

Boletim Informativo de Jurisprudência n. 39

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 26/04/08 a 15/05/08

Corte Especial

CONFLITO DE COMPETÊNCIA 2005.01.00.043888-0/DF

Relator: Desembargador Federal Juiz Tourinho Neto

Julgamento: 15/05/08

EMENTA

PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. COBRANÇA DE VALORES PELA UTILIZAÇÃO DE FAIXAS DE DOMÍNIO DE RODOVIAS FEDERAIS. INSTALAÇÃO DE GASODUTO.

Constitui preço público a cobrança de valores pela utilização de faixas de domínio das rodovias federais para instalação de gasodutos. Competência, portanto, da 4ª Seção do TRF-1, nos termos do inciso VIII do § 4º do art. 8º do seu Regimento Interno.

ACÓRDÃO

Decide a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, vencidos os Juízes Luciano Tolentino Amaral e Maria do Carmo Cardoso, conhecer do conflito para declarar a competência da Quarta Seção.

Cuida-se de conflito negativo de competência levantado por Desembargador Federal membro da Quarta Seção, sob o argumento de que o julgamento da matéria compete à 3ª Seção deste Regional. Entende o magistrado que o feito de que se originou este agravo de instrumento envolve discussão que não poderia ser classificada como preço público e atribuída à competência da Seção de que faz parte (Regimento Interno, art. 8, § 4º, VII), uma vez que a aludida contraprestação não visa remunerar serviço prestado por empresa concessionária de serviços públicos.

De seu turno, o Desembargador Federal membro da 3ª Seção, ao firmar sua incompetência e remeter os autos à 4ª Seção, argumentou que assim o fazia tendo em vista a discussão iniciada nos autos de origem, onde se questionava a legitimidade da cobrança de determinado valor monetário em virtude da utilização de taxa de domínio existente em rodovias federais, para fins de instalação de gasodutos, cuja

natureza seria equiparada à de preço público.

Inicialmente, entendeu o Relator ser necessário para a determinação da competência das turmas deste Regional, consoante sinaliza o § 5º do art. 8º do RITRF, seja verificado o que se postula na ação ordinária intentada pela Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado – ABEGÁS contra o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT e a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

Os pedidos revelam que a autora, na qualidade de representante de empresas concessionárias do serviço público de distribuição de gás canalizado de vários Estados da Federação, pretende, em síntese, obter provimento jurisdicional que proíba as autarquias réis de condicionarem a implantação de gasodutos subterrâneos nas faixas de domínio de rodovias federais ao pagamento de contraprestações pecuniárias, nos casos em que tais rodovias sejam administradas diretamente pelo próprio DNIT, e também de exigir que assim o façam as empresas privadas que explorem essas rodovias sob o regime de concessão.

O entendimento do Desembargador Federal da Terceira Seção é de que por se tratar de pedido que diz respeito a preço público, competente para seu conhecimento seria a Quarta Seção. Já para o Desembargador Federal suscitante a questão de fundo não envolve preço público, na medida em que a referida contraprestação não visaria remunerar serviço prestado por empresa concessionária de serviços públicos.

A solução deste conflito impõe seja respondida a indagação: o que se cobra, e contra o que se volta a agravante, para a implantação de gasodutos subterrâneos nas faixas de domínio das rodovias federais é ou não preço público? Respondido esse questionamento a competência para julgar o recurso é definida pelo que estabelece o Regimento Interno do TRF 1ª Região.

Demonstra a doutrina que tarifa e preço público são expressões sinônimas e se referem à forma como é remunerado o concessionário de serviço público pelas atividades que presta à coletividade em geral, isto é, os serviços por eles, concessionários, prestados, são remunerados mediante pagamento de preço público.

Ainda no plano das definições, importante ressaltar que, de acordo com o Código Civil de 2003, art. 99, I, são bens públicos de uso comum do povo as estradas e, portanto, suas respectivas faixas de domínio, já que delas, das estradas, fazem parte. O mesmo Estatuto, agora em seu 103, prevê que o uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou remunerado.

Nesse contexto doutrinário e legal, ao conjugar ambos os conceitos, verifica-se que o ente público ou o concessionário que explora bem público de uso comum do povo (no caso, estradas e respectivas faixas de domínio) e pelas atividades que presta cobra de quem as utiliza é remunerado mediante o pagamento de preço público.

In casu, a agravante, por não concordar com a cobrança de valores, diretamente pelo DNIT ou pelas concessionárias, em decorrência da passagem de gasodutos às margens de rodovias federais, dentro, pois, das respectivas faixas de domínio, questiona a legalidade/legitimidade dessa exigência. Por não concordarem com essa

cobrança, ajuizaram a ação ordinária de que se originou o agravo de instrumento.

A discussão originária se pauta, precisamente, pelo questionamento acerca da legalidade da exigência de pagamento pela utilização de um bem público de uso comum, as faixas de domínio das estradas federais. Essa remuneração se reveste de natureza de preço público, já que é a maneira estabelecida pelos concessionários de serviço público ou pelo próprio ente público, DNIT, para cobrar pela utilização de um serviço, conservação e exploração das rodovias federais, que lhe foi outorgado (concessionários) ou lhe pertence (União/DNIT). O que se cobra, e contra o que se volta na ação ordinária, nada mais é do que preço público, pois se trata do pagamento pela utilização de um serviço público, serviço esse prestado pela União/DNIT ou por seus concessionários.

Esclareceu ainda o Relator que não desconhece os julgamentos antecedentes, os quais foram proferidos pela 3ª Seção. Todavia, entende que nesses casos houve equivocada interpretação do Regimento Interno, não se dando atenção à área de especialização, critério estabelecido para definir a competência das seções (RITRF, art. 6º).

Por tudo isso, entendeu que o que se discute nos autos originários é a cobrança de preço público e, portanto, a teor da regra contida no inciso VIII do § 4º do art. 8º do RITRF, competente para julgamento do agravo é a 4ª Seção desta Corte.

Segunda Turma

APELAÇÃO CÍVEL 2004.38.00.017057-9/MG

Relator: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti

Julgamento: 07/05/08

EMENTA

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE. FILHA CAPAZ MAIOR DE 21 ANOS. ARTS. 215 A 222 DA LEI N. 8.112/90. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MORTE DA MÃE E INTEGRALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO PAGO À COMPANHEIRA.

I. A pretensão à percepção da cota parte da pensão por morte que era devida à falecida mãe, e que restou integralizada no benefício pago à companheira do falecido, não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio.

II. O direito à pensão por morte deve ser regido pela lei vigente à época do falecimento do instituidor do benefício (STJ - AgRg/REsp n. 652.186/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ I de 08.11.2004, pág. 291). Sob a égide dos arts. 216, § 2º, 217, II, “a”, e 222, IV, da Lei n. 8.112/90, tendo a filha completado a idade de 21 anos e não sendo inválida, não há direito à pensão por morte de servidor público.

III. O direito de percepção à pensão por morte não é regido pelo direito sucessório e não se transfere à filha da falecida pensionista. Sendo obrigatória a integralização da pensão no benefício pago à pensionista vitalícia sobrevivente (companheira).

IV. Conforme preceitua o art. 223, I, da Lei nº 8.112/90, existindo dois pensionistas com direito à

percepção de um mesmo benefício de pensão por morte, o falecimento de um implica na integralização da pensão ao sobrevivente. No caso concreto, o falecimento da Sra. Maria da Conceição do Espírito Santo (mãe da autora), implica obrigatoriamente na integralização do benefício pago à Sra. Nilza Lourdes de Assis (companheira do instituidor).

V. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

A autora, em ação ordinária, narra que sua mãe e a companheira de seu falecido pai eram meeiras da pensão instituída por ele, ex-funcionário público federal.

Assevera que na qualidade de herdeira necessária de sua falecida mãe, tem direito de receber a cota parte do benefício que lhe era devido, sendo indigna a integralização da pensão em proveito da companheira de seu pai. Requer, assim, a percepção do benefício anteriormente pago à sua mãe, desde a data de falecimento, com as devidas correções.

Entendeu o magistrado *a quo* que o art. 217, II, “a”, da Lei 8.112/90 não assegura a pensão temporária à filha solteira, maior de 21 (vinte e um) anos e não inválida, como é o caso da autora, e que o fato de ela ser herdeira necessária não lhe garante o direito de perceber cota parte da pensão. De modo que, com o falecimento de um dos pensionistas, a sua cota parte deve ser integralizada à pensionista remanescente, conforme determina o art. 223, I, da Lei 8.112/90.

O direito à pensão por morte de ex-servidor público federal é regido pelas normas legais em vigor à data do óbito do instituidor do benefício.

No caso dos autos o instituidor da pensão faleceu no dia 29 de março de 1992, sob a égide da Lei 8.112/90, devendo este ser o regramento legal aplicável à espécie.

Sendo assim, a sentença recorrida perfilhou-se com a legislação que rege a matéria e corretamente julgou improcedente o pedido da autora que, na qualidade de filha não inválida e maior de 21 (vinte e um) anos, não tem direito à meação do benefício instituído por seu pai, sendo correta a integralização à companheira do *de cujus*, em conformidade com o art. 223, I, da Lei 8.112/90, que dispõe que existindo dois pensionistas com direito à percepção de um mesmo benefício de pensão por morte, o falecimento de um implica na integralização da pensão ao sobrevivente.

Em face da inexistência de previsão legal, a Turma negou provimento à apelação.

Quarta Turma

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. ATIVIDADE ADMINISTRATIVA. INVESTIGAÇÃO EM CURSO. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA.

I. O inquérito policial é mero procedimento administrativo, não se lhe aplicando os princípios da atividade jurisdicional.

II. Revela-se precipitado, na fase investigatória, o pronunciamento judicial traduzido em “*decisão declinatória da competência*”, quando se sabe que em um grande número de casos a controvérsia sobre a competência decorre da classificação do delito na denúncia.

III. A intervenção judicial antes do oferecimento da denúncia interfere no âmbito da colocação da pretensão punitiva.

IV. Recurso criminal provido.

ACÓRDÃO

Decide a Quarta Turma do TRF da 1ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso criminal, nos termos do voto do Sr. Relator.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão proferida pela Juíza Federal Substituta da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Uberaba – MG nos autos de inquérito policial, que, com base no artigo 70 do Código de Processo Penal, declinou da competência em favor do Juízo Federal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, para o julgamento do feito, ao fundamento de terem sido os valores retirados de conta-corrente da vítima, vinculada à agência CEF da cidade de São Paulo/SP.

Sustenta o *Parquet* Federal, em síntese, que em se tratando de incompetência territorial relativa, não poderia o Juiz *a quo* tê-la declarado de ofício; e que uma das razões a justificar as investigações no âmbito da Subseccional de Uberaba – MG é a eficiência e a celeridade nas apurações do delito em referência.

Verifica-se dos autos que foi instaurado inquérito policial para apurar delito descrito no art. 171, § 3º, do Código Penal, consubstanciado em operações fraudulentas praticadas via internet em conta bancária da Caixa Econômica Federal.

O inquérito policial é mero procedimento administrativo e não se lhe aplicando os princípios da atividade jurisdicional, revela-se precipitado, na fase investigatória, o pronunciamento judicial traduzido em decisão declinatória da competência, quando se sabe que em um grande número de casos a controvérsia sobre a competência decorre da classificação do delito na denúncia.

Ademais, a intervenção judicial, nesses casos, antes do oferecimento da denúncia, pode interferir no âmbito da colocação da pretensão punitiva.

Com esses fundamentos, a Turma deu provimento ao recurso para, anulando a decisão recorrida, determinar a tramitação dos autos do inquérito policial no Juízo

Quinta Turma

APELAÇÃO CÍVEL 1999.35.00.001189-6/GO

Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida

Julgamento: 30/04/08

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO ESTÉTICO. AGRAVO RETIDO CONTRA DECISÃO QUE REJEITOU A PRESCRIÇÃO. ERRO MÉDICO. PARTO (CESÁRIA) FEITO POR RESIDENTE SEM ORIENTAÇÃO OU ACOMPANHAMENTO DE MÉDICO DO HOSPITAL. INFECÇÃO HOSPITALAR. TECIDO ABDOMINAL NECROSADO. RESULTADO DESFAVORÁVEL.

I. A sindicância instalada perante o Conselho Regional de Medicina/GO, em NOV/97, interrompeu a prescrição nos termos do art. 4º do Decreto nº 20.910/32.

II. Embora a perícia tenha concluído que o quadro infeccioso resultante de cirurgia cesariana não tenha origem comprovada, devendo ser considerada como risco da cirurgia, a ausência de médico integrante do quadro clínico do hospital, para acompanhamento e supervisão, acarreta responsabilidade objetiva da UFGO pelo resultado adverso da intervenção cirúrgica.

III. O médico residente, apesar de graduado, é um profissional em treinamento a quem não pode se conferir a vida da parturiente e da criança em uma operação delicada e sujeita a infecção, segundo a literatura médica. A presença de médicos anestesista e pediatra não dispensa a presença do obstetra no ato cirúrgico.

IV. A falta de um médico orientador ao lado do médico em treinamento na sala de cirurgia e na hora da cirurgia, transmitindo para este conhecimento e confiança, por si só justifica a responsabilidade civil do hospital que mantém programa de residência médica na hipótese de resultado adverso do procedimento cirúrgico, mesmo sendo uma obrigação de meio a obrigação do médico que operou. E que não se pode perder de vista que o procedimento do médico residente dentro de padrões aceitos pela prática médica - que é o bastante para que não se lha possa imputar culpa - poderia receber um aporte de qualidade vindo do médico orientador. Na verdade qualquer atividade humana é passível de aperfeiçoamento. A omissão censurável do Hospital das Clínicas está em não ter oferecido à autora essa perspectiva de resultado mais favorável, (sentença *a quo*).

V. Demonstrado onexo entre o dano e a conduta omissiva do Hospital das Clínicas da UFGO, sem que a paciente tenha concorrido para o resultado danoso, o dever de indenizar decorre da responsabilidade objetiva.

VI. Agravo retido improvido.

VII. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo retido, à apelação da UFGO e à remessa oficial.

Trata-se de apelação interposta pela Universidade Federal de Goiás contra sentença que julgou procedente pedido de indenização por dano moral em razão de erro médico, omissão e negligência na condução de procedimentos e tratamentos médico-hospitalares a que foi submetida a paciente, ora apelada, no Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Goiás.

Requer a UFGO, preliminarmente, que seja conhecido e provido agravo retido para se reconhecer a prescrição do pedido da autora.

No mérito, alega que sentença decidiu contra a prova produzida nos autos, uma vez que de acordo com o laudo médico pericial e com as conclusões dos Conselhos Regional e Federal de Medicina restou esclarecido que todos os procedimentos médico-hospitalares adotados no caso foram corretos e que as complicações decorreram de circunstâncias alheias às condutas médica e hospitalar. Afirma que o médico, independentemente de estar fazendo residência médica (especialização), encontra-se autorizado por lei para ao amplo exercício da profissão, e, por isso, a suposta ausência de *staff* da sala de cirurgia não tem o condão de atribuir responsabilidade por dano moral.

No que tange ao agravo retido, as ações pessoais contra autarquias prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originaram, em conformidade com o art. 1º do Decreto 20.910/32.

No caso não se trata de relação jurídica de trato sucessivo. Todavia, a sindicância instaurada perante o Conselho Regional de Medicina no Estado de Goiás, interrompeu a prescrição, nos termos do art. 4º do Decreto 20.910/32.

Ademais, a jurisprudência é nos sentido de que o termo *a quo* da prescrição para ajuizamento de ação de dano moral por erro médico não é a data da cirurgia, mas aquela em que a vítima teve ciência inequívoca de sua invalidez e da extensão da lesão de que restou acometida.

Competia ao apelante demonstrar, vez que argüiu a prescrição, a data do possível conhecimento pela vítima que a deformidade estética do seu abdômen era permanente.

Quanto ao mérito, deve-se indagar se houve negligência, imperícia ou imprudência na conduta da médica residente que realizou a cesárea, assim como indagar da responsabilidade objetiva atribuída ao Hospital, pelo superveniente quadro infeccioso, além de considerar a alegação de que a cirurgia ocorreu sem o acompanhamento de médico orientador.

A prova dos autos não demonstra erro da médica residente na decisão de fazer a cesariana em vez de parto normal, e os remédios e cuidados para com a vítima foram os adequados para sua situação clínica. Entretanto, há um fato que não pode ser ignorado, qual seja, o abdômen da apelada ficou totalmente deformado, cheio de cicatrizes e furos, com aparência feia e indesejável para qualquer mulher.

Na hipótese, a infecção decorrente da cesariana não pode ser atribuída à falha no procedimento da médica, uma vez que este tipo de cirurgia é potencialmente infecciosa, mesmo quando executada em condições ideais. Contudo, não há justificativa para a deformidade abdominal da apelante.

Ora, se o abdômen da paciente ficou cheio de furos e cicatrizes profundas, é porque objetivamente a segunda operação para retirar a parte necrosada foi um fracasso em termos estéticos. As cicatrizes abdominais remanescentes não são marcas normais nem próprias das cirurgias realizadas.

Não houve equívoco do Juízo *a quo* ao considerar que se não restou provada negligência da médica, o Hospital foi omissivo em permitir que um profissional ainda fazendo residência operasse sem o acompanhamento de outro profissional mais experiente.

Em conformidade com os arts. 17 e 18 da Lei 3.268/59, os Conselhos de Medicina não autorizam um residente a realizar procedimento cirúrgico complexo sem médico integrante do quadro clínico do hospital para acompanhamento e supervisão da cirurgia. De fato, a residência médica é um treinamento em serviço e não pode a vida de um indivíduo ser confiada, em uma sala de cirurgia, a um profissional ainda em treinamento.

Não há nenhuma evidência de que o orientador estivesse na sala de cirurgia na hora da cesárea. O anestesista e o pediatra não substituem o obstetra. O apelante é, por isso, responsável pelo resultado adverso da cirurgia, já que não manteve, no curso de procedimento cirúrgico, um médico orientador obstetra para oferecer um resultado de qualidade na intervenção cirúrgica.

Não há que se falar em ofensa aos arts. 5º, inciso X, e art. 37, § 6º da CF/88, tampouco aos arts. 186 e 927 do Código Civil.

A interpretação da apelante de que os arts. 17 e 18 da Lei 3.268/57 permitem que médicos residentes, portanto, por definição, inexperientes, realizem procedimentos cirúrgicos desacompanhados de um orientador da especialidade é uma temeridade.

Ao se omitir, o Hospital correu o risco de que o resultado da intervenção cirúrgica sofrida pela apelada tivesse um resultado nefasto do ponto de vista estético.

Quanto ao dano, isto é, a deformidade do abdômen da vítima e o sofrimento que isto lhe causa, não foi contestado pelo apelante.

O *quantum* arbitrado a título de danos morais se revela razoável, tendo em vista que a apelada demonstra propósito de fazer cirurgia plástica reparadora, a qual não sairá por preço módico.

Diante do exposto, a Turma negou provimento à apelação.

APELAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA 2005.34.00.033670-6/DF

Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus

Julgamento: 07/05/08

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INSCRIÇÃO. REQUISITO. BACHARELADO EM DIREITO. EDI-

TAL EM CONSONÂNCIA COM A LC 75/93 C/C CF, ART. 129, § 3º.

I. No ato da inscrição ao concurso público para o cargo de Procurador do Trabalho, o candidato deve comprovar a condição de bacharel em direito, a teor da regra inscrita no art. 187 do Estatuto do Ministério Público da União (LC 75/93) c/c o art. 129, § 3º, da Constituição da República, na redação introduzida pela EC 45/2004. Precedente do STF. Afigura-se, assim, regular e válida, a norma do edital do certame que estipula o cumprimento de tal requisito no momento da inscrição.

II. A mencionada Lei Complementar, de índole especial (*lex specialis*), deve reger a situação de que se trata, prevalecendo, pois, sobre a *lex generalis* (Lei 8.112/90), tanto mais porque atende ao sentido finalístico do art. 129, § 3º, da Constituição da República.

III. Tendo presente que a Carta Magna exige três anos de prática jurídica para o ingresso na referida carreira, parece segura a conclusão de que a *mens constitutionis* direciona-se no sentido de que, já na inscrição, o candidato seja bacharel em Direito, visto que, em regra, as Comissões de Concurso Público não ultrapassam de três anos entre os atos iniciais do certame e os respectivos atos finais, até mesmo porque é de se considerar, no particular, a incidência do princípio da continuidade do serviço público que, sem dúvida, além de contínuo, deve ser ininterrupto.

IV. Considerando que a candidata ainda não ostentava a condição de bacharel em Direito no momento da inscrição, inviável confirmar tal ato (bem como o seu prosseguimento no certame), por mais que mereça encômios o esforço e o denodo da candidata de haver logrado aprovação no processo seletivo antes mesmo da conclusão do curso superior, não há como se aplicar, na espécie, a teoria do fato consumado, porque a Impetrante não chegou a ser nomeada, cabendo registrar, ainda, que não possui ela três anos de atividade jurídica.

V. Apelação da União e remessa oficial providas, para cassar a segurança.

ACÓRDÃO

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial.

Mandado de segurança impetrado contra ato imputado ao Presidente da Comissão Examinadora do 12º Concurso Público para Provimento de Cargos de Procurador do Trabalho, objetivando, em liminar, que fosse autorizado à impetrante efetuar inscrição sem a necessidade de declarar que é bacharel em direito, e, ainda, que restasse afastada a exigência do item 4.7 do Edital 02-CC, de 17/10/05, no que concerne à apresentação do diploma antes do momento da posse. No mérito, requereu a confirmação da medida postulada *initio litis*.

O Juiz concedeu a liminar, determinando à autoridade coatora que se abstenha de indeferir a inscrição preliminar da impetrante, garantindo-lhe, também, o direito de participar das etapas subseqüentes do certame.

Em sentença de mérito, o magistrado *a quo* concedeu a segurança especificamente para garantir à impetrante o direito de inscrever-se e prestar o 12º concurso para provimento do cargo de Procurador do Trabalho, bem como comprovar o bacharelado tão somente no momento da posse. Consignou, também, que embora a decisão interlocutória tenha permitido a inscrição sem necessidade de comprovar a prática jurídica de três anos, na petição inicial, a discussão se limita à exigência de conclusão do curso superior até o momento da inscrição.

Inconformada, apela a União afirmando que a Lei Complementar 75/93 autoriza a inscrição nos concursos públicos da carreira do Ministério Público da União apenas aos bacharéis em Direito.

O Edital do aludido certame dispõe que o candidato, ao preencher e entregar o formulário de inscrição preliminar, firmará declaração de que é bacharel em direito e que deverá atender, até a data da posse, o requisito de três anos de atividade jurídica (CF, art. 129, § 3º); de estar ciente de que a não apresentação do respectivo diploma, devidamente registrado pelo Ministério da Educação, por ocasião da inscrição definitiva, acarretará a sua exclusão do procedimento seletivo, e a não comprovação do tempo de atividade jurídica impedirá a posse no cargo de Procurador do Trabalho; e de que aceita as demais regras pertinentes ao concurso.

Por sua vez, o Estatuto do Ministério Público da União (LC 75/93), editado em data bastante anterior à EC 45/04, estabelece, no art. 187, que poderão inscrever-se no concurso bacharéis em Direito há pelo menos dois anos, de comprovada idoneidade moral.

Apesar de a Lei 8.112/90 dispor, nos seus arts. 5º, IV e 7º, que o candidato aprovado em concurso público deve comprovar o término da graduação exigida somente no momento da posse, a supracitada Lei Complementar, de índole especial (*lex specialis*), é que deve reger a espécie, prevalecendo, pois, sobre a *lex generalis* (Lei 8.112/90). Dessa forma, fica atendido o art. 129, § 3º, da Constituição da República, que estatui que o ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação (Redação dada pela Emenda Constitucional 45/04).

O fato de a Carta Magna exigir três anos de prática jurídica para o ingresso na referida carreira, leva à conclusão de que a *mens constitutionis* direciona-se no sentido de que, já na inscrição, o candidato seja bacharel em Direito, visto que, em regra, as Comissões de Concurso Público não ultrapassam três anos entre os atos iniciais do certame e os respectivos atos finais.

O escopo básico do novo texto constitucional é o de que os cargos inerentes à carreira do Ministério Público sejam preenchidos por candidatos que ostentem experiência profissional suficiente a respaldar o lícito exercício das relevantes funções de *Parquet*.

Em razão das peculiaridades do caso, impõe-se afastar a aplicação do entendimento cristalizado na Súmula 266 do STJ, de que o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público. Este entendimento está em consonância com a jurisprudência do STF.

Orientação diversa implicaria ofensa ao princípio constitucional da isonomia, em prejuízo de todos quantos tiveram interesse na inscrição para o mesmo concurso público e que não solicitaram a respectiva efetivação do aludido ato, em face das normas do edital e dos atos legislativos pertinentes.

Assim, por não possuir a impetrante três anos de atividade jurídica, imprescin-

dível para o ingresso na carreira em comento, a teor da regra inscrita no art. 129, § 3º, da Constituição da República, na redação introduzida pela EC 45/04, a Turma deu provimento à apelação da União e à remessa oficial, para, reformando a sentença de primeiro grau, cassar a segurança.

APELAÇÃO CÍVEL 2006.38.10.000943-6/MG

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

Julgamento: 07/05/08

EMENTA

ADMINISTRATIVO E CIVIL. CONCURSO DE PROGNÓSTICO ESPORTIVO. LOTECA. COMPETIÇÃO INTERROMPIDA. REINÍCIO NO DIA POSTERIOR. APLICAÇÃO DO ART. 11, “C”, DA NORMA GERAL DOS CONCURSOS DE PROGNÓSTICOS ESPORTIVOS.

I. Tendo sido suspensa a competição esportiva e remarcada para o dia seguinte, considera-se, para efeito de apuração no concurso de prognóstico esportivo (“loteca”), como resultado válido o que se verificar no momento da suspensão (art. 11, “c”, da Norma Geral dos Concursos de Prognósticos Esportivos).

II. No caso, o resultado constatado no momento da suspensão da partida foi o empate (zero a zero), não fazendo jus o autor ao recebimento do prêmio do concurso de prognóstico esportivo (“loteca”) nº 184, relativo ao acerto do resultado de 14 jogos, eis que apostou na vitória de um dos competidores.

III. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.

O autor ajuizou ação ordinária contra a Caixa Econômica Federal objetivando o pagamento de prêmio relativo ao concurso de prognóstico esportivo - loteca, no valor de R\$ 467.877, 48 (quatrocentos e sessenta e sete mil, oitocentos e setenta e sete reais, e quarenta e oito centavos).

A sentença julgou improcedente o pedido.

Alega o apelante que, mesmo tendo acertado todos os resultados, no momento da apresentação do bilhete premiado a apelada informou que o prêmio não seria pago sob o argumento de que teria acertado apenas 13 dos jogos previstos, rechaçando o resultado de São Bernardo X Penapolense. Afirma que o resultado, reconhecido pelo árbitro na súmula do jogo, foi o de cinco a zero, vitória do São Bernardo, como apostado e acertado por ele quando da marcação do bilhete premiado, e que a própria Federação Paulista de Futebol levou em consideração a vitória do São Bernardo para fins de classificação no campeonato daquele ano.

O cerne da questão discutida nos autos diz respeito ao resultado do jogo 06 (São Bernardo/SP e Penapolense/SP) do concurso de prognóstico esportivo – loteca - nº 184.

A competição entre os dois times teve início no dia 8/10/05 (sábado), sendo interrompida aos 40 minutos do primeiro tempo, devido a forte chuva, com o placar em zero a zero, com posterior remarcação da partida para o dia 9/10/05, cujo vencedor foi o São Bernardo.

Os concursos de prognósticos esportivos regulam-se pela Norma Geral dos Concursos de Prognósticos Esportivos, estabelecida na Portaria do Ministério da Fazenda 356, de 16 de outubro de 1987, que dispõe que para efeito de apuração do concurso, considerar-se-á como resultado definitivo de cada competição o verificado no local da disputa, desde que tenha sido iniciada, e, se depois de iniciada, a competição for suspensa, por qualquer motivo, e não terminada no mesmo dia, considerar-se-á como resultado válido o que se verificar no momento da suspensão e for reconhecido pelo juiz na súmula.

Portanto, considera-se como resultado válido aquele constatado no momento em que foi interrompida a competição, no caso, o empate (zero a zero), não fazendo jus o autor ao recebimento do prêmio do concurso de prognóstico esportivo 184, relativo ao acerto do resultado de 14 jogos, eis que apostou na vitória de um dos competidores.

APELAÇÃO CÍVEL 2005.38.00.003786-7/MG

Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida

Julgamento: 07/05/08

EMENTA

FGTS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. DECISÃO POSTERIOR DO STF EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE (RE 226.855/RS). PRETENSÃO DE SE APLICAR O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE. ENTIDADES FILANTRÓPICAS. DECRETO-LEI Nº 194/67. RESPONSABILIDADE PELOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS RELATIVOS AOS SALDOS EXISTENTES DURANTE O PERÍODO DE GESTÃO DAS CONTAS.

I. O parágrafo único do art. 741 do CPC, introduzido pelo art. 10 da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, que instituiu hipótese de inexigibilidade de título judicial, quando proferido em contrariedade à decisão do Supremo Tribunal Federal, não tem aplicabilidade quando se toma como paradigma acórdão proferido em controle difuso de constitucionalidade, por acarretar, no caso, apenas efeitos inter partes, que somente serão estendidos aos casos semelhantes se a execução do ato normativo for suspensa pelo Senado Federal (CF, art. 52, X). Precedentes desta Corte.

II. Não há como se acolher os saldos apurados no período em que a União Brasileira de Educação e Ensino – UBEE gerenciava as contas vinculadas ao FGTS como base de cálculo dos expurgos inflacionários. Se a entidade permaneceu administrando o FGTS até a migração determinada pela Lei nº 7.839/89, deve ser responsabilizada pelos expurgos incidentes sobre os saldos existentes durante o período em que manteve a gestão das contas.

III. Este entendimento, aplicável aos casos que envolvem as entidades filantrópicas abrangidas pelo Decreto-lei nº 194/67, que à época gerenciavam os saldos das contas de seus empregados, encontra precedentes em julgados da Justiça Trabalhista. (TST, AIRR – 41147/2002-900-02-00, rel. JCVMF, DJ 18/06/2004; TRT da 3ª Região, Proc. nº 00854-2006-041-03-00-9 RO, rel. Juiz João Bosco Pinto Lara

(conv.), Sexta Turma, publicação 14/06/2007)

IV. Apelação da Caixa Econômica Federal improvida.

V. Apelação dos embargados improvida.

ACÓRDÃO

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1a. Região, por unanimidade, negar provimento aos apelos da CEF e dos embargados.

A Caixa Econômica Federal opôs embargos à execução visando obstar a execução de julgado na parte em que determina a aplicação às contas vinculadas de FGTS de percentuais de expurgos inflacionários julgados indevidos em acórdão do Supremo Tribunal Federal.

A sentença julgou os embargos parcialmente procedentes, adotando como corretos os cálculos elaborados pela contadoria judicial.

Apelaram o agente financeiro e os embargados.

Não assiste razão à Caixa.

Requer a CEF a aplicação do parágrafo único do art. 741 do CPC, acrescido pelo artigo 10 da MP 2.180-35, de 24/08/01, que dispõe que na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre inexigibilidade do título, considerando-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

Entende ela que a coisa julgada inconstitucional não está imune à desconstituição, no direito brasileiro, por meio de ação rescisória, ação declaratória de nulidade ou embargos à execução. Isso como corolário do princípio maior da supremacia da Constituição e da eficácia *ex tunc* da decisão judicial que a proclama.

Caso aceita, contudo, sem restrição alguma, esta assertiva, não haveria preclusão temporal para o questionamento de decisão judicial transitada em julgado sob o fundamento de inconstitucionalidade. Não seria necessário, neste caso, ajuizar ação rescisória e nem invocar a nova hipótese de inexigibilidade de título judicial instituída pela MP 2.180-35.

No caso, a decisão do STF foi tomada em recurso extraordinário, ou seja, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, e não em ação direta de inconstitucionalidade. Além do mais, não houve a declaração de inconstitucionalidade de lei, mas apenas entendeu-se que a interpretação dada à Constituição pelo acórdão recorrido era inconstitucional, por constituir errônea interpretação do conceito de direito adquirido, não sendo cabível a hipótese de o Senado Federal vir a editar resolução suspensiva de ato normativo, sendo, por isso, inaplicável, à espécie, o comando inserto no art. 52, X, da Carta Magna.

Assim, não há como se cogitar de aplicação *erga omnes* e vinculante do citado acórdão, a ponto de restarem desconstituídas as decisões judiciais que esposaram

entendimento contrário a ele.

A regra jurídica inscrita no parágrafo único do art. 741 do CPC diz respeito unicamente às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas no exercício do controle concentrado da constitucionalidade. A inexigibilidade do título ali prevista não abrange as sentenças divergentes de decisões do STF no âmbito do controle incidental de inconstitucionalidade, salvo se suspensa a execução do ato normativo pelo Senado. Em tais casos, a questão de inconstitucionalidade deverá ser discutida em ação rescisória e não em embargos à execução. Interpretação diversa implicaria manifesta violação ao art. 52, X, da Constituição Federal, pois estaria a lei ordinária prescindindo do ritual estabelecido pela Constituição para a extensão *erga omnes* dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Também não assiste razão aos exequentes.

Não há como se acolher os saldos apurados no período em que a União Brasileira de Educação e Ensino – UBEE gerenciava as contas vinculadas ao FGTS como base de cálculo dos expurgos inflacionários. Se a entidade permaneceu administrando o FGTS até a migração determinada pela Lei 7.839/89, deve ser responsabilizada pelos expurgos incidentes sobre os saldos existentes durante o período em que manteve a gestão das contas.

Este entendimento é aplicável aos casos que envolvem as entidades filantrópicas abrangidas pelo Decreto-lei 194/67, que à época gerenciavam os saldos das contas de seus empregados, e encontra precedentes em julgados da Justiça Trabalhista.

Pelo exposto, a Turma negou provimento aos apelos da CEF e dos embargados.

APELAÇÃO CÍVEL 2001.01.00.036741-1/DF

Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida

Julgamento: 07/05/08

EMENTA

DIREITO ECONÔMICO. VENDA CASADA E CRIAÇÃO ILEGÍTIMA DE DIFICULDADE A CONCORRENTE. FORNECIMENTO DE TONERS E REVELADORES. MULTA DO CADE. ART. 3º, INCISO VIII DA LEI 8.158/91. ART. 2º, I, G, DA LEI 4.137/62. ART. 173, § 4º, DA CF/88.

I. A decisão objeto da presente medida cautelar foi tomada no processo administrativo nº 23/91 que reúne sindicâncias instaladas pelo antigo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, além de representações à Secretaria de Direito Econômico, nas quais empresas concorrentes da apelante procuram demonstrar que, desde 1988, a apelante estaria exercendo pressão sobre os locatários de suas máquinas de reprodução de fotocópia com o objetivo de fazê-los adquirir materiais de consumo para uso em seus equipamentos de marca “XEROX”, vinculando, dessa maneira, a prestação de assistência técnica prevista em contrato à utilização dos materiais de consumo, o que daria ensejo à chamada venda casada.

II. Para condenar a autora, o CADE lastreou-se no art. 2º, I, “g”, da Lei nº 4.137/62, de 10 de setembro de 1962, e no art. 3º, incisos II, VIII e XVI da Lei nº 8.158/91, de 08 de janeiro de 1991, que

assim dispõem: “Art. 2º. Consideram-se formas de abuso econômico: I. Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de: g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa.” Lei 8.158/91: “Art. 3º Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo de deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins não sejam alcançados, tais como: II. Subordinar a venda de bens à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação dos serviços à utilização de outro ou à aquisição de um bem. XVI. Criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas”.

III. Consideram-se formas de abuso econômico: dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento da empresa (art. 2º, I, g, da Lei 4.137/62).

IV. Constitui infração à ordem econômica qualquer conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, tais como: subordinar a venda de bens à aquisição de outro ou à utilização de outro ou à aquisição de um bem (art. 3º da Lei 8.158/91).

V. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa observa o princípio da livre concorrência (CF, art. 170).

VI. A lei reprime o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º, CF/88).

VII. Não se pode admitir que agentes econômicos, seja através de ato unilateral, seja mediante a celebração de um contrato, impeçam que a livre concorrência exerça o seu papel no mercado.

VIII. Tendo sido praticados centenas de condutas antijudiciais na vigência das Leis 4.137/62, 8.158/91 e 8884/94, incidem todas as normas protetoras da livre concorrência.

IX. A condenação imposta pelo CADE à autora não decorreu apenas do texto do art. 3º da Lei nº8.158/91 que proíbe a prática da venda casada, mas também do art. 2º, I, g, da Lei 4.137/62, que considera como forma de abuso econômico a criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa.

X. A prova de que a autora dificultava o funcionamento e o desenvolvimento de suas concorrentes está nas várias representações contra ela movidas perante o CADE, assim como da documentação acostada aos autos.

XI. A alegação de que houve um aumento considerável no número de empresas concorrentes da autora não deve ser creditada ao seu despreendimento, mas sim, ao aumento do mercado e a atuação do CADE, que tornou-se mais rigoroso a partir da edição das Leis 8.158/91 e 8.884/94.

XII. Não se verificou a aplicação retroativa de lei. A XEROX apelante detém posição dominante no mercado de locação e prestação de assistência técnica com uma participação de 91%, no mercado de material de consumo para equipamentos de fotocopiadoras, com participação de 74% a 100%.

XIII. É evidente que existe uma interdependência do mercado de aluguel de máquinas fotocopiadoras e o material de consumo, principalmente no que se refere a tinta de imprimir chamada de “toner”.

XIV. A apelante impunha a seus milhares de clientes cláusula padrão em contrato de prestação de serviço de assistência técnica que impede as tomadoras de serviço de adquirir material de consumo fabricado por outra empresa que não os da sua marca. Isto significa, na linguagem antitruste, *abusar da posição dominante para criar dificuldade ao funcionamento e ao desenvolvimento do mercado*. Ou

seja, criou barreiras artificiais para retirar ou impedir a entrada no mercado de produtos de impressão similares ao da apelante. Não se trata de criticar ou impedir que uma empresa tenha posição dominante, a questão diz respeito a se empregar manobras para restringir a concorrência.

XV. A cláusula contratual em questão, reforçada pelos elementos de prova constantes dos autos, figura a venda casada repudiada pelo legislador, art. 3º, inciso VIII, da Lei 8.158/91 e cria dificuldade à constituição e ao desenvolvimento de empresa igualmente vedada pela Lei 4.137/62, art. 2º, inciso I, alínea “g” e pela própria Lei 8.158/91, art. 3º, incisos II e XVI.

XVI. Dada a perpetuação no tempo da conduta anticoncorrencial da apelante, não há se falar em violação ao art. 5º, XXXIX da CF/88 e muito menos a norma do art. 5º, inciso XL (retroação da lei punitiva mais severa).

XVII. Honorários advocatícios fixado no valor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) de acordo com o voto-médio do Desembargador Federal Fagundes de Deus.

XVIII. Apelação da XEROX improvido.

ACÓRDÃO

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região, por maioria, preliminarmente, rejeitar a questão de ordem suscitada, e, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto da Exma. Sra. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida.

Trata-se de apelação interposta por Xerox do Brasil Ltda. contra sentença que julgou improcedente ação cautelar ajuizada em face da União, sucedida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, com o objetivo de anular decisão desta autarquia que a condenou a pagar multa por estar praticando venda casada.

A decisão objeto da medida cautelar foi tomada em processo administrativo que reúne sindicâncias instaladas pelo antigo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, além de representações à Secretaria de Direito Econômico, nas quais empresas concorrentes da apelante procuram demonstrar que, desde 1988, a apelante estaria exercendo pressão sobre os locatários de suas máquinas de reprodução de fotocópia com o objetivo de fazê-los adquirir materiais de consumo para uso em seus equipamentos de marca Xerox, vinculando, dessa maneira, a prestação de assistência técnica prevista em contrato à utilização dos materiais de consumo, o que sugere a chamada venda casada.

A condenação do Cade fundamentou-se no art. 2º, I, “g”, da Lei 4.137/62 e no art. 3º, incisos II, VIII e XVI da Lei 8.158/91.

Os citados dispositivos estabelecem:

Lei 4.137/62: “Art. 2º. Consideram-se formas de abuso econômico: I. Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de: g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa.”

Lei 8.158/91: “Art. 3º Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo de deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre con-

corrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins não sejam alcançados, tais como: II. Limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; VIII. Subordinar a venda de bens à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação dos serviços à utilização de outro ou à aquisição de um bem. XVI. Criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas”.

Alega a autora, ora apelante, que o art. 2º, IV, b, da mesma Lei 4.137/62, só considerava venda casada abuso de poder econômico, se decorrente da formação de grupo econômico ou agregação de empresas, ao assim dispor:

“Art. 2º. Consideram-se formas de abuso de poder econômico: IV - Formar grupo econômico por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de: b) Subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou a utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem.”

A condenação imposta pelo Cade à autora não decorreu apenas do texto do art. 3º da Lei 8.158/91 que proíbe a prática da venda casada, mas também do art. 2º, I, g, da Lei 4.137/62, que considera como forma de abuso econômico a criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa.

A prova de que a autora dificultava o funcionamento e o desenvolvimento de suas concorrentes está nas várias representações contra ela movidas perante o Cade, assim como da documentação acostada aos autos.

A legislação antitruste deve ser aplicada de forma a impedir o falseamento da concorrência nos mercados. Em outros termos: não se pode admitir que agentes econômicos, seja através de ato unilateral, seja mediante a celebração de um contrato, impeçam que a livre concorrência exerça seu papel no mercado.

Daí a livre concorrência ter sido consagrada, em nosso ordenamento, como um bem digno de receber tutela jurídica – o art. 170 da Constituição do Brasil impõe seja a ordem econômica fundada na livre iniciativa e o art. 20, I da Lei 8.884/94, inspirado no § 4º do art. 173 do texto constitucional, condena qualquer ato que possa prejudicar a livre concorrência.

Isso importa em que a concorrência cause alguns prejuízos a determinados agentes econômicos, que, impedidos de adotar estratégias independentes, restam obrigados a respeitar o “jogo” próprio do mercado em que atuam (mercado relevante). Em consequência, lucros menores e maiores preocupações com os concorrentes, consumidores e fornecedores.

É explicável, portanto, o desejo nutrido pelos agentes econômicos, de eliminação de toda concorrência incômoda que lhes seja contraposta. Isso é muitas vezes buscado mediante a celebração de acordo entre os agentes econômicos concorrentes (cartel). Outras, o agente econômico que detém poder de mercado adota práticas anticompetitivas, abusando, portanto, do poder que detém, visando à eliminação da concorrência.

Nada há de ilícito na eliminação de um concorrente, desde que a expulsão do mercado, ou mesmo o prejuízo a ele infligido, derivem de uma vantagem competitiva,

da superioridade de um dos agentes econômicos em relação aos outros. Daí porque o § 1º do art. 20 admite o domínio de mercado obtido de forma natural, fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores. O que o sistema jurídico não admite é o abuso, o acordo, a imposição, ou ardis que eliminam a concorrência.

O texto do art. 20 da Lei 8.884/94 é bastante amplo, abrangendo um sem-número de atos ou contratos que possam ser praticados ou celebrados em restrição à concorrência. Por essa razão, o art. 21 introduz uma série de exemplos de caracterização de infrações à ordem econômica, quando configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos. Isso significa que o art. 21 da Lei 8.884/94, exemplificativamente, enuncia uma série de condutas que caracterizarão infração à ordem econômica desde que sua prática configure qualquer daquelas hipóteses.

O artigo 21, inciso XXIII da Lei Antitruste atual dispõe que:

“Art. 21 – Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

XXIII – subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”.

Essa mesma norma já estava contida no direito anterior.

O artigo 2º, IV, “b”, da Lei 4.137/62 que regulou a repressão ao abuso do poder econômico:

“Art. 2º - Consideram-se formas de abuso do poder econômico: IV- Formar grupo econômico por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de: b) subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou à utilização de determinado serviço, ou subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem”.

A Lei 8.137/90, no seu artigo 5º, inciso II e III também dispunha que:

“Art. 5º - Constitui crime da mesma natureza: II – subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço; III – sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada”

O artigo 3º, inciso VIII, da Lei 8.158/91 por sua vez determinava:

“Art. 3º Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, tais como: VIII – subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem.”

Portanto, de longa data o direito antitruste brasileiro não admite que se subordine a venda de um bem à aquisição de outro ou a utilização de um serviço

subordinado à aquisição de um bem. Tais exigências não podem ser admitidas pelo consumidor, pois impede sua livre escolha do produto.

É irrelevante, pois, que as representações sejam anteriores a Lei 8.158/91. O fim visado em todas as representações é a não vinculação da prestação de assistência técnica, prevista em contrato, à utilização dos materiais de consumo da marca Xerox.

A alegação de que, com base no artigo 2º, inciso IV, letra b, da Lei 4.137/62, somente era ilícita a subordinação de vendas ou de utilização de determinado serviço à compra de outro bem ou à utilização de outro serviço, por si só, não tem a intenção de formar ou manter um cartel ou para aglutinar empresas.

É verdade que a superveniente Lei 8.158/91, dispensou o requisito de formação de cartel ou de aglutinação de empresas.

No entanto, é irrelevante que a Xerox tenha sido condenada pelo Cade com base na lex nova que introduziu uma novatio in pejus porque a empresa atravessou as décadas em uma ação continuada de fazer vendas casadas. É natural que, quando o processo administrativo fosse decidido, ao final, incidisse a lei nova.

A Xerox faz afirmação falsa quando alega que “cuida-se, pois, de uma só ação, uma conduta a que se atribui à apelante que está repetida em todas as peças acusatórias”. A falsidade da afirmação está em omitir que “uma só ação” vem se perpetuando ao longo do tempo, ou melhor, ao longo de muito tempo, a ponto de surgir lex nova no decorrer do processo administrativo que demorou também muitíssimo para ser decidido. Na verdade, foi uma sucessão de ações em mais de 90.000 contratos.

Ademais, mesmo que se eliminasse a figura delitiva, permaneceria a regra do artigo 2º, inciso I, alínea “g”, da lei vigente à data dos fatos, isto é, Lei 4.137/62.

A sentença não fez conjecturas ou suposições. Restou provado no processo administrativo que a atuação da Xerox tem implicado, ao longo dos anos, na limitação do acesso das novas empresas ao mercado.

A sentença e a decisão administrativa têm muitas referências sobre os embargos ao mercado. Se o número de empresas aumentou no mercado, isto não é resultado da atuação benéfica da Xerox, mas do crescimento do país, da sua população, serviços, etc.

Portanto, não há que se falar em retroatividade da Lei 8.158/91. Se a Xerox tivesse cometido uma única ação anticoncorrencial na vigência da Lei 4.137/62, poder-se-ia falar em proibição de eficácia retroativa à Lei 8.158/91, mas tem-se in casu condutas ilícitas praticadas contra centenas de consumidores e contra o mercado e a Constituição brasileira, na vigência da Lei 8.158/91 e da Lei 8.884/92. Assim, não faz o menor sentido se falar em violação ao artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal. A decisão do Cade não alcançou fato passado, alcançou fatos presentes e que, ainda podem estar ocorrendo. Daí não há que se falar em violação aos artigos 1º e 2º do Código Penal, mesmo porque a penalidade é administrativa.

A celebração de novos contratos da apelante com seus clientes, já na vigência da lei nova, permite a aplicação de suas regras, pois o agente ainda estaria pratican-

do a ação na vigência de lei posterior.

De toda sorte, não é necessário se recorrer a conceitos e definições de lei penal, porquanto, com base na Lei 8.158/91, a infração é objetiva, sem perquirir os caminhos da culpa e do animus. Daí que resulta meramente teórica e retórica a discussão se as infrações praticadas pela Xerox seriam crime continuado ou concurso formal de crimes. Sendo a lei nova de caráter meramente administrativo, a discussão pretende tão somente retirar o foro da incidência da lei nova de caráter administrativo, sobre ato contrário à livre concorrência.

A decisão administrativa apontou que, por meio de prática abusiva, a Xerox dificultou ainda a instalação de novos concorrentes no mercado, ameaçando a sobrevivência das pequenas e médias empresas regionais que procuravam disputar parcela do mercado de toner, fotorreceptor e revelador.

As denúncias dos concorrentes datam desde 1989 e, em 29 de novembro de 1990, a Xerox, em reunião realizada pela Secretaria Nacional de Direito Econômico, prometeu alterar os contratos.

Ela não honrou seu compromisso com a Administração Pública, tanto que outra concorrente fez representação em 14 de fevereiro de 1991.

A concorrente juntou cópias de cartas da Xerox dirigidas a clientes, sobre suspensão da assistência técnica. Este fato mostra que a apelante, mesmo depois do acordo, persistiu na sua conduta lesiva à livre concorrência.

As provas do processo administrativo levaram a conclusão de que a requerente, além de pressionar os locatários de máquinas fotocopadoras a somente adquirir materiais de consumo que tivessem sua marca, negava-se a prestar assistência técnica às máquinas que não usassem seus produtos.

Se um fornecedor de um bem ou serviço impõe para a sua venda a condição de que o comprador também adquira um outro bem ou serviço, esse fornecedor naturalmente cria uma dificuldade para os concorrentes potenciais. Esse fato não precisa de provas, pois resulta da natureza das coisas.

A decisão do Cade examinou que, em razão da posição dominante da recorrente no mercado, esta criou dificuldades ao funcionamento e desenvolvimento de dezenas de empresas através de publicação e divulgação de insinuações depreciativas quanto à qualidade do material de consumo para máquinas de reprografia de outras marcas.

No processo administrativo também provou-se que a Xerox detém posição dominante nos mercados de locação e prestação de serviços de assistência técnica, com uma participação de 91%, bem como no mercado de material de consumo para equipamentos de fotocopadoras, com participação de 74% a 100%.

Em decorrência da interdependência e complementariedade desses mercados – o funcionamento das máquinas fotocopadoras depende da utilização do material de consumo – a posição dominante do agente econômico nos mercados de locação e assistência técnica tem reflexos imediatos no mercado de material de consumo.

Não se discute a posição dominante da Xerox no mercado; o problema é esta empresa exercer sua posição dominante para eliminar abusivamente a concorrência.

O Cade está correto quando afirmou que a ora apelante não pode eliminar do mercado suas concorrentes, criando dificuldades para a utilização dos produtos por elas fabricados ou fornecidos, sem qualquer prova técnica. A XEROX não pode presumir que apenas seus produtos são idôneos e que todos os outros danificarão suas máquinas, objeto de locação.

A apelante impunha a seus milhares de clientes cláusula padrão em contrato de prestação de serviço de assistência técnica que impede as tomadoras de serviço de adquirir material de consumo fabricado por outra empresa que não os da sua marca. Isto significa, na linguagem antitruste, abusar da posição dominante para criar dificuldade ao funcionamento e ao desenvolvimento do mercado. Ou seja, criou barreiras artificiais para retirar ou impedir a entrada no mercado de produtos de impressão similares ao dela. Não se trata de criticar ou impedir que uma empresa tenha posição dominante, a questão diz respeito a se empregar manobras para restringir a concorrência.

Assiste razão ao Cade, ora apelado, ao afirmar que a cláusula contratual em questão, reforçada pelos elementos de prova constantes dos autos, configura a venda casada repudiada pelo legislador, art. 3º, inciso VIII, da Lei 8.158/91 e cria dificuldade à constituição e ao desenvolvimento de empresa igualmente vedada pela Lei 4.137/62, art. 2º, inciso I, alínea “g” e pela própria Lei 8.158/91, art. 3º, incisos II e XVI.

Dada a perpetuação no tempo da conduta anticoncorrencial da apelante, não há se falar em violação ao art. 5º, XXXIX da CF/88 e muito menos a norma do art. 5º, inciso XL, retroação da lei punitiva mais severa.

Dessa forma, a Quinta Turma negou provimento ao recurso.

No tocante aos honorários advocatícios, o Órgão Julgador, por maioria, fixou-os em R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), de acordo com o voto médio do Desembargador Federal Fagundes de Deus.

APELAÇÃO CÍVEL 2005.01.00.066641-1/BA

Relator: Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes (convocado)

Julgamento: 30/04/08

EMENTA

CIVIL. PROCESSUAL. USUCAPIÃO. POSSUIDORA COM POSSE CONCOMITANTE COM HERDEIRA.

I. A sentença estabeleceu que não se configura possibilidade da usucapião quando a posse coexiste com a do proprietário ficando afastado o animus domini.

II. A jurisprudência entende que: “quem vai morar na companhia e na casa de outrem, por caridade ou qualquer outro laço afetivo, sendo recebido por anuência e consentimento do dono, jamais se pode

considerar possuidora ou compossuidora da casa daquele que lhe dá abrigo.”(TJMG, Ap.68.468, Rel. Desembargador Humberto Theodoro Júnior).

III. Como bem salientou a condutora monocrática: “Há contudo, nos autos, certeza de que uma das prováveis herdeiras do bem, Ana Bento de Moraes, filha do “proprietário originário”, Joaquim Bento de Moraes, habita o imóvel, juntamente com a demandante. Tal circunstância foi constatada na audiência de justificação de posse (fls.25/26), informada pela ré Gildeth Castro Dourado Moraes e confirmada pela autora em mais de uma ocasião (fls.88/92, 154/156 e 351).”

IV. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da autora, nos termos do voto do Exmo. Sr. Juiz-Relator.

Cuida-se de apelação interposta pela autora em face de sentença que, nos autos da ação de usucapião, julgou extinto o processo sem resolução do mérito, na forma dos artigos 267, VI e 295, parágrafo único, III, do CPC.

A sentença estabeleceu que não se configura a possibilidade da usucapião quando a posse coexiste com a do proprietário ficando afastado o *animus domini*.

A posse como simples exteriorização fática do exercício do domínio autoriza a proteção dos interditos possessórios, mas nem sempre conduz ao usucapião.

Com referência ao *animus domini*, trata-se do qualificativo da posse que evidencia, no aspecto exterior, estar agindo o possuidor com o comportamento ou postura de quem se considera, de fato, proprietário da coisa.

No caso em exame, uma das herdeiras do proprietário habita o imóvel juntamente com a demandante, o que impede a consideração do *animus domini* – pressuposto essencial para a ocorrência da usucapião.

Ante o exposto, a Turma negou provimento à apelação.

Sexta Turma

APELAÇÃO CÍVEL 2001.40.00.001874-5/PI

Relator: Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (convocado)

Julgamento: 12/05/08

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL, CIVIL, E ADMINISTRATIVO. DESERÇÃO DO APELO. POSTERIOR RECURSO ADESIVO DA MESMA PARTE. NÃO CONHECIMENTO. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONFIGURAÇÃO DE NEXO CAUSAL. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. IMPROVIMENTO DO APELO DA FUNASA. TRABALHADOR AUTÔNOMO. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS RENDIMENTOS AUFERIDOS. PARÂMETRO DO SALÁRIO MÍNIMO. LEGITIMIDADE. INDENIZA-

ÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO. GRAVIDADE DOS DANOS SOFRIDOS E CARÁTER PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO. ELEVAÇÃO DO VALOR. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO DO AUTOR.

I. Pedido de indenização de danos materiais e morais em razão de intoxicação por ingestão de medicamento contaminado (altos níveis de chumbo e arsênio) para o tratamento de *leishmaniose*, produzido por Eurofarma Laboratórios Ltda. e ministrado e distribuído pela FUNASA, acarretando graves efeitos colaterais: inabilitação para o trabalho (oito meses) por severo sofrimento físico e moral (fortes dores nos músculos e articulações; quadro de eritema pruriginoso generalizado; edema e descamação das extremidades; pele empolada; distúrbios gastrintestinais; dores de cabeça intensas; arritmia cardíaca; perda de cerca de 11 quilos).

II. A insurgência, uma vez manifestada, opera a preclusão consumativa, ante o princípio da unirrecorribilidade, a impedir a utilização dúplici de instrumento recursal para impugnar a mesma matéria. Assim, ao interpor recurso de apelação, a parte renuncia a recurso adesivo subsequente ao apelo extremo da outra. De modo que, mesmo julgado deserto o apelo inicial, não se conhece do recurso adesivo posterior da mesma parte. Precedentes: AC 2000.01.00.067685-0/BA, Relatora Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJ de 16.04.2001 p.51; AMS 1998.01.00.071319-2/MT – Rel. Juiz Fed. Manoel José Ferreira Nunes (conv.) – DJU de 24/06/2004.

III. Pela teoria do risco administrativo, basta a demonstração do liame entre a conduta e o dano, para que haja responsabilização do Estado. Além disso, a FUNASA reconhece ter tido conhecimento, em outubro de 2000, de que pacientes usando o medicamento Antimoniato de Meglumina, em Teresina, Piauí, estavam desenvolvendo abscessos e tendo reações adversas sistêmicas graves (fl. 183), mas, ainda assim, por preposto seu, ministrou e entregou esse medicamento ao Autor, em janeiro de 2001, agindo, pois, no mínimo, com culpa (negligência).

IV. Considerando que o salário mínimo nacional é o menor limite da remuneração do trabalhador, é cabível sua utilização como parâmetro para fixar o valor da indenização por danos materiais, quando não restar comprovados nos autos os valores percebidos a título de remuneração, a despeito da caracterização do exercício de atividades autônomas pelo Autor.

V. O dano moral, na hipótese em exame, consubstanciou-se no sofrimento físico e na degeneração de suas faculdades, vivenciados pelo Autor, com sério risco de perder a vida. Trata-se de efeito extrapatrimonial da conduta praticada pelas Rés, cuja repercussão na órbita subjetiva da vítima suplica por reparação suficiente e exemplar.

VI. Necessário aferir a capacidade econômica do agente e o caráter punitivo da sanção para que a indenização por dano moral adquira os efeitos repressivo e preventivo que devem acompanhá-la. Caso em que, se a própria Ré EUROFARMA fala da modicidade dos valores fixados na sentença inquinada, é porque tal caráter não se avultou, impondo-se sua majoração. Além disso, não se pode condescender com a prática de a produção e a entrega de bens destinados a curar resultarem em danos gravíssimos e risco sério e concreto de perda da vida.

VII. Recurso adesivo da Empresa Eurofarma Laboratórios Ltda. não conhecido.

VIII. Apelação da FUNASA a que se nega provimento.

IX. Provimento parcial do apelo do Autor para majorar o valor da indenização por danos morais de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), corrigido a partir desta data.

X. Em razão da notícia de que teria havido morte de pessoas, no mínimo por negligência de agentes estatais, bem como a fabricação de substância nociva à saúde pública, destinada ao fim medicinal, por

agentes econômicos privados, cópia integral dos autos ao MPF, com base no art. 40, CPP, pois tais fatos configuram, em tese, os crimes previstos nos arts. 121, § 3º, e 278, ambos do CP.

ACÓRDÃO

Decide a Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do recurso adesivo da Empresa Eurofarma Laboratórios Ltda.; negar provimento à apelação da FUNASA; e dar parcial provimento ao apelo do Autor.

Cuidam os autos de ação ordinária em que se pleiteia indenização para reparar danos advindos de intoxicação por ingestão de medicamento produzido por laboratório farmacêutico e fornecido pela Fundação Nacional de Saúde – Funasa, para tratamento de leishmaniose.

Alega o autor que os efeitos colaterais da ingestão do medicamento acarretaram inabilitação para atividades laborais pelo período de oito meses, bem como lhe infligiram severo sofrimento físico e moral.

O Juízo de primeiro grau repeliu as preliminares de ilegitimidade passiva argüidas pela Funasa e pelo laboratório farmacêutico, excluindo, todavia, a União do pólo passivo da lide. No mérito, acolheu parcialmente o pedido do autor, entendendo incontroversa a existência de dano material e moral, e condenou as rés a indenizá-lo na quantia global de R\$ 13.680,00 (treze mil, seiscentos e oitenta reais).

Interpuseram apelação o autor, a Funasa e o laboratório farmacêutico.

O laboratório farmacêutico, ao apelar da sentença proferida pelo Juízo *a quo*, deixou de comprovar o preparo do recurso. Não obstante, interpôs recurso adesivo em face da apelação do autor. Ocorre que a insurgência, uma vez manifestada, opera a preclusão consumativa, ante o princípio da unirrecorribilidade, a impedir a utilização dúplice do idêntico instrumento recursal para impugnar a mesma matéria. Assim, não se conheceu do recurso adesivo.

A teoria do risco administrativo afasta a necessidade de demonstração de dolo ou culpa na conduta administrativa da qual adveio o evento danoso. Basta, para tanto, a demonstração do liame entre tal conduta e o dano. Se a ação do Estado, ainda que legítima, foi necessária para sua deflagração, há o nexos causal exigível para configuração da responsabilidade objetiva. Nesse sentido, a responsabilização da Funasa é inescusável, pois se o ente público, por seu preposto, não tivesse prescrito e fornecido o fármaco com altos índices de chumbo e arsênio, para o tratamento de leishmaniose, o autor se veria furtado das mazelas sofridas.

Restou provado que o uso do medicamento Antimoniato de Meglumina, produzido pelo laboratório farmacêutico e ministrado por preposto da Funasa é que resultou nos graves danos suportados pelo autor.

Ressalte-se que, em datas contemporâneas ao fato relativo ao autor, há a Nota Técnica do Cenepi, lavrada em 02/02/01, recomendando a suspensão do uso de todos os lotes do Antimoniato de Meglumina do laboratório farmacêutico que se encontravam disponíveis na rede de saúde, como medida preventiva da ocorrência de reações adversas graves e da exposição a altos níveis de arsênio e chumbo e,

finalmente, a Resolução- RE 145/01, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária suspendendo cautelarmente o uso de comercialização do referido medicamento.

A apelante Funasa comprovadamente tinha conhecimento, desde outubro de 2000, que pacientes usando o medicamento Antimoniato de Meglumina, em Teresina, Piauí, estavam desenvolvendo abscessos e tendo reações adversas sistêmicas graves, mas, mesmo assim, por preposto seu, ministrou e entregou referido medicamento ao autor, em janeiro de 2001. Na verdade, agiu com negligência o ente público, pois, tendo conhecimento anterior do caráter perigoso do medicamento, ainda assim o receitou e entregou ao autor. Não se trata, portanto, somente de verificar a responsabilidade objetiva da Funasa, em razão do nexo causal de sua ação e o resultado, mas também de sua efetiva negligência, ao proceder da forma que procedeu.

O autor, de outra parte, manifesta-se inconformado com o provimento emanado do Juízo *a quo*, ao argumento de que o dano material deve ser correspondente aos prejuízos decorrentes do evento danoso. Afirma, nesta esteira, que a incapacidade temporária para exercer atividades laborais importou na impossibilidade de auferir rendimentos que redundariam em 24 (vinte e quatro) salários mínimos. Deixou de demonstrar, contudo, que sua profissão proporciona a percepção destes valores.

Considerando que o salário mínimo é o limite inferior da remuneração do trabalhador, é cabível sua utilização como parâmetro para fixar o valor da indenização por danos materiais, quando não se comprovar, como no caso, os valores percebidos pelo autor a título de remuneração, a despeito da caracterização do exercício de atividades autônomas. Acertada, portanto, a decisão de primeira instância, que fixou em sete salários mínimos o valor devido a título de indenização por danos materiais.

O dano moral, na hipótese em exame, consubstanciou-se no sofrimento físico e no vislumbre da degeneração de suas faculdades vivenciados pelo autor. Trata-se de efeito extrapatrimonial da conduta praticada pelas rés cuja repercussão na órbita subjetiva da vítima suplica por reparação, repelindo-se, todavia, a possibilidade de enriquecimento ilícito.

Sob outro ângulo, aferir a capacidade econômica do agente revela-se necessário para que a indenização por dano moral adquira os efeitos repressivo e preventivo que devem acompanhá-la. Se o próprio laboratório farmacêutico reconheceu a modicidade dos valores fixados na sentença inquinada, é porque tal caráter não se avultou.

Ademais, não se pode deixar de dar destaque, em causa dessa natureza, ao caráter punitivo da condenação. Decerto, a par do estado de grave afetação da integridade física, psíquica e, dessa maneira, moral do autor, é de se estranhar que a produção e a entrega de bens destinados a curar resultem em danos seríssimos e mesmo ameaça concreta de extinção. Aqueles que lidam, por liberdade de iniciativa econômica ou por obrigação legal, com a saúde das pessoas não podem se ver liberados de sanção mais contundente, como advertência para que casos semelhantes não venham novamente a acontecer.

As graves circunstâncias do caso, como a grave agressão à integridade do autor; a negligência comprovada da Administração Pública; a culpa, em sentido lato, na produção de medicamento com níveis elevados de metais pesados, transforman-

do-o, na verdade, em veneno que mata, enfim, todos esses elementos justificam a fixação do valor dos danos morais no patamar pretendido pelo autor.

Com esses fundamentos, a Turma deu parcial provimento à sua apelação, para elevar o valor a título de indenização por danos morais para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), a ser pago pelas rés na proporção estabelecida na sentença, corrigido monetariamente a partir desta data, pelos padrões oficiais, com incidência dos juros moratórios desde a citação.

Por fim, em razão da notícia de que teria havido morte de pessoas, no mínimo por negligência de agentes estatais, bem como a fabricação de substância nociva à saúde pública, destinada ao fim medicinal, por agentes econômicos privados, determinou o envio de cópia integral dos autos ao Ministério Público Federal, com base no art. 40, CPP, pois tais fatos configuram, em tese, os crimes previstos nos arts. 121, § 3º, e 278, ambos do CP.

Sétima Turma

AGRAVO DE INSTRUMENTO 2008.01.00.008407-7/MG

Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

Julgamento: 12/05/08

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. INDEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA EXCLUSÃO DO AUTOR DO CADIN. CRÉDITO DE PEQUENO VALOR (NÃO EXECUTADO) APARENTEMENTE PRESCRITO (MAIS DE 5 ANOS A PARTIR DA EXCLUSÃO DE PARCELAMENTO). CADIN.

I. Trata-se, na análise da antecipação de tutela, do mero reconhecimento da plausibilidade da alegação, sem, contudo, adentrar ao cerne da questão (a alegada aplicabilidade do art. 5º, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 1.569/77 e do art. 40 da Lei n. 8.830/80, que será apreciada na sentença do processo de origem).

II. O fato de se tratar de dívida de pequeno valor não afasta, por si, o curso do prazo prescricional. Não se pode conceber, em princípio, que a situação de inadimplência do pequeno devedor (cuja EF não é ajuizada em razão do montante da dívida) implique a verdadeira eternização da manutenção de seu nome no CADIN.

III. Não há razoabilidade em inscrever o nome do contribuinte no CADIN sem que se proceda à cobrança do débito respectivo. O não ajuizamento da EF em razão do reduzido valor da dívida impõe à inscrição no CADIN o caráter de cobrança indevida, coagindo o devedor a pagar o débito sem que se utilizem os meios legais de cobrança.

IV. Se a própria execução (já ajuizada) pode ensejar, no caso de inércia da exequente, a ocorrência da prescrição, tanto mais se configurada a inércia da FN em ajuizar a EF, ainda que seja fundada em permissivo legal para tal, decorrente de opção política (que leva em consideração a relação “custo-benefício” da cobrança).

V. Transcorridos mais de 5 anos da rescisão do parcelamento sem a propositura de EF, a cobrança está, em princípio, prescrita.

VI. Agravo de instrumento provido.

VII. Peças liberadas pelo Relator, em 12/05/2008, para publicação do acórdão.

ACÓRDÃO

Decide a 7ª Turma dar provimento ao agravo de instrumento por unanimidade.

Ação ordinária ajuizada com o objetivo de anular IRPF, glosa de dedução de despesas em ajuste anual, período 1993/1994, no valor de R\$1.781,10, com parcelamento em 30 meses, rescindido automaticamente por falta de pagamento na 19ª parcela, em 11/05/02.

O magistrado *a quo* indeferiu a antecipação de tutela requerida para exclusão do nome do autor do Cadin, por entender que a inclusão ocorreu em 15/05/02 e somente em 2008 ele veio requerer a exclusão de seu nome de tal cadastro, via antecipação de tutela, bem com que houve parcelamento do débito em 03/06/00, ocorrendo, assim, a interrupção da prescrição nos termos do parágrafo único do art. 174, IV, do CTN.

Foi interposto, então, o presente agravo de instrumento pedindo, com efeito suspensivo ativo, o qual foi concedido, a reforma da decisão que indeferiu o pedido de antecipação de tutela.

O agravante aduz que o crédito está prescrito pelo transcurso de cinco anos da data da sua exclusão do parcelamento, sem ajuizamento de execução fiscal.

A Fazenda Nacional, por sua vez, alega que não há fluência do prazo para a prescrição intercorrente em hipótese de débito tributário de reduzido valor, consoante art. 5º, parágrafo único, do Decreto-lei 1.569/77, bem como que foi aplicado, no caso, o instituto da suspensão processual à prescrição intercorrente (art. 40 da LEF); e ainda, que a suspensão da inscrição no Cadin somente poderia ser deferida se houvesse garantia nos autos da ação ordinária, o que não é o caso.

A declaração de IRPF-1993 do agravante foi glosada (dedução de despesas), sendo realizado lançamento complementar pelo fisco.

O agravante impugnou o lançamento, mantido pelo fisco em 1ª e 2ª instâncias administrativas. Após, o contribuinte parcelou seu débito em 30 meses, tendo quitado, entretanto, apenas 19 parcelas. Diante disso o parcelamento foi rescindido em 11/05/02 e seu nome inscrito no Cadin. A Fazenda Nacional deixou, entretanto, de ajuizar a Execução Fiscal em razão do valor.

A alegada aplicação do art. 5º, parágrafo único, do Decreto-Lei 1.569/77 e do art. 40 da Lei 8.830/80 será examinada com a resolução do mérito do pedido. O presente agravo trata da análise da antecipação de tutela, do mero reconhecimento da plausibilidade da alegação, sem, contudo, adentrar ao cerne da questão, que será apreciado na sentença do processo de origem.

Não se pode conceber, em princípio, que a situação de inadimplência do pequeno devedor, cuja execução fiscal não é ajuizada em razão do valor, implique verdadeira perpetuação da manutenção de seu nome no órgão cadastral.

Não há razoabilidade em inscrever o nome do contribuinte no Cadin sem que se proceda à cobrança do débito respectivo. O não ajuizamento da execução fiscal em razão do pequeno valor da dívida impõe à inscrição no cadastro o caráter de cobrança indevida, coagindo o devedor a pagar o débito sem que se utilizem os meios legais de cobrança.

Se a própria execução ajuizada pode ensejar, no caso de inércia da exeqüente, a ocorrência da prescrição, tanto mais se configurada a inércia da Fazenda Nacional em ajuizar a execução fiscal, ainda que seja fundada em permissivo legal para tal, decorrente de opção política, que leva em consideração a relação custo-benefício da cobrança.

Ademais, não se pode exigir a garantia do débito para que se aprecie a alegação de sua prescrição, pois se trata de matéria de ordem pública, que pode ser reconhecida a qualquer momento processual, inclusive de ofício pelo juiz da causa, nos termos do art. 219, parágrafo 5º, do CPC.

Pelo o exposto, a Sétima Turma deu provimento ao agravo de instrumento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 2008.01.00.004411-4/MG

Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

Julgamento: 12/05/08

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DO INSS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. RESERVA DE PARCELA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS EXEQÜENDOS (A TÍTULO DE COTA-PARTE) EM PROL DO REQUERENTE-ADVOGADO (EX-INTEGRANTE DA SOCIEDADE PROFISSIONAL COMPOSTA PELOS ADVOGADOS DAS EMPRESAS EXEQUENTES, QUE LITIGA CONTRA A SOCIEDADE EM AÇÃO DE HAVERES): MATÉRIA ESTRANHA AOS EMBARGOS. LEGITIMIDADE PARA LEVANTAMENTO DE VERBA HONORÁRIA.

I. Não parece apropriado que, no seio dos embargos do devedor opostos pelo INSS, e que objetivavam – apenas e tão-somente – destilar argumentos de defesa do executado que elidam a força executiva do título exeqüendo, venham a ser discutidas questões tais como o eventual direito de ex-advogado da(s) autora(s) a rateio dos honorários sucumbenciais (e reembolso da participação social) e, tanto menos, haja determinação de bloqueio de valores a serem pagos.

II. A querela existente entre a sociedade agravante e o advogado agravado não diz com a demanda do processo de embargos. Cabe ao juízo da “Ação de Haveres” (já em curso) apreciar qualquer aspecto da discussão. Não há, portanto, justificativa para que o juízo dos embargos interfira no litígio, nem mesmo reservando cota-parte dos honorários sucumbenciais.

III. O juízo dos embargos autorizará, quando oportuno, o levantamento dos honorários a quem de direito mediante mero exame de procuração judicial válida. Se o nome do advogado agravado constar, no momento apropriado, no instrumento de procuração vigente, não haverá impedimento a que possa levantar os valores na integralidade.

IV. Qualquer dos profissionais cujo nome conste na procuração em vigor poderá proceder ao levantamento integral da verba honorária. Ademais, a jurisprudência reconhece esse direito até mesmo à

sociedade de advogados (da qual o profissional faça parte), ainda que seu nome não esteja explícito no instrumento de procuração (STJ: REsp n. 529.340/SC).

V. Agravo de instrumento provido.

VI. Peças liberadas pelo Relator, em 12/05/2008, para publicação do acórdão.

ACÓRDÃO

Decide a 7ª Turma dar provimento ao agravo de instrumento por unanimidade.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em autos de embargos à execução, determinou, atendendo a pedido do advogado requerente, a reserva da cota-parte a ele devida, na fração de um terço do montante, nas ulteriores requisições de pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais.

O prolator da decisão ora agravada entendeu que as procurações outorgadas na fase de conhecimento e ainda em vigor foram outorgadas individualmente aos advogados e não à sociedade que integravam.

A sociedade de advogados agravante aduz que o ex-sócio requerente ajuizou ação de haveres pleiteando valores porventura devidos em face de seu desligamento da sociedade e a decisão, ora impugnada, cria risco de pagamento em duplicidade. Afirma que tanto na fase de conhecimento quanto na fase de execução, cláusulas do contrato social estabelecem que os eventuais honorários percebidos reverteriam ao patrimônio da sociedade, que sempre os pôde levantar, independentemente de autorização expressa dos sócios. Alega, ainda, que o art. 15 do Estatuto da OAB e o art. 37 do Regulamento Geral do Estatuto da OAB abonam a reversão dos honorários à sociedade de advogados e, por fim, que no contrato profissional celebrado o advogado requerente tinha direito a rateio de 24,95% (vinte e quatro vírgula noventa e cinco por cento) do capital social, inferior, portanto, ao deferido bloqueio de um terço.

Foi concedido efeito suspensivo à decisão agravada.

Não se verifica oportuno que, em sede de embargos do devedor opostos pelo INSS, e que objetivam destilar argumentos de defesa do executado que elidam a força executiva do título exeqüendo, venham a ser discutidas questões relativas a eventual direito de ex-advogado das autoras a rateio dos honorários sucumbenciais e reembolso da participação social e, tanto menos, haja determinação de bloqueio de valores a serem pagos.

O juízo dos embargos autorizará, quando oportuno, o levantamento dos honorários a quem de direito mediante mero exame de procuração judicial válida. Se o nome do advogado agravado constar, no momento apropriado, no instrumento de procuração vigente, não haverá impedimento a que possa levantar os valores na integralidade.

A princípio, qualquer dos profissionais cujo nome conste na procuração em vigor poderá proceder ao levantamento integral da verba honorária. Ademais, esse direito é assegurado até mesmo à sociedade de advogados da qual o profissional faça parte, ainda que seu nome não esteja explícito no instrumento de procuração.

A querela existente entre a sociedade agravante e o advogado agravado não diz com a demanda do processo de embargos. Cabe ao juízo da ação de haveres apreciar qualquer aspecto da discussão. Não há, portanto, justificativa para que o Juízo *a quo* interfira no litígio, nem mesmo reservando cota-parte dos honorários sucumbenciais.

Pelo o exposto, a Sétima Turma deu provimento ao agravo de instrumento.

AGRAVO INTERNO NO AG 2006.01.00.020498-9/DF

Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

Julgamento: 13/05/08

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA SUSPENDENDO EXIGIBILIDADE DE ANUIDADE DEVIDA À OAB POR PROCURADORES FEDERAIS. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS (ART. 3º, §1º, LEI N. 8.906/94/EAOAB). REQUISITOS DO ART. 7º, II, DA LEI N. 1.533/51 AUSENTES. AGRAVO PROVIDO MONOCRATICAMENTE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

I. Em sede de cognição sumária, não se defere liminar que desfaça as presunções várias que militam em prol das leis e dos atos administrativos, em princípio verazes, legítimos e legais, notadamente quando o revolver dos autos as reforça, salvo em foro e sede própria do STF.

II. Do mesmo modo, a presunção de constitucionalidade das leis e das normas não encontra sede própria pela via da liminar em mandado de segurança e as questões fáticas e jurídicas remanescentes merecem ser elucidadas mediante regular instrução e contraditório.

III. A lei goza, no ordenamento jurídico brasileiro, da “presunção” de constitucionalidade, assim como os atos administrativos gozam da presunção de legalidade, que nenhum julgador pode, monocraticamente, afastar com duas ou três linhas em exame de mera delibação. Como a matéria é de reserva legal, a jurisprudência não respalda o precário e temporário afastamento, por medida liminar, de norma legal a não ser em ação própria perante o STF. A presunção da constitucionalidade das leis é mais forte e afasta a “eventual” relevância do fundamento, notadamente se o vício não é manifesto ou flagrante.

IV. “Reconhecer, em sede de liminar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, para o fim de deferir a medida, representa, de regra, precipitação, dado que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, nos Tribunais, somente pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros da Corte. Essa declaração, para o fim de ser concedida a liminar, não deve ocorrer, em decisão monocrática, até por medida de prudência. No caso, ocorre, ademais, que a liminar esgota o julgamento da causa, porque, na prática, é satisfativa. Se, amanhã, os Tribunais Superiores derem pela inconstitucionalidade do ato normativo, terá ocorrido, com a concessão da liminar, grave atentado à ordem pública, em termos de ordem jurídico-constitucional” (STF, SS n. 1.853/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 04/10/2000).

V. Liminar que exime categoria de advogados do pagamento de anuidades devidas à OAB, além de ferir a ordem jurídica, cria odiosa quebra do panorama isonômico.

VI. Agravo interno não provido.

VII. Peças liberadas pelo Relator, em 13/05/2008, para publicação do acórdão.

ACORDÃO

Decide a 7ª Turma negar provimento ao agravo interno por unanimidade.

Por agravo de instrumento, a Ordem dos Advogados do Brasil pediu, com efeito suspensivo ativo, a reforma da decisão que concedera a liminar em mandado de segurança impetrado por integrantes da AGU, para eximirem-se das anuidades devidas à OAB, por inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 8.906/94.

Provido o agravo, a liminar foi cassada neste Tribunal.

Inconformados os impetrantes interpuseram o presente agravo interno alegando que o sistema de controle de constitucionalidade vigente permite liminares; ausente evidência de lesão grave e de difícil reparação para o OAB/DF, por isso o agravo deveria ser do tipo “retido” e que há fundamentação hábil.

Não se legitima liminar em mandado de segurança que, desqualificando, por suposta inconstitucionalidade, o art. 3º, §1º, da Lei 8.906/94, exime do registro na OAB e, das respectivas anuidades, o membro da Advocacia-Geral da União.

O STF considera, de regra, precipitação a concessão de liminares para afastar a aplicação de lei expressa, haja vista que, salvo teratologias, as normas jurídicas se presumem constitucionais, tanto mais lei em vigor há 14 anos, como a do caso em exame. Não há *fumus boni iuris* se o pedido é frontalmente *contra legem* e, ademais, formulado em sede de cognição sumária.

A quantidade de advogados pertencentes à denominada “advocacia pública”, aliada ao fato de que a OAB sobrevive do custeio das anuidades já evidenciam a impossibilidade de conversão do agravo de instrumento para a forma retida, ante o elevado risco de lesão irreparável. Juízo, aliás, privativo do julgador.

Por derradeiro, tem-se por carente de mais adequada fundamentação a decisão que não explicita as razões de seu convencimento ou que, a pretexto de fazê-lo, destila argumentos que não correspondem inteiramente à verdade ou, ainda, que não sustentam, sós por si, a conclusão final, pois o convencimento do julgador, apesar de livre, tem que ser motivado.

De resto, manifestamente satisfativa, a liminar, além de ferir a ordem jurídica, cria quebra do panorama isonômico da categoria.

Pelo o exposto, a Turma negou provimento ao agravo interno.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 2007.01.00.059730-8/DF

Relator: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (Convocado)

Julgamento: 28/04/08

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CADE. NÃO CELEBRAÇÃO DE TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE CONDUTA (“TCC”). JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE (ART. 53 DA LEI N. 8.884/94). ATO DISCRICIONÁRIO.

I. Há previsão expressa no art. 53 da Lei n. 8.884/94 de que a celebração do termo de “compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos” faz parte do âmbito de discricionariedade da Administração, pois vinculada a “juízo de conveniência e oportunidade” do CADE.

II. Tratando-se, portanto, de ato administrativo discricionário, não há falar em “direito subjetivo” dos agravantes à celebração do termo de compromisso. Havendo, no caso, recusa justificada por parte do CADE, não há falar em irregularidade na conduta do Conselho.

III. Agravo de instrumento não provido.

IV. Peças liberadas pelo Relator, em 28/04/2008, para publicação do acórdão.

ACÓRDÃO

Decide a 7ª Turma negar provimento ao agravo de instrumento por unanimidade.

A ora agravante impetrou mandado de segurança contra ato atribuído ao Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, objetivando suspender os efeitos da decisão proferida pela autarquia nos autos de processo administrativo, que condenou a impetrante (pessoa jurídica) às penalidades de pagamento de multa equivalente a 15% do faturamento bruto do exercício de 2002 e proibição de licitar pelo período de 05 anos com a Administração Pública e o impetrante (pessoa física) ao pagamento de multa equivalente a 15% da multa aplicada à pessoa jurídica.

O Juízo *a quo* indeferiu a liminar requerida ao fundamento de que o interesse público restou resguardado quando aquele Conselho, diante de condutas tipificadas na Lei 8.884/94, segundo o seu juízo de conveniência e oportunidade, conforme facultado pela Lei, optou por atuar repressivamente, no lugar de firmar Termo de Compromisso de Cessação, como forma de proteger a ordem econômica.

Os impetrantes interpuseram agravo de instrumento, pedindo, com efeito suspensivo ativo, a reforma da decisão que não reconsiderou o indeferimento da liminar.

Alegam que têm direito líquido e certo à celebração de Termo de Compromisso de Cessação – TCC, pois a faculdade prevista no art. 53 da Lei 8.884/94 guarda semelhança com a transação penal da Lei 9.099/95 e deve ser interpretada como direito subjetivo do réu, e, por preencherem todos os requisitos legais para a apresentação do TCC, o ato da Administração Pública passou a ser vinculado.

O Tribunal, examinando os fundamentos legais do pleito, entendeu que o art. 53 da Lei 8.884/94 não dá o suporte que os agravantes pretendem, e indeferiu o pedido de efeito suspensivo.

O art. 53 da Lei 8.884/94 dispõe que em qualquer das espécies de processo administrativo, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei. Assim, a Turma considerou que há previsão expressa de que a celebração do termo de compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos faz parte do âmbito de discricionariedade da Administração, pois vinculada a juízo de

conveniência e oportunidade do Cade.

Tratando-se, portanto, de ato administrativo discricionário, não há falar em direito subjetivo dos agravantes à celebração do termo de compromisso, tampouco em irregularidade na conduta do Conselho.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 2007.01.00.046281-4/DF

Relator: Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado)

Julgamento: 28/04/08

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INDEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA DESEMBARAÇO ADUANEIRO DE MERCADORIA MEDIANTE OFERECIMENTO DE CAUÇÃO NO VALOR DAS MULTAS PREVISTAS NO ART. 33 DA LEI N. 11.488/2007. A LIBERAÇÃO DA MERCADORIA É POSSÍVEL COM OFERECIMENTO DE GARANTIA CALCULADA NOS TERMOS DO ART. 7º DA IN/SRF N. 228/2002.

I. A internação de mercadoria apreendida em procedimento fiscalizatório é possível mediante apresentação de garantia, desde que calculada nos termos do art. 7º da IN/SRF n. 228/2002.

II. Verifica-se, então, que o valor a ser depositado não é o que a empresa entende ser devido; é o valor calculado pelo Fisco de acordo com a previsão da referida norma (nos termos do art. 88 da MP n. 2.158-35, de 24/08/2001).

III. Ainda que não cumpridos pela empresa, no caso, os requisitos previstos na referida norma (e, portanto, sequer negada sua aplicabilidade pelo juízo *a quo*), deve ser assegurado o direito (abstrato) pretendido no agravo.

IV. Agravo de instrumento provido em parte: assegurada a liberação da mercadoria mediante oferecimento de garantia pela autora, calculada nos termos do art. 7º da IN/SRF n. 228/2002.

V. Peças liberadas pelo Relator, em 28/04/2008, para publicação do acórdão.

ACÓRDÃO

Decide a 7ª Turma dar provimento, em parte, ao agravo de instrumento por unanimidade.

Cuida-se de agravo, com pedido de efeito suspensivo ativo, objetivando a reforma de decisão que indeferiu a antecipação de tutela para a liberação de mercadorias retidas pelo Fisco, mediante apresentação de caução em dinheiro de 30% (trinta por cento) do valor da importação relativo às multas previstas no art. 33 da Lei 11.488/07. Entendeu a decisão agravada que as mercadorias foram retidas com base em fundadas suspeitas de irregularidades, tudo com apoio na lei, não havendo mácula no procedimento administrativo-fiscal.

Foi concedido, em parte, o efeito suspensivo, para liberação da mercadoria mediante oferecimento de garantia pela agravante, calculada nos termos do art. 7º da IN/SRF 228/02.

Com efeito, a internação de mercadoria apreendida em procedimento fiscalizatório é possível mediante apresentação de garantia, tendo em vista o art. 7º da

IN/SRF 228/02, que estabelece que enquanto não comprovada a origem lícita, a disponibilidade e a efetiva transferência, se for o caso, dos recursos necessários à prática das operações, bem assim a condição de real adquirente ou vendedor, o desembaraço ou a entrega das mercadorias na importação fica condicionado à prestação de garantia, até a conclusão do procedimento especial. Dispõe, ainda, o art. 7º, que a garantia será equivalente ao preço da mercadoria apurado com base nos procedimentos previstos no art. 88 da Medida Provisória 2.158-35/01, acrescido do frete e seguro internacional, e será fixada pela unidade de despacho no prazo de dez dias úteis contado da data da instauração do procedimento especial.

Não há impedimento, portanto, para que se proceda à liberação da mercadoria mediante oferecimento de garantia, desde que calculada nos termos da referida Instrução Normativa.

Ainda que não cumpridos pela agravante, no caso, os requisitos previstos na referida norma e, portanto, sequer negada sua aplicabilidade pelo juízo *a quo*, deve ser assegurado o direito pretendido no agravo, ressaltando-se que o valor da garantia não diz com o montante que o particular entende devido, mas com a apuração feita pelo fisco (de acordo com a norma).

Com esses fundamentos, a Sétima Turma deu provimento, em parte, ao agravo de instrumento para liberação da mercadoria mediante oferecimento de garantia pela agravante, calculada nos termos do art. 7º da IN/SRF 228/02.

Oitava Turma

APELAÇÃO CÍVEL 2006.33.04.005908-3/BA

Relator: Juiz Federal Osmane Antonio dos Santos (convocado)

Julgamento: 13/05/08

EMENTA

TRIBUTÁRIO. COFINS. SOCIEDADE CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PROFISSÃO REGULAMENTADA. ISENÇÃO (ART. 6º, II, DA LC 70/91, C/C ART. 1º DO DL 2.397/87). REVOGAÇÃO (ART. 56 DA LEI 9.430/96).

I. A Excelsa Corte, em recente julgamento (RE-AgR nº 516053/SP), assentou que a revogação da isenção da COFINS, concedida às sociedades prestadoras de serviços profissionais (pelo art. 6º, II da LC 70/91), pelo art. 56 da Lei nº 9.430/96, é válida à luz do ordenamento constitucional em vigor (STF, RE-AgR 516053/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJE-142, DIVULG 13-11-2007, PUBLIC 14-11-2007, DJ 14-11-2007, PP-00061, EMENT VOL-02299-03 PP-00487).

II. Em face dessa nova orientação jurisprudencial, reformulo meu entendimento até então defendido nesta Turma, para reconhecer a legalidade e constitucionalidade da revogação da isenção do inciso II do art. 6º da LC 70/91 pelo art. 56 da Lei nº 9.430/96.

III. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Decide a Turma negar provimento à apelação, por maioria.

Cuida-se de apelação interposta por sociedade civil de prestação de serviços contra sentença que julgou improcedente pedido que tinha por objetivo afastar a exigibilidade da cobrança da Cofins, nos termos em que definida a isenção pela Súmula 276 do STJ.

Estabelece o art. 1º do Decreto-lei 2.397/87, que a partir do exercício financeiro de 1989, não incidirá o imposto de renda das pessoas jurídicas sobre o lucro apurado, no encerramento de cada período-base, pelas sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, registradas no registro civil das pessoas jurídicas e constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no país.

Por sua vez, a Lei Complementar 70/91, que instituiu a Cofins, dispôs em seu artigo 6º, inciso II, estarem isentas da contribuição criada para o financiamento da seguridade social, as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-lei 2.397/87.

A Lei 9.430/96, revogando, por seu art. 88, os arts. 1º e 2º do Decreto-lei 2.397, estabeleceu no art. 56 que as sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada, passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar 70/91.

É cediço, doutrinária e jurisprudencialmente, que a lei complementar não pode ser alterada por lei ordinária. Dessa forma, em princípio, ressalta-se a inconstitucionalidade da exigência de recolhimento da Cofins pela apelante, sociedade civil de prestação de serviços profissionais, constituída exclusivamente por pessoas físicas residentes no país, uma vez que uma lei ordinária não poderia alterar uma lei complementar.

Todavia, sendo a Cofins uma contribuição social, mesmo que se entenda ter a LC 70/91, criado um novo tributo e não instituído uma simples isenção tributária, nos termos em que estabelecido no art. 195, incisos I, II e III, da Constituição Federal de 1988, não está aquela exação sujeita à lei complementar, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, para o qual as contribuições do art. 195, I, II, III, da Constituição, não exigem, para a sua instituição, lei complementar. Apenas a contribuição do parágrafo 4º do mesmo art. 195 é que exige, para a sua instituição, lei complementar, dado que essa instituição deverá observar a técnica da competência residual da União.

Nesse contexto, muito embora a Cofins tenha sido criada/alterada pela Lei Complementar 70/91, se poderia e deveria tê-lo sido por lei ordinária, não há impedimento à sua modificação por essa forma legislativa, pois esse é o seu conteúdo material.

O STF, em recente julgamento do RE-AgR 516053/SP, assentou ser a revogação da isenção da Cofins, concedida às sociedades prestadoras de serviços profes-

sionais, pelo art. 56 da Lei 9.430/96, válida à luz do ordenamento constitucional em vigor.

Dessa forma, a Turma, por maioria, reconheceu a legalidade e constitucionalidade da revogação do art. 6º, II, da LC 70/91, entendendo que a partir de então, as sociedades civis prestadoras de serviços profissionais passaram a se sujeitar ao recolhimento da Cofins.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2006.33.00.018999-4/BA

Relator: Juiz Federal Osmane Antonio dos Santos (convocado)

Julgamento: 13/05/08

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. DÉBITO PARCELADO. RETENÇÃO MENSAL DO FPM. OBSERVÂNCIA DO § 14 DO ART. 38 DA LEI 8.212/91. ALTERAÇÃO DESSE CRITÉRIO APÓS COMPROVAÇÃO DE IRREGULARIDADES NAS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELO MUNICÍPIO VIA GFIP. IMPOSSIBILIDADE.

I. Nos termos do § 14 do art. 38 da Lei nº 8.212/91, “o valor mensal das obrigações previdenciárias correntes, para efeito deste artigo, será apurado com base na respectiva Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e de Informações à Previdência Social - GFIP ou, no caso de sua não-apresentação no prazo legal, estimado, utilizando-se a média das últimas doze competências recolhidas anteriores ao mês da retenção prevista no § 12 deste artigo, sem prejuízo da cobrança ou restituição ou compensação de eventuais diferenças” (MP 2.187-13/2001).

II. Mesmo que o contribuinte informe nas GFIPs que embasam a retenção do FPM, por ardil ou inadvertidamente, valores destoantes da sua contabilidade, não está o INSS autorizado a modificar a forma de cálculo estabelecida no § 14 do art. 38 da Lei nº 8.212/91.

III. Se a partir de fiscalizações fazendárias pode-se vislumbrar a existência de irregularidades nas informações constantes das GFIPs apresentadas, de igual forma, não se pode afastar o fato de que cobrar os valores tidos como devidos pela autarquia previdenciária, mas contestados pela impetrante, sem o devido processo administrativo, é ato que exorbita da legalidade e descamba em arbitrariedade que não pode ser acolhida pelo Judiciário.

IV. Apelação e remessa a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Cuida-se de apelação interposta contra sentença que concedeu a segurança para determinar ao INSS que se abstenha de efetuar, requerer ou requisitar retenções nas cotas do Fundo de Participação de Municípios - FPM do município ora apelado a título de INSS-Empresa em valores distintos dos informados em GFIP ou do quantitativo encontrado após apuração estimativa, tudo de acordo com o art. 38, § 4º da Lei 8.212/91.

O Município apelado, em débito para com o INSS, firmou, nos termos da MP 2.034/00 e art. 38 da Lei 8.212/91 (art. 96 da Lei 11.196/05), termos de amortização e

acordo de parcelamento de débitos fiscais, autorizando-se, assim, a retenção de parte da cota do FPM que lhe é destinada, para amortização mensal desses débitos.

Essas parcelas vêm sendo sistematicamente retidas e contra essa retenção não se insurge a Municipalidade. Sua irresignação volta-se contra a forma como o INSS vem fazendo essa retenção.

Nesse particular, o parágrafo 14 do art. 38 da Lei 8.212/91 estabelece que o valor mensal das obrigações previdenciárias correntes será apurado com base na respectiva Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e de Informações à Previdência Social - GFIP ou, no caso de sua não-apresentação no prazo legal, estimado, utilizando-se a média das últimas doze competências recolhidas anteriores ao mês da retenção prevista no § 12 do mesmo artigo, sem prejuízo da cobrança ou restituição ou compensação de eventuais diferenças (MP 2.187-13/01).

A Fazenda Previdenciária, sustenta que a razão para a retenção realizada foi a constatação de irregularidade por parte da municipalidade, irregularidade esta substanciada na imputação de valores incorretos nas GFIPs. O Município impetrante vem apresentando as GFIPs que não contemplam a totalidade dos fatos geradores das contribuições previdenciárias devidas e, em verdade, nos termos do art. 32 § 2º da Lei 8212/91 é dever da empresa informar o INSS a ocorrência de fatos geradores de contribuições previdenciárias.

Não assiste razão ao INSS. Muito embora o Município, pelo que se colhe dos autos, tenha informado nas GFIPs que embasam a retenção questionada, por ardid ou inadvertidamente, valores destoantes da sua contabilidade e que geraram, após fiscalização, as autuações constantes das NFLDs 35.727.878-0 e 35.727.877-1, isso não autoriza o INSS a modificar, unilateralmente, a forma de cálculo das parcelas mensais do débito parcelado.

Se a partir das informações fazendárias pode-se vislumbrar a existência de irregularidades nas informações constantes das GFIPs apresentadas, de igual forma, não se pode afastar o fato de que cobrar os valores tidos como devidos pela autarquia previdenciária, mas contestados pela impetrante, sem o devido processo administrativo, é ato que exorbita da legalidade e adentra pela arbitrariedade que não pode ser acolhida pelo Judiciário.

Ante o exposto, a Turma negou provimento à apelação 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