhe é defesa. Não pode o mesmo intervir na discricionariedade e no juízo de conveniência e oportunidade da Administração quando do uso de seu poder de polícia, tampouco cominar à mesma obrigação de fazer com o objetivo de sanar a suposta omissão.

– Mister é que demonstre o autor a concretude da lesão e ilegalidade que indica, sendo necessário que a prova do ato a ser impugnado apóie-se em fatos concretos, não em meras hipóteses e conjecturas.

– O único alicerce de provas juntadas aos autos pela parte autora refere-se a informações de cunho jornalístico, as quais relatam casos pontuais, sem conter maiores detalhes sobre qualquer ilegalidade, tampouco quanto à individualização ou especificação dos atos impugnados.

– Não há como manifestar-se a respeito de qualquer ilegalidade ou lesividade com base em acusação que não restou provada no curso do processo.

– O princípio da intervenção estatal obrigatória na

tutela ambiental deve ser observado sob a ótica da Razoabilidade. Não há possibilidade de sacrificar-se o princípio da Separação dos poderes de modo a viabilizar a proteção do Meio Ambiente, até porque, outras medidas podem ser empreendidas em vista de tal objetivo.

- Remessa oficial e apelação improvidas.
- Medida cautelar prejudicada.

6ª TURMA - TRF-2ª RG

AGRAVO

Proc.: 2002.02.01.016002-8

Publ. 24/09/2003

Relator: Des. Fed. SERGIO SCHWAITZER

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO POPULAR – PREVENÇÃO DE COMPETÊNCIA – REUNIÃO DE PROCESSOS – AÇÕES POPULARES E AÇÕES INDIVIDUAIS – EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO DA ECT PARA PROVIMENTO DE EMPREGOS PÚBLICOS (EDITAL Nº 104/1997) – CONFLITO DE COMPETÊNCIA JÁ SUSCITADO PERANTE O E. STJ – PERTINÊNCIA DA REUNIÃO DOS PROCESSOS, *IN CASU*.

– O art. 5º, § 3º, da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29.06.1965), em razão de sua literalidade, excepciona as regras gerais de processo civil que regulam o instituto da prevenção (CPC, art. 106 e 219), fixando, assim, a prevenção da competência do Juízo perante o qual primeiramente intentada ação popular para todas as demais ações populares conexas posteriormente propostas, independentemente de despacho ou realização de citação válida.

– Aliás, a dimensão da *vis attractiva* da regra de prevenção de competência em tela tem sido estendida na jurisprudência dominante do E. STJ, também, a ações civis públicas cujos fundamentos revelem-se idênticos ou assemelhados aos de ação popular antecedentemente proposta (v.g., STJ, 1ª Seção, CC nº 31.306-SC, DJU de 17.09.2001; 3ª Seção, CC nº 17.432-SC, DJU de 13.10.1997).

– O caso vertente revela algumas particularidades: duas ações populares foram ajuizadas com base no teor do edital por meio do qual a ECT promoveu concurso público para provimento de empregos públicos de nível superior (Edital nº 104/1997), uma, antecedente, em Goiânia – Goiás, e outra, posterior, nesta cidade do Rio de Janeiro. Foram propostas, também, por candidatos no certame, várias ações individuais no Distrito Federal e, ainda, uma ação trabalhista no Estado do Ceará.

– Suscitado conflito de competência perante o E. STJ, Exmo. Ministro Relator, Dr. FRANCISCO FALCÃO, componente da D. Primeira Seção, proferiu decisão monocrática conhecendo do conflito (a) para declarar a competência, por prevenção, do MM. Juízo da 7ª Vara Federal de Goiânia – Goiás para processar e julgar as ações populares e as ações individuais (estas propostas inicialmente no Distrito Federal), bem como (b) para declarar a competência do TRT da 7ª Região para anular o Acórdão proferido na ação trabalhista ajuizada no Estado do Ceará (STJ, 1ª Seção, CC nº 29.152-GO, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 09.12.2002).

– Nessa medida, em que pese a ação de conhecimento subjacente ao presente recurso de agravo de instrumento não se encontrar dentre os feitos relacionados no conflito de competência em trâmite perante a D. Primeira Seção do E. STJ, constitui imperativo de direito determinar-se a remessa do processo em tela ao MM. Juízo da 7ª Vara Federal de Goiânia – Goiás, a fim de que se reúna aquele às demais ações que versam, inegavelmente, sobre fundamentos idênticos ou análogos aos veiculados na Ação Popular nº 1998.35.00.001831-8.

– Desimportante, ademais, a alegação dos ora agravantes no que tange à suposta não coincidência dos fundamentos da ação que propuseram com os da ação popular que tramita perante o MM. Juízo da 7ª Vara Federal de Goiânia – Goiás, vez que, em verdade, a validade do Edital nº 104/1997 e de sua revogação revelam-se indissocialmente vinculados pela base fático-jurídica da controvérsia *sub judice*.

– Agravo de instrumento desprovido.