

# Boletim Informativo de Jurisprudência n. 20

Esse informativo contém notícias não-oficiais, elaboradas a partir de ementas fornecidas pelos Gabinetes dos Desembargadores Federais e de notas tomadas nas sessões de julgamento por servidores da Jurisprudência, com a finalidade de antecipar decisões proferidas pela Corte, não consistindo em repositório oficial da jurisprudência do TRF-1ª Região. O conteúdo efetivo das decisões, na forma final dos julgados, deve ser aferido após a publicação no *Diário da Justiça*.

Sessão de 16/08/07 a 26/08/07

## Corte Especial

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2000.34.00.007855-8/DF

Relator: Desembargador Federal Catão Alves

Julgamento: 16/08/07

### EMENTA

**CONSTITUCIONAL – TRIBUTÁRIO – TAXA DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL – FATO GERADOR ESTRANHO AOS DITAMES DO ART. 145, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - LEI Nº 9.960/2000, ART. 8º - INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA.**

I. O fato gerador da Taxa de Fiscalização Ambiental, nos termos do art. 17-B, § 1º, da Lei nº 6.938/81 (incluído pela Lei nº 9.960/2000), c/c o art. 17, II, do mesmo diploma legal, é o exercício de atividades potencialmente poluidoras e/ou a extração, produção, transporte e comercialização de produtos potencialmente perigosos ao meio ambiente, assim como de produtos e subprodutos da fauna e da flora. Conseqüentemente, não está em consonância com a definição do art. 145, II, da Constituição Federal, uma vez que não está vinculado a nenhum serviço público oferecido ou posto à disposição do contribuinte, nem ao exercício do Poder de Polícia, pormenor que o torna inconstitucional.

II. Inconstitucionalidade do art. 8º da Lei nº 9.960/2000 reconhecida.

### ACÓRDÃO

Decide a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, afastar a preliminar de prejudicialidade suscitada pelo Ministério Público Federal e, à unanimidade, declarar a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei nº 9.960/2000.

Trata-se de argüição de inconstitucionalidade em sede de apelação em mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis- IBAMA, onde se pretendia compelir a referida autoridade a abster-se de exigir o recolhimento da Taxa de Fiscalização Ambiental, prevista na Lei 9.960/2000, ao argumento de inexistência de ato de polícia a justificar sua cobrança e de flagrante ofensa a diversos princípios constitucionais.

No exame do recurso de apelação do IBAMA contra a sentença que concedeu a segurança, a 7ª Turma deste Tribunal reconheceu, por unanimidade, a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei 9.960/2000, por destoar do art. 145, II, da Constituição Federal e determinou a remessa dos autos à Corte Especial, nos termos dos arts. 481 do CPC e 352 e seus parágrafos, do Regimento Interno do TRF 1ª Região.

Preliminarmente, entendeu o Relator dever ser afastada a prejudicialidade suscitada pelo Ministério Público Federal pois, embora aparentemente prejudicada esta Arguição de Inconstitucionalidade, em razão da suspensão da eficácia do art. 8º da Lei 9.960/2000 pelo Supremo Tribunal Federal, persiste o interesse de agir, tendo em vista que não acarreta a sua falta o deferimento de pedido liminar em Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, suspendendo a eficácia de dispositivos legais até decisão final nesta, apesar da eficácia erga omnes, por ser provisória a decisão, que poderá ser alterada na ocasião do julgamento da matéria de mérito.

De outro lado, editada, em substituição à norma acoimada de inconstitucional, a Lei 10.165/2000, que estabeleceu a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental-TCFA, sanadas as irregularidades apontadas no diploma legal que a precedeu e decretada a perda de objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade em decorrência de legislação superveniente, é inequívoco que sobre o mérito da questão não se pronunciou o Supremo Tribunal Federal.

Não obstante a revogação da Lei 9.960/2000 pela Lei 10.165/2000, que sanou as inconstitucionalidades apontadas pelo STF, o interesse perdura, pois é necessário esclarecer os efeitos dos atos jurídicos sob a égide do primeiro diploma legal e, conseqüentemente, a legitimidade ou ilegitimidade da Taxa de Fiscalização Ambiental - TAF e sua cobrança no lapso entre os dois diplomas legais.

Quanto ao mérito, esclareceu a Corte que a Taxa de Fiscalização Ambiental – TFA, criada para viabilizar a atividade fiscalizadora do IBAMA, foi instituída pelo art. 8º da Lei 9.960/2000, que introduziu, entre outros, os arts. 17-B, 17-C e 17-D no texto da Lei 6.938/81. Pela análise do art. 17-B, §1º, da Lei 6.938/81 c/c o art. 17, II, do mesmo diploma legal (com a redação da Lei 7.804/89) verifica-se que o fato gerador de tal taxa é o exercício de atividades potencialmente poluidoras e/ou a extração, produção, transporte e comercialização de produtos potencialmente perigosos ao meio ambiente, assim como de produtos e subprodutos da fauna e da flora. Conseqüentemente, não está ela em consonância com a definição do art. 145, II, da Constituição Federal, uma vez que não está vinculada a nenhum serviço público oferecido ou posto à disposição do contribuinte, nem ao exercício do Poder de Polícia, fato que a torna inconstitucional. Este foi o entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.178/DF, acima referida, quando reconheceu a plausibilidade da tese de inconstitucionalidade do art. 8º da Lei 9.960/2000, suspendendo, desde logo, a eficácia dos dispositivos instituidores e reguladores da Taxa de Fiscalização Ambiental - TFA.

Pelo o exposto, por destoar do disposto no art. 145, II, da Constituição Federal, declarou a Corte Especial ser inconstitucional a Taxa de Fiscalização Ambiental, instituída pelo art. 8º da Lei 9.960/2000.

MANDADO DE SEGURANÇA 2006.01.00.044663-8/TO

Relatora: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada)

Julgamento: 22/08/07

### EMENTA

**PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FECHAMENTO DE ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS. VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INJUSTIÇA DO ATO IMPUGNADO. INOCORRÊNCIA. PODER GERAL DE CAUTELA. POSSIBILIDADE. EXCLUSÃO DE UM DOS ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS. NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO NO TOCANTE À PARTE EXCLUÍDA. NA PARTE CONHECIDA, SEGURANÇA CONCEDIDA PARCIALMENTE.**

I. Em havendo confronto entre direitos fundamentais, à luz do princípio da proporcionalidade deve-se buscar manter a harmonia do ordenamento jurídico.

II. Os direitos fundamentais não são absolutos, podendo ser relativizados ante a existência de interesse público relevante.

III. O MM. Juízo impetrado, em juízo preliminar, avaliou e sopesou, como exige o provimento cautelar, os elementos probatórios até então fornecidos, portanto não há que falar em injustiça da decisão impugnada.

IV. A presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pode o juiz, baseado no poder geral de cautela, determinar as medidas provisórias que julgar adequadas (art. 798, CPC c/c art. 3º, CPP).

V. O fechamento dos estabelecimentos comerciais transborda o objeto da cautelar requerida pelo Delegado de Polícia e atenta contra o princípio constitucional da proporcionalidade e do livre exercício da atividade comercial.

VI. Posto isto, deve ser concedida, em parte, a ordem para cassar o ato que determinou o fechamento dos estabelecimentos comerciais dos impetrantes, ficando impedidas apenas atividades consorciais até a regularização junto ao BACEN.

### ACÓRDÃO

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer parcialmente do presente mandado de segurança e, na parte conhecida, conceder em parte a ordem para cassar o ato que determinou o fechamento dos estabelecimentos comerciais do impetrante, ficando impedidas apenas atividades consorciais até a regularização junto ao BACEN.

As impetrantes pretendem, com o presente mandado de segurança, seja determinada a reabertura de seus estabelecimentos comerciais, fechados pelo Juízo Federal impetrado em decisão fundada em fortes indícios da existência do crime do art. 16 da Lei 7.492/86, visto que as empresas estariam operando venda de consórcio para aquisição de veículos, sem autorização do Banco Central do Brasil.

Inicialmente, assinalou a Relatora que nenhum direito fundamental é absoluto a ponto de, no confronto com outros direitos, também fundamentais, aniquilá-los,

caso contrário, admitir-se-ia total falta de harmonia do sistema jurídico.

*In casu*, os direitos fundamentais que as impetrantes alegam terem sido violados, hão de ser lidos à luz do princípio da proporcionalidade, a fim de que não se sacrifique outros valores também fundamentais para a ordem constitucional.

Se as impetrantes têm direito à livre iniciativa econômica, à propriedade privada e à livre concorrência, tais direitos não são absolutos e devem ser exercidos nos limites em que o ordenamento jurídico permite e, quando inseridos no sistema de valores albergados pela Constituição, excepcionalmente, podem e devem sofrer flexibilização, sobretudo em se tratando do interesse público do Estado de combater a prática de ilícitos penais que atingem consumidores e que causam insegurança na ordem econômica, como é o caso dos autos, em que se apura a prática, em tese, de delito contra o sistema financeiro, dentre outros.

A alegação de que a decisão impugnada é injusta não merece prosperar nos presentes autos. De fato, o Juízo impetrado avaliou e sopesou os elementos probatórios fornecidos. Pelo teor dos termos de busca e apreensão, concluiu-se que os indícios da atividade ilícita são veementes, já que apreendida grande quantidade de contratos de compra e venda de grupos de consórcio, além de folhetos de propaganda, globo de sorteio com pedras, etc.

No entanto, verifica-se que dos fundamentos, bem assim do pedido, não decorre a medida constritiva na dimensão aplicada.

O delegado da polícia requereu que fosse determinada a interrupção imediata de qualquer atividade que visasse administrar consórcio.

A empresa em questão possui dois estabelecimentos, um dos quais vende consórcio, e o outro, além de consórcio, vende peças e acessórios para motos.

Assim sendo, conclui-se que necessária é a cessação exclusivamente da prática ilícita, não o fechamento dos estabelecimentos comerciais, impedindo a continuidade da atividade lícita, porque transborda do pedido e da proporcionalidade.

A determinação do Juízo impetrado, limitada à atividade relativa a consórcio, não é destituída de amparo legal, tendo em vista que ao juiz, no exercício do poder geral de cautela, é permitido, em conformidade com o art. 798, CPC c/c art. 3º, CPP, determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, desde que verifique a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o que, evidentemente, é a hipótese dos autos.

Não há de se falar na existência de direito líquido e certo à continuidade da atividade consorcial, já que esta demanda autorização do Bacen, sem a qual é ilegal. No entanto, as demais atividades constantes de seu cadastro não podem ficar impedidas.

Por todo o exposto, a Seção concedeu, em parte, a ordem para cassar o ato que determinou o fechamento dos estabelecimentos comerciais do impetrante, ficando impedidas apenas as atividades consorciais até a regularização junto ao Bacen.

## Terceira Seção

## EMENTA

### **AGRAVO REGIMENTAL. ACÓRDÃO NÃO UNÂNIME. SENTENÇA ANULADA PARA DETERMINAR A REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA. EMBARGOS INFRINGENTES. DESCA-BIMENTO.**

I. Não cabem embargos infringentes de acórdão, não unânime, que anula a sentença, para determinar a realização de nova perícia, isso porque após o fim da instrução, reaberta por determinação do acórdão embargado, será proferida nova sentença de mérito, susceptível de apelação, não havendo, portanto, razão alguma “para que se use este recurso desempatador”. Precedente do STJ.

II. Agravo regimental a que se nega provimento.

## ACÓRDÃO

Decide a Terceira Seção, por unanimidade, negar provimento agravo regimental.

Impugnam os recorrentes decisão que negou seguimento aos embargos infringentes opostos contra acórdão da 6ª Turma que, por maioria, julgando inconsistente a perícia que fundamentara a sentença apelada, deu provimento ao recurso da CEF, para anular a sentença e determinar a reabertura da instrução, após o que deveria ser proferida nova sentença de mérito. O voto vencido negava provimento à apelação. A decisão agravada entendeu incabíveis os embargos infringentes, pois o acórdão recorrido não reformou a sentença de mérito, mas apenas a anulou, o que não se enquadraria nas hipóteses estabelecidas no art. 530, *caput*, do CPC.

Sustentam os recorrentes que a modificação da valoração da prova pericial constitui apreciação do próprio mérito do recurso de apelação e, nesse particular, o acórdão embargado reformou a sentença, já que sanou o vício de julgamento nela contido, afastando o *error in judicando*.

Nesse sentido, entendem que, se esse vício cingiu-se somente à apreciação da prova, não há que se falar em *error in procedendo*, onde cabe a anulação da sentença, mas *em error in judicando*, onde ocorre a reforma da sentença, sendo cabíveis, portanto, os embargos infringentes, que ataca decisão que, por maioria, reformou a sentença.

Asseverou o Órgão Julgador que o acórdão não unânime proferido pela Sexta Turma deu provimento à apelação da CEF, para anular a sentença e determinar a realização de nova perícia, após a requisição dos documentos faltantes ao banco depositário. Isto porque se trata de demanda que pretende reconstituir fatos ocorridos durante três décadas e os autores, ao ajuizarem a ação, longos anos após o início da ocorrência dos fatos lesivos a seu direito, deixaram para obter os documentos necessários à quantificação de seu direito apenas na fase de liquidação da sentença.

Assim, o mérito da pretensão ainda não chegou a ser objeto de apreciação por este Tribunal, que se limitou a anular a sentença deficiente, para, após a devida complementação da instrução e a prolação de nova sentença de mérito pelo magistrado

de primeiro grau, examiná-lo em toda a sua extensão.

Com esses fundamentos, a Seção entendeu que não são cabíveis os embargos infringentes opostos, por não ter havido reforma de sentença de mérito.

## Primeira Turma

---

APELAÇÃO CÍVEL 2004.38.00.025798-3/MG

Relator: Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira

Julgamento: 22/08/07

### EMENTA

**ADMINISTRATIVO – SERVIDOR MILITAR – LICENCIAMENTO *EX OFFICIO* POR TÉRMINO DO TEMPO DE SERVIÇO OU DE ESTÁGIO – NEOPLASIA MALIGNA – TRATAMENTO CIRÚRGICO E RADIOTERÁPICO – NÃO OBSERVÂNCIA DE PRAZO PARA O DESLIGAMENTO – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – ART. 108, V, DA LEI Nº 6.880/80 – PORTARIA Nº 328, DE 17/05/2001 – CANCELAMENTO DO ATO – PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO – RESSARCIMENTO DAS DESPESAS COM PLANO DE SAÚDE – CORREÇÃO MONETÁRIA – JUROS DE MORA – APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA, IMPROVIDAS.**

I. Tendo sido a autora “julgada incapaz temporariamente para o serviço do Exército, (...) devendo baixar em uma Organização Militar de Saúde”, por ser portadora de neoplasia maligna (art. 108, inciso V, da Lei nº 6.880/80), não poderia o Exército licenciá-la *ex officio*, por término do tempo de serviço ou estágio, sem o transcurso de prazo para verificação do êxito no tratamento médico a que ainda estava se submetendo (cirurgia e radioterapia).

II. As inspeções de saúde realizadas na autora não constataram a extirpação ou a cura da neoplasia maligna, ao contrário, afirmaram a existência da doença e a realização da cirurgia. As datas de todos os acontecimentos são muito próximas (de janeiro de 1999, quando do diagnóstico da doença, até junho de 1999, quando foi licenciada).

III. A atual Portaria nº 328, de 17/05/2001, que ainda não estava em vigor quando dos fatos ora em análise, estabelece o prazo de cinco anos de acompanhamento do militar para considerá-lo como portador de neoplasia maligna, “mesmo que o seu estadiamento clínico indicar bom prognóstico”.

IV. Sentença mantida com o cancelamento do ato administrativo que licenciou a autora do serviço do Exército e a condenação no pagamento da remuneração que lhe seria devida desde seu desligamento, bem como o ressarcimento das despesas efetuadas com seu plano de saúde, conforme pedido na inicial.

V. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, improvidas.

### ACÓRDÃO

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta.

A autora ajuizou ação contra a União Federal postulando o seu retorno ao sistema de saúde do Exército, a fim de dar continuidade ao acompanhamento clínico

que necessita, em razão da neoplasia maligna que surgiu quando ainda integrava os quadros do Exército. Requereu o cancelamento do ato administrativo que a licenciou indevidamente e o pagamento de todas as parcelas atrasadas, por um período de 05 anos, contados a partir de 24 de junho de 2004, data em que ocorreu o seu licenciamento indevido. Por fim, pleiteou a restituição de todos os valores pagos a título de despesas médicas efetuadas com plano de saúde, realizadas a partir de seu licenciamento até a data de sua reinclusão no sistema de saúde do Exército.

A sentença julgou procedentes os pedidos e a União interpôs apelação.

A incorporação da autora se deu em 01/98. Solicitada a prorrogação do serviço militar em 11/98, foi considerada apta para o serviço do Exército.

Em 01/99, diagnosticada neoplasia maligna, a autora foi submetida à cirurgia, passando a fazer tratamento radioterápico com iodo e reposição hormonal.

Em 07/04/99, consta da sua folha de alterações que ela deixou de ser licenciada nesta data, por ter sido julgada incapaz temporariamente para o serviço do Exército, devendo baixar em uma organização militar de saúde.

Em 14/04/99, a autora baixou ao Posto de Saúde para controle a critério médico, do qual teve alta em 23/06/99.

Antes, contudo, no dia 17/05/99, foi inspecionada novamente e considerada incapaz temporariamente para o serviço do Exército, com a especificação de que necessitava permanecer baixada em organização militar de saúde. No entanto, tal exame de saúde só foi publicado no Boletim Interno 12, de 30/06/99, após seu ato de licenciamento em 24/06/99.

O ato de licenciamento *ex officio* (Boletim Reg 116, de 24/06/99), por término do tempo de serviço ou de estágio, deu-se após inspeção de saúde, publicada no Boletim IR Esp 12, de 24/06/99, a qual julgou a autora apta para o serviço do exército.

Do que se depreende dos autos, as inspeções de saúde realizadas na autora não constatarem a extirpação ou a cura da neoplasia maligna, ao contrário, afirmaram a sua existência, bem como a da cirurgia realizada. As datas de todos os acontecimentos são muito próximas.

O Exército não poderia naquela ocasião licenciar *ex officio* a autora, eis que era portadora de uma das doenças enumeradas no art. 108, inciso V, da Lei 6.880/80. Foi ela considerada em data muito próxima temporariamente incapaz para o serviço militar e não houve o transcurso de qualquer prazo para verificação do êxito do tratamento médico que ainda estava se submetendo.

A Portaria 328, de 17/05/01, que ainda não estava em vigor quando dos fatos ora em análise, com fundamento no princípio da razoabilidade, estabeleceu o prazo de cinco anos de acompanhamento do militar, para que, findos estes, se conclua pelo enquadramento de incapacidade definitiva por neoplasia maligna, nos termos do referido art. 108, inciso V.

Diante do exposto impõe-se a manutenção da sentença recorrida com o cancelamento do ato administrativo que licenciou a autora do serviço do Exército e a

condenação no pagamento da remuneração que lhe seria devida desde seu desligamento, bem como o ressarcimento das despesas efetuadas com seu plano de saúde, conforme pedido.

## Terceira Turma

---

*HABEAS CORPUS* 2007.01.00.026051-4/DF

Relator: Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado)

Julgamento: 21/08/07

### EMENTA

**“HABEAS CORPUS”. ADMISSIBILIDADE PARA O EXAME DE TESE ESTRITAMENTE JURÍDICA. PACIENTE QUE NÃO PAROU EM BARREIRA POLICIAL SEMI-OSTENSIVA. CRIMES DE RESISTÊNCIA E DE DESOBEDIÊNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.**

I. “O *habeas corpus* é remédio idôneo para examinar tese estritamente jurídica (a de que determinada ação descrita na denúncia não constitui crime), ainda que controvertida.” (RHC 57710/SP, Relator Min. Moreira Alves, Julgamento: 26/02/1980, Segunda Turma, DJ 16/05/1980, p. 3484, RTJ 97/148).

II. Não caracterização do crime de resistência (Código Penal, artigo 329), uma vez que a denúncia não descreve o elemento normativo do tipo, ou seja, a violência e a ameaça a servidor público.

III. Não configuração do crime de desobediência (Código Penal, artigo 330), uma vez que não ficou evidenciada a qualidade de servidor público dos agentes policiais, porque parte deles, segundo o próprio Delegado de Polícia Federal comunicante da ocorrência, não estavam utilizando vestimenta ostensiva, no momento da diligência, que ocorreu às três horas da madrugada.

IV. *Habeas corpus* deferido.

### ACÓRDÃO

Decide a Turma conceder a ordem de *habeas corpus*, à unanimidade.

Inicialmente a Turma ressaltou que o *Habeas Corpus* é remédio idôneo para examinar tese estritamente jurídica (a de que determinada ação descrita na denúncia não constitui crime), ainda que controvertida. Assim, é admitido no *writ* a análise da tipicidade da conduta, sempre que para tanto não dependa o magistrado do cometimento de atos de instrução probatória. Entendeu, portanto, admissível o presente *habeas corpus* para verificar, à vista dos fatos narrados na denúncia – tidos por certos pelo órgão da acusação -, se eles caracterizam, ou não, os crimes nela capitulados.

Cuida a hipótese de ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de denunciado pela prática dos crimes previstos nos artigos 329 (resistência) e 330 (desobediência), ambos do Código Penal, por ter supostamente descumprido ordem emanada por uma equipe de policiais federais substanciada em determinação de parar o veículo que conduzia. Descreve, ainda, a denúncia, que o paciente teria jogado o veículo em direção aos policiais, colocando suas vidas em risco.

Pretende o impetrante ver reconhecida a atipicidade da conduta imputada ao



acusado, com o trancamento da ação penal correspondente. Sustenta que os fatos narrados na denúncia tiveram origem no fato de o paciente não ter reconhecido os policiais federais como tais, já que estes não estavam identificados.

O crime de resistência, previsto no art. 329 do CP, requer para sua consumação a realização de conduta de obstaculização à execução de ato legal, mediante violência (emprego de força física) ou ameaça (oral ou escrita, prenunciado a prática de um mal à vítima) a funcionário competente para executá-lo. Com efeito, requer o tipo penal uma oposição positiva à realização do dever de ofício do funcionário público, ou seja, quando o sujeito ativo, munido da intenção deliberada de impedir o acometimento do dever funcional, realiza atos concretos voltados à coação física do funcionário público.

Segundo a peça acusatória, a violência estaria apoiada no fato de o paciente, ao empreender fuga, ter colocado em risco a vida dos policiais. Contudo, essa conduta não apresenta o caractere de violência física exigido para a consumação do tipo penal. “Dar marcha ré”, “cantar pneu” ou mesmo “mudar de via” constituem uma série de atitudes levadas a efeito com o objetivo de empreender fuga. Assim, não é possível extrair da denúncia a prática de ato de violência ou de ameaça dirigida aos agentes da Polícia Federal, já que não basta, para caracterizar o crime, o fato de a conduta evasiva do paciente ter abstratamente colocado em risco a vida dos funcionários públicos.

Não é só a falta do elemento normativo da violência que impede a configuração do crime de resistência. O elemento subjetivo (dolo) necessário para a consumação da figura delitiva também não está demonstrado na denúncia.

O paciente transitava com seu veículo às 3 horas da madrugada quando policiais federais, não caracterizados, determinaram que parasse o carro, no que não obtiveram êxito. Em tais circunstâncias, os atos cometidos pelo paciente, longe de indicarem a intenção de opor-se à ordem legal de um funcionário público, apresentam características de fuga, em razão do desconhecimento dessa qualidade dos agentes da Polícia Federal. Ressalte-se que ele foi detido pelos agentes federais dentro do Batalhão da Polícia Militar, onde estacionou o carro para pedir auxílio, o que confirma a sua versão de que fugiu premido do temor de que viesse a ser vítima de um delito, e não com a intenção deliberada de não atender a ordem a ele dirigida.

Não há o dolo genérico porque o elemento subjetivo não englobou o conhecimento e a consciência de que estava o paciente a desafiar ordem emanada de policiais federais, fato confirmado pelo registro da Polícia Militar, dando conta de que a viatura da Polícia Federal estava descaracterizada. Também não há o dolo específico – fim especial de se opor à execução do dever de ofício - já que os elementos dos autos são contundentes no sentido de que o paciente pretendeu, na verdade, empreender fuga.

Em conformidade com a jurisprudência, aquele que cometeu algum delito não pratica o crime de resistência ao empreender fuga com o objetivo de se furtar à ordem de prisão, uma vez que a sua intenção estaria voltada para a preservação da sua liberdade, e não à obstaculização do dever funcional do agente de segurança pública. Com mais razão não se há que falar no aperfeiçoamento desse delito na

hipótese dos autos, em que o paciente fugiu na falsa impressão de estar preservando a sua segurança pessoal de eventual tentativa criminosa, em razão de estarem os policiais descaracterizados.

Também não há que se falar na prática do crime de desobediência (art. 330 do CP). É que, assim como no crime de resistência, o elemento subjetivo do tipo deve abranger a consciência da qualidade do funcionário público de quem emana a ordem, e, conforme o já exposto, não restou evidenciada a situação de funcionário público dos policiais.

À vista de tais fundamentos, foi concedida a ordem de *habeas corpus*, para determinar o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente.

## Quarta Turma

---

APELAÇÃO CÍVEL 2001.35.00.016857-1/GO

Relator p/ Acórdão: Desembargador Federal Carlos Olavo

Julgamento: 21/08/07

### EMENTA

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA- ARTIGO 11, INCISOS I E V DA LEI 8.429/92- DOLO GENÉRICO- CONCURSO PÚBLICO – MESTRADO - FACULDADE DE DIREITO DA UFGO – BANCA EXAMINADORA - EXISTÊNCIA DE PARENTESCO, POR AFINIDADE, ENTRE EXAMINADOR E CONCURSANDA– AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DOS ENVOLVIDOS – BURLA À LICITUDE DE CONCURSO PÚBLICO CONFIGURADA, ANTE A VERIFICAÇÃO OBJETIVA DE QUE O RÉU PARTICIPOU ATIVAMENTE DA BANCA EXAMINADORA E ATRIBUIU NOTA MÁXIMA NA PROVA DE LÍNGUA ESTRANGEIRA A SUA SOGRA, PROPICIANDO-LHE , ASSIM, OCUPAR UMA DAS VAGAS OFERECIDAS NO CONCURSO – PENALIDADES – ARTIGO 12, INCISO III, DA LEI 8.429/92- PROPORCIONALIDADE ENTRE ATO E SANÇÃO -RAZOABILIDADE .**

I. Para configuração de Improbidade Administrativa, sob qualquer das modalidades tratadas na Lei 8.429/92, basta que esteja demonstrado o dolo genérico, ou seja, basta que os envolvidos tivessem conhecimento da existência de impedimento para a prática da conduta que cometeram para que se configurasse o enquadramento ‘típico’. No caso, em se tratando de um professor graduado da Universidade de Goiás e de uma candidata ao curso de mestrado, afasta-se possível alegação de desconhecimento, seja da relação de parentesco que os une, seja dos vários dogmas e normas, constitucionais, legais e administrativas, que dispõem sobre a impossibilidade de sua co-participação, como examinador e examinanda, em um mesmo concurso público.

II. A conduta praticada pelos demandados configura ato de improbidade administrativa descrito nos incisos I e V do artigo 11 da Lei 8.429/92, porquanto, pelo que restou apurado, burlaram a licitude do concurso de mestrado realizado pela Faculdade de Direito da UFGO, do qual ambos participaram de maneira irregular.

III. A condenação pela prática de improbidade administrativa independe da existência de prejuízo material ou lesão ao erário (artigo 21 da Lei 8.429/92).

IV. A configuração de conduta considerada como ‘ato de improbidade administrativa’ não induz à

aplicação cumulativa das sanções previstas no inciso III do artigo 12 da Lei 8.429/92, sendo imperativo que seja resguardada a proporcionalidade entre o ato e a sanção respectiva. Necessário, também, que haja razoabilidade no momento de se fazer essa correlação entre fato e sanção, para que não se configurem situações extravagantes, decorrentes da aplicação de sanções exacerbadas (ou ínfimas).

V. Penalidade imposta ao réu (suspensão de direitos políticos) substituída por pena de multa civil equivalente a 10 (dez) vezes o valor da última remuneração percebida pelo réu junto à UFG, antes de sua aposentadoria. Penalidade imposta à ré (afastamento do curso de mestrado) mantida, já que apropriada para penalização da envolvida e saneadora da instituição (UFGO) onde ocorreram os fatos.

## ACÓRDÃO

Decide a Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento aos apelos da ré e do Ministério Público Federal e, por maioria, dar parcial provimento ao apelo do réu.

Cuida-se de apelações interpostas contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pelo Ministério Público em Ação de Improbidade Administrativa ajuizada contra professor da Universidade Federal de Goiás – UFG e candidata ao concurso para Mestrado em Ciências Penais, realizado pela UFG, declarando nula a aprovação da candidata e condenando o réu à suspensão de direitos políticos por três anos.

O Juiz Federal sentenciante considerou ocorrida conduta configuradora de improbidade administrativa, na forma prevista no artigo 11, inciso V, da lei 8.429/92, ante a verificação objetiva de que o réu servidor da Universidade participou ativamente da banca examinadora de mestrado da Faculdade de Direito da UFG, tendo examinado sua sogra, a quem atribuiu nota máxima na prova de língua estrangeira, propiciando-lhe ocupar uma das vagas oferecidas no concurso.

Entendeu o Órgão Julgador que a negativa de dolo por parte dos requeridos não merece guarida, porquanto o dolo de que se trata em casos como o dos autos é o dolo genérico, ou seja, basta que os envolvidos tivessem conhecimento da existência de impedimento para a prática da conduta que cometeram para que se configurasse o enquadramento típico. No caso, em se tratando de um professor graduado da Universidade de Goiás e de uma candidata ao curso de mestrado, não se verifica qualquer plausibilidade numa possível alegação de desconhecimento, seja da relação de parentesco que os une, seja dos vários dogmas e normas, constitucionais, legais e administrativas, que dispõem sobre a impossibilidade de sua co-participação, como examinador e examinanda, em um mesmo concurso público.

Improbidade administrativa, por força da própria literalidade do termo, revela prática de ato desconforme com os deveres de lealdade e probidade *lato sensu*. Por tal razão, encontram-se no âmbito da Lei 8.429/92 dispositivos como o do artigo 11, que contém descrição de comportamento caracterizador de improbidade administrativa num sentido amplo. Na hipótese, a conduta praticada pelos demandados configura ato de improbidade administrativa descrito nos incisos I e V do artigo 11 da referida Lei, porquanto, pelo que restou apurado, burlaram a licitude do concurso de mestrado do qual ambos participaram de maneira totalmente irregular.

Com efeito, não foi sem razão que o legislador buscou responsabilizar o agente

público por toda e qualquer ação ou omissão que atente contra os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, pois a observância rigorosa de todos eles decorre de mandamento Constitucional (art. 37) e também do artigo 4º da mesma Lei 8.429/92, onde está consignado: “Art. 4º - Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.”

À luz de tais fundamentos extraídos da Lei que rege a matéria, deve rejeitar-se a alegação dos requeridos de que, inexistindo prejuízo ou lesão ao erário, não haveria que se falar em improbidade administrativa, não se justificando a punição deles. Ora, tal assertiva vai de encontro ao artigo 21, I, da Lei de Improbidade Administrativa: “Art. 21- A aplicação das sanções previstas nesta lei, independe: I- da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público”.

Um exame sistemático dos dispositivos que integram a Lei 8.429/92 revela, com clareza, que o legislador agrupou os atos passíveis de configurarem improbidade administrativa em três classes distintas: os atos que acarretem enriquecimento ilícito ou vantagem patrimonial indevida ao agente público (artigo 9º); atos causadores de lesão ao erário (artigo 10); e atos atentatórios contra os princípios norteadores da Administração Pública (artigo 11).

Nem poderia ser de outra forma, posto que o elenco dos princípios norteadores da conduta da Administração Pública, e, conseqüentemente dos agentes públicos que a integram, encontra-se inserido na Constituição Federal, o que permite afirmar que sua observância é obrigatória, impostergável, inflexível, sob pena de restar afetada a própria máquina administrativa nos moldes em que definidos pelo Legislador Constituinte como necessária à existência do Estado Democrático do Direito.

Por outro lado, a configuração de conduta considerada como ato de improbidade administrativa não induz à aplicação cumulativa das sanções previstas no inciso III do artigo 12 da Lei 8.429/92. Impõe-se que seja resguardada a proporcionalidade entre o ato e a sanção respectiva. É preciso que haja razoabilidade no momento de se fazer essa correlação entre fato e sanção, para que não se configurem situações absurdas, não arrazoadas, decorrentes da aplicação de sanções exageradas (ou ínfimas).

Nessa linha de entendimento, não assiste razão ao Ministério Público Federal quando pretende, a um só tempo, condenar os réus ao pagamento de indenização por danos morais, à perda da função pública, à suspensão de direitos políticos e ao pagamento de multa civil, cumulativamente.

Primeiramente, porque a conduta retratada nos autos não resultou, e nem resultaria se houvesse a candidata continuado no curso de Mestrado, em danos ao patrimônio público, ao erário. Os prejuízos aqui revelados são aqueles a que se refere o artigo 11 da Lei 8.429/92: violação de diretrizes constitucionais relacionadas à conduta da Administração Pública e seu rol de servidores.

No tocante aos danos morais, não se verifica relação de causalidade entre o ato praticado pelos requeridos e os alegados danos sofridos pela sociedade. A iniciativa dos requeridos de participarem furtivamente de um concurso público, ocultando a

relação de parentesco existente entre eles, conquanto seja uma conduta que não se possa desconsiderar do ponto de vista jurídico, já que evidencia franca violação aos dogmas da moralidade, impessoalidade e probidade, não contém em si, como consequência direta e necessária do procedimento condenável em referência, o advento de máculas à sociedade.

A condenação do servidor à perda da função pública também não se afigura como medida razoável, proporcional e necessária à punição pelo ato praticado, que, até onde se sabe, foi o único na vida funcional do demandado.

A suspensão de direitos políticos dos requeridos igualmente constitui penalidade demasiadamente grave e desproporcional à conduta dos réus, além de não guardar qualquer relação com a conduta praticada.

Nessa ordem de idéias, fundamentando-se pelas diretrizes da proporcionalidade e da razoabilidade, a Turma considerou que a sentença apelada não merece qualquer reparo no tocante à penalidade imposta à ré. Seu afastamento do curso de mestrado, no qual ingressou pela via oblíqua denunciada na ação, configura medida apropriada para penalização da envolvida, como também revela-se saneadora da instituição onde ocorreram os fatos, e, ademais, pode-se dizer que com isso foi reparado o potencial dano causado à UFG e à sociedade.

Já em relação ao réu servidor público, o Órgão Julgador considerou não se justificar a imposição da penalidade de suspensão de direitos políticos. Dentre as imposições cabíveis à luz do artigo 12, inciso III, da Lei 8.429/92, a condenação do réu ao pagamento de multa civil é medida que bem se ajusta à necessidade de punição da conduta por ele praticada, não sendo necessária ou conveniente a imposição de penalidades outras.

## Quinta Turma

---

APELAÇÃO CÍVEL 2005.38.00.003645-0/MG

Relator: Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi (convocado)

Julgamento: 22/08/07

### EMENTA

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PROCESSO CIVIL. COMUNIDADE INDÍGENA MAXAKALI. ATENDIMENTO DE SAÚDE. NULIDADE DO PROCESSO E DA SENTENÇA. PERDA DO OBJETO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.**

I. Os documentos trazidos pela FUNASA durante o trâmite do feito mostram que tem buscado cumprir as ordens dadas pelo Judiciário, inclusive na sentença, porém deles não se pode concluir que tudo que lhe foi determinado foi efetivamente cumprido. Tal demonstração virá apenas na fase de implementação do julgado, mediante prova técnica na qual o julgador de primeiro grau, utilizando órgãos e especialistas da área de saúde, possa se certificar de que tudo que era necessário para atender a saúde indígena foi feito, bem como foram procedidas as adequações necessárias na Casa de Saúde Indígena, de acordo com as observações feitas pela Vigilância Sanitária.

II. A sentença analisou as provas que entendeu relevantes e apresentou os argumentos jurídicos

plausíveis a partir dos quais concluiu pela procedência do pedido, portanto é risível falar em falta de fundamento. Nulidade por falta de fundamento rejeitada.

III. A ampla defesa não inclui o direito de produzir provas inúteis apenas para protelar o processo. Neste caso tudo que era necessário saber já estava devidamente demonstrado em documentos produzidos por entidades públicas, portanto era absolutamente desnecessária a abertura de fase probatória.

IV. É plenamente cabível a fixação de multa diária contra a Fazenda Pública. Precedente do c. STJ.

V. Os documentos fornecidos ao MPF pela FUNAI, o relatório do órgão de vigilância sanitária e a própria argumentação da FUNASA no sentido de já ter resolvido a situação (sic), confirmam que houve realmente a suspensão de atendimento médico à população indígena Maxakali, com graves conseqüências, incluindo a morte de crianças, além de a Casa de Saúde Indígena apresentar irregularidades diversas. Dever da FUNASA em reestabelecer o tratamento e adequar a Casa de Saúde ao padrão exigido pelo órgão de vigilância sanitária.

VI. Não é cabível a condenação em honorários advocatícios na ação civil pública, conforme o art. 18 da Lei de Ação Civil Pública . Precedentes .

VII. Apelação e remessa tida por interposta parcialmente providas.

## ACÓRDÃO

Decide a Turma, à unanimidade, dar provimento parcial à apelação e à remessa tida por interposta.

Trata-se de apelação interposta pela Funasa contra sentença que determinou que fosse restabelecido o atendimento médico à população indígena Maxakali, bem como fossem feitas adequações na Casa de Saúde Indígena, de acordo com recomendação da vigilância sanitária.

Argüiu a apelante perda do objeto, alegando já ter cumprido o comando da sentença. Argüiu, também, a nulidade da sentença por falta de fundamentação e a nulidade do processo por falta de fase probatória atingindo seu direito de ampla defesa. Questionou, ainda, acerca da impossibilidade jurídica de aplicação de multa diária à Fazenda Pública e de condenação em honorários em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal. No mérito, discorreu sobre seus deveres e o cumprimento do atendimento médico devido, juntando novos documentos.

No que tange à alegação de perda de objeto, os documentos juntados no curso do feito e com a apelação retratam uma série de providências que foram tomadas pela Funasa para atender a saúde da comunidade indígena, entretanto, não são suficientes para, a partir deles, concluir-se que tudo que era necessário fazer, conforme determinado pela sentença, veio a ser executado.

Além disso, há diferença óbvia entre perda do objeto (falta de necessidade do provimento jurisdicional) e cumprimento de comandos judiciais (ações praticadas em resposta ao comando judicial, as quais só reforçam que ele era realmente necessário e não o contrário).

Os documentos trazidos com a inicial mostram que havia em 2004 e início de 2005 uma situação de abandono do atendimento médico à população Maxakali,

sendo que as ações da Funasa visando corrigir a situação são posteriores a esse período.

Foi naquele momento inicial de abandono e descumprimento de deveres com sérias conseqüências, chegando mesmo ao falecimento de crianças, que o MPF bem agiu e encontrou o amparo devido na Justiça.

Qualquer atuação posterior não passa de cumprimento de ordens dadas pela Justiça, e, sem as quais, a Funasa teria deixado a comunidade indígena perecer.

Quanto à nulidade por falta de fundamentos, a sentença analisou as provas que entendeu ser relevantes e apresentou os argumentos jurídicos plausíveis, a partir dos quais concluiu pela procedência do pedido, portanto não há que falar em falta de fundamento.

No que toca à nulidade do processo por ausência de ampla defesa, esta não inclui o direito de produzir provas inúteis apenas para protelar o processo. Tudo que era necessário saber já estava devidamente demonstrado em documentos produzidos por entidades públicas, portanto era absolutamente desnecessária a abertura de fase probatória. A situação era de julgamento antecipado da lide, nos estritos termos do art. 330, I, segunda parte, do CPC.

Não existe na Constituição e nem em qualquer outra norma proibição para que se estabeleça multa diária para a Administração Pública, pelo contrário, a regra do CPC, aplicável a todos, é a de que a obrigação de fazer pode ser sancionada pelas astreintes, conforme o art. 461, §4º, do CPC, ao qual a Fundação quer negar vigência. Nesse sentido também a jurisprudência do STJ.

Quanto ao mérito, os autos não trazem controvérsia das partes quanto ao direito, mais especificamente no que tange à existência da obrigação de fazer consistente em prestar atendimento médico adequado. A controvérsia encontra-se no plano puro dos fatos e diz respeito a ter ou não sido cumprida a obrigação de prestar assistência médica.

Os documentos trazidos com a inicial mostram que o MPF tinha todos os motivos para pedir socorro ao Judiciário, dado ter havido realmente uma interrupção do atendimento médico, apresentando a Casa de Saúde Indígena uma série de irregularidades constatada oficialmente pela Vigilância Sanitária.

Do lado da Funasa o que se colhe são inúmeros documentos mostrando a dificuldade de acesso à região e os perigos a que estão sujeitos seus agentes, em razão de violência e ameaças. Dificuldades e risco pessoal podem até justificar não punir um agente específico que se viu impossibilitado de cumprir suas funções, mas de modo algum afasta o dever legal da Instituição. Para esta não há escusa, cabendo-lhe resolver os problemas enfrentados pelos seus servidores para que possa cumprir sua finalidade pública, do contrário não tem nem porque existir.

Os documentos juntados aos autos e até com a apelação não deixam dúvidas de que o atendimento de saúde foi desatendido. Deve a Funasa restabelecê-lo, superando as dificuldades que atingiram sua continuidade, bem como sanando as irregularidades da Casa de Saúde Indígena, respeitando os comandos da Vigilância Sanitária para atender adequada e dignamente a população alvo.

Louvável que a Funasa já esteja se movendo para cumprir seu dever, porém só na fase de implementação da sentença é que se verá, por meios técnicos adequados de avaliação, se aquilo que determinado judicialmente foi cumprido.

No que pertine aos honorários, assiste razão à Funasa quanto a não ser cabível a fixação de honorários em Ação Civil Pública movida pelo MPF, consoante já está assente neste Tribunal, em consonância com o art. 18 da Lei de Ação Civil Pública.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2003.34.00.022475-3/DF

Relator: Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi (convocado)

Julgamento: 22/08/07

## EMENTA

### **ADMINISTRATIVO. CADE. CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DE USO DE MARCA COM EXCLUSIVIDADE - CONCORRÊNCIA.**

I. Inexiste preclusão em matéria cautelar, seja na via judicial, seja na administrativa. Toda decisão cautelar, deferindo ou negando qualquer medida é essencialmente provisória e mutável de acordo com a evolução das circunstâncias de fato.

II. A determinação cautelar de mudança de cláusulas contratuais para que não mais prevejam direito de exclusividade no uso do nome Telemar não é irreversível, ao contrário, a exclusividade pode ser prontamente restabelecida em qualquer momento no qual venha a ser cassada a liminar.

III. A medida cautelar se contenta com a aparência de um bom direito e, no caso, tal aparência é a de que o uso exclusivo do nome da Telemar por uma empresa que produz listas telefônicas desequilibra injustamente a concorrência por fazer o consumidor acreditar que aquela é a única lista de telefones válida, oficial, confiável. Isto perturba a livre concorrência e gera um risco que precisava ser evitado pelo Cade, vindo em boa hora a cautelar administrativa.

IV. Quanto ao perigo de ineficácia do processo administrativo é óbvio que se não fosse obstado o uso exclusivo do nome da Telemar a empresa Apelante teria anos até a solução da questão jurídica para formar clientela em detrimento das demais empresas que também produzem listas, gerando um dano aí sim irreparável e irreversível a valor jurídico concorrência.

V. Além disso, as empresas que prestam serviços públicos delegados, como são as empresas de telefonia, não podem favorecer outras empresas privadas com exclusividades que simplesmente não lhe pertencem. O serviço de telefonia, mesmo delegado, continua sendo público e, ainda que seja em relação a um mero serviço acessório e complementar, com o fornecimento de listas telefônicas, tem-se por imoral a criação de monopólio por uma empresa delegado em favor de uma empresa particular.

VI. Simplesmente não existe e não pode ser criado contratualmente pela empresa delegada de serviço público um monopólio de produção de listas telefônicas, sendo este o efeito prático que se presume ocorreria com o uso do nome Telemar nas listas da empresa Apelante em caráter de exclusividade.

VII. A exclusividade que a Apelante quer defender como impulso à concorrência é nitidamente um atentado contra a concorrência, sendo totalmente plausível a liminar cautelar dada no processo administrativo até que a situação seja definitivamente julgada pelo Cade.

VIII. O Judiciário em mandado de segurança pode nulificar atos ilegais ou abusivos do Poder Exe-



cutivo, mas no caso o que se tem é uma cautelar plausível, dentro dos pressupostos legais de sua emissão (art. 52 da Lei 8884/94), pelo que não merece reparo.

IX. Apelação improvida.

## ACÓRDÃO

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação.

Cuida-se de apelação interposta contra sentença que denegou a segurança, mantendo a validade de cautelar administrativa, deferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, que afastou o direito de exclusividade no uso do nome Telemar na produção de listas telefônicas.

Sustenta a apelante que a liminar administrativa concedida pelo Cade inviabiliza a concorrência, ofende a coisa julgada administrativa, não preenche os requisitos do art. 52 da Lei 8.884/94 e suas determinações têm caráter irreversível.

Asseverou o Órgão Julgador inexistir preclusão em matéria cautelar, seja na via judicial, seja na administrativa. Toda decisão cautelar, deferindo ou negando qualquer medida é essencialmente provisória e mutável de acordo com a evolução das circunstâncias de fato. A sentença em uma ação judicial cautelar não gera situação consolidada e só se pode falar em coisa julgada formal (imutabilidade dentro do mesmo processo), mas não em coisa julgada material. A alegada coisa julgada administrativa foge da realidade e subverte a doutrina conhecida e assente sobre as medidas cautelares, que apesar de ter sido criada tendo em mira os processos judiciais, também se aplica aos processos administrativos.

A Turma, também, não considerou ser o ato impugnado irreversível. Ao contrário da sustentação da recorrente, a exclusividade no direito de uso do nome Telemar pode ser prontamente restabelecida em qualquer momento no qual venha a ser cassada a liminar. Sempre que uma medida cautelar é deferida e depois revogada, as partes são restituídas ao estado jurídico anterior, o que neste caso significa que as mudanças contratuais se terão como não ocorridas, valendo o texto original do contrato que prevê a exclusividade no uso do nome Telemar.

Com relação aos prejuízos econômicos causados pelo tempo em que o nome não for usado em caráter exclusivo, tem-se valores facilmente indenizáveis, não se coadunando com a pecha de irreversíveis. Na cautelar em juízo existe a mesma disciplina, ou seja, se a liminar deferida e depois revogada causar danos, a responsabilidade de indenizar é de quem pediu a cautela, e para isso o julgador pode até exigir previamente caução, conforme os arts. 804 e 811 do CPC. Nada há na situação analisada nos autos que se possa dizer irreversível, definitivo, a ponto de impedir o Cade de exercer sua função, deferindo a cautelar considerada necessária para proteger o valor jurídico maior concorrência.

Ressaltou o Órgão Julgador que no confronto entre o valor jurídico constitucional concorrência, destacado pelo art. 170, IV da Constituição, e danos meramente econômicos a uma empresa particular não há dúvida sobre a prevalência do primeiro, justificando, na espécie, a proteção provisória.

A cautelar administrativa no âmbito de competência do Cade pode ser deferida quando presentes os pressupostos do art. 52 da Lei 8.884/94, ou seja, ocorrência de indício ou fundado receio de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado ou perigo de ineficácia do resultado final do processo administrativo. Verificou-se na espécie o segundo, pois se não fosse obstado o uso exclusivo do nome da Telemar a empresa apelante teria anos até a solução da questão jurídica para formar clientela em detrimento das demais empresas que também produzem listas, gerando um dano irreparável e irreversível ao valor jurídico concorrência. Durante anos se veria formar no consumidor a idéia de que a apelante é a única empresa “oficial” e suas listas são as únicas confiáveis e feitas com o aval da empresa de telefonia.

Pouco ou nenhum seria o efeito de julgar o processo administrativo ao final, pois o mercado e a clientela já estariam moldados de forma irreversível e as empresas que quisessem concorrer com a apelante já estariam provavelmente falidas, tentando vender ao consumidor lista não-oficiais.

Sustenta a Turma Julgadora que a exclusividade concedida pela empresa de telefonia perturba a livre concorrência e gera um risco que precisava ser evitado pelo Cade, o que firma o acerto da cautelar administrativa.

Acrescentou, ainda, o Órgão Julgador que empresas prestadoras de serviços públicos delegados, como são as empresas de telefonia, não podem favorecer outras empresas privadas com exclusividades que simplesmente não lhe pertencem. O serviço de telefonia, mesmo delegado, continua sendo público e, ainda que seja em relação a um mero serviço acessório e complementar, como o fornecimento de listas telefônicas, tem-se por imoral a criação de monopólio por uma empresa delegada em favor de uma empresa particular.

Por fim, salientou que a exclusividade que a apelante quer defender como impulso à concorrência é nitidamente um atentado contra a concorrência, sendo totalmente plausível a cautelar dada no processo administrativo até que a situação seja definitivamente julgada pelo Cade.

Com esses fundamentos, a Quinta Turma negou provimento à apelação.

APELAÇÃO CÍVEL 2000.33.00.014608-9/BA

Relator: Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi (convocado)

Julgamento: 22/08/07

## EMENTA

**CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO TCU PARA FISCALIZAR A APLICAÇÃO DE VERBA REPASSADA A MUNICÍPIO A TÍTULO DE PARTICIPAÇÃO OU COMPENSAÇÃO NA EXPLORAÇÃO MINERAL – ART.20, §1º, DA CONSTITUIÇÃO.**

I. Os Municípios tem direito a receber verba de participação ou serem compensados pela exploração de recursos minerais em seus territórios, nos termos do art. 20, §1º, da Constituição.

II. O art. 8º da Lei 7.525/86 previa o pagamento de compensação já antes da Constituição, porém o condicionava, entre outras situações, à aplicação do pagamento em finalidades específicas, com a correspondente fiscalização do TCU.

III. Norma recebida apenas parcialmente pela nova Constituição na qual a participação e a compensação constituem direito próprio e exclusivo do Município, recursos financeiros de sua única titularidade, sem a mínima possibilidade de a União, mesmo que por lei, determinar em que a entidade aplicará tais verbas ou menos ainda fiscalizar tal aplicação.

IV. Acórdão do TCU baseado em poder de fiscalização e dever de prestar contas inexistentes, pelo que corretamente foi reconhecido nulo pela sentença .

V. Apelação e remessa improvidas.

## ACÓRDÃO

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa .

Trata-se de remessa oficial e de apelação interposta pela União contra sentença que julgou procedente pedido de anulação de acórdão do TCU, entendendo ser este incompetente para fiscalizar a aplicação de verbas recebidas pelo Município a título de compensação pela exploração mineral feita pela Petrobrás em seu território.

Os Municípios têm direito a receber verba de participação ou serem compensados pela exploração de recursos minerais em seus territórios, nos termos do art. 20, §1º, da Constituição.

A participação é um direito a ter parte no lucro da operação, enquanto a compensação tem natureza de indenização pela extração do produto mineral dentro do território da unidade federativa. Tanto um como outro se traduzem em receita do Município, um valor que lhe pertence e que pode utilizar como lhe aprouver.

Não se está discutindo de quem é a propriedade mineral, de modo que não se aplica, na hipótese, o art. 20, IX, da Constituição, que dispõe que são bens da União os recursos naturais, inclusive os do subsolo.

Independentemente da propriedade mineral o que interessa saber é que o Município tem direito próprio a receber parte do lucro da exploração ou ser compensado pela exploração. Isto porque a Constituição atribuiu a eles estas duas fontes de receita.

A expressão “nos termos da lei” constante do art. 20, § 1º, da norma constitucional implica apenas na necessidade de lei que determine a extensão do direito e a forma de torná-lo exeqüível. Assim, cabe à lei completar esta disposição constitucional de eficácia limitada para determinar qual o valor da participação, como ela é calculada, data de pagamento etc. Não se insere nesta expressão dizer como o Município gastará receita que a Constituição lhe atribui, pois isto fere o pacto federativo, dentro do qual cada entidade tem sua autonomia financeira.

O art. 8º da Lei 7.525/86 previa o pagamento de compensação já antes da Constituição, porém o condicionava, entre outras situações, à aplicação do pagamento em finalidades específicas, com a correspondente fiscalização do TCU.

À época da Lei 7525/86 e da anterior Lei 7453/85 a participação e a compensação não eram receitas do Município, mas sim uma verba constituinte de um Fundo Público Federal, que era entregue ao Município para que este a aplicasse em deter-

minadas atividades. Assim, era pertinente e possível a lei federal reger como seria aplicado e fiscalizado o valor de um Fundo Federal, porém esta situação jurídica foi alterada. Hoje não se trata mais de um Fundo Federal criado por lei, mas sim de uma receita a qual o Município tem direito.

A norma 7.525/86 foi recebida apenas parcialmente pela nova Constituição, a qual prevê atualmente que a participação e a compensação constituem direito próprio e exclusivo do Município, recursos financeiros de sua única titularidade, sem a mínima possibilidade de a União, mesmo que por lei, determinar em que a entidade aplicará tais verbas ou menos ainda fiscalizar tal aplicação.

Ante esse cenário se vê que o acórdão do TCU foi editado com base em competência que não existe mais, portanto é patentemente nulo.

## APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2000.35.00.004390-2/GO

Relator: Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi (convocado)

Julgamento: 22/08/07

### EMENTA

#### **CONSTITUCIONAL. AUTORIZAÇÃO PARA RETRANSMISSÃO DE PROGRAMAS DE TV. EMPRESA QUE EXTRAPOLA AUTORIZAÇÃO TRANSMITINDO PROGRAMAS PRÓPRIOS.**

I. Nos termos do art. 223 da Constituição é necessária pelo menos autorização do Poder Público para prestação do serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

II. A Apelante detinha autorização apenas para funcionar como retransmissora de TV, mas extrapolou a autorização para transmitir programas próprios, algo que nunca lhe foi autorizado e que era expressamente proibido pelo art. 2º da Portaria que lhe concedeu a autorização.

III. Ato coator legítimo (interrupção de funcionamento e determinação de regularização em 48 horas) que não fez mais do que proteger o art. 223 da Constituição, não cabendo à Apelante se socorrer da liberdade de comunicação entre outras liberdades constitucionais que invocou para criar um inexistente direito a transmitir o que quiser e quando quiser, independentemente da necessária autorização pública.

IV. Apelação improvida.

### ACÓRDÃO

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação.

Insurge-se a apelante contra sentença que denegou a segurança, que visava atingir ato coator consistente no lacre de equipamentos e interdição de retransmissora de TV em razão de infração por ela praticada, qual seja, extrapolar as atividades permitidas na autorização de retransmissão.

Baseia-se o recurso no art. 221 da Constituição Federal, na liberdade de comunicação e de transmissão do pensamento, na livre iniciativa e na valorização do trabalho.

Afirmou o Órgão Julgador que as liberdades constitucionais não são absolutas e irrestritas. Em especial a liberdade no campo de telecomunicações foi extensamente restrita pela própria Constituição, que pode e várias vezes excepciona a si própria.

Assim, ao mesmo tempo em que deu uma série de liberdades no campo da comunicação, como corolário da liberdade de manifestação de pensamento, também expressamente previu que: “Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.”

Nos termos deste dispositivo só com autorização do Poder Executivo Federal é que pode alguém prestar o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

A apelante recebeu autorização apenas para retransmissão de programas, sendo certo que a Portaria de autorização já avisava em seu art. 2º não ser permitida a transmissão de programas de qualquer outra fonte, só a retransmissão que foi autorizada. Ela, contudo, confessadamente, extrapolou a permissão.

Não lhe serve de amparo, também, o art. 221 da Constituição, que estabelece os princípios a serem atendidos pela produção e programação das emissoras de rádio e televisão, uma vez que se trata de norma puramente programática que não estabelece direitos exigíveis por quem quer seja. Em especial os incisos II e III do citado artigo dizem respeito apenas a uma preferência a ser dada para programação local e regional, sem que isto signifique que uma empresa que recebeu uma autorização limitada possa por sua exclusiva vontade ampliar a autorização para transmitir o que desejar.

Pelo o exposto, concluiu a Turma que, não possuindo a apelante autorização para transmitir programas próprios, o ato taxado de coator é na verdade plenamente legal e constitucional, não tendo a Anatel agido contra a Constituição, mas sim em estrito cumprimento do art. 223.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2002.01.00.028641-6/DF

Relator: Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi (convocado)

Julgamento: 22/08/07

## EMENTA

### **CONSTITUCIONAL. CADASTRAMENTO COMO EMPRESA DE AVALIAÇÃO E OUTRAS PERÍCIAS LIGADAS À ÁREA DE SEGURO NAVAL.**

I. O art. 170, parágrafo único, da Constituição garante a ampla liberdade de exercício de atividade econômica, desde que não haja LEI restringindo tal liberdade, a qual, por sua vez, só pode estabelecer limitações razoáveis e que respeitem aos diversos princípios e regras da Carta Maior.

II. Não existe norma alguma, em especial no DL 73/66 e legislação que o sucedeu, que traga qualquer mínima restrição, condição ou necessidade de autorização para atividade de realização de perícias utilizadas na área de seguro naval e a liquidação deste (vistorias, avaliações etc). Por consequência é descabido o ato do IRB em negar à Impetrante o cadastramento como empresa da área.

III. O argumento usado para a negativa de credenciamento foi o de que só uma empresa deve atuar nesse ramo no país e para isto foi escolhida uma vencedora de licitação realizada em 1974. Essa decisão não atende ao princípio da livre concorrência e acaba por estabelecer um monopólio de atividade que não existe na Constituição, pelo que deve ser repellido.

IV. Não existe autorização, permissão ou concessão de serviço público eterna, bem como não existe contrato administrativo de prazo indeterminado e basta isto para ver que não se sustenta a pretensão de que uma licitação feita em 1974 resulte em autorização para apenas uma empresa exercer para sempre, com exclusividade, a atividade de perícia em seguro naval no Brasil, algo absurdo e imoral.

V. O estranho monopólio criado na área, favorecendo empresa que tem por sócios alguns dos mais poderosos bancos e seguradoras do país, merece investigação mais acurada pelos aspectos de probidade administrativa e criminal, pelo que o Cade e o MPF devem ter ciência deste processo, via ofício, facultando-se cópias caso entendam necessário.

VI. Apelação e remessa tida por interposta improvidas.

## ACÓRDÃO

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa tida por interposta.

Trata-se de apelação interposta pela União e remessa obrigatória, tida por interposta, em sentença que concedeu a segurança para que o impetrante pudesse ser cadastrado junto ao IRB- Instituto de Resseguros do Brasil como empresa habilitada para realizar vistorias, avaliações e outros serviços relacionados a operações de seguro de embarcações.

O livre exercício de atividade econômica consagrado pelo art. 170 da Constituição Federal somente pode ser obstado se houver lei que o restrinja. Na espécie dos autos não há qualquer lei que restrinja ou regulamente o exercício da atividade pretendida pela impetrante, que consiste na realização de vistorias e outros serviços periciais técnicos ligados ao seguro naval, o que por si só torna inconstitucional o ato coator, que impediu o exercício de atividade essencialmente livre.

Não se sustenta o argumento usado pelo IRB, para negativa de cadastramento da impetrante, de que somente uma empresa deve atuar nesse ramo no país e para isto foi escolhida a vencedora de uma licitação realizada em 1974. Criou-se, na espécie, um monopólio que agride o art. 170, IV e 173, §4º, da Constituição. O Poder Público deve reprimir e não promover monopólios, que é a perfeita negação da concorrência. Ainda que se pudesse admitir que por argumentos técnicos fosse necessário que apenas uma empresa seja cadastrada oficialmente junto ao IRB para a atividade no país inteiro, o que por si esbarra nos preceitos constitucionais acima referidos, por certo esse cadastramento não poderia ser por tempo indeterminado.

Toda espécie de autorização, permissão ou concessão de serviço, assim como os contratos da Administração Pública são submetidos a prazo e quando demanda licitação esta obviamente precisa ser renovada periodicamente para escolha de novos beneficiados pelos atos públicos.

As atividades econômicas são livres e só podem ser restringidas nos termos da lei, a qual por sua vez deve respeitar os diversos princípios e regras previstas na

Constituição. Mesmo a lei não pode limitar atividades sem razoabilidade e uma razão jurídica sólida e válida perante a Carta Maior.

Os dispositivos do Decreto-lei 73/66 que delegavam ao IRB um poder normativo, competência para inovar o ordenamento jurídico criando regras de conduta obrigatória para as empresas seguradoras foram revogados pela Constituição de 1988, assim, perderam a validade os atos normativos que o IRB havia editado. A partir dali o que vale é o princípio da legalidade do art. 5º, II, da Constituição, que pede lei formal ou medida provisória, do contrário a imposição de regra de conduta não é válida.

Ademais, as funções regulatórias do IRB foram repassadas à Susep, nos termos da Lei 9.932/99. Atualmente, a Lei Complementar 126/07 disciplina essa área jurídica, apesar de ressaltar a vigência parcial do Decreto-lei 73/66. Nenhuma destas duas normas traz qualquer restrição, condição ou exigência em relação à atividade de vistorias e avaliações.

A Turma Julgadora concluiu que, ao tempo da impetração bem como atualmente, inexistente norma de estatura legal que contenha restrição ao tipo de atividade econômica que a impetrante pretende exercer, pelo que prevalece a plena liberdade do art. 170, parágrafo único, da Constituição.

Ressaltou o Relator, em seu voto, que o monopólio criado na área, favorecendo empresa que tem por sócios alguns dos mais poderosos bancos e seguradoras do país, merece investigação mais acurada pelos aspectos de probidade administrativa e criminal, recomendando a ciência deste processo ao Cade e ao MPF, via ofício, facultando-se cópias caso entendam necessário.

## Oitava Turma

---

APELAÇÃO CÍVEL 1999.34.00.034939-6/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Julgamento: 17/08/07

### EMENTA

**PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUTUAÇÃO FISCAL. ARBITRAMENTO DE LUCRO. CASO FORTUITO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA APURAÇÃO DA ESCRITA CONTÁBIL DA EMPRESA. IMPUGNAÇÃO AO LAUDO PERICIAL EM SEDE DE APELAÇÃO. PRECLUSÃO.**

I. O arbitramento de lucro somente deve ser inibido se a prova quanto ao caso fortuito é suficiente a ponto de não ficar dúvidas quanto ao fato de que os documentos complementares solicitados pelo Fisco foram efetivamente destruídos.

II. *O boletim de ocorrência, atestando a ocorrência do incêndio que teria destruído os bens constrictos, por si só, não é documento idôneo para a caracterização do caso fortuito. Assim, ausente tal comprovação, não fica o depositário exonerado da obrigação judicial.* (RHC 15585, DJ de 27/06/2005, relator Ministro Francisco Falcão).

III. A omissão apontada pela autuação fiscal foi detectada a partir dos documentos fornecidos ao Auditor Fiscal (Balanço Geral, Declaração de Imposto de Renda da empresa, Livro Diário e Livro Razão).

IV. Em face da preclusão, inadmissível que a União venha impugnar o laudo pericial em sede de apelação se devidamente intimada a se manifestar e impugná-lo, peticionou apenas dando-se por ciente, sem, no entanto, insurgir-se contra as conclusões periciais.

V. A jurisprudência pacífica acolhe a tese de que *a apelante se insurge não contra a sentença, mas contra o laudo pericial. Não tendo a apelante impugnado o laudo pericial no momento próprio, demonstrando seu inconformismo somente após a sentença, resta preclusa a rediscussão quanto à da exatidão da perícia, conforme art. 473 do Código de Processo Civil, à qual, aliás, o juiz não estava estritamente vinculado.* (AC 2005.33.00.011198-6/BA; Relator Desembargador Federal João Batista Moreira, DJ de 08/03/2007)

VI. Apelação da autora a que se nega provimento.

VII. Apelações da União e remessa oficial, tida por interposta, a que se nega provimento.

## ACÓRDÃO

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações da autora e da União, bem como à remessa oficial, tida por interposta.

Cuidam-se de apelações interpostas pela Fazenda Nacional e por Empresa de Segurança contra sentença que, nos autos da ação revisional de débito tributário, julgou procedente em parte o pedido, declarando o pagamento de parcelas PIS-Receita Operacional, Finsocial-Faturamento e de Nota Fiscal de Serviços, referente ao valor de Cr\$ 73.545.167,80, assim como condenando a ré a decotar do débito da autora os valores referentes ao erro na forma de cálculo do imposto de renda (IRPJ e ILL) e no tocante ao levantamento mútuo entre empresas coligadas e transposição dos saldos em BTN's, conforme narrado no laudo pericial, tudo a ser apurado em liquidação de sentença. A empresa autora opôs embargos de declaração, os quais foram acolhidos, para fazer constar na parte dispositiva da sentença também o erro de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL).

As questões abordadas pela Fazenda, em sua apelação, referem-se substancialmente à perícia. Tais inconformismos, trazidos somente nesta sede recursal, correspondem evidentemente à impugnação à perícia, não contestada no momento oportuno, em que devidamente intimada a fazê-lo, atraindo, assim, o preceito do art. 473 do CPC.

Nesse sentido, a jurisprudência pacífica acolhe a tese de que a apelante se insurge não contra a sentença, mas contra o laudo pericial. Não tendo a apelante impugnado o laudo pericial no momento próprio, demonstrando seu inconformismo somente após a sentença, resta preclusa a rediscussão quanto à exatidão da perícia.

A insurgência da autora está centrada na ilegalidade do arbitramento de lucro, sob o argumento de que o arbitramento fiscal é incabível quando o contribuinte, acompanhado de justificativa robusta, fornece outros elementos capazes de aferir a movimentação contábil e o recolhimento tributário do contribuinte, não podendo o



arbitramento ser tomado como critério para a cobrança de tributos.

Sustenta a inaplicabilidade da modalidade de arbitramento de lucro, pois os documentos fornecidos ao Auditor Fiscal (Balanço Geral, Declaração de Imposto de Renda da empresa, Livro Diário e Livro Razão) são suficientemente hábeis à comprovação escritural da empresa.

Nesse tópico, o magistrado sentenciante entendeu que o arbitramento de lucros feito pela Fazenda não merecia reparos, uma vez que não há nos autos elementos que permitam formar convicção acerca da perfeita configuração dos contornos do evento extraordinário, qual seja, a inundação ocorrida na sede da empresa com eventual danos a documentos ali arquivados.

Em sua inicial, a autora defende que faz prova da suprema impossibilidade de apresentação da documentação exigida pela fiscalização com o laudo expedido pelo Corpo de Bombeiros.

Não obstante as alegações da autora, não se verifica estar devidamente comprovada não só a ocorrência do evento danoso em si, mas a sua extensão relativamente aos documentos que foram solicitados quando da autuação fiscal.

Há incongruência entre o endereço da autora e o descrito no Laudo do Corpo de Bombeiros, não tendo sido por ela dirimida ou sanada, fato que compõe a análise da controvérsia.

Não ficou provada, nos autos, a extensão dos danos decorrentes da suposta inundação, se efetivamente chegaram a alcançar os documentos que foram solicitados pelo auditor fiscal e se estavam em estado irrecuperável. O referido laudo do Corpo de Bombeiros, nesse tópico, não é conclusivo, levando-se em consideração também que a própria autora juntou aos autos Nota Fiscal de Serviço emitida em 1991, conforme solicitado pela Receita Federal.

A deficiência poderia ter sido sanada a partir da produção de prova testemunhal, por exemplo, mas a autora não se incumbiu deste mister, que consiste em fato constitutivo do seu direito.

Não se vislumbra, ademais, a impossibilidade da autora, em obter os documentos que lhe foram solicitados (comprovantes de custos e despesas) por outros meios, solicitando-os aos seus fornecedores, prestadores de serviços etc.

O arbitramento de lucro somente seria inibido se a prova quanto ao caso fortuito tivesse sido suficiente a ponto de não ficarem dúvidas quanto ao fato de os documentos complementares solicitados pelo Fisco terem sido efetivamente destruídos, o que incorreu *in casu*.

O Laudo Pericial, nesse ponto, analisou apenas que, relativamente à diferença Cr\$ 1.080.363.077,00, arbitrada pela Fiscalização da Receita Federal em relação ao valor não comprovado de Outros Custos, não havia como se emitir parecer técnico a respeito. Como a autora alega que a não-comprovação das demais notas fiscais se deveu à deterioração desses documentos provocada pelo sinistro verificado em suas dependências, a aceitação desse fato é questão de mérito.

O Superior Tribunal de Justiça expressou entendimento, aplicável ao caso tem tela, de que o boletim de ocorrência, atestando a ocorrência do incêndio que teria destruído os bens constrictos, por si só, não é documento idôneo para a caracterização do caso fortuito. Assim, ausente tal comprovação, não fica o depositário exonerado da obrigação judicial. (RHC 15.585).

Enfim, quanto à alegada ocorrência de caso fortuito, levando em consideração as indagações da União em sua contestação, mantém-se a conclusão do magistrado sentenciante de que, relativamente ao ofício do Chefe de Guarnição do Corpo de Bombeiros, o documento apenas pode ser acolhido como início de prova do fato constitutivo do direito do autor, porquanto restou totalmente imprecisa a extensão dos danos aos livros contábeis da autora.

No entanto, o foco da impugnação da autora está no fato de que outros documentos fornecidos ao Auditor Fiscal seriam suficientes à comprovação escritural da empresa, sem que fosse preciso adotar a modalidade do arbitramento de lucro.

Cumprido ressaltar que somente na esfera judicial é que a empresa apelante suscitou tais argumentos, conforme depreendido das impugnações administrativas acostadas aos autos, em que consta apenas a defesa baseada na ocorrência do caso fortuito.

No que se refere a esse tópico, a autora não se incumbiu de provar que tais documentos eram suficientes à comprovação escritural da empresa, mormente em razão da deficiência dos quesitos da perícia por ela formulados, o que evidentemente compõe o fato constitutivo do seu direito, impondo-lhe o ônus da prova.

Ora, a omissão apontada pela autuação fiscal foi detectada justamente a partir dos documentos fornecidos ao Auditor Fiscal (Balanço Geral, Declaração de Imposto de Renda da empresa, Livro Diário e Livro Razão), e exatamente pela constatação de tal falha que outros documentos (comprovantes de despesas) foram solicitados à empresa.

Não estando amparada pela comprovação do caso fortuito e sua extensão, a apresentação dos referidos documentos complementares é imprescindível para que seja afastado o arbitramento de lucro levado a efeito pelo Fisco.

Conforme já decidido pelo TRF da 5ª Região o lucro arbitrado, não sendo forma autônoma de apuração e sim mero critério subsidiário, é aplicável nas hipóteses de ausência de escrituração comercial e fiscal, recusa de sua apresentação ou quando a mesma contiver vícios, erros ou deficiências que a torne imprestável para fixação do lucro real, ou ainda, revelar indícios de fraude. (AC 9605280310/CE).

Com esses fundamentos, a Turma negou provimento à apelação da autora, à apelação da União e à remessa oficial, tida por interposta.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2001.33.00.013197-1/BA

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Julgamento: 17/08/07

## EMENTA

**CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. ATO DE AUTORIDADE ALFANDEGÁRIA. INTERESSE DO ESTADO MEMBRO. PESSOA JURÍDICA. LOCAÇÃO DE EMBARCAÇÕES PARA TURISMO NÁUTICO. DEVOLUÇÃO AO FINAL DO CONTRATO. DATA ANTERIOR À EC 33/2001. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DE ICMS POR OCASIÃO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.**

I. Embora o mandado de segurança tenha sido impetrado contra ato da autoridade alfandegária, que exige a comprovação de regularidade fiscal com a receita estadual para liberação das mercadorias, e não contra ato de autoridade do fisco estadual, é a hipótese de litisconsórcio passivo facultativo — o estado-membro possui legitimidade passiva *ad causam*, já que a discussão reflete no recolhimento de tributo que ao final lhe seria destinado.

II. Na ótica da legislação vigente antes da EC 33/2001, não incide o ICMS sobre importação de bens por pessoa física ou jurídica não contribuinte habitual do imposto, por não ocorrer operação de natureza mercantil, e, assim, não há circulação de mercadoria.

III. Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto – Súmula 660 do STF. Precedentes do STF e do STJ.

IV. Pelo contrato de locação celebrado pelo impetrante, serão as embarcações devolvidas ao final do prazo da avença, não havendo qualquer menção sobre possibilidade de conversão em compra e venda, que não foi devidamente refutada pelo apelante.

V. Apelação do Estado da Bahia a que se dá parcial provimento.

VI. Apelação da União e remessa oficial a que se nega provimento.

## ACÓRDÃO

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do Estado da Bahia e negar provimento à apelação da União e à remessa oficial.

Trata-se de apelação em mandado de segurança, interposta pelo Estado da Bahia e pela União (Fazenda Nacional), de sentença que entendeu pela ilegitimidade passiva do Estado da Bahia para figurar no pólo passivo do *mandamus*, e, no mérito, concedeu a segurança para, confirmando a liminar anteriormente deferida, determinar à autoridade dita como coatora que se abstenha de exigir do impetrante a comprovação do recolhimento do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, como condição para proceder ao desembaraço aduaneiro e à liberação das embarcações sob amparo dos contratos de afretamento ou locação para uso de turismo náutico.

Embora o mandado de segurança tenha sido impetrado contra ato da autoridade alfandegária do porto de Salvador, que exigiu a comprovação de quitação de tributo estadual para liberação de mercadorias destinadas ao impetrante, e não contra ato específico de autoridade do fisco estadual — o que afasta o litisconsórcio necessário —, o Estado da Bahia deve permanecer no feito, como litisconsorte do impetrado, ante seu interesse no deslinde da causa, visto que a discussão posta nos autos trará reflexos sobre interesse seu (art. 19 da Lei 1.533/51).

Além disso, o mandado de segurança foi impetrado no prazo legal, e as autoridades indicadas como coatoras apresentaram informações e refutaram os argumentos expendidos na inicial, defendendo suas atuações.

No que tange ao mérito, pertinente destacar que a Constituição Federal de 1988 determinava a incidência do ICMS também sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratasse de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço, nos termos da redação original do art. 155, § 2º, IX, a.

A Lei Complementar 87/96 estabeleceu a incidência sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo permanente do estabelecimento (art. 2º, § 1º, I).

Ao avaliar a mesma questão, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 660 afastando a incidência do ICMS sobre a importação de mercadoria por pessoa física ou jurídica não contribuinte habitual do imposto, ao fundamento de que não se trata de operação de natureza mercantil e não ocorre a circulação de mercadoria.

Portanto, a partir do enfrentamento da controvérsia pelo STF, sob o prisma constitucional, o caráter prejudicial do exame quanto a essa matéria acabou por esvaziar qualquer incursão no âmbito infraconstitucional.

Ocorre que a Emenda Constitucional 33/2001 alterou a redação do art. 155, § 2º, IX, a, da Constituição Federal de 1988, que passou a determinar a incidência do imposto também sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço.

Por sua vez, o art. 2º, § 1º, I, da LC 87/96 também foi alterado no mesmo sentido, em conformidade com a redação dada pela LC 114, de 16/12/02.

Portanto, conforme o marco temporal, não incide o ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto, entendimento aplicável até a vigência da EC 33, de 11 de dezembro de 2001, nos termos da Súmula 660/STF.

No caso, em conformidade como os documentos juntados aos autos, a importação ocorreu em data anterior à vigência da EC 33/2001, por pessoa jurídica prestadora de serviços não contribuinte habitual do imposto, hipótese em tudo adequada aos precedentes do STF, sendo líquida e certa a não-incidência do imposto, configurando ilegalidade ou abuso de poder qualquer exigência em sentido contrário por autoridade pública.

Verifica-se, do contrato de locação celebrado pelo impetrante, que as embarcações serão devolvidas ao final do contrato para o locatário, não havendo qualquer menção sobre possibilidade de conversão em compra e venda.

Portanto, a possibilidade da aquisição das mercadorias pelo impetrante ao final

do contrato, o que ensejaria a incidência do ICMS, deveria ter sido demonstrada pela autoridade indicada como coatora, o que não ocorreu.

Diante do exposto, a Turma deu parcial provimento à apelação do Estado da Bahia e negou provimento à apelação da União e à remessa oficial.

**Para receber este informativo por e-mail, clique no link abaixo:**  
**<http://www.trf1.gov.br/processos/push/Tr1CadEnvioBoletimInformativo.php>**

**Este serviço é mantido pela Coordenadoria de  
Jurisprudência e Documentação  
e pela Divisão de Jurisprudência  
Cojud/Dijur**

**Informações/Sugestões telefones: (61) 3221-6675 e 3322-5384  
e-mail: [cojud@trf1.gov.br](mailto:cojud@trf1.gov.br)**

# Boletim Informativo de Jurisprudência Temático

Fies. Exigência de fiador

## Suplemento n. 6

Esse suplemento é parte integrante do Boletim Informativo de Jurisprudência e contém ementas, já publicadas no Diário Oficial, relativas a julgamentos ocorridos em diversas datas, que têm em comum o mesmo tema. Será veiculado sempre no último Boletim do mês.

### Quinta Turma

#### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2006.33.00.007065-5/BA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira  
Relator Convocado: Juiz Federal Marcelo Albernaz  
Apelante: Caixa Economica Federal - CEF  
Advogado: Emilia Franciscone Afonso Barbosa e outros (as)  
Apelado: Raphael Amorim Castor  
Advogado: Ramon Goncalves Dantas  
Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara - BA

#### EMENTA

**ADMINISTRATIVO. ENSINO. FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR – FIES. IDONEIDADE CADASTRAL. EXIGÊNCIA. LEI 10.260/2001. POSSIBILIDADE.**

I. É legítima a exigência de idoneidade cadastral do estudante para o aditamento do contrato de financiamento estudantil (art. 5º, VI e § 4º, Lei 10.260/2001). Precedentes.

II. Remessa oficial e apelação providas.

A Turma, por unanimidade, deu provimento à remessa oficial e à apelação.

#### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2000.32.00.000412-8/AM

Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus  
Relator: Juiz Federal César Augusto Bearsi (convocado)  
Apelante: Caixa Econômica Federal - CEF  
Advogados: Magda Esmeralda dos Santos e outros  
Apelada: Marlize de Oliveira Silva  
Advogado: José Divanilson Cavalcanti Júnior  
Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara - AM

## EMENTA

**MANDADO DE SEGURANÇA. FIES – FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE IDONEIDADE CADASTRAL DO ESTUDANTE PARA ASSINATURA DO CONTRATO. DESCABIMENTO. CONTRATO GARANTIDO POR FIADOR IDÔNEO.**

I. A exigência da idoneidade cadastral do estudante/impetrante candidato ao programa apresenta desprovida de razoabilidade, em razão de que o financiamento contará com a garantia de um fiador idôneo, não oferecendo qualquer risco de dano à instituição do FIES. – precedente - AMS 2002.38.00.000573-6/MG, Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro.

II. Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada.

A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação da CEF e a remessa oficial.

## Sexta Turma

AGRAVO DE INSTRUMENTO 2005.01.00.066335-8/GO

Relator(a): Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Agravante: Caixa Economica Federal - CEF

Advogado: Leonys Lopes Campos da Silva

Agravado: Carmem Lilian Nunes de Sa

Defensor: Defensoria Publica da União

## EMENTA

**PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. ENSINO SUPERIOR. UNIVERSIDADE PARTICULAR. ESTUDANTE. ADITAMENTO DE CONTRATO. FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR (FIES). ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCESSÃO PARA AFASTAR A EXIGÊNCIA DE FIADOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO.**

I. A exigência de fiança, na espécie, visa a garantir o retorno do investimento, possibilitando, assim, que outros alunos, no futuro, venham a ser, também, beneficiados com o referido programa. Embora tenha ele, como objetivo, a inclusão social de estudantes carentes, a dispensa de fiança pessoal aos alunos candidatos, pode inviabilizá-lo.

II. Agravo provido, para suspender os efeitos da decisão liberatória da prestação de fiança.

A Turma, por maioria, deu provimento ao agravo, vencido o Exmo. Senhor Desembargador Federal Souza Prudente.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 2005.01.00.069067-0/TO

Relatora: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

# Boletim Informativo de Jurisprudência Temático

Agravante: Ministério Público Federal  
Procurador: Zilmar Antonio Drumond  
Agravado: União Federal  
Procurador: Helia Maria de Oliveira Bettero  
Agravado: Caixa Econômica Federal - CEF

## EMENTA

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENSINO. FIES. FIANÇA PESSOAL. EXIGÊNCIA PREVISTA EM LEI.**

I. Tratando-se de exigência prevista no art. 5º, inciso III, da Lei nº 10.260/2001, não pode o aluno eximir-se da apresentação de fiança pessoal para a celebração do contrato de financiamento vinculado ao FIES.

II. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo.

**Para receber este informativo por e-mail, clique no link abaixo:  
<http://www.trf1.gov.br/processos/push/Tr1CadEnvioBoletimInformativo.php>**

Este serviço é mantido pela Coordenadoria de  
Jurisprudência e Documentação  
e pela Divisão de Jurisprudência  
Cojud/Dijur

Informações/Sugestões telefones: (61) 3221-6675 e 3322-5384  
e-mail: [cojud@trf1.gov.br](mailto:cojud@trf1.gov.br)