

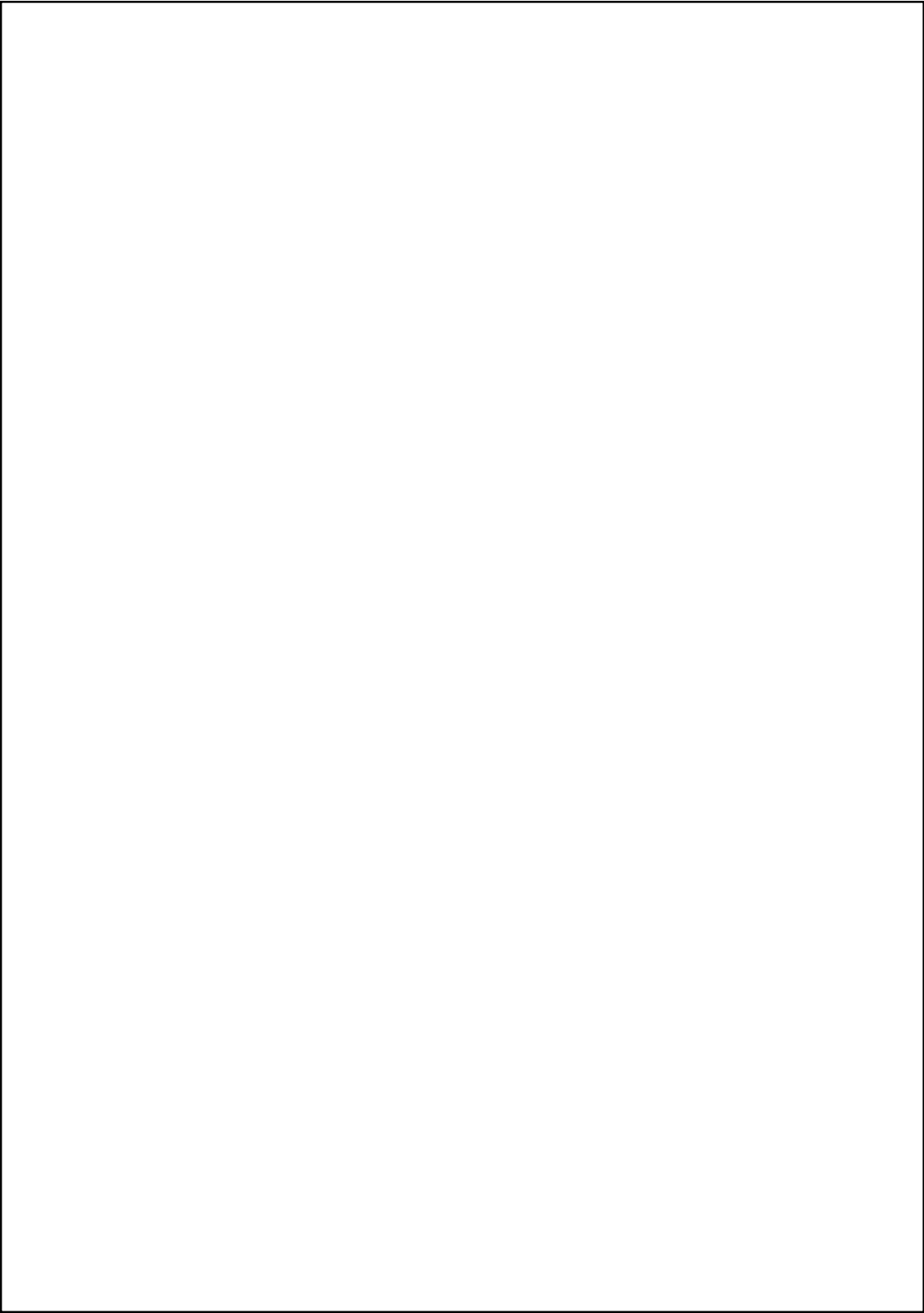
**REVISTA DO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL  
5ª REGIÃO**

**JURISDIÇÃO**

Pernambuco - Alagoas - Ceará  
Paraíba - Rio Grande do Norte e Sergipe

Número 47 – Janeiro/Março – 2002

R. TRF 5ª Região, nº 47, p. 1 - 373, Janeiro/Março – 2002



**REVISTA DO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL  
5ª REGIÃO**

**Diretora da Revista**  
Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI

Administração

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO  
Cais do Apolo, s/n – Bairro do Recife  
CEP 50030-908 - Recife - Pernambuco

GABINETE DA REVISTA:

Diretora

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI

Supervisão de Coordenação de Gabinete

CARME MARIA VASCONCELOS MOTTA

Supervisão de Pesquisa, Coleta, Revisão e Publicação

MARIA CAROLINA PRIORI BARBOSA

Supervisão de Base de Dados

PEDRO AUGUSTO ESCOREL DINIZ

Apoio Técnico

ARIVALDO FERREIRA SIEBRA JÚNIOR

NIVALDO DA COSTA VASCO FILHO

WILSON ALBUQUERQUE DA SILVA

Correio eletrônico: *revista.dir@trf5.gov.br*

Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região v. 1 (1989)  
Recife, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 1989

Trimestral

A partir do v. 4, n. 1, de 1992, a numeração passou a ser contínua.  
ISSN 0103-4758

1. Direito – Periódicos. I. Brasil. Tribunal Regional Federal 5ª Região

CDU 34(05)

## TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargador Federal  
**FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS** - 13.03.96  
Presidente

Desembargador Federal  
**UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE** - 03.12.97  
Vice-Presidente

Desembargador Federal  
**FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI** - 03.07.00  
Corregedor

Desembargador Federal  
**RIDALVO COSTA** - 30.03.89

Desembargador Federal  
**JOSÉ DE CASTRO MEIRA** - 30.03.89

Desembargador Federal  
**PETRUCIO FERREIRA DA SILVA** - 30.03.89

Desembargador Federal  
**JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES** - 30.03.89

Desembargador Federal  
**NEREU PEREIRA DOS SANTOS** - 30.03.89

Desembargador Federal  
**JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA** - 29.04.92

Desembargadora Federal  
**MARGARIDA CANTARELLI** - 09.12.99 - Diretora da Revista

Desembargador Federal  
**JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO** - 03.07.00

Desembargador Federal  
**NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO** - 03.07.00

Desembargador Federal  
**LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA** - 03.07.00

Desembargador Federal  
**PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA** - 17.05.01

Desembargador Federal  
**PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA** - 19.09.2001

# TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

## TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargador Federal GERALDO APOLIANO  
Vice-Presidente: Desembargador Federal UBALDO CAVALCANTE  
Corregedor: Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI

## PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI -  
Presidente  
Desembargador Federal CASTRO MEIRA  
Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA

## SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

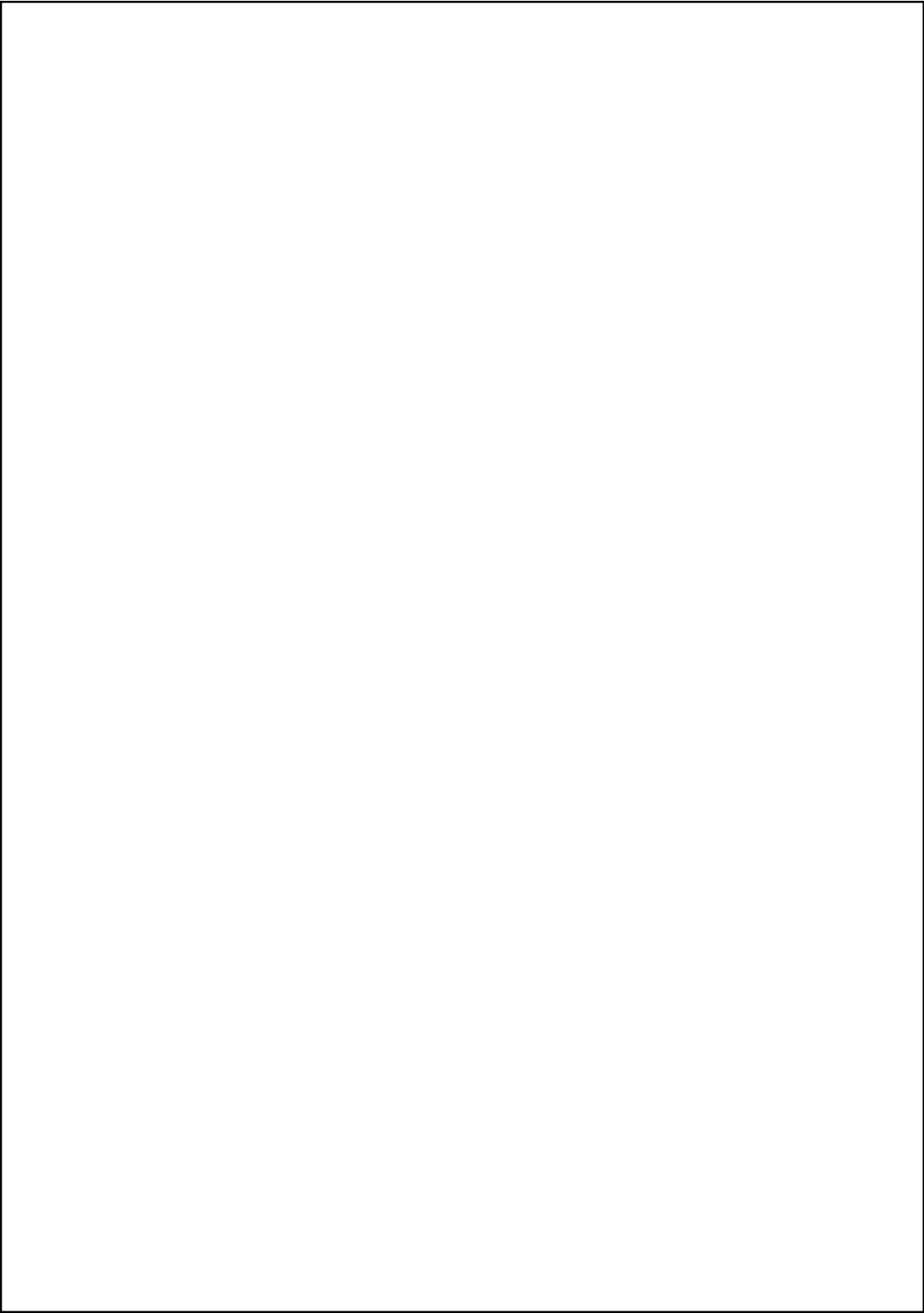
Desembargador Federal PETRUCIO FERREIRA - Presidente  
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES  
Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

## TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal RIDALVO COSTA - Presidente  
Desembargador Federal NEREU SANTOS  
Desembargador Federal PAULO GADELHA

## QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA FILHO - Presidente  
Desembargador Federal NAPOLEÃO MAIA FILHO  
Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL





### I - Doutrina

O Tribunal Penal Internacional  
DESEMBARGADORA FEDERAL  
MARGARIDA CANTARELLI ..... 13

Antecipação da Tutela de Ofício?  
JUIZ FEDERAL GEORGE MARMELESTEIN LIMA ..... 17

II - Jurisprudência ..... 27

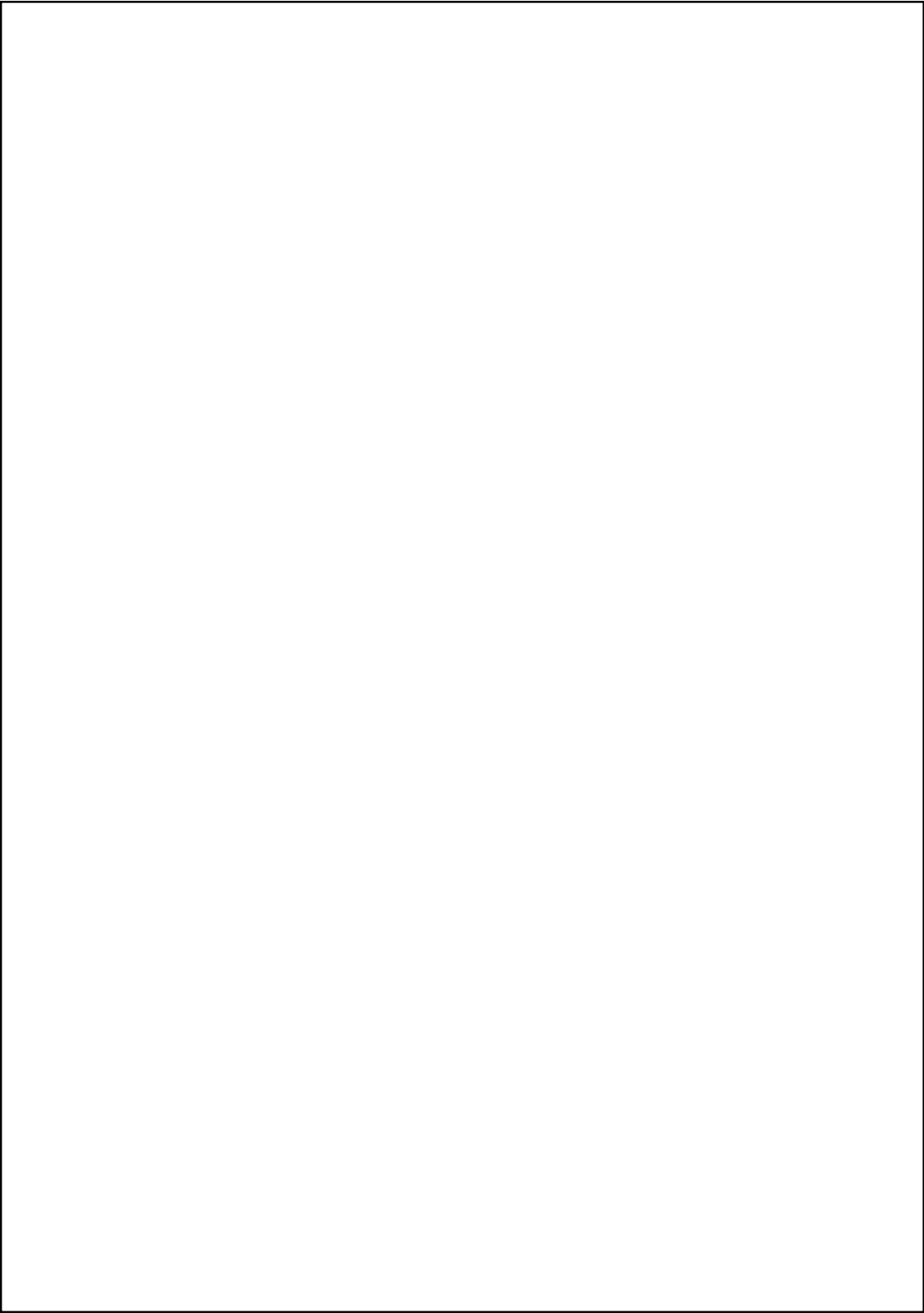
III - Índice Sistemático ..... 351

IV - Índice Analítico ..... 357



**DOCTRINA**

---



# O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

**MARGARIDA CANTARELLI**  
**Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal**  
**da 5ª Região e Professora de Direito Internacional**

Em meio a tantos fatos internacionais que atraem a atenção dos leitores e ocupam os espaços na mídia, como a violência no Oriente Médio ou a tentativa de golpe na Venezuela, um ato solene ocorrido na sede das Nações Unidas não mereceu o devido destaque. Finalmente, depois de quase quatro anos da sua assinatura, o Tratado de Roma de julho de 1998, que criou o Tribunal Penal Internacional, recebeu as ratificações de que ainda necessitava para atingir o número mínimo à sua instalação.

A criação de um Tribunal Penal Internacional de caráter permanente era uma aspiração que unia os internacionalistas e defensores dos direitos humanos, considerando indispensável que houvesse julgamento e punição daqueles que violassem gravemente tais direitos. A recorrência de práticas similares às ocorridas durante a Segunda Grande Guerra, nas mais diversas partes do mundo, atingiam não apenas as suas vítimas diretas, mas toda a humanidade.

A experiência de Tribunais Penais Internacionais não é antiga. Os poucos dessa natureza, tanto os do passado como os em funcionamento, sempre foram alvo de muitas críticas. Assim, após a Segunda Guerra Mundial, os Tribunais Internacionais, que ficaram conhecidos pelo nome das cidades onde se instalaram – Nuremberg e Tóquio, foram apontados como Tribunais de vencedores, que feriam o princípio da legalidade e não admitiam o duplo grau de jurisdição.

Mesmo assim, a Assembléia Geral da ONU aprovou as conclusões de Nuremberg e determinou que fosse elaborado projeto de um Código que tipificasse os chamados *crimes internacionais*. Apesar do esforço e da dedicação dos juristas (como Roberto Ago, M. Cherif Bassouini, entre muitos) e das

ONGs, o momento histórico – com a guerra fria, a guerra do Vietnam e outros fatos – não oferecia condições políticas para a aprovação do projeto.

Só na década de 1990, ante a gravidade das violações aos direitos humanitários ocorridas no território da ex-Iugoslávia, o Conselho de Segurança da ONU, através da Resolução nº 827, de maio de 1993, criou um Tribunal “ad hoc” para processar e julgar os autores de tais delitos ocorridos a partir de janeiro de 1991 no referido território.

Muitas críticas foram lançadas contra o novo Tribunal, sendo a primeira delas a falta de competência do Conselho de Segurança para criação de tribunais. Recentemente, Slobodan Milosevic, o primeiro ex-Chefe de Estado a ser levado perante um tribunal internacional, alegou em defesa própria que não reconhecia a sua competência para julgá-lo.

O Tribunal “ad hoc” para a ex-Iugoslávia está sediado na Haia, Holanda, e já julgou um considerável número de indivíduos por genocídio, crimes contra a humanidade, violações às Convenções de Genebra, às leis e aos costumes de guerra.

Convém não confundi-lo com a Corte Internacional de Justiça, que é o órgão judiciário da ONU e igualmente com sede na Haia. A CIJ não tem competência penal, nem julga indivíduos. Nesta há um juiz do Brasil que é o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal e professor de Direito Internacional, Francisco Resek.

Em novembro de 1994, pela Resolução nº 995, o Conselho de Segurança criou mais um Tribunal “ad hoc”, para julgar os crimes cometidos em Ruanda, onde uma longa luta de etnias na busca pelo poder fez milhares de vítimas. Este Tribunal funciona em Arusha, na Tanzânia, e também já julgou diversos acusados por genocídio e outros graves crimes contra a humanidade, inclusive, condenando um ex-Chefe de Governo (Jean Kambanda) à prisão perpétua.

A fim de evitar as mesmas críticas que foram formuladas contra as experiências anteriores, a ONU promoveu em Roma uma Convenção com a presença de mais de 120 Estados, onde foi submetido um projeto para a criação, através de um tratado

internacional, de um Tribunal Penal Internacional de caráter permanente que tivesse competência para julgar genocídios, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão, que viessem a ser cometidos após a sua vigência.

O texto final foi aprovado em julho de 1998, recebendo apenas 7 votos contrários (Estados Unidos da América, Índia, China, Israel, Vietnã, Barheïn e Qatar) e vinte e uma abstenções. O Brasil assinou o Tratado em 7 de fevereiro de 2000, atualmente, tramitando no Congresso Nacional (Projeto de Decreto Legislativo nº 1661/2002), em regime de urgência, e já aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça. Ainda no governo Bill Clinton, os Estados Unidos assinaram, em 31 de dezembro de 2000, último dia do prazo, na sede da ONU em Nova Iorque.

Para que o tratado entrasse em vigor e pudesse ser instalado o Tribunal, o seu art. 126 estabelecia a exigência de sessenta ratificações ou adesões, o que acaba de ocorrer, inclusive, ultrapassando o número mínimo. Nota-se, na lista de Estados que ratificaram, a ausência de alguns importantes atores da política internacional, como Estados Unidos, Rússia e China, além de outros Estados com grande peso regional, como Brasil, Japão e Índia. Mas, é de causar regozijo ver dentre os sessenta e seis que ratificaram, Alemanha, França, Reino Unido, Espanha, Bélgica, Portugal, Holanda, Canadá, Argentina, África do Sul, Suíça, muitos Estados africanos, latino-americanos e asiáticos.

O Tratado de Roma desenha o Tribunal Penal Internacional de forma mais elaborada que os anteriores, todavia ainda está longe de atingir o ideal. Traz o possível neste momento, levando-se em conta a necessidade de compatibilizar sistemas jurídicos, políticas criminais e interesses das mais diversas ordens dos seus signatários.

O TPI deverá ser, inicialmente, integrado por dezoito juizes, que comporão uma Seção de Questões Preliminares, uma Seção de Primeira Instância e uma Seção de Apelação. Terá uma Promotoria e disporá de serviços de secretaria. O Estatuto prevê os princípios gerais do Direito Penal como: *nullum crimen nulla poena sine lege*; irretroatividade *ratione personae*; responsabilidade penal individual; exclusão de jurisdição sobre menores de dezoito anos; responsabilidade de comandantes e

superiores; imprescritibilidade; elementos de intencionalidade; circunstâncias que excluem a responsabilidade penal; erro de fato ou erro de direito; a regra do *non bis in idem*, entre outros.

Há, ainda, dois pontos relativos à sua jurisdição que merecem atenção: o primeiro, diz respeito ao *princípio da complementaridade*, pois conforme o art. 1º do Estatuto, o TPI "*terá um caráter complementar às jurisdições penais nacionais*". Isto significa que o TPI não pretende se sobrepor à jurisdição nacional de qualquer Estado (como ocorre com o Tribunal para a ex-Iugoslávia que dispõe de *cláusula avocatória*). Pelo *princípio da complementaridade*, fica reconhecida a primazia da jurisdição nacional, só vindo aquele a atuar na omissão dos tribunais nacionais.

O segundo aspecto refere-se à *obrigatoriedade da jurisdição*. Como é sabido, a própria Corte Internacional de Justiça só pode conhecer de uma questão se as partes concordarem, outras Cortes necessitam de uma manifestação expressa de aceitação geral da jurisdição. O grande avanço do TPI, nos casos em que tiver competência para atuar, está em poder fazê-lo independentemente do consentimento das partes. Entretanto, no acordo final antes da assinatura, esta cláusula ficou provisoriamente suspensa quanto aos crimes de guerra.

Robert Badinter, ex-presidente do Conselho Constitucional da França, na introdução ao livro "*La Cour Pénale Internationale*", afirma que é uma grande vitória, um sucesso considerável e significativo a criação do Tribunal Penal Internacional, sendo necessário assegurar-lhe a efetividade. E conclui dizendo que está convencido de que, num futuro muito próximo, ver-se-á a Corte Penal Internacional em funcionamento e "*c'est le moment de le dire ou jamais, ce ne sera que justice...*".



## ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE OFÍCIO?

GEORGE MARMELSTEIN LIMA  
Juiz Federal Substituto da 4ª Vara-CE

O art. 273 do CPC não dá margem a dúvidas: a antecipação da tutela deverá ser precedida de requerimento da parte (*"O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu"*). Logo, a princípio, à luz da dicção literal do dispositivo, o magistrado não poderia antecipar os efeitos da tutela sem requerimento da parte, não havendo espaço para discutir a possibilidade da antecipação da tutela de ofício.

Esse entendimento é reforçado por outros argumentos, calcados nos princípios tradicionais do processo como o da demanda ou da iniciativa da parte, da adstrição do juiz ao pedido e o princípio dispositivo, previstos, inclusive, no CPC (*"Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais"*; *"Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte"*).

Sustenta-se ainda que, se o juiz tomar a iniciativa de antecipar a tutela, sua imparcialidade estará sendo comprometida.

Além disso, argumenta-se que, como os eventuais danos decorrentes da execução da medida deverão ser suportados pela parte, tal como ocorre no processo cautelar (art. 811), somente ela - a parte - deveria escolher se pretende ou não correr o risco de obter a antecipação da tutela.

Por todas essas razões, tanto a doutrina quanto a jurisprudência são praticamente unânimes em reconhecer a

impossibilidade de se antecipar a tutela sem que haja requerimento expresso nesse sentido.

A matéria, porém, não é tão simples. Há algumas vezes (poucas, é verdade) que insistem na possibilidade da antecipação da tutela sem que haja requerimento expresso da parte interessada. Faço parte desse minoritário clã e passo a expor as minhas razões.

Primeiramente, o instituto da tutela antecipada tem fundamento constitucional, pois decorre do direito fundamental à tutela efetiva (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*), sendo certo que o direito fundamental consagrado do dispositivo garante ao jurisdicionado não apenas o direito formal de propor a ação, indo muito mais além, pois assegura o direito a uma tutela adequada e efetiva. Desse modo, considerando que uma das principais características que o moderno constitucionalismo reconhece aos direitos fundamentais consiste na sua aplicabilidade imediata, o juiz, no atendimento concreto das providências que se revelem indispensáveis para concretizar um dado direito fundamental (no caso, o direito à tutela efetiva ou à ação), pode (e deve) atuar independentemente e mesmo contra a vontade da lei infraconstitucional, pois, para efetivar os preceitos constitucionais, não é preciso pedir licença a ninguém, muito menos ao legislador.

Em segundo lugar, a circunstância de uma norma ser, *a priori*, válida não inibe a possibilidade de, no caso concreto, ser afastada a sua incidência, desde que sua aplicação acarrete uma flagrante injustiça. A lei, como norma genérica e abstrata, por mais útil e correta que seja, pode na casuística levar a situações absurdas, vez que é impossível ao legislador prever a totalidade dos casos particulares e querer esgotar por completo a atividade criadora do aplicador do Direito. Portanto, antes de aplicar acriticamente os “rigores da lei”, tal qual um poeta parnasiano do século passado, através do velho exercício mecânico da lógica formal de subsunção dos fatos à norma, o magistrado deve fazer uma análise tópica, buscando a máxima efetivação dos princípios consagrados na Constituição, nunca temendo decidir *contra legem*, desde que julgue *pro* Constituição. Na hipótese do prévio requerimento como requisito para

a antecipação da tutela, embora se possa considerar sua exigência, em abstrato, válida, em certos casos específicos pode vir ela a se mostrar desarrazoada e injusta, devendo o juiz, nestas situações, antecipar a tutela mesmo sem pedido expresso, a fim de dar cumprimento à norma constitucional que garante a efetividade do processo.

Terceiro, as verbas alimentícias (p. ex., as decorrentes de benefícios previdenciários ou assistenciais) trazem sempre consigo um clamor de urgência na sua obtenção. Desse modo, tratando-se de verbas dessa natureza, o pedido não precisa fazer menção expressa à antecipação de tutela ou ao art. 273 do CPC, pois está implícita a necessidade de sua concessão, sobretudo quando se trata de pessoa humilde, desamparada, idosa, que, em regra, não tem condições de contratar um bom advogado para representá-la.

Em quarto lugar, há o próprio despreparo de alguns advogados, que esquecem, por ignorância, de fazer o requerimento. Nos casos de ações de competência dos Juizados Especiais Cíveis ou da Justiça do Trabalho, em que é possível peticionar sem a representação técnica por advogado, também fica manifesta a desnecessidade de requerimento expresso de antecipação de tutela, já que seria cômico exigir que um sujeito de parca instrução saiba o que é a antecipação de tutela e, por consequência, venha a requerê-la. Lembra-se que o direito processual moderno pauta-se no princípio da instrumentalidade das formas e, como decorrência da instrumentalidade - corolário do princípio da efetividade e do acesso à Justiça -, o magistrado é obrigado a sanar, sempre que possível, as atecnias cometidas pelas partes hipossuficientes. Qualquer comportamento excessivamente formalista por parte do juiz não seria legítimo, afinal a atenção à forma que não atenda ao ideal da instrumentalidade, na imagem de Liebman, não passará da mais solene deformação. Ou, como afirma Portanova, *"nestes temos de preocupação publicística e social do direito em geral e do processo em particular, o princípio da ação está a desafiar o processualista moderno. Não se pode esquecer que o pobre, por exemplo, desconhece seus direitos. Quando os intui, muitas vezes têm dificuldade de expressá-los. Assim, conseguir ter acesso ao Judiciário Cível já é, para o pobre,*

*uma grande conquista. Contudo, infelizmente, acabam representados por advogados pouco preparados ou ainda em preparação. Assim, seja por defeito de forma ou por desconhecimento do fundo, muitas vezes o verdadeiro direito do pobre só vai aparecer ao longo do processo. E, é claro, não raro estará fora do pedido inicial. Nesses casos, o jurista está desafiado a informalizar de tal modo o processo e amenizar o princípio a ponto de, iniciada a demanda, seja viabilizado chegar-se com sucesso ao atendimento do real bem da vida pretendido pelas partes, independentemente dos limites do pedido”* (PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil, p. 118).

Uma outra hipótese em que se mostra desarrazoada a exigência de requerimento expresso ocorre nos casos de conflito de interesses entre o cliente e o advogado, fato corriqueiro nos feitos previdenciários. No caso, a antecipação da tutela seria do interesse da parte, que necessita do benefício até para garantir sua própria sobrevivência; para o advogado, contudo, a antecipação da tutela seria prejudicial, pois haveria redução do valor da futura execução, fazendo com que os ganhos do advogado se tornem menores, já que os honorários de sucumbência são calculados com base no valor da condenação. Por isso, é comum se deparar com ações de revisão ou concessão de benefícios previdenciários em que não há pedido de antecipação, mesmo sendo patente a verossimilhança das alegações e mais patente ainda a presença do *periculum in mora*, tendo em vista que a própria subsistência do segurado está em jogo. Condicionar a antecipação da tutela à manifestação expressa do advogado seria, nessa hipótese, uma grande injustiça para a parte, razão pela qual entendo ser perfeitamente possível a antecipação de ofício com fundamento no próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Por todas essas razões, creio ser possível a antecipação da tutela sem requerimento expresso, desde que, no caso concreto, não se mostre razoável a exigência.

Tenho me deparado com inúmeros feitos previdenciários em que a antecipação da tutela, de ofício, mostra-se não apenas útil como também fundamental. São processos que tramitam em primeiro grau há cerca de cinco anos e certamente levarão outros cinco anos nas instâncias superiores. Os autores são

sempre bem idosos, pedindo uma simples aposentadoria rural por idade, cujo valor corresponde a tão-somente um salário mínimo. A eficácia do provimento final estaria seriamente comprometida caso seus efeitos não fossem antecipados imediatamente, pois, não obtendo desde logo a tão sonhada aposentadoria, certamente a parte autora já haverá falecido quando a sentença transitar em julgado, o que, infelizmente, ocorre com certa frequência. Por isso, sempre venho antecipando a tutela quando a verossimilhança é manifesta, demonstrada com farta prova documental e testemunhal do tempo de serviço rural necessário à obtenção do benefício.

O argumento de que somente a parte poderia dizer se gostaria ou não de correr o risco de obter a antecipação, já que seria ela quem suportaria os eventuais danos decorrentes da execução da medida, em analogia com o que ocorre com a medida cautelar, não serve de fundamento para impedir a antecipação de ofício, já que também no processo cautelar se admite a concessão da medida liminar de ofício. Além disso, a tese não procede nos casos de recebimento de verbas alimentícias, como no caso de benefícios previdenciários ou assistenciais, pois é entendimento pacífico que tais verbas não podem ser objeto de repetição, salvo se houver má-fé. Como o beneficiário da antecipação da tutela estará recebendo os valores de boa-fé, ele não poderá ser condenado a devolvê-la; logo, não deverá suportar os danos decorrentes da execução da medida, caso, posteriormente, a tutela seja revogada.

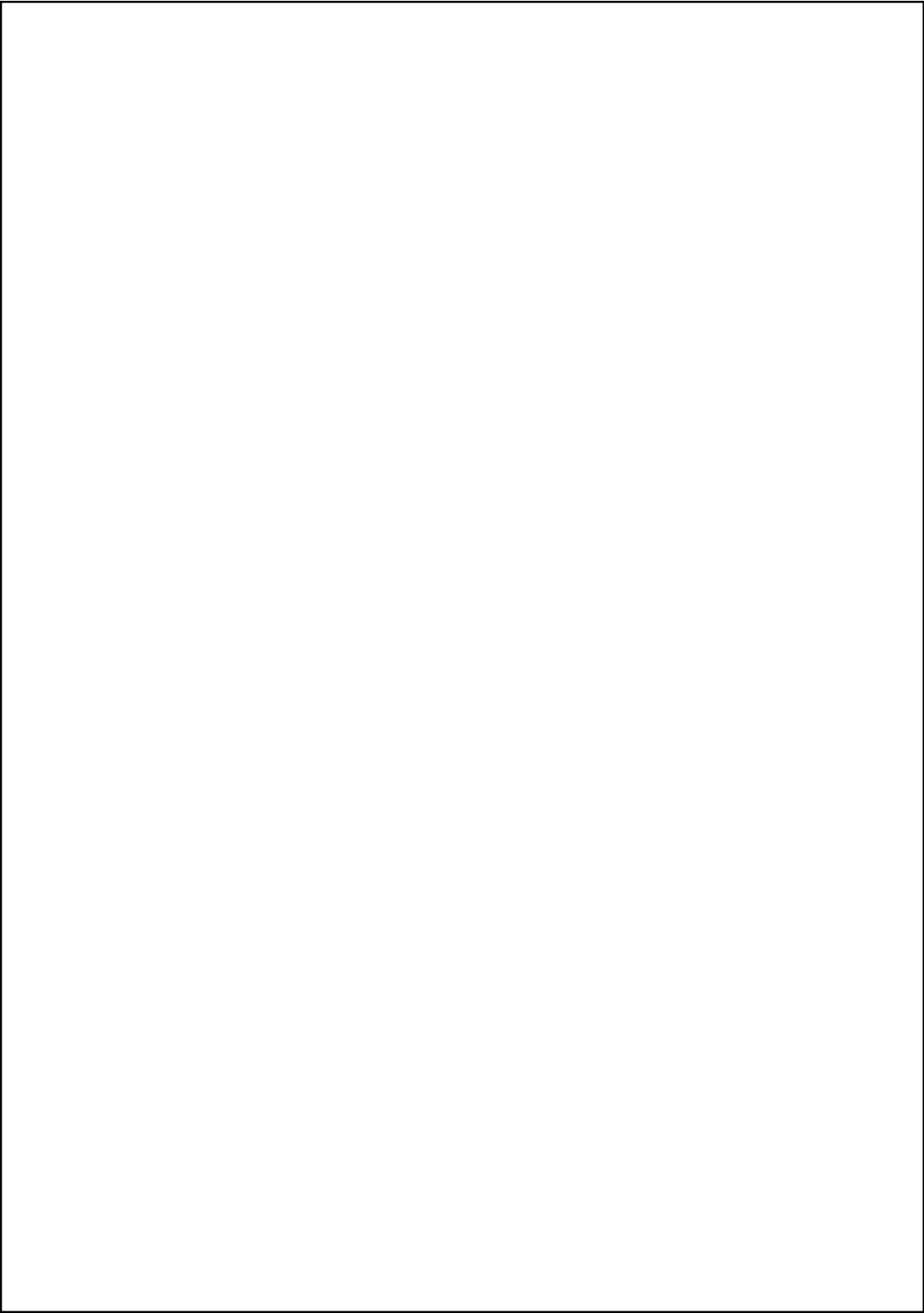
Do mesmo modo, os tradicionais princípios processuais consagradores da inércia jurisdicional também não devem servir de escudo para um comportamento inerte e passivo do magistrado. O juiz, moralmente comprometido com a missão de realizar o justo, inquieto diante da complexidade procedimental, criará, ele próprio, alternativas propiciadoras da efetividade processual, não se tranqüilizando com auto-escusa calcada nas deficiências do sistema (*Uma Nova Ética para o Juiz*. Coord. José Renato Nalini. RT, p. 7). A imparcialidade do juiz, nesse caso, não estará abalada, como pensam alguns processualistas mais tradicionais. Na verdade, o magistrado não estará *tomando partido* em relação a esta ou àquela parte, mas tão-somente agindo para concretizar um direito fundamental.

Lembra-se que estamos vivendo a terceira geração (ou dimensão) dos direitos fundamentais. Por esse motivo, o direito (fundamental) de ação perde aquele caráter negativista de alhures e algures, onde seria apenas um comando proibitivo ao Legislativo (*a lei não excluirá*), para alcançar uma acepção positiva, abraçada ao princípio da igualdade e da solidariedade, e que gera ao Estado em sentido amplo – aqui incluído o juiz – o dever irrecusável (de cunho positivo, afirmativo) de prestar adequada e satisfatoriamente a tutela jurisdicional, mesmo que, para isso, tenha que agir ao léu das veleidades legais.

Se mesmo diante de todos esses argumentos ainda se insista na impossibilidade legal de antecipação da tutela sem pedido expresso, invoca-se o próprio Código de Processo Civil em favor da tese que ora se defende. Nos termos do artigo 461 do CPC, o juiz pode, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, conceder a tutela específica da obrigação, liminarmente, se reconhecer o fundamento jurídico da demanda como relevante e existir justificado receio de ineficácia do provimento final, devendo tomar as medidas necessárias para a efetivação desta decisão. Veja-se que não há qualquer exigência de prévio requerimento da parte; pelo contrário, o § 5º autoriza que o juiz, mesmo de ofício, determine as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente. Desse modo, voltando ao exemplo de pedido de concessão de benefícios previdenciários, por se tratar de obrigação de fazer (implantação do benefício), é possível a antecipação da tutela de ofício, em conformidade com o art. 461 do CPC.

Futuramente, se for aprovada a mudança legislativa consagrando a técnica da execução imediata da sentença, segundo a qual a apelação deverá ser, em regra, recebida somente no efeito devolutivo, vários problemas aqui apontados serão solucionados, já que a sentença, por si só, independentemente do trânsito em julgado, terá força mandamental. Porém, enquanto a mudança legislativa não vem, e sem precisar invocar a cômoda desculpa da “sugestão *de lege ferenda*”, é perfeitamente defensável que, em nome do valor constitucional consagrador do direito à completa e efetiva prestação

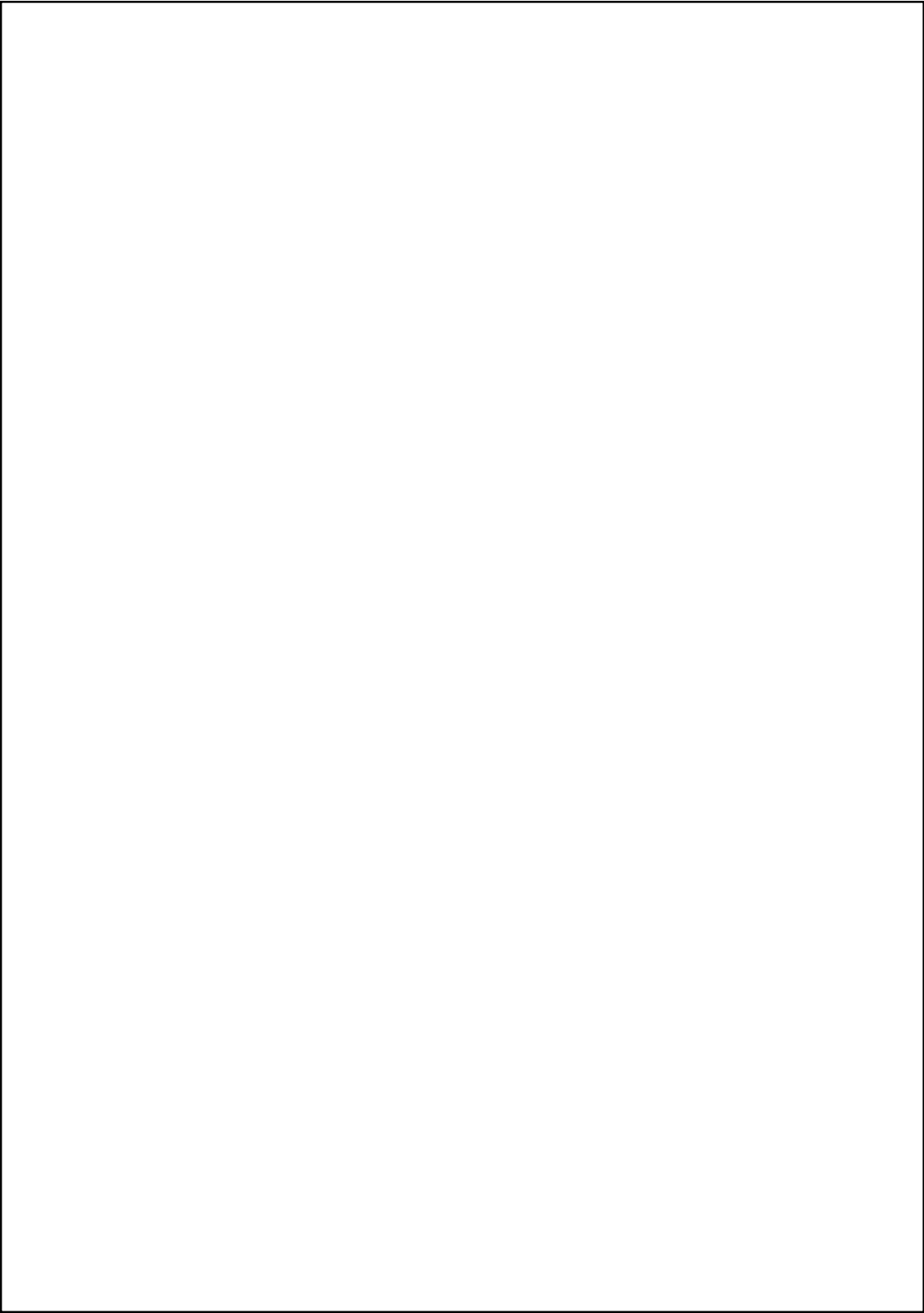
jurisdicional, possa o juiz antecipar a tutela independente de requerimento da parte, sobretudo nas situações extremas que se citou. Trata-se, sem dúvida, de uma visão um tanto quanto "avançada" para os padrões tradicionais do processo, que aprisionam o juiz com as frias algemas da lei. Mas o porvir há de demonstrar que essa conclusão é um corolário lógico da fase constitucional e humanística por que passa o direito, em que a sociedade espera do magistrado uma postura serena, ativa e corajosa na busca de soluções criativas capazes de concretizar a justiça social.





**JURISPRUDÊNCIA**

---



## **AÇÃO RESCISÓRIA Nº 2.591-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO  
ATAÍDE CAVALCANTE

Autora: UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA -  
UFPB

Ré ADUC - ASSOCIAÇÃO DOS DOCENTES  
UNIVERSITÁRIOS DE CAJAZEIRAS SEÇÃO  
SINDICAL DA ANDES

Advogados: DRS. PAULO MANUEL MOREIRA SOUTO E  
OUTROS (AUTORA) E ZÉLIO FURTADO DA  
SILVA E OUTRO (RÉ)

***EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA DE AÇÃO RESCISÓRIA. ADMISSIBILIDADE, EM TESE, DE AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO EM OUTRA AÇÃO RESCISÓRIA. NÃO COINCIDÊNCIA DE PEDIDOS. CONHE-CIMENTO DA AÇÃO.***

*- Admite-se, em tese, o ajuizamento de ação rescisória com vistas a desconstituir decisão proferida em outra ação rescisória, ressaltando-se que “o pressuposto para a rescisão da sentença que rescindira a anterior há de constar dela mesma, e não da sentença que fora rescindida” (PONTES DE MIRANDA, in Tratado da Ação Rescisória, Bookseller, São Paulo, 1998, p. 395).*

*- O pedido formulado pelo autor da segunda ação rescisória não coincide com o pedido deduzido na primeira ação rescisória.*

*- Ação rescisória conhecida.*

***AÇÃO RESCISÓRIA. ENTIDADE DE CLASSE INTEGRANTE DO PÓLO PASSIVO. DESNE-CESSIDADE DE CITAÇÃO DOS SUBSTI-TUÍDOS.***

*- Considerando a legitimação ativa legalmente conferida à entidade de classe*

*(associação) para, em seu próprio nome e em defesa de interesse de seus associados, ajuizar a ação na qual foi proferida a decisão rescindenda, na mesma condição a referida entidade tem legitimação para figurar no pólo passivo da respectiva demanda rescisória, sendo, portanto, desnecessária a citação das pessoas substituídas.*

*- Rejeição da preliminar de chamamento dos substituídos.*

**AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A DISPOSIÇÃO LITERAL DE LEI (CPC, ART. 485, V). REAJUSTE DE 28,86%.**

*- O colendo Supremo Tribunal Federal, tendo reconhecido devido a servidores civis o reajuste de 28,86% concedido aos militares, entendeu indispensável a compensação dos valores percebidos a título de reposicionamento conferido pela Lei nº 8.627/93 (Embargos de Declaração no RMS 22307-DF, j. 11.03.1998, DJU de 26.06.1998, p. 008).*

*- Por consubstanciar violação a disposição literal de lei, é rescindível a decisão que nega a servidores civis o reajuste de 28.86% concedido aos militares ou a que reconhece ser devido tal reajuste, sem, contudo, determinar a compensação de valores percebidos pelos servidores civis a título de reposicionamento conferido pela Lei nº 8.627/93.*

*- Ação rescisória procedente para desconstituir em parte a decisão rescindenda, no sentido de que seja procedida a indispensável compensação, conforme decisão do STF. Ressalva do posicionamento particular*

*do Relator.*

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, admitir a ação rescisória, rejeitar a preliminar de chamamento dos substituídos à lide e, no mérito, julgar procedente a ação rescisória, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 2 de maio de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE  
CAVALCANTE - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO  
ATAÍDE CAVALCANTE:

Trata-se de ação rescisória ajuizada pela UFPB contra acórdão proferido noutra ação rescisória ajuizada pela requerida (ADUC) em que se reconheceu o direito ao reajuste de 28,86% em favor de docentes universitários, afastando a compensação dos índices referentes às Medidas Provisórias 583 e 806, ambas, respectivamente, editadas em 16.08.94 e 30.12.94.

A Associação dos Docentes Universitários de Cajazeiras, contestando a ação, argumenta, em síntese, a impossibilidade jurídica da segunda ação rescisória, entendendo que a UFPB renovou o pedido, haja vista que no julgamento da AR 1410-PB a questão da dedução dos índices referentes às MPs 583 e 806, ambas de 1994, foi objeto de julgamento.

Aberta vista ao douto Ministério Público Federal, opinou o mesmo pela improcedência do pedido, sem prejuízo, no entanto, de a UFPB proceder à compensação dos valores já percebidos pelos réus substituídos, relativos ao percentual de

28,86%, no momento da execução do julgado, sob pena de locupletamento ilícito por parte dos mesmos.

É o relatório.

À douta Revisão.

### VOTO - PRELIMINAR I

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

A presente ação rescisória tem por objeto desconstituir acórdão prolatado em outra ação rescisória, *para que sejam deduzidos do reajuste de 28,86% os percentuais porventura concedidos de acordo com a Lei nº 8.627/93, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal.*

Leciona Pontes de Miranda:

*"... Segundo os princípios, qualquer sentença que caiba em algum dos incisos do art. 485 do Código é rescindível. Não importa se foi sentença que rescindiu outra sentença, ou sentença que resultou de rescisão.*

*... Se autor ou réu na ação rescisória, outro legitimado ativo, propõe ação rescisória contra a sentença que se proferiu na ação rescisória, não renova pedido: o pedido que faz é outro pedido. Não poderia renovar o que fez. A ação rescisória, que então se lhe permite, é por algum dos fatos mencionados no art. 485 ou no art. 486 do Código de Processo Civil, ocorrido na relação jurídica processual da ação rescisória. A sentença na primeira ação rescisória foi julgamento de julgamento; a segunda é julgamento do 'julgamento de julgamento', e não outro julgamento do julgamento de que se pedira, antes, rescisão". (In Tratado da Ação Rescisória, Bookseller, São Paulo, 1998, pp. 392/393).*

Como se vê, admite-se, em tese, o ajuizamento de ação rescisória com vistas a desconstituir decisão proferida em outra ação rescisória, ressaltando-se que *“o pressuposto para a rescisão da sentença que rescindira a anterior há de constar dela mesma, e não da sentença que fora rescindida”* (Pontes de Miranda, *in Tratado da Ação Rescisória*, Bookseller, São Paulo, 1998, p. 395).

Com efeito, a requerente ajuizou ação rescisória visando a desconstituir acórdão do Pleno deste Tribunal que não reconheceu o direito à compensação dos reajustes concedidos pelos mesmos diplomas legais que auferiram aos militares o reajuste de 28,86%, enquanto que a decisão rescindida pelo acórdão agora rescindendo não havia estendido aos servidores civis o reajuste concedido aos militares.

Vê-se, pois, que o pressuposto da ação rescisória intentada pela UFPB não coincide com aquele verificado na ação rescisória ajuizada pela ADUC e na qual foi prolatado o acórdão que a UFPB pretende rescindir, sinalizando, assim, a adequação processual do pedido rescisório deduzido nesta segunda ação rescisória.

Com essas considerações, em preliminar, voto no sentido de **conhecer** da presente ação rescisória.

É como voto.

## VOTO – PRELIMINAR II

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

A Associação dos Docentes Universitários de Cajazeiras-PB teve reconhecida a sua legitimidade para, em seu nome próprio e em defesa de interesse dos seus associados, ajuizar a ação na qual foi proferida a decisão rescindenda.

O sustentáculo legal que permitiu a referida substituição processual igualmente legítima a associação para, por si mesma, integrar o pólo passivo da presente demanda rescisória, o que torna necessário o chamamento à lide dos substituídos.

Rejeito, pois, a preliminar.  
É como voto.

## VOTO - MÉRITO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO  
ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

A decisão rescindenda reconheceu devido a servidores civis o reajuste de 28,86% concedido aos militares, sem, contudo, determinar a compensação de valores reposicionados pela Lei nº 8.627/93.

A presente ação rescisória, como tantas outras, busca a desconstituição do julgado rescindendo baseando-se na decisão do Supremo Tribunal Federal nos Embargos de Declaração no RMS 22307-DF (j. 11.03.1998, *DJU* de 26.06/1998, p. 008) que, em matéria de reajuste de 28,86%, reconheceu indispensável a compensação dos valores percebidos por servidores civis a título de reposicionamento conferido pela Lei nº 8.627/93.

No julgamento de ações rescisórias em que são invocadas as decisões do Supremo Tribunal Federal, tenho adotado o entendimento segundo o qual a decisão com trânsito em julgado, antes do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma em que se respaldou, não pode ser perturbada.

Adoto esse entendimento nas hipóteses em que a decisão invocada pelo autor da rescisória fora proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Com maior razão ainda o adotaria nos casos em que a decisão paradigma do STF se deu em controle difuso de constitucionalidade, que, por sua própria natureza, não tem eficácia *erga omnes*, consubstanciando, assim, norma concreta a ser observada pelas partes litigantes, como é a hipótese da decisão proferida em relação ao reajuste de 28,86% (RMS 22307-DF).

Entendo, pois, que a decisão, em caso isolado, proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso de



constitucionalidade, como tal destituída de eficácia *erga omnes*, não tem o condão de ensejar o juízo rescisório de decisão que veicule interpretação judicial dissonante.

Entretanto, este egrégio Plenário vem, reiteradamente, decidindo em sentido contrário, reconhecendo a plausibilidade jurídica na pretensão à rescisão de julgados que conflitem com a orientação emanada do colendo Supremo Tribunal Federal, mesmo que esta seja posterior àqueles. É o que, a exemplo, se depreende dos acórdãos assim ementados:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343-STF. SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS E MILITARES. ISONOMIA. 28,86%.

1 – Incabimento de invocação da Súmula 343 do STF, considerando o caráter constitucional da matéria.

2 – Precedente do egrégio Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer devido o percentual de 28,86%, previsto na Lei 8.627/93, apenas às categorias funcionais que foram excluídas da revisão geral de remuneração, entendendo, igualmente, que a mesma lei também beneficiara determinadas categorias de servidores civis com aumentos variáveis de 3,55% a 11,29%.

3 – Reconhecido o direito ao reajuste do índice de 28,86%, observando-se eventuais compensações em face da existência de que, em certos casos, houve incidência de aumentos para determinadas carreiras do funcionalismo civil.

4 – Pedido de rescisão parcialmente procedente”.

(AR nº 1.668-PB, Rel. Des. Federal Araken Mariz, *DJU* 19.11.99, p. 000655).

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SÚMULAS NºS 339 E 343. INAPLICABILIDADE. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. LEIS 8.622/93 E 8.627/93. 28,86%.

ART. 37, X. CF. REAJUSTE GERAL. EXTENSÃO AOS SERVIDORES CIVIS. ISONOMIA. COMPENSAÇÃO COM ÍNDICES POSTERIORES.

1. A Súmula nº 343 do egrégio STF, que impede o conhecimento da ação rescisória, não se aplica às lides que versem sobre matéria constitucional.

2. Identificada a lesão ao princípio constitucional da isonomia, a Súmula nº 339 do STF não prevalece sobre a competência atribuída ao Poder Judiciário de controlar a constitucionalidade das leis.

3. Sendo o aumento de 28,86% (estabelecido pela Lei 8.627/93) autorizado em decorrência do aumento geral para os servidores públicos civis e militares, concedido pela Lei 8.622/93, não há, mesmo à vista do disposto no art. 48 deste diploma legal, como restringir-se a amplitude do benefício, de modo a, violentando-se o princípio constitucional da isonomia, excluir-se de seus efeitos uma categoria de servidores.

4. De modo a confirmar-se o entendimento do e. STF nos Embargos Declaratórios no RMS 22307, fica reservado, de quando da execução, o direito do executado deduzir dos valores exequêndos o quantitativo que resta comprovado como concedido a título de reajuste ao exequente, após a lei atinente aos 28,86%.

5. Pedido rescisório procedente em parte".  
(AR nº 1.731-PB, Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira, *DJU* 28.05.1999, p. 001281).

Com efeito, conforme o entendimento predominante deste Tribunal, é rescindível a decisão que nega a servidores civis o reajuste de 28,86% concedido aos militares ou a que reconhece ser devido tal reajuste, sem, contudo, determinar a compensação de valores percebidos a título de reposicio-

namento conferido pela Lei nº 8.627/93.

Considerando, pois, as decisões deste egrégio Tribunal tomadas por sua significativa maioria, cuja orientação jurisprudencial ora prestígio, com a ressalva do meu particular entendimento, julgo procedente a ação rescisória para desconstituir, em parte, a decisão rescindenda, no sentido de que seja observada a diretriz traçada pelo Supremo Tribunal Federal nos Embargos de Declaração no RMS 22307-DF. Quanto aos honorários de advogado, aplico o art. 21 do CPC (sucumbência recíproca).

<sup>É como voto</sup>  
**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 28.110-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Agravante: UNIÃO  
Agravado: INSTITUTO DE MEDICINA INFANTIL  
Advogados: DRS. FRANCISCO EUDES DIAS DE SOUSA E OUTROS (AGRDO.)

***EMENTA: ADMINISTRATIVO. INSTITUIÇÃO CONVENCIONADA DO SUS. REAJUSTE DE TABELA DE PREÇOS DOS SERVIÇOS MÉDI-CO-HOSPITALARES PRESTADOS.***

***- Defasagem de 9,56% referente à conversão da moeda quando da implantação do real.***

***- Legitimidade do reajuste.***

***- Agravo improvido.***

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e examinados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que integram o presente.

Custas, como de lei.  
Recife, 24 de abril de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
- Relator

### RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de recurso de agravo em que se pede a suspensão da decisão do Juízo *a quo*, que concedeu em parte a antecipação dos efeitos da tutela para que a União proceda ao imediato reajuste na tabela de preços dos serviços médico-hospitalares prestados pelo agravado ao SUS.

Denegado o pedido de efeito suspensivo, fls. 46.

É o relatório. Peço dia para julgamento.

### VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Através da Medida Provisória nº 542, de 30.06.94 (posteriormente Lei nº 9.069, de 29.06.95), foi decretada mudança do padrão monetário nacional, entrando em vigor o Real. Já no período que o antecedeu, profunda mudança se verificou, com a criação da URV (Unidade Real de Valor), a qual, através de atualização diária, já havia estabelecido um novo patamar de paridade entre o cruzeiro real e a nova moeda que seria introduzida.

Neste período, pois, que antecedeu a entrada do Real, a atualização diária da URV (a exemplo da atualização do dólar americano) era presente em toda a economia do país, menos na tabela que remunerava os serviços médico/hospitalares prestados ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Desta forma, ainda, os serviços prestados no mês de junho de 94 foram faturados pelos prestadores na já antiga moeda, o cruzeiro real, enquanto que o seu pagamento (pelos atrasos já constantes no decorrer dos anos) somente se daria 90 dias após, sob o império da nova realidade monetária.

Nos últimos dias do mês de julho de 99, na iminente virada da economia, o Ministério da Saúde oficializou a "conversão da tabela", para que os estabelecimentos de saúde privados, contratados e conveniados com o sistema, pudessem então apresentar suas contas relativas aos serviços prestados naquele mês.

Ao realizar a conversão, ignorou, contudo, a lei e publicou a referida Tabela de Procedimentos, utilizando-se do valor de CR\$ 3.013,00 como fator da URV para ser encontrada a paridade com o Real, em lugar do valor de CR\$ 2.750,00. Tal ilegalidade gerou uma defasagem de 9,56%, nos referidos preços, o que acarretou grande prejuízo à rede privada de assistência.

A Justiça Federal, Seção judiciária do Rio Grande do Sul, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em conjunto com o Ministério Público Estadual/RS, concedeu LIMINAR determinando ao Governo Federal que reajuste a Tabela de Remuneração dos Serviços do Sistema Único de Saúde em 9,56%, decorrente da conversão equivocada praticada quando da mudança de Cruzeiro Real para Real, em julho de 1994.

Tal reajuste deveria ter sido efetivado desde 18.08.99, data da propositura da ação.

A Advocacia Geral da União recorreu da decisão liminar ao 4º Tribunal Regional Federal, tendo aquele egrégio Tribunal dado improvimento ao recurso, em consequência, mantendo a liminar concedida.

Inconformada, em 23.09.99, a AGU agravou a decisão do TRF 4ª Região, novamente não obtendo sucesso, tendo sido mantida a liminar concedida em decisão de 24.09.99 do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Tendo em vista que a referida ação foi proposta com abrangência para todo o país, a liminar concedida aproveita a

todos os prestadores de serviços do SUS, significando que todos os gestores têm que cumprir o determinado no referido mandado judicial.

Por outro lado, nada impede que nova ação seja proposta individualmente.

Esse Tribunal tem se manifestado favorável à conversão pleiteada, conforme se observa no julgamento dos seguintes recursos: AGTR nº 27.434 - PE, AGTR nº 24.882 - AL, entre outros.

Assim, está caracterizada a fumaça do bom direito.

O perigo de demora existe também já que os hospitais não podem continuar privados dos recursos necessários a sua manutenção, sob pena de prejudicar todo sistema de saúde no país.

Com estas considerações, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 32.879-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADDELHA  
Agravante: IVANILDA CAMPOS RODRIGUES  
Agravada: UNIÃO  
Advogado: DR. OSCAR MOTA BRITO (AGRTE.)

**EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PENSÃO POR MORTE. MILITAR. COMPANHEIRA. CONSTI-TUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 3º. HABILITAÇÃO PARA RECEBIMENTO DA QUOTA-PARTE.**

*- A companheira possui os mesmos direitos da pensão por morte que a esposa, conforme o art. 226, § 3º, da CF.*

*- A legislação ordinária já se adequou ao preceito constitucional que iguala os direitos da companheira com os da esposa. Medida Provisória nº 2.188/2001.*

*- A documentação comprova a união estável, bem como o nascimento de um filho.*

*- Agravo regimental prejudicado.*

*- Agravo de instrumento provido.*

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar prejudicado o agravo regimental e dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 8 de novembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA –  
Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO  
GADELHA:

Ivanilda Campos Rodrigues insurge-se contra decisão proferida nos autos da Ação Ordinária com Pedido de Antecipação dos Efeitos da Tutela nº 2000.81.00.8329-6 pelo MM. Juiz da 6ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, que indeferiu o pedido de antecipação da tutela jurisdicional no sentido de negar a inclusão da agravante na quota-parte de pensão militar deixada pelo companheiro falecido e pai de seu filho menor púbere.

A decisão agravada consignou, *verbis*:

*“A tese esboçada na inicial é controvertida, consoante se pode ver no confronto da inicial com a informação da União Federal (fls. 41/44) e contestação da litisconsorte passiva necessária Berenice Fontele Lima (v. fls. 47/48), não estando caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da ré (art. 273, V, CPC). Melhor que o assunto aguarde sentença. Assim, indefiro o pedido de antecipação da tutela jurisdicional. (...)”*

Alega a agravante, em resumo, que conviveu em união estável por mais de 19 anos com o *de cujus*, que desta união resultou a geração do filho Geordano Campos Rodrigues, nascido em 04 de janeiro de 1985, devidamente reconhecido e registrado pelo pai, que, em confissão extrajudicial, o falecido reconheceu a convivência em comum e que, por reconhecimento social e provas documentais, viveu maritalmente sob o mesmo teto. Aduz, ainda, que a antecipação dos efeitos da tutela não traria prejuízos aos cofres públicos, pois o valor



pleiteado é da quota-parte da pensão e não nova pensão em favor da mesma.

Sustenta, a agravante, estarem presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, face à dependência econômica do militar falecido, posto que este respondia pelo sustento da família, e pelo fato da morte do companheiro ter provocado grave crise financeira, haja vista a interrupção da participação do falecido na renda familiar.

A União, nas suas razões, pede pela manutenção da decisão vergastada, alegando que houve violação de norma legal quanto ao instituto da antecipação de tutela, quando, no pólo passivo da lide, figura a Fazenda Pública. Aduz violação à Lei 9.494/97.

Sustenta que o pagamento da Fazenda Pública em virtude de decisão judicial dar-se-á mediante precatório e que inexistem os requisitos fundamentais para a concessão da liminar pleiteada. Verbera, ainda, com base na Lei 5.774/71, que a agravante não consta como beneficiária instituída pelo *de cuius* e, com base na Lei 6.880/80, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, que a agravante não comprovou mediante justificação judicial a convivência marital e a dependência financeira.

Intimado a se pronunciar (fls. 105), o Ministério Público emitiu parecer no sentido de considerar pertinente a documentação acostada pela agravante, que comprova a convivência marital da mesma com o falecido e dessa união o nascimento do menor Geordano Campos Rodrigues, reconhecido como filho pelo *de cuius*. Opina o Ministério Público pela denegação do agravo regimental e pelo provimento do agravo de instrumento, face à vasta prova documental e por se tratar o pleito da agravante de prestação de natureza alimentar.

O pedido de efeito suspensivo ao agravo foi deferido às fls. 74.

Foi interposto agravo regimental às fls. 80/89.

Relatei.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

A agravante alega ter convivido com o *de cujus* maritalmente durante 19 anos, e que dessa união nasceu o menor Geordano Campos Rodrigues, devidamente reconhecido como filho e registrado pelo falecido companheiro Francisco Batista Lima.

Após a promulgação da Constituição de 1988, o entendimento sobre a convivência estável (art. 226, § 3º, da CF) passou a igualar os direitos da companheira aos da esposa quanto à percepção de pensão por morte, devendo então ser dividido o benefício entre as partes. Ficou, portanto, revogada a Lei 5.774/71 que restringia a concessão do benefício às companheiras de militares.

Assim entende a 3ª Turma deste Tribunal:

“COMPANHEIRA DE MILITAR. LEI Nº 5.774/71 QUE EXCLUI A COMPANHEIRA DE MILITAR CASADO DO ROL DE DEPENDENTES. REVOGAÇÃO DO DISPOSITIVO IMPEDITIVO COM A VIGÊNCIA DO ATUAL TEXTO CONSTITUCIONAL.

- A companheira de militar casado faz jus ao benefício de pensão por possuir família com o *de cujus* já há longos anos.

- Remessa oficial parcialmente provida e apelação prejudicada. Sentença parcialmente reformada”.

(TRF 5ª Região – Apelação Cível nº 212538 – Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti – j. 07.12.2000 – DJU 20.04.2001 – p. 1003).

Ainda sobre a inclusão da companheira como beneficiária da pensão por morte de militar, a Medida Provisória nº 2.188, de 27.07.2001, que altera as Leis 3.465, de 04.05.1960, e 6.880, de 09.12.1980, harmonizando a legislação militar com a

norma constitucional, coloca a companheira na mesma ordem de habilitação da esposa.

Restou-me comprovada, pela documentação acostada, a união estável da agravante com o falecido, assim como dessa união o nascimento do menor Geordano Campos Rodrigues, que fora reconhecido mediante Escritura de Reconhecimento Pública e devidamente registrado como filho do extinto. Verifico, ainda, por conta do caráter alimentar do benefício almejado, o *periculum in mora* e o conseqüente *fumus boni juris*.

Detenho-me a seguir no entendimento do colendo STJ, que, em decisão, assegura o direito ao benefício para a companheira e para o filho. Consigna a decisão:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO MILITAR. EX-COMBATENTE. DIVISÃO DO VALOR INTEGRAL ENTRE A VIÚVA, A COMPANHEIRA E O FILHO TIDO COM ESTA.

1. O acórdão rescindendo determina seja dividido em partes iguais o valor integral da PENSÃO entre a viúva, a COMPANHEIRA e o filho menor tido com esta última (art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 8.059/90), a partir de 3 de julho de 1991.

2. A COMPANHEIRA, atualmente, possui *status* legal semelhante ao da viúva, assim sendo, não pode ser deixada de fora das cotas-partes da PENSÃO, quando demonstrada sua qualidade de dependente.

3. Malgrado a tese de dissídio jurisprudencial, diante das normas legais regentes da matéria (art. 541, parágrafo único, do CPC, c/c o art. 255 do RISTJ) de confronto, que não se satisfaz com a simples transcrição de ementas, entre o acórdão recorrido e trechos das decisões apontadas como divergentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ausente a demonstração analítica

do dissenso, e até mesmo a própria citação dos acórdãos paradigmas, incide o óbice da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

4. Recurso especial não conhecido.

(STJ – Recurso Especial nº 262145 – 6ª Turma – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 12.09.2000 – DJU 02.10.2000, p. 185).

Destarte, com essas considerações, a decisão que negou a antecipação da tutela jurisdicional deve ser reformada, de forma que a agravante seja habilitada para o efetivo recebimento da quota-parte do benefício.

Agravo regimental prejudicado.

Dou provimento ao agravo de instrumento.

Assim voto.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 34.445-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADDELHA  
Agravante: FERNANDO VILELA SALES  
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Advogado: DR. JOSÉ JORGE CAMPELO FILHO (AGTRE.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INQUÉRITO CIVIL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. GARANTIA INEXISTENTE.**

*- O inquérito civil é procedimento administrativo investigatório de caráter pre-processual e realizado extrajudicialmente, destinado a colher provas para a propositura da ação civil pública.*

*- Os princípios da ampla defesa e do*

***contraditório são garantias asseguradas em processo administrativo ou judicial.  
- Inexistem no inquérito civil as garantias do contraditório e da ampla defesa.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que fazem parte do presente julgado.

Recife, 23 de outubro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA –  
Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de atribuição de efeito suspensivo interposto por Fernando Vilela Sales contra decisão concessória de liminar requestada pelo Ministério Público Federal em sede de ação civil pública.

A decisão vergastada, com espeque no art. 225 da Constituição Federal, entendeu que *todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*. Dessarte, entendendo patente o *periculum in mora*, concedeu a liminar, determinando que o réu se abstinhasse de, por si ou por seus prepostos, erguer ou impor qualquer obstáculo ao acesso de pessoas à área de praia contígua ao seu estabelecimento, ou seja, a área que não

esteja inscrita sob o regime de ocupação, cominando-lhe multa diária, estipulada em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em hipótese de descumprimento.

O presente recurso foi distribuído ao MM. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, que proferiu decisão nos seguintes termos:

*“Diferentemente do alegado pelo agravante, acredito estarem presentes, no caso vertente, razões que justifiquem a concessão da medida objeto deste recurso. A faixa de areia entre o referido estabelecimento e o oceano não está abrangida na área concedida pelo regime de ocupação ao ora agravante, tratando-se, portanto, de área de uso público. Desta forma, qualquer medida que restrinja o acesso do povo a bem público de uso comum cuida-se de procedimento vedado por norma constitucional, sendo, não só obrigação do Poder Público como da coletividade, fiscalizar, no sentido de coibir atos dessa natureza. Com essas considerações, abstenho-me de atribuir efeito suspensivo ao recurso”.*

O fundamento do agravo *sub examine* é a ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, face à não participação do réu na instrução do inquérito civil, procedimento liminar e preparatório da ação civil pública, que fora presidido pelo *Parquet* Federal.

O Ministério Público Federal apresentou contraminuta, pugnando pelo improvimento ao agravo.

Relatei.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

O pedido contido no agravo subsume-se à alegação de cerceamento de defesa, face à supressão da garantia

constitucional do contraditório e da ampla defesa no inquérito civil, procedimento preparatório, que carrear os subsídios necessários à propositura da pertinente ação civil pública.

O inquérito civil é procedimento disciplinado pelo art. 8º e §§ da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), nos seguintes termos:

“Art. 8º. *Omissis.*

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 dias úteis”.

Não enxergo o bom direito nas razões do agravante. É que o inquérito civil, bem assim o inquérito policial, constitui procedimento administrativo e preparatório, que escapa da obrigatoriedade do contraditório, não obstante o Ministério Público faculte aos interessados a possibilidade de se manifestarem no inquérito.

Vale ressaltar, outrossim, que, caso não haja participação dos interessados, a prova colhida precisa ser refeita ou contrastada em juízo para, aí sim, assegurar a observância do contraditório.

Consoante o Prof. Nelson Nery, o inquérito civil é ***procedimento administrativo destinado à colheita de elementos para eventual e futura propositura responsável da ACP. Como não é processo administrativo, não há contraditório no IC. Possuindo elementos necessários, poderá o MP, desde logo, ajuizar a ação, não estando o MP obrigado a instaurá-lo, nem concluí-lo, para propor a Ação Civil Pública***<sup>1</sup>.

O Ministério Público de São Paulo tem, a respeito do inquérito civil, o entendimento, *verbis*:

***“É um procedimento administrativo investigatório, de caráter pré-processual, que se***

---

<sup>1</sup> NERY JÚNIOR, Nelson, *in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual em Vigor, São Paulo: RT, 2001, 5ª ed., p. 1541, nota nº 4.

*realiza extrajudicialmente, a cargo do Ministério Público, destinado a colher elementos para propositura de ação civil pública. O inquérito civil não é um procedimento contraditório, nem pressuposto para que o MP compareça em juízo. É um procedimento administrativo, inquisitorial, destinado à apuração de fato para viabilizar a ação civil pública”<sup>2</sup>.*

A jurisprudência assente no Colendo Superior Tribunal de Justiça é adicionada ao que restou acima consignado. Vejamos o precedente daquela Corte:

“AÇÃO CAUTELAR (EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS BANCÁRIOS). LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. PROVIDÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS URGENTES E PREPARATÓRIAS PARA O **INQUÉRITO CIVIL** E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 5º, X E XII, 37, 127 E 129. LEI 4.595/64 (ART. 38). LEI 7.347/85. LEI 4.728/65 (ART. 4º, PAR. 2º) E LEI 8.625/93 (ARTS. 25 E 26).

1. A parla de relevante interesse público e social ampliou-se ao âmbito de atividades do Ministério Público para realizar atividades investigatórias, alicerçando informações para promover o inquérito e ação civil pública (CF, arts. 127 e 129, III, Lei 7.347/85, arts. 1º e 5º).

2. O sigilo bancário não é um direito absoluto, quando demonstradas fundadas razões, podendo ser desvendado por requisição do Ministério Público em medidas e procedimentos administrativos, inquéritos e ações, mediante requisição submetida ao Poder Judiciário.

3. A “quebra de sigilo” compatibiliza-se com a norma inscrita no art. 5º, X e XII, CF, consono

---

<sup>2</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio, *in* Interesses Difusos e Coletivos, Série Fundamentos Jurídicos, coordenação de Alexandre de Moraes, São Paulo: Atlas, 1998, pp. 100/101.



com jurisprudência do STF.

4. **O princípio do contraditório não prevalece no curso das investigações preparatórias encetadas pelo Ministério Público** (RE 136.239 – Ag. Reg. em Inquérito 897 – DJU de 24.03.95).

5. Não constitui ilegalidade ou abuso de poder provimento judicial aparelhando o MP na coleta de urgentes informações para apuração de ilícitos civis e penais.

6. Recurso improvido”.

(ROMS 8716-GO – Rel. Min. Milton Luiz Pereira – Primeira Turma – j. 31.03.1998 – DJU de 25.05.1998, p. 11 – decisão unânime).

Pelo exposto, por entender inexistente o cerceamento de defesa verberado, nego provimento ao agravo de instrumento.

Assim voto.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 37.172-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO  
NUNES MAIA FILHO  
Agravante: UNIÃO  
Agravado: JOSÉ REGINALDO GASPAR GOMES

***EMENTA: CONSTITUCIONAL. MILITAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO PARA COMPOR O QUADRO DA AERONÁUTICA. IMPOSIÇÃO DE LIMITE DE IDADE. CONSTITUCIONALIDADE.***

***- A CF/88, com as alterações insertas pela EC 18/98, diferenciou o serviço público do civil do militar, dando, a cada um deles, tratamento jurídico próprio, nada obstante a existência de algumas normas aplicáveis a ambos.***

*- O art. 142, inciso VIII, da CF, que estende aos militares a aplicabilidade de alguns dispositivos próprios do serviço público civil, não menciona o art. 7º, inciso XXX, o qual proíbe o estabelecimento de normas limitadoras de idade para o ingresso no serviço público, de modo que é constitucional a edição de normas limitando a faixa etária para o ingresso na carreira militar.*  
*- Agravo de instrumento provido.*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGTR 37.172-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, na forma da lei

Recife, 27 de novembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES  
MAIA FILHO - Relator

### RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de liminar, interposto pela União contra decisão exarada nos autos da Ação Ordinária 2001.81.00.012602-0, do eminente Juiz Federal Substituto da 5ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, na qual o douto Magistrado, por reputar inconstitucional a norma do edital do Concurso Público para o Curso de Formação de

Sargentos da Aeronáutica que veda a inscrição de maiores de 23 anos no referido certame, uma vez que, nos termos do art. 37, I, da Carta Magna, somente por disposição legal, e não mediante edital, é possível fixar exigências para a investidura em cargos públicos, *deferiu o pedido de antecipação da tutela, afastando o requisito excludente do limite de idade e determinando a inscrição do requerente para prestar o citado concurso.*

2. Os fundamentos do agravo de instrumento são redutíveis, inicialmente, à alegação de que não há, no presente caso, um dos requisitos necessários para o deferimento do pedido de antecipação de tutela, qual seja, a verossimilhança das alegações. Aduz, ainda, a agravante que a norma do edital que prevê a limitação de idade para a inscrição no mencionado concurso está em perfeita harmonia com os preceitos constitucionais. Isto porque a proibição inserta no art. 7º, XXX, da CF, segundo a qual é vedado o estabelecimento de critério de admissão ao serviço público por motivo de idade, somente se aplica aos servidores civis e não ao serviço público militar, o qual é regido por regime jurídico diverso.

3. A parte agravada apresentou contra-razões, reforçando sua fundamentação inicial, bem como pugnando pelo indeferimento liminar deste agravo com fulcro no art. 524 do CPC.

4. É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (Relator):

1. No tocante à admissão para o serviço público, de fato, o constituinte, no intuito de coibir a prática de atos meramente arbitrários e discriminatórios e, conseqüentemente, abusivos, por parte da Administração, erigiu à categoria de norma constitucional a garantia de acesso aos cargos, empregos e funções públicas a todos os brasileiros que preencham os requisitos legais para tanto, ***sendo vedada qualquer discriminação, em razão de sexo, cor, estado civil ou idade.***

2. Ressalte-se, todavia, que a Constituição Federal de 1988, com as alterações inseridas pela EC 18/98, ao traçar as linhas gerais sobre o funcionalismo público, ressaltou a existência de duas espécies, por assim dizer, de serviço público, quais sejam, o civil e o militar, dando, a cada um deles, tratamento jurídico próprio, nada obstante a existência de algumas normas aplicáveis a ambos.

3. A vedação ao estabelecimento de limitação ao ingresso no serviço público em razão da idade, inserta no art. 7º, inciso XXX, da CF, por sua vez, não pertence ao grupo de normas aplicáveis indistintamente aos servidores civis e militares. É a esta conclusão que se chega após a leitura do art. 142, inciso VIII, da CF, o qual, ao estender aos militares a aplicabilidade de alguns dispositivos especificamente afetos ao serviço público civil, *não menciona o retrocitado art. 7º, inciso XXX*.

4. Ao revés, o que se verifica, no próprio art. 142, inciso X, da Carta Magna, é que o constituinte previu a possibilidade da legislação infraconstitucional dispor sobre o ingresso nas Forças Armadas, bem como sobre os *limites de idade* para tanto, o que corrobora a afirmação anteriormente feita de que o já citado art. 11 do Estatuto dos Militares foi recepcionado pela atual CF.

5. Note-se que, apesar do citado dispositivo se referir à lei como meio idôneo a dispor sobre os limites de idade para o ingresso na carreira militar, deve-se considerar que o legislador federal, via de regra um civil, é desconhecedor de questões militares tão específicas quanto a limitação de idade para o ingresso em dado cargo da carreira militar, principalmente ante a imensidão de cargos existentes nas três instituições das Forças Armadas, quais sejam, a Marinha, o Exército e a Aeronáutica. Daí porque o que se observa comumente é que as leis que regulam o ingresso nas Forças Armadas têm relegado a normas infralegais a função de fixar limites de idade.

6. É o que se observa, por exemplo, com relação aos oficiais do Exército, regidos pela Lei 7.831/89, a qual, em seu art. 4º, III, dispõe o seguinte:

“Art. 4º. São requisitos para o ingresso no Quadro Complementar de Oficiais (QCO):

(...)

III - ter idade dentro dos limites fixados”.

7. A própria Lei 7.831/89 ainda previa, no art. 12, a edição de ato normativo que a regulamentaria, o que veio a ocorrer com o Decreto 98.314/89, que aprovou o Regulamento para o Quadro Complementar de Oficiais do Exército. Este, por sua vez, dispõe, em seus arts. 11, III, e 12, o que se segue:

“Art. 11. São requisitos comuns exigidos para os candidatos aos cursos de formação:

(...)

III - ter idade dentro dos limites fixados.

Art. 12. O Ministério do Exército baixará instruções estabelecendo outros requisitos específicos para os candidatos civis e militares”.

8. Ora, atualmente, não se fala mais em Ministério da Marinha, do Exército e da Aeronáutica separadamente. O que existe é o Ministério da Defesa, abarcando todos os Comandos Militares. No tocante ao ingresso no Quadro de Sargentos da Aeronáutica, especificamente, a regulamentação desta questão se deu através da Instrução Reguladora do Quadro de Suboficiais e Sargentos da Aeronáutica (aprovada pela Portaria 49/GM3 e posteriormente alterada pela Portaria 262/GC3), a qual, em seu art. 7º, inciso V, prevê que *poderão ser realizados concursos de admissão de candidatos que atendam, dentre outras, à condição de não terem completado 24 anos até a data da matrícula.*

9. Tem-se, portanto, plenamente demonstrada a existência de texto normativo estabelecendo limites de idade para o ingresso no serviço público militar. Quanto às razões que justificam a existência de tal norma limitadora, esclarecedoras são as palavras do eminente Ministro José de Jesus Filho, as quais, embora não versem especificamente sobre o ingresso na Aeronáutica, como o é o caso em apreço, por analogia, auxilia a compreensão do presente caso:

*“Por outro lado, convém salientar que a limitação de idade teve por escopo, igualmente, permitir o fluxo normal de promoções dos integrantes do QCO até o último posto do quadro, que é o de*

*tenente-coronel, evitando a incidência de transferência para a reserva por atingimento de idade-limite ainda nos postos intermediários do respectivo quadro. Tal fato, certamente, acarretaria natural frustração aos militares alcançados pela compulsória antes de atingir o posto final da carreira...*

*(...)*

*Levou-se em consideração, ainda, na fixação de idade para inscrição no concurso de Admissão ao QCO, a necessidade de se evitar o indesejável envelhecimento do quadro, o que muito comprometeria sua eficiência e não interessaria ao Exército”.*

*(STJ, MS 303/DF, Rel. Min. José de Jesus Filho, DJU 08.06.1992, p. 8594).*

10. Por todo o exposto, tendo em conta as peculiaridades que envolvem a carreira dos servidores públicos militares, entendo que a garantia do art. 7º, XXX, da CF, não os beneficia, de modo que inexistente inconstitucionalidade na fixação de limite de idade para o ingresso em tal carreira, motivo pelo qual dou provimento ao presente agravo de instrumento.

11. É como voto, Sr. Presidente.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 38.214-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO  
Agravante: UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DE PERNAMBUCO – UFRPE  
Agravado: SEVERINO EUCLIDES DA SILVA  
Advogados: DRS. MARIA INEZ LIRA GOMES DA SILVA E OUTROS (AGRTE.) E STELLA MARIS DE LIMA MACHADO (AGRDO.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO QUE RECEBE APELAÇÃO EM AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE NO DUPLO EFEITO. LEGALIDADE.**

*- Em regra, a apelação é recebida nos efeitos suspensivo e devolutivo, art. 520 do CPC.*

*- Os casos de apelação recebida apenas no efeito devolutivo têm previsão taxativa, art. 520, I a VI, da Lei Processual.*

*- Ação de reintegração de posse excluída do numerus clausus.*

*- Agravo improvido.*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade de votos, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Juiz Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 19 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

### RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Universidade Federal Rural de Pernambuco - UFRPE agrava de instrumento decisão do MM. Juiz Federal que recebeu apelação interposta por Severino Euclides da Silva nos efeitos suspensivo e devolutivo.

Aduz, resumidamente, risco de dano pela não execução imediata da sentença proferida no Juízo *a quo* e requer provimento a fim de que a apelação seja recebida apenas no efeito devolutivo.

Despacho do Relator para intimação do agravado às fls. 24.

Nas contra-razões, o agravado sustenta a legalidade do ato e pede a manutenção do despacho atacado.

É o relatório.

### VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (Relator):

O recurso de apelação, como regra, é recebido no duplo efeito e, apenas nos casos taxativamente previstos em lei, deve ser recebido só no efeito devolutivo, qual ocorre na hipótese do art. 520 do Código de Processo Civil e em leis especiais, como a nº 1.533/51, por exemplo.

Retirar o efeito suspensivo da apelação interposta resulta em restrição de direito, posto que as hipóteses de recebimento unicamente no efeito devolutivo são elencadas em *numerus clausus*, portanto, não admitem acréscimos.

A sentença recorrida cuida de ação de reintegração de posse que não se inclui nos casos previstos, taxativamente, nos incisos I a VI do art. 520 do CPC.

Ademais, não restou demonstrado perigo de dano



irreparável para o agravante, pois, se risco existe, ameaça o agravado.

Com efeito, se o presente caso comportasse o efeito suspensivo, qual pretende a agravante, dar-se-ia a execução da sentença antes do trânsito em julgado, e o agravado ver-se-ia despejado do imóvel juntamente com os familiares, de maneira que uma eventual reforma da sentença no Tribunal não teria como reparar os danos da execução provisória.

O Juiz *a quo* aplicou corretamente a norma de regência ao receber a apelação do agravado no duplo efeito, a teor do art. 520 do Código de Processo Civil.

Destarte, não comporta reparos a interlocutória vergastada.

Com estas considerações, nego provimento ao agravo de instrumento.

## **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 35.399-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Agravante: USINA ALEGRIA S/A  
Agravada: FAZENDA NACIONAL  
Advogados: DRS. FELIPE CARLOS D. DE ALBUQUERQUE E OUTROS (AGRTE.)

***EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDISPONIBILIDADE DE BEM DE PESSOA JURÍDICA. CRÉDITOS SECURITIZADOS DO PROGRAMA POLÍTICA DE PREÇO NACIONAL EQUALIZADO - AÇÚCAR E ÁLCOOL. CAUTELAR FISCAL. IMPOSSIBILIDADE.  
- O parágrafo 1º, art. 4º, da Lei nº 8.397/92,***

*ao traçar as raias às quais se deve cingir a constrição no âmbito da ação cautelar fiscal, na hipótese de pessoa jurídica, a dizer: a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente (...), não deixa margem a qualquer interpretação extensiva, sob pena de infringir, literalmente, a lei.*

*- Os créditos securizados do denominado Programa Política de Preço Nacional Equalizado - Açúcar e Álcool, que se destina a reduzir as diferenças econômicas entre as Regiões Sudeste e Norte/Nordeste, não se enquadram nas hipóteses previstas do diploma legal em discussão e do art. 178, § 1º, a, b e c, que trata dos grupos de contas que compõem o ativo das sociedades anônimas. Precedentes desta Corte (AGTR 28992/AL, Rel. Des. Nereu Santos, DJU - II, de 29.05.2000, pp. 628/629).*

*- Agravo regimental provido.*

## ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 6 de setembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
- Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se de agravo regimental contra decisão da ilustre Desembargadora Federal Convocada, Germana Moraes, a de receber o presente agravo de instrumento, tão-só, no efeito devolutivo.

O agravo de instrumento fora ajuizado contra decisão proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara Federal de Alagoas, nos autos da Ação Cautelar Fiscal nº 2001.80.00.000590-1, a de determinar a indisponibilidade de bens da ora agravante, atinentes a “créditos securitizados do denominado Programa Política de Preço Nacional Equalizado - Açúcar e Álcool, no montante de R\$ 1.627.289,57 (um milhão, seiscentos e vinte e sete mil, duzentos e oitenta e nove reais e cinqüenta e sete centavos)” (fls. 31), na iminência de liberação pela União.

A agravante se insurge contra o decisório, sob o argumento de que este infringiria o art. 4º, § 1º, da Lei 8.397/92, que cinge o âmbito de abrangência da medida cautelar fiscal - especificamente quanto às pessoas jurídicas - aos bens enquadrados como ativo permanente, do qual não fariam parte os referidos créditos, originários do “Programa Política Nacional de Preço Equalizado - Açúcar e Álcool, reconhecidamente tidos como receita/rendimento, haja vista destinação de comprometimento para cobertura de diferença de custos de produção entre as usinas do Norte-Nordeste face às congêneres do Sul-Centro-Oeste do país, cujo financiamento foi objeto, no passado, de inversão de recursos próprios retirados do capital de giro das empresas” (fls. 111). Por isso, o seu recebimento teria, agora, caráter de “reembolso/ressarcimento”.

Relatei.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Impõe-se, de início, trasladar dispositivo inserto no § 1º, art. 4º, da Lei 8.397/92, que traça as raias às quais se deve cingir a constrição no âmbito da ação cautelar fiscal:

“Art. 4º. A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação.

§ 1º. **Na hipótese de pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente**, podendo, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, ao tempo:

a) .....”  
(Grifei).

Diante da clareza do texto legal - e sem embargo do bem lançado voto da insigne Desembargadora Germana Moraes -, não tenho dúvidas de que o desate da lide afasta-se do âmbito da hermenêutica.

Com efeito, não se trata de interpretar o dispositivo, refiro-me ao § 1º, já reproduzido, porquanto não deixa margem para isso. É expreso, manifesto, em restringir o constrangimento **somente aos bens do ativo permanente**. Qualquer flexibilização interpretativa que resulte em alargar a abrangência da constrição por via da ação cautelar fiscal corre severo risco de infringir, literalmente, a lei.

Diante disso, remanesce apenas uma questão a ser solvida: os bens constritos - *créditos securitizados do denominado Programa Política de Preço Nacional Equalizado - Açúcar e Alcool* (fls. 31) - estariam ou não enquadrados na

espécie *ativo permanente*?

Sobre o tema, importa transcrever dispositivo da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), que trata dos grupos de contas que compõem o ativo das sociedades anônimas:

Art. 178. No balanço, as contas serão classificadas segundo os elementos do patrimônio que registrem, e agrupadas de modo a facilitar o conhecimento e a análise da situação financeira da companhia.

§ 1º No ativo, as contas serão dispostas em ordem decrescente de grau de liquidez dos elementos nelas registrados, nos seguintes grupos:

- a) - ativo circulante;
- b) - ativo realizável a longo prazo;
- c) - **ativo permanente, dividido em investimentos, ativo imobilizado e ativo diferido.** (Grifei).

No dizer do dicionário Aurélio, por sua vez, ativo permanente está assim conceituado: *Parte do ativo que reúne os valores aplicados em imóveis, máquinas, instalações etc., e os investimentos; ativo fixo.*

Estou certo, portanto, de que os mencionados créditos não se enquadram no conceito, seja jurídico, seja científico, de ativo permanente. Cito, na mesma linha, excerto de decisório do Desembargador Federal Nereu Santos:

*“A exegese desses dispositivos, ainda que num exame prefacial, leva-me a reconhecer que não se poderia enquadrar os créditos securitizados referentes ao Programa Política de Equalização de Preço do Açúcar e Alcool, que objetiva reduzir as diferenças desse setor econômico entre as Regiões Sudeste e Norte/Nordeste, como ativo permanente da empresa, passível de bloqueio na via da cautelar fiscal”.* (AGTR nº 28992/AL, publicado no DJU - II, de 29.05.2000, pp. 628/629).

Sob esses fundamentos, vislumbro a fumaça do bom direito.

Quanto ao perigo da demora, mostra-se ainda mais evidente, porquanto é corrente a crítica situação do setor econômico nacional, impingindo graves obstáculos à atividade empresarial, industrial e comercial. A imprensa tem notificado a derrocada de sociedades que gozavam, conceitualmente, de solidez.

Nesse contexto, a injeção de capital assume caráter urgente, ainda mais em se tratando de atividade agrícola, que apresenta natureza sazonal, exigindo o respeito, sob pena de graves prejuízos, ao período de plantio, para o aproveitamento das chuvas.

Não me impressiona, justamente por isso, a referência feita pelo MM. Juízo *a quo* à certidão exarada pelo Oficial de Justiça, que, visitando o local de funcionamento da empresa, não a encontrou em atividade. Há, com efeito, um interregno (entressafra), em que tais empresas interrompem suas atividades, dispensando, inclusive, grande parte dos seus empregados, como é o caso dos "bóias-frias".

Firme nesses argumentos, dou provimento ao agravo regimental.

Assim voto.

## **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 36.041-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS  
Agravante: LICÍNIO DIAS & CIA. LTDA  
Agravado: FAZENDA NACIONAL  
Advogados: DR. FERNANDO BRITO DE A. MARANHÃO (AGRTE.)

**EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. LANÇAMENTO REVISIONAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. ERRO DE FATO. REVISÃO ADUANEIRA.**

**- Agravo regimental improvido.**

## ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 19 de junho de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS -  
Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS:

O caso é de agravo regimental contra decisão de minha lavra que indeferiu pedido de liminar substitutiva na qual se pretendia suspender os efeitos de lançamento revisional de ofício.

A tese da agravante é de que o recolhimento do IPI constante de sua declaração de importação foi homologado pela autoridade fiscal que autorizou o desembaraço aduaneiro, pelo que não poderia, agora, ser realizada a revisão do lançamento e posterior lançamento de ofício, baseado em erro de direito, e, ainda, acrescer ao valor do suposto débito juros de mora e multa.

Sustenta, ainda, que a vedação de revisão de lançamento em razão de mudança de critério jurídico permanece ainda quando a adoção do critério jurídico para o lançamento se deu por erro de direito. Invoca, em seu prol, os ditames da Súmula 227 do ex-TFR que reza: "A mudança de critério jurídico adotado pelo Fisco não autoriza a revisão de lançamento".

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS (Relator):

A decisão de minha lavra, ora atacada, está assim fundamentada:

"... a declaração de importação da agravante continha indicação de alíquota do IPI com base no Ato Declaratório - SRF nº 17/95, à época já revogado, tendo havido, todavia, o desembaraço aduaneiro da mercadoria importada. O recolhimento antecipado do tributo, homologado pela autoridade administrativa competente, opera a extinção do crédito tributário, entretanto, não pode ser vedado à Administração o direito de rever o lançamento realizado com evidente erro de direito, vale dizer, contrário à legislação tributária, desde que observado o prazo decadencial.

Sobre a matéria em tela, transcrevo o ensinamento de Hugo de Brito Machado em *Curso de Direito Tributário*, edição 17ª, p. 134:

'Divergindo de opiniões de tributaristas ilustres, admitimos a revisão do lançamento em face de erro, quer de fato, quer de direito. É esta a conclusão a que conduz o princípio da legalidade, pelo qual a obrigação tributária nasce da situação descrita na lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. A vontade da administração não tem qualquer relevância em seu delineamento. Também irrelevante é a vontade do sujeito passivo. O lançamento, como norma concreta, há de ser feito de acordo com a norma abstrata contida na lei. Ocorrendo erro em sua feitura, quer no conhecimento dos fatos, quer no conhe-



cimento das normas aplicáveis, o lançamento pode, e mais que isto, o lançamento deve ser revisto'.

O Tribunal Federal de Recursos, em acórdão unânime de sua 5ª Turma, da lavra do eminente Ministro Geraldo Sobral, decidiu: 'Em decorrência do princípio constitucional da legalidade (CF, arts. 19, I, e 153, § 29) e do caráter declaratório do lançamento, que considera a obrigação tributária nascida da situação que a lei descreve como necessária e suficiente à sua ocorrência (CTN, arts. 113 e 114), admite se a revisão de ofício da atividade administrativa do lançamento, vinculada e obrigatória, sempre que ocorrer erro de fato ou de direito'. (REO nº 94.076 SC, em 31.05.1984, *Ementário de Jurisprudência do TFR*, nº 59, p. 60)". (Grifo atual).

Ressalto que, no caso concreto, trata-se de revisão aduaneira prevista no art. 54 do Decreto lei nº 37/66, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 2.472/88, que assim dispõe:

"A apuração da regularidade do pagamento do imposto e demais gravames devidos à Fazenda Nacional ou do benefício fiscal aplicado e da exatidão das informações prestadas pelo importador será realizada na forma que estabelecer o regulamento e processada no prazo de 5 anos, contado do registro da Declaração de que trata o art. 44 deste DL".

A referida norma está, por sua vez, regulamentada pelo Decreto nº 91.030, de 5 de março de 1985, através de seus arts. 455 e 456, de seguinte redação:

"Revisão aduaneira é o ato pelo qual a autoridade fiscal, após o desembaraço da mercadoria, reexamina o despacho aduaneiro, com a finalidade de verificar a regularidade da importação ou exportação quanto aos espec-

tos fiscais, e outros, inclusive o cabimento de benefício fiscal aplicado (Decreto-lei nº 37/66, artigo 54).

A revisão poderá ser realizada enquanto não decair o direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário (Lei nº 5.172/66, artigo 149, parágrafo único)”.

É evidente, assim, que o legislador pretendeu resguardar o direito da Fazenda Nacional, tendo em vista que o desembaraço aduaneiro é baseado na declaração do importador, que pode conter irregularidades no pagamento do tributo.

Assim, o desembaraço poderia ser considerado a operação preliminar do Fisco para verificação da regularidade da importação com o recolhimento do tributo devido.

Por isso, tendo sido, na espécie, realizada a revisão aduaneira e constatada a irregularidade no recolhimento do IPI, cabível, à primeira vista, o lançamento de ofício através da lavratura do auto de infração.

Por outro lado, entendo que a alteração de alíquota do IPI, através do Ato Declaratório-SRF no 25/95, teria amparo no art. 26 do Código Tributário Nacional e, ainda, no art. 237 da Carta Constitucional, que assim estabelecem:

“O Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política cambial e do comércio exterior”.

“A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda”.

Por fim, a aplicação da multa estaria respaldada no art. 45 da Lei nº 9.430/96, que deu nova redação ao art. 80 da Lei nº 4.502/64, *verbis*:

“A falta de lançamento do valor, total ou parcial, do imposto sobre produtos industrializados na

respectiva nota fiscal, a falta de recolhimento do imposto lançado ou o recolhimento após vencido o prazo, sem o acréscimo de multa moratória, sujeitará o contribuinte às seguintes multas de ofício:

I - setenta e cinco por cento do valor do imposto que deixou de ser lançado ou recolhido ou que houver sido recolhido após o vencimento do prazo sem o acréscimo de multa moratória”.

Na verdade, assiste razão ao douto prolator da decisão requestada quando reconheceu que havia **erro de fato** na aplicação de alíquota já revogada, incidente sobre mercadoria que foi importada pela ora agravante.

A propósito do erro de fato, confira-se a lição do sempre atual e saudoso Aliomar Baleeiro, quando assim analisa a matéria. Diz o inolvidável Mestre:

“Equivoco na identificação do sujeito passivo, **cálculo errado da alíquota ou do montante a pagar**, erro na elaboração ou conferência de documentos relativos ao pagamento são típicos erros de fato, erros materiais, e podem ser tão aparentes e ostensivos que teriam justificado a correção de ofício, autorizada ao agente público pelo § 2º do art. 147”. (*In, Direito Tributário Brasileiro*, 2ª edição, p. 499).

Com estas considerações, nego provimento ao agravo regimental, mantendo a decisão de minha lavra indeferitória do pedido de liminar.

É como voto.

## AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 37.245-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO  
Agravantes: UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ E OUTRO  
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS.  
Advogados: DRS. EMÍLIA MEIRELLES BARGUIL E OUTROS (AGRTES.)

**EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. UNIVERSIDADE PÚBLICA ESTADUAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO COMO ENTIDADE ASSISTENCIAL. INOCORRÊNCIA DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. CONTRIBUIÇÃO PARA O INSS. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE DIRIGENTE DEPENDENTE DE DOLO OU CULPA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 173 DO CTN. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 45 DA LEI 8.212 / 91.**

*- Tendo em vista o princípio da estrita legalidade em matéria tributária, o art. 150, IV, c, da Carta Magna, é aplicável, tão-somente, aos impostos.*

*- Não sendo o contribuinte entidade benéfica de assistência social, não é aplicável ao mesmo a disposição insculpida no art. 195, parágrafo 7º, da Carta Magna.*

*- Conforme entendimento pacífico do STJ, a responsabilidade de dirigentes de pessoas jurídicas só resta caracterizada quando os mesmos agem com dolo ou culpa, ou seja, quando agem com excesso de poderes ou infração do contrato social ou dos estatutos.*

*- A alegação de inexistência de débito*

*previdenciário cobrado pela Fazenda Pública deverá ser comprovada por meio de amplas provas, não podendo, conseqüentemente, ser atestado por meio de cognição sumária.*

*- Segundo dispõe o art. 145, III, b, da Carta Magna, caberá à lei complementar estabelecer matéria atinente à prescrição tributária, motivo pelo qual é inconstitucional dispositivo de lei ordinária fixando novo termo de prescrição tributária, em contraposição ao CTN.*

*- Agravo regimental provido.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental no AGTR 37.245-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em dar provimento ao Agravo Regimental no AGTR 37.245-CE, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, na forma da lei.

Recife, 4 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES  
MAIA FILHO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO  
NUNES MAIA FILHO:

1. Trata-se de agravo regimental interposto pela Universidade Estadual Vale do Acaraú, no Estado do Ceará, pelo qual pede a reconsideração de despacho monocrático por

mim proferido ou, alternativamente, a sua submissão ao exame e julgamento da egrégia 4ª Turma deste Tribunal, visando a sua desconstituição, *para o fim de não se permitir que o INSS lhe exija exações previdenciárias relativas a salários pagos a trabalhadores de empresa privada de construção civil que lhe prestou serviços mediante contrato.*

2. No duto Juízo de origem, a pretensão da UVA foi atendida, mas entendi que seria o caso de permitir a dita exigência previdenciária, proferindo despacho concessivo de tutela recursal suspensiva, no limiar deste recurso de agravo de instrumento, sendo esta a razão do presente regimental.

3. A recorrente fundamenta o agravo regimental nas alegações seguintes: (a) que goza do benefício da imunidade tributária; (b) que não é responsável pelo pagamento de exações devidas por terceiros; (c) que está extinta a exigibilidade da cobrança em apreço, em razão da prescrição quinquenal prevista no art. 173 do CTN e (d) a responsabilidade pessoal, objetiva e solidária imputada ao seu Reitor é ilegal, tendo em vista que o STJ já consolidou entendimento no sentido de que o mero inadimplemento não é causa para a responsabilidade de dirigentes de pessoas jurídicas, sendo indispensável a configuração de conduta dolosa ou culposa, conduta esta que prejudique não apenas o Fisco mas também a pessoa jurídica dirigida.

4. É o que havia de relevante para relatar.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (Relator):

1. Eminentes Julgadores, cabe, em primeiro lugar, analisar a questão suscitada pela ora agravante no sentido de que a *imunidade tributária que impede a tributação atacada não está amparada apenas no art. 150, IV, c (imunidade genérica), da Carta Magna, mas também no art. 195, parágrafo 7º, da Constituição Federal* (isenção das entidades de assistência social, relativamente às contribuições da Seguridade Social).

2. Com relação ao art. 150, IV, c, da Carta Magna, conforme já explanei na fundamentação da decisão concessiva de liminar nos autos do presente agravo de instrumento, entendo, com a máxima referência dos que pensam de modo contrário, que *a imunidade prescrita no mencionado artigo refere-se, tão-só, aos impostos, não se aplicando, conseqüentemente, às contribuições previdenciárias em apreço.*

3. Citado entendimento decorre do fato de que as disposições atinentes à matéria tributária deverão ser interpretadas literalmente e o art. 150, IV, c, da Carta Magna, menciona expressamente que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir **impostos** sobre o patrimônio, renda ou serviços das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.

4. No que concerne à isenção tributária referida no art. 195, parágrafo 7º, da Carta Magna, entendo que a mesma não abrange a postulante; tal entendimento deriva do fato de que a recorrente, *inobstante os relevantes serviços que reconhecidamente presta na área do ensino superior no Estado do Ceará, não se configura como entidade beneficente de assistência social* que, ao meu sentir, é conceitualmente restrita, *abrangendo tão-só e apenas as instituições que desempenhem atividades qualificáveis como de apoio, proteção e assistência pessoal de nível individualizado, o que não é o caso de uma Universidade Pública, mantida com recursos orçamentários do Estado.*

5. A recorrente narra, ainda, que há outra ilegalidade no lançamento tributário de que ora se trata, na medida em que imputa responsabilidade pessoal, objetiva e solidária ao seu Reitor. Realmente, neste ponto assiste-lhe razão, eis que, conforme entendimento pacífico do STJ, *a responsabilidade de dirigentes de pessoas jurídicas só resta caracterizada quando os mesmos agem com dolo ou culpa, ou seja, quando agem com excesso de poderes ou infração de contrato social ou estatutos.* (REsp. 174.532/PR, Rel. Min. José Delgado, DJU 20.08.01, p. 342).

6. *In casu* não restou demonstrado que o Reitor da recorrente tenha agido com excesso de poderes ou infração

de contrato social ou estatutos universitários, motivo pelo qual afastado, no presente caso, a responsabilidade pessoal, objetiva e solidária do Reitor da recorrente, eis que o simples não-pagamento do tributo não implica, necessariamente ou automaticamente, em ofensa a dispositivo legal.

7. Com relação ao fato alegado pela recorrente de que no processo administrativo foi cerceado o seu direito de defesa, haja vista que não há no presente caso dívida a pagar e, ainda, que o arbitramento realizado pelo Instituto recorrido é inteiramente descabido, *entendo que tais considerações deverão ser alvo de ampla discussão e provas comprobatórias do direito alegado, não podendo, assim, serem reconhecidas neste meio sumário de que ora se trata.*

8. Por fim, a outra questão levantada nos presentes autos diz respeito à constitucionalidade (ou não) da disposição insculpida no art. 45 da Lei 8.212/91 (LCPS), com a seguinte dicação:

“Art. 45 - O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;  
II - da data em que se tomar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada”.

9. É sabido que, em princípio, a matéria atinente à prescrição tributária *deverá ser disciplinada por lei complementar* e essa assertiva decorre do fato de que a própria Carta Magna, em seu art. 146, III, *b*, diz claramente que ***cabará à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária e especialmente sobre prescrição.***

10. Por outro lado, o CTN, recepcionado pelo Ordenamento Jurídico com a hierarquia de lei complementar, disciplina a prescrição tributária no seu art. 173, dessa forma:

“Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue se após



5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tomar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado”.

11. Em decorrência do acima exposto, constata-se que o art. 45 da Lei 8.212/91 impacta se diretamente, em primeiro lugar, com a Carta Magna, pois *sendo lei ordinária não poderia disciplinar matéria atinente à prescrição tributária*, como também com o art. 173 do CTN, o qual, sendo lei complementar, prevalece sobre disposição insculpida em lei ordinária, veiculando mensagem normativa com orientação diversa sobre a mesma espécie jurídica.

12. Não merece prevalecer, ao meu sentir, o argumento tantas vezes suscitado de que a matéria relativa à contribuição previdenciária *teria disciplinamento autônomo relativamente ao CTN*; não há dúvida alguma de que poderia ser editada uma *nova norma legal fixando especificamente outro lapso prescricional para os créditos previdenciários, mas essa norma afluyente deveria ostentar o nível de lei complementar, em amor ao dito princípio posto na Constituição*.

13. Por igual, também não merece acolhida a posição sustentada pelo Professor Roque Antonio Carrazza, segundo a qual o art. 45 da Lei 8.212/91 *é perfeitamente compatível com a Constituição*, porque, segundo esse mestre, a Carta Magna exige lei complementar em matéria tributária *apenas para estabelecer diretrizes e regras gerais* (*Curso de Direito Constitucional Tributário*, 8<sup>a</sup>. ed., Malheiros, 1996, p. 412), daí porque não obstacula a eficácia do referido item normativo da Lei de Custeio da Previdência Social.

14. Penso que a abalizada posição do ilustre tributarista paulista, embora respeitável, *não pode ser aceita sem reservas*, pois a filigraria por ele exposta é evidente e elimina, na prática, a própria garantia do contribuinte, *com lesão magna aos seus interesses e direitos*; de outro lado, ainda que a norma da Lei Previdenciária não fosse inconstitucional, ou seja, se se aceitasse essa argumentação do Professor Carrazza, a tal norma do art.

45 da LCPS seria dissoante do CTN ou, então, ter-se-ia de afirmar *que não existe lei complementar fixando as tais diretrizes e regras gerais sobre prescrição tributária, se se admitir que o CTN não o seja.*

15. Na hipótese sob julgamento, trata-se de preservar uma garantia do contribuinte tributário e, portanto, a exegese das normas deverá ser feita tendo em conta essa finalidade, como já preconizavam o saudoso mestre Geraldo Ataliba (*Hermenêutica e Sistema Constitucional Tributário, in Interpretação no Direito Tributário*, Saraiva, 1975, pp. 13 e segs.) e o sempre citado Ruy Barbosa Nogueira (*Curso de Direito Tributário*, Saraiva, 1989, p. 129).

16. Seria até desnecessário frisar que a exigência de lei complementar, em caso como este, significa, na verdade, *uma limitação constitucional do poder de tributar*, o que é suficiente para fazê-la merecer uma *interpretação política*, como já ensinara Aliomar Baleeiro, abastonado em lições de Dino Jarach e Victor Uckmar (*Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, 5ª. ed., Forense, 1977, p. 8)

17. Não basta, nesse caso, a existência de uma norma legal aparentemente válida (art. 45 da Lei 8.212/91), pois nela se esconde a ofensa a um princípio constitucional e a função dos princípios é precisamente a de *evitar a prática da arbitrariedade e da injustiça, primeiro do legislador e, depois, do ulterior intérprete das leis.*

18. Na hipótese sob exame, vê-se que o legislador comum negligenciou a observância do princípio inserto no art. 146, III, *b*, da Constituição, editando uma lei ordinária (Lei 8.212/91, art. 45) para disciplinar matéria reservada ao trato da lei complementar, *mas o aplicador dessa mesma norma legal, em sede contenciosa, não poderá esquivar-se do reconhecimento de sua inescandível incompatibilidade com as normas maiores e estruturantes do sistema.*

19. Com essas brevíssimas considerações, voto pelo provimento do recurso de agravo interno, revogo a decisão monocrática e mantenho a decisão originária pelos fundamentos jurídicos que aqui sintetizei.

20. É como voto, Presidente.

## AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 38.968-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA  
Agravante: HUMBERTO EUSTÁQUIO SOARES MARTINS  
Agravado: MÁRCIO GUEDES DE SOUZA  
Parte Ré: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO DE AL - OAB/AL  
Advogados: DRS. ALDEMAR DE MIRANDA MOTTA JÚNIOR E OUTROS (AGRTE.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. QUINTO CONS-TITUCIONAL. CARGO DE DESEMBARGA-DOR. SUSTAÇÃO DO ENVIO DE LISTA SÊXTUPLA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS. POSSIBILIDADE. INDEFERIMENTO DA LIMINAR SUBSTITUTIVA MANTIDO.**

*- Insubsistência da irrisignação do agravante quanto à decisão que indeferiu liminar substitutiva em face de decisum de 1ª instância que sustou o envio ao eg. Tribunal de Justiça de Alagoas da lista sêxtupla dos eleitos pela Seccional para submeterem-se à disputa para o cargo de Desembargador pelo quinto constitucional.*

*- A aparente contradição entre o disposto no art. 77 do EOAB e o Provimento nº 80/96, que prevê a unicidade e continuidade da sessão do Conselho Seccional que julga os recursos de suas decisões e escolhe os candidatos que comporão a lista sêxtupla, foi entendida acertadamente no sentido de que o efeito suspensivo dos recursos só se daria após a escolha da lista sêxtupla.*

*- Na espécie e a teor do art. 558 da lei processual civil, não restou demonstrado o*

*risco de lesão, grave e de difícil reparação para o agravante, o qual se descuidou de apresentar razões sobre o prejuízo a que ele estaria sujeito.*

*- Agravo regimental improvido.*

## ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 6 de dezembro de 2001 (data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA -  
Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA:

Cuida-se de agravo regimental intentado por Humberto Eustáquio Soares Martins em face de decisão que, nos autos de agravo de instrumento, indeferiu o pedido de efeito suspensivo requestado pelo agravante, que objetivava o deferimento de liminar substitutiva, a fim de que a lista sêxtupla já composta pudesse ser enviada ao Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, tendo em vista a irrecorribilidade das decisões sobre matéria de fato do Conselho Seccional (Provimento 80/96 do Conselho Federal da OAB), as quais não podem ser sindicadas pelo Conselho Federal da OAB, por lhe faltar competência.

Alega o agravante que a norma do art. 75 do EOAB, invocada pelo impetrante, ora agravado, na verdade afasta a sua pretensão, mercê do fato de que a unanimidade da decisão

do Conselho Seccional afasta a sua recorribilidade, sendo ela uma decisão última e definitiva, sobre matéria de fato. Afirma que não havendo recorribilidade, não há a suspensibilidade alegada, sendo infundada a pretensão deduzida pelo recorrido, devendo ser reformado o *decisum* objurgado.

Sustenta, ainda, que a sessão convocada é uma e contínua. Assevera que na sessão julgam-se os recursos e se escolhem os candidatos que comporão a lista sêxtupla. Afirma que assim é pelo fato de os recursos não terem efeito suspensivo.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA (Relator):

Contra decisão do MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas, sustando o envio ao eg. Tribunal de Justiça daquele Estado da lista sêxtupla dos eleitos pela Seccional para submeterem-se à disputa para o cargo de Desembargador pelo quinto constitucional, Humberto Eustáquio Soares Martins manejou agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo.

O ilustre Des. Fed. Convocado, Paulo Machado Cordeiro, indeferiu o pleito liminar, pois não vislumbrou a presença da relevante fundamentação, como se vê na seguinte passagem:

“Não encontro presentes os requisitos do artigo 558 do CPC, uma vez que a liminar foi concedida, permitindo a escolha da lista sêxtupla pela Seccional de Alagoas da Ordem dos Advogados do Brasil, mas submetendo tal decisão e os recursos dela decorrentes, na mira da impugnação de eventuais candidaturas que tenham sido escolhidas, mas submetidas às impugnações de fato dirigidas ao órgão que tem atribuição legal para a sua apreciação, isto é, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, respeitando,

dessarte, as questões internas da instituição e que devem ser por elas apreciadas, submetidas a posterior controle jurisdicional no âmbito do juízo de legalidade" (fls. 122).

A decisão dever ser mantida.

Num primeiro exame, o ato impugnado - edital convocando os interessados à sessão extraordinária na qual haveria julgamento de recursos e, ato contínuo, a escolha dos nomes para compor a lista sêxtupla, calcado no Provimento 80/96 - mostra-se ofensivo ao Estatuto da Ordem, que prescreve efeito suspensivo aos recursos das decisões da Seccional ao Conselho Federal.

Nesse diapasão, o ato judicial proferido em primeira instância traz entendimento razoável quanto à matéria:

"Há, portanto, aparente contradição entre o disposto no art. 77 do EOAB e o Provimento nº 80/96, legitimado pelo art. 58, XIV, do mesmo Estatuto.

Assim, ou o Estatuto da OAB implicitamente criou mais uma exceção ao efeito suspensivo dos recursos ao Conselho Federal ou, quando muito, o efeito suspensivo só se daria após a escolha da lista sêxtupla, sustando a remessa da referida lista ao Tribunal" (fls. 19).

A teor do art. 558 da Lei Processual Civil, ainda haveria de ser demonstrado, para o fim de se conferir efeito suspensivo ao agravo de instrumento, o risco de lesão grave e de difícil reparação para o agravante. Este, todavia, quando procura articular sobre tal requisito (fls. 13 e 14), tece considerações sobre a inexistência de *periculum in mora* para o agravado e sua existência para a administração da justiça e dos jurisdicionados. Descuida-se, porém, de apresentar razões sobre o prejuízo a que ele, agravante, estaria sujeito. Em consequência, resulta descabido, à mingua de fundamentação suficiente nesse particular, conceder-se a pretensão.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 48.315-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS  
Apelantes: MARIA LAURA NUNES DE ARAÚJO E OUTRAS E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelados: OS MESMOS  
Advogados: DRS. CLEIDE HELENA MARQUES LOUSADA E ROGÉRIO SANTOS CORREIA E OUTROS

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDI-NÁRIA. REVISÃO DE PENSÃO. 50% DOS VENCIMENTOS DOS EX-SERVIDORES. DOZE REFERÊNCIAS DE ACORDO COM A EM 77/85-DASP.**

*- As vantagens da Exposição de Motivos 77/85-DASP são extensivas aos servidores inativos. Precedente desta 3ª Turma (AC nº 34.745-PB, Rel. Juiz Ridalvo Costa, julg. 24.11.94) e do STJ.*

*- Com o advento da Lei do Regime Jurídico Único, fica a cargo da União Federal, através do órgão de origem do servidor, o pagamento das parcelas relativas à pensão estatutária, a partir de janeiro de 1991, consoante estabelecem os arts. 248 e 252 da Lei nº 8.112/90. Precedentes (AC nº 82.978-AL, Terceira Turma, Rel. Juiz Ridalvo Costa, julg. 28.09.95, un. e AC nº 80.866-CE, Segunda Turma, Rel. Juiz José Delgado, julg. 13.06.95, un.).*

*- Apelação do INSS provida, em parte. Apelação das autoras provida.*

### **ACÓRDÃO**

Vistos etc. decide a Terceira Turma do Tribunal Regional

Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento, em parte, à apelação do INSS e dar provimento à apelação das autoras, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 3 de maio de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS -  
Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS:

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por Maria Laura Nunes de Araújo e outros contra o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social e o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, na qual objetivam a revisão de pensão estatutária, na condição de pensionistas de ex-servidores públicos do DNER, pelo que pugnam seja aplicado o percentual de 50% sobre o vencimento real dos seus ex-maridos, como se em atividade estivessem, além da inclusão do reposicionamento em até 12 referências, de que trata a Exposição de Motivos 77/85-DASP.

Apenas a autarquia previdenciária ofereceu contestação (fls. 36/40), sustentando, em síntese, a sua condição de mero órgão repassador dos benefícios, cuja responsabilidade é do órgão de origem do servidor.

O MM. Juiz da 4ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, após entender inaplicável o reposicionamento em 12 referências aos inativos, julgou o pedido procedente, em parte, para determinar que "o INSS proceda à revisão e ao reajuste das pensões das autoras, de modo que venham a corresponder a 50% (cinquenta por cento) do salário-base dos falecidos instituidores, se vivos fossem e em atividade estivessem, observadas todas as reclassificações por que passaram os respectivos cargos, considerado, enfim, o valor que hoje teriam



os seus vencimentos ou proventos, dadas as reclassificações que incidiram sobre o cargo de cada um, conforme ficar apurado na liquidação da sentença”.

Também, condenou o DNER “a adotar todas as providências que se fizerem necessárias, tais como a elaboração de cálculos e a remessa de documentos ao INSS, para a consecução dos objetivos fixados nesta sentença”.

Finalmente, condenou os réus ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 5% (cinco por cento) para cada um sobre o valor da condenação.

Irresignada, recorre a autarquia previdenciária, aduzindo, em suma, que a responsabilidade pela obrigação é inteiramente do órgão de origem.

Também apelam as autoras, quanto à parte que deixou de condenar os réus ao reposicionamento em 12 referências, de acordo com a EM 77/85-DASP.

Com as contra-razões oferecidas pelas autoras, vieram-me os autos conclusos, por distribuição.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS (Relator):

Como se observa, a apelação do INSS limita-se a sustentar que a responsabilidade quanto ao pagamento do benefício, de acordo com o Regime Jurídico Único, é inteiramente do órgão de origem do servidor.

A sentença condenou o INSS a reajustar as pensões das autoras, de modo que venham a corresponder a 50% (cinquenta por cento) do salário-base dos falecidos instituidores, se vivos fossem e em atividade estivessem, observadas todas as reclassificações por que passaram os respectivos cargos, considerado, enfim, o valor que hoje teriam os seus vencimentos ou proventos, dadas as reclassificações que incidiram sobre o cargo de cada um, conforme ficar apurado na liquidação da sentença.

Cotejando as razões do apelo da ré e a parte dispositiva da sentença, conclui-se que o INSS tenta demonstrar que estaria desobrigado da condenação imposta, cabendo o encargo ao órgão de origem, no caso o DNER, que fora condenado "a adotar todas as providências que se fizerem necessárias, tais como a elaboração de cálculos e a remessa de documentos ao INSS, para a consecução dos objetivos fixados nesta sentença" (fls. 73).

Por ilação, também se conclui que não há discussão sobre o direito em si, ou seja, a percepção do benefício.

Têm razão as apelantes, em parte.

A partir da instituição do Regime Jurídico Único, passou-se à União Federal, através do órgão de origem do servidor, a responsabilidade integral pelo pagamento das pensões.

Com efeito, dispõe o art. 248 da Lei nº 8.112/90:

"As pensões estatutárias, concedidas até a vigência desta Lei, passam a ser mantidas pelo órgão ou entidade de origem do servidor".

A propósito, sobre o assunto, esta eg. Terceira Turma já decidiu:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO FEDERAL. INSTITUIÇÃO RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO.

1. *Omissis*

2. A partir de janeiro de 1991, o órgão de origem do servidor responsabiliza-se, financeiramente, pelo pagamento das pensões concedidas aos dependentes dos servidores da União, entendimento dos artigos 248 e 252 da Lei nº 8.112/90.

3. *Omissis*

4. Nesse caso, há de se observar que as parcelas devidas no período que vai da promulgação da Constituição até a edição da Lei do Regime Jurídico Único ficam a cargo da Previdência Social e a partir deste Estatuto passam a ser incumbência da União Federal.

5. Apelação e remessa, tida como interposta, improvidas". (AC nº 84.007-PE, Rel. Juiz Nereu Santos, julg. 20.02.97, unân.).

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESTATUTÁRIA. INTEGRALIDADE. PAGAMENTO. RESPONSABILIDADE. ART. 248 DA LEI 8.112/90.

- A partir da vigência da Constituição Federal de 1988, a pensão devida aos dependentes do servidor público passou a ser integral - art. 40, parágrafo quinto, sendo transferido à União Federal, através do órgão de origem ou entidade de origem do servidor falecido, o encargo do pagamento das pensões estatutárias.

- Responsabilidade do INSS limitada até a edição da Lei 8.112/90. Responsabilidade da União Federal a partir da vigência do mencionado estatuto legal".

(AC nº 126.815-PE, Rel. Juiz Rivalvo Costa, julg. 21.05.98, unân.).

Assim, configurada a responsabilidade do DNER somente a partir de janeiro de 1991.

No que tange ao apelo das autoras, entendo que o mesmo procede.

Com efeito, esta eg. Terceira Turma já decidiu a matéria, como se verifica da ementa do julgado a seguir transcrita:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROVENTOS. REPOSICIONAMENTO EM ATÉ 12 (DOZE) REFERÊNCIAS.

- Aposentado que não foi admitido no processo de progressão.

- Precedente do STJ no sentido de que as vantagens da EM 77/DASP são extensivas aos servidores inativos.

- Pedido procedente. Concessão do número de referências a que fizera jus, de modo a não ultrapassar o teto de 12 referências nem a transpor a categoria funcional a que pertença. Pagamento das diferenças que forem apuradas.

.....  
- Apelação provida em parte".

(AC nº 34.745-PB, Rel. Juiz Rivalvo Costa, julg. 24.11.94).

No bem lançado voto, o em. Relator justificou o deferimento do pedido formulado pelos autores, uma vez que "O Ministério da Fazenda, o Ministério da Educação e o Ministério dos Transportes estenderam a vantagem de que se cuida aos seus servidores inativos", bem como "o Tribunal de Contas da União também se pronunciara favoravelmente à concessão", além de citar decisão proferida pelo eg. STJ no MS 182-DF, no sentido favorável à tese autoral.

Tenho em mira, ainda, decisão recentíssima do colendo STJ, no mesmo sentido, *verbis*:

"RESP - CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - CONHECIMENTO - SÚMULA 13 - STJ - SERVIDOR PÚBLICO MILITAR - VENCIMENTOS - REPOSICIONAMENTO DAS 12 (DOZE) REFERÊNCIAS - EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA Nº 59/84 E DO DASP Nº 77/85 - EFEITO FINANCEIRO - PRECEDENTES.

1 - *Omissis*

2 - Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, em havendo atualização de vencimentos e pensões, com base no reposicionamento em até 12 referências aos servidores ativos, impõe-se a sua extensão aos inativos, a fim de garantir o disposto no art. 40, § 4º, da CF/88, c/c art. 20 do ADCT'. (MS nº 2.670, Terceira Seção, DJ de 18.10.99).

3 - *Omissis*

4 - Recurso especial não conhecido".

(5ª Turma, REsp nº 203.234/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, julg. 22.02.2000, unân.).

Com estas considerações, dou provimento, em parte, à apelação do INSS, e dou provimento à apelação das autoras, para condenar a autarquia previdenciária a pagar o requerido na petição inicial, bem como o DNER, este a partir de janeiro/1991, com acréscimo de juros de mora, desde a citação.

É como voto.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 104.464-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS  
Apelantes: MUNICÍPIO DE GARANHUNS E FAZENDA NACIONAL  
Apelados: OS MESMOS  
Advogados: DRS. FERNANDO DE CASTRO E OUTROS

**EMENTA: TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO ORDINÁRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS (IOF). INCIDÊNCIA SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMUNIDADE RECÍPROCA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO.**

*- Em face do princípio da imunidade recíproca, estatuído no art. 150, VI, a, da CF, não incide IOF sobre operações financeiras realizadas por Município.*

*- Precedentes (1ª Turma do TRF-5ª Região, AC nº 128.754-PE, Rel. Juiz Castro Meira, julg. 09.12.99, unân.; 2ª Turma do TRF-5ª Região, AC nº 114.726-PE, Rel. Juiz Lázaro Guimarães, julg. 23.10.97, unân. e 1ª Turma, RE nº 213.059-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 05.12.97, unân.).*

*- Apelações e remessa improvidas.*

### ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 8 de maio de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS -  
Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS:

Cuida-se de ação ordinária ajuizada pelo Município de Garanhuns contra a União Federal, visando à devolução de valores pagos a título de Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) incidente na transmissão ou resgate de títulos e valores mobiliários, nos termos da Lei nº 8.033/90 e Instrução Normativa nº 62/90, que teriam sido indevidamente recolhidos.

Alega o autor, em síntese, que fora violada a imunidade tributária recíproca que detém por força de preceito constitucional.

A ré apresentou contestação, sustentando que não houve tributação sobre a renda do Município, mas sim sobre operações de natureza financeira (fls. 11/14).

Réplica (fls. 16/19).

O MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, hoje com assento nesta eg. Terceira Turma, julgou procedente o pedido para condenar "a ré a restituir o valor indevidamente recolhido pela instituição financeira aos cofres públicos, de acordo com os documentos apresentados às fls. 07".

Em face de interposição de embargos de declaração pelo autor, condenou a ré ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

Inconformada, apela a Fazenda Nacional, reprisando a tese esboçada na contestação (fls. 44/46).

Também recorre o Município de Garanhuns para pleitear a majoração da verba honorária.

Com as contra-razões, vieram-me os autos conclusos por distribuição.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS (Relator):

Como se vê, a questão diz respeito à possibilidade ou não de incidência do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) sobre operações financeiras realizadas por Município, cobrado nos termos da Lei nº 8.033, de 12.04.90, *in verbis*:

“Art. 1º. São instituídas as seguintes incidências do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro sobre Operações Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários:

I - transmissão ou resgate de títulos e valores mobiliários, públicos e privados, inclusive de aplicações de curto prazo, tais como letras de câmbio, depósitos a prazo com ou sem emissão de certificado, letras imobiliárias, debêntures e cédulas hipotecárias”.

Na presente ação, visa o Município autor a ser restituído dos valores que despendeu a título de IOF, por entender que houve violação à sua imunidade tributária.

A Constituição Federal estabelece:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros”.

A sentença, apreciando a questão, deixou claro que a expressão renda pode ser conceituada como “rendimento, produto, remuneração”, motivo pelo qual a renda do Município não poderia ser tributada em face da violação ao preceptivo

legal suso invocado.

A eg. Primeira Turma deste TRF já analisou o tema, assim decidindo:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. IOF. PREFEITURA MUNICIPAL. ART. 150, VI, A, DA CF. LEI 8.033/90 E IN Nº 62/90.

- A imunidade recíproca das pessoas jurídicas de direito público contempla os impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros, inclusive o Imposto sobre Operações Financeiras.

- À ausência de norma vedando as operações financeiras da espécie, é de reconhecer-se estarem elas protegidas pela imunidade do dispositivo constitucional indicado, posto tratar-se, no caso, de rendas produzidas por bens patrimoniais do ente público. Recurso não conhecido (STF-RE 213059/SP).

- Apelação provida”.

(AC nº 128.754-PE, Rel. Juiz Castro Meira, julg. 09.12.99, unân.).

Também a eg. Segunda Turma perfilou o mesmo entendimento, conforme se pode verificar na ementa de julgado adiante transcrita:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPETIÇÃO MOVIDA POR MUNICÍPIO PARA REAVER PARCELAS RETIDAS A TÍTULO DE PAGAMENTO DE IOF.

- Imunidade recíproca que alcança o resultado das operações da Prefeitura Municipal com recursos próprios (art. 150, VI, a, da Constituição Federal).

- Honorários cujo percentual incide sobre o valor da condenação e não sobre o valor da causa.

- Provimento do recurso do autor e improvimento da apelação da União Federal e da remessa oficial”.

(AC nº 114.726-PE, Rel. Juiz Lázaro Guimarães,



judg. 23.10.97, unân.).

O colendo Supremo Tribunal Federal, sobre o assunto, assim se pronunciou:

“TRIBUTÁRIO. IOF. APLICAÇÃO DE RECURSOS DA PREFEITURA MUNICIPAL NO MERCADO FINANCEIRO. IMUNIDADE DO ART. 150, VI, A, DA CONSTITUIÇÃO.

- À ausência de norma vedando as operações financeiras da espécie, é de reconhecer-se estarem elas protegidas pela imunidade do dispositivo constitucional indicado, posto tratar-se, no caso, de rendas produzidas por bens patrimoniais do ente público.

- Recurso não conhecido.

(1ª Turma., RE nº 213.059-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, judg. 05.12.97, unân.).

Quanto à apelação do Município, objetivando a majoração da verba honorária para um percentual de 10% a 20%, entendo que não deve prosperar.

Com efeito, o em. Juiz sentenciante arbitrou em 5% (cinco por cento) os honorários advocatícios, fazendo-o com base no art. 20, § 4º, do CPC, *in verbis*:

“A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

.....  
§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou **for vencida a Fazenda Pública**, e nas execuções, embargadas ou não, **os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior**”. (Grifo atual).

Em seu recurso, pretende o Município apelante fazer crer que os ditames do § 4º obrigam o magistrado a fixar a verba honorária em percentual que varia de 10% a 20%, conforme se

verifica às fls. 40.

Ora, não é bem assim. O que diz o preceptivo legal é que “os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas **das alíneas a, b e c do parágrafo** anterior, e não que tenha de ser observado o *caput* do parágrafo anterior.

E isso tem pleno sentido. Se não fosse assim, não teria qualquer fundamento a existência do § 4º mencionado, uma vez que equivaleria ao § 3º.

Assim, entendo que a fixação pelo Juiz sentenciante atendeu às prescrições legais, motivo pelo qual mantenho a verba honorária na forma do decidido.

Com estas considerações, nego provimento às apelações e à remessa oficial.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 161.775-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE (CONVOCADO)  
Apelante: FAZENDA NACIONAL  
Apelada: MARIA JOSÉ NOGUEIRA CAMPOS ALMEIDA  
Advogado: DR. ROBERTO DE PAULA LIMA (APDA.)

**EMENTA: APELAÇÃO. IR. DOAÇÃO ENTRE COMPANHEIROS. ILEGITIMIDADE DA PRE-TENSÃO FISCAL. IMPROVIMENTO.**

*- A doação de veículo por companheiro, em favor de companheira, com quem convive há longo espaço de tempo, cujos rendimentos para a respectiva aquisição foram informados à Administração Tributária, não constitui omissão de rendimentos, capaz de ensejar a cobrança aqui invalidada.*

*- Apelação improvida.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 6 de novembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE –  
Relator Convocado

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE (Convocado):

A União Federal (Fazenda Nacional) interpõe apelação da resp. sentença de fls. 54-60, da lavra do ilustrado titular da 3ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, a qual anulou crédito de imposto de renda constituído em seu favor, argumentando: a) não sendo a apelada dependente de seu companheiro, nos termos do art. 10 da Lei 8.383/91, caber-lhe-ia fazer declaração anual em separado, devendo-se registrar que a declaração referente ao exercício de 1981 não serve para indicar a mencionada relação de dependência, a qual não mais tinha validade para o exercício de 1994, haja vista que a inclusão de dependentes é feita anualmente; b) quanto ao veículo relacionado na declaração de rendimentos do Sr. Hercílio Prado Almeida, que teria sido presenteado à apelada, não há elementos nos autos a indicarem ser aquele objeto da nota fiscal de fls. 10; c) a aquisição do veículo de fls. 10 pela apelada representara, assim, acréscimo patrimonial, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei 7.713/88.

Em suas contra-razões, rebate as alegações da apelante, afirmando a impossibilidade de se reputar acréscimo patrimonial a circunstância de, na qualidade de dona de casa, sem o

exercício de qualquer atividade lucrativa, haver recebido um veículo de seu companheiro, com o qual convive há mais de duas décadas.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE (Relator Convocado):

Gizando a solução que reputara acertada para o litígio, S. Exa., Dr. Carlos Rebêlo Júnior, assinalou:

“Insurge-se a autora contra a autuação que lhe impõe pagamento de imposto de renda, por acréscimo patrimonial a descoberto.

A documentação acostada traz elementos probatórios, *quantum sufficit*, que demonstram que a aquisição do veículo foi efetivada pelo companheiro da demandante, de quem a autora é dependente.

Vejamos a fundamentação legal sobre a qual argumenta a demandada, entre outras:

*‘O lançamento de ofício, além dos casos especificados neste Capítulo, far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza’* (Lei número 8.021/90, art. 6º).

Vê-se que a base do arbitramento é a renda presumida. Parece-me que esta presunção é da modalidade *juris tantum*, inclusive pelo princípio consignado no § 6º do mesmo artigo, em que o arbitramento há de se operar na modalidade que mais favoreça o contribuinte. Como dito acima, a prova carreada demonstra que a autora não dispõe de renda alguma, e que o veículo foi adquirido e pago pelo companheiro da demandante, o qual solicitou

que a nota fiscal fosse emitida em nome da autora, pois que seria um presente para ela. Observa-se que a própria vendedora do veículo declarou isto. Ademais, observa-se que o cheque de pagamento, exatamente, no valor correspondente ao consignado na nota fiscal, foi emitido pelo companheiro da autora. Aduz a suplicada que o nome da autora não consta na declaração daquele ano-base, como dependente do seu companheiro. O fato de não constar, não significa que não o seja. Sobre isto, temos a norma:

*'Na determinação da base de cálculo sujeita à incidência mensal do imposto, poderá ser deduzida do rendimento tributável a quantia equivalente a quarenta UFIR por dependente'* (Lei 8.383/91, art. 10, III).

No trecho a seguir, a norma especifica os que poderão ser considerados como dependentes, e a primeira possibilidade é o cônjuge ou companheiro(a). E esta inclusão deixa claro que deve ser aposta para efeitos de dedução do rendimento tributável.

Autuada a autora, esta é considerada como contribuinte, a partir do que se lhe é cobrado, por *acréscimo patrimonial a descoberto, caracterizando sinais exteriores de riqueza*. A este respeito, temos de transcrever:

*'Considera-se sinal exterior de riqueza a realização de gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte'*.

Ora, a autora trouxe elementos suficientes para demonstrar que ela mesma não fez gasto algum, e que não tem renda alguma, nada mais sendo o veículo do que um presente adquirido pelo seu companheiro.

Isto é verdade, e a própria suplicada informa que a autora não apresentou declaração nos últimos cinco anos.

Devemos mencionar, ainda, que o companheiro da autora introduziu em sua declaração de bens e direitos o veículo adquirido. Se não fez a descrição completa, é uma deficiência formal, mas que não pode engendrar um gasto incompatível de uma outra pessoa.

O artigo 3º da Lei 7.713/88 considera entre os rendimentos brutos, como ganho de capital, a doação. Todavia, há de ser entendida quando esta doação, efetivamente, implique um acréscimo patrimonial, como colocado no texto normativo.

Aqui, esta situação não se submete à previsão normada, uma vez que o companheiro declara como cabeça-de-casal, e o veículo foi colocado em sua declaração de bens e direitos, sem qualquer acréscimo patrimonial para a autora, em particular.

'Doações gratuitas não geram aumento patrimonial do devedor'.

É certo, ainda, que a mera presunção não é fato gerador de imposto de renda.

Aliás, sobre isto temos a decisão administrativa: *'Prevalece o lançamento fundado em acréscimo patrimonial não justificado, quando o contribuinte não logra produzir prova hábil ou idônea de que tais valores têm origem em rendimentos não tributáveis ou somente tributáveis na fonte'*.

Justamente, o caso trazido não gerou qualquer acréscimo patrimonial.

É sabido que na denominação do tributo está inclusa a possibilidade de *proventos de qualquer natureza*, e que nesta se inclui a doação. Todavia, pelo próprio texto da norma, será considerada para efeito tributável quando resultar em um ganho de capital, susceptível de integrar o rendimento bruto. Mais uma vez, insisto, antoja-ma que o caso trazido não se

enquadra na previsão normada.

O carro foi adquirido e pago pelo companheiro, tudo muito bem provado nos autos, e que pediu que a nota fiscal fosse emitida em nome de sua consorte, e, esta, comprovadamente, nenhuma renda própria possui". (Fls. 57/59).

Escorrei o raciocínio seguido pelo Juiz *a quo*. No presente caso, forçoso considerar que não ocorrera a omissão de rendimentos ensejadora da autuação. A nota fiscal de fls. 10, emitida pela DISCAR, demonstra a aquisição, em 07.07.93, de um veículo Parati CL 1.6, pela autora, no valor total de Cr\$ 868.087.000,00. No documento seguinte, há uma cópia de cheque emitido pelo Sr. Hercélio Prado de Almeida, cujo valor fora também o de Cr\$ 868.087.000,00, em favor da DISCAR, o que comprova que a aquisição do veículo fora custeada pelo referido cidadão em prol de sua companheira.

Prosseguindo, constata-se da leitura do documento de fls. 13 que não houve omissão de declaração dos rendimentos inerentes à aquisição do malsinado veículo. Isto porque o Sr. Hercélio Prado de Almeida, na declaração de rendimentos relativa ao exercício de 1994, fez constar a compra de um veículo Parati CL 1.6, alienado pela empresa DISCAR, mostrando, *quantum satis*, a total improcedência da postura assumida pela Administração Tributária. Veja-se, assim, que os rendimentos que deram causa ao suposto acréscimo patrimonial passaram pelo crivo da tributação.

Penso, salvo má-fé, ou culto exacerbado ao formalismo, que irregularidade formal no preenchimento da declaração de rendimentos, no particular, da declaração de bens do contribuinte, não poderia dar margem à ocorrência, no mundo fático, da hipótese de incidência de tributo, qualquer que seja a modalidade deste.

Ademais, a versão contrária à apelante deflui da declaração de fls. 423, firmada pela DISCAR, empresa que vendera o veículo em causa.

Feitas essas considerações, há de se ressaltar o acerto das conclusões a que chegara o Magistrado sentenciante

quando, embora aponte que o art. 3º da Lei 7.713/88 indique a doação como rendimento, para fins de imposto de renda, assenta que tal somente é possível quando, na verdade, venha representar acréscimo patrimonial, o que não ocorreu na espécie.

Com essas considerações, nego provimento à apelação.  
É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 166.866-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE (CONVOCADO)  
Apelante: EDSON LOPES AGRA  
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF  
Advogados: DRS. LUIZ SOARES DE MORAIS E OUTROS (APTE.) E EVERALDO JOSÉ LYRA DE ALMEIDA E OUTROS (APDA.)

***EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SFH. HIPOTECA. EFICÁCIA PERANTE OS ADQUIRENTES DAS UNIDADES FINANCIADAS. PROVIMENTO.***

*- Desincumbindo-se os promitentes compradores do pagamento integral do preço, não poderiam ter as unidades habitacionais que adquiriram penhoradas em execução do financiador contra a construtora, mesmo quando fundada em hipoteca, uma vez não comprovada a insuficiência dos bens do devedor e de seus sócios.*

*II – Apelação provida. Pleito nos embargos de terceiro julgado procedente.*

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do



Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 25 de outubro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE -  
Relator Convocado

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE (Convocado):

Edson Lopes Agra, qualificado nos autos, interpõe recurso de apelação, visando à reforma da sentença de fls. 150-157, a qual julgara improcedentes embargos de terceiro, ajuizados com o propósito de desconstituir penhora incidente sobre bem de sua propriedade, constricto na Ação de Execução Hipotecária, Proc. 95.2604 - 0, promovida pela Caixa Econômica Federal contra a SERMAP - Engenharia e Construção Ltda., articulando: a) nulidade da sentença, por padecer de motivação insuficiente, já que não analisada a argüição de culpa da CEF na execução defeituosa de negócio firmado com a SERMAP, nem sobre a circunstância de pagamento efetuado diretamente perante esta; b) a existência de cerceamento de defesa no indeferimento da requisição de documentos, constantes dos arquivos da CEF, e inquirição de testemunhas, através dos quais pretendia demonstrar negligência daquela em liberar vultosas quantias à SERMAP; c) a sentença violara o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, juntamente com os arts. 6º, III, IV, VIII e X, e 47 do Código de Defesa do Consumidor, uma vez haver, na integralidade, solvido o valor da unidade que pretendia adquirir da empresa para tanto credenciada pela CEF, qual seja, a SERMAP, não podendo, na qualidade de promitente-comprador, responder pela execução proposta pelo agente financeiro contra a construtora, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça; d) ao ter efetuado o pagamento integral do preço de unidade habitacional do Edifício Victor Hugo à

SERMAP, empresa credenciada pela CEF para a execução de tal empreendimento, o recorrente nada deve a esta e, por esta razão, os embargos de terceiro deveriam ser julgados procedentes.

Em suas contra-razões, a CEF, demais de refutar as alegações de nulidade da sentença, argumenta: a) não haver firmado com a SERMAP parceria para a edificação do Condomínio Victor Hugo; b) o apelante, na verdade, firmou compromisso de compra e venda com relação a bens gravados de hipoteca, conforme ônus constante do 1º Ofício Imobiliário de Maceió, de modo que a sua penhora decorreria do direito de seqüela de que é titular na qualidade de credor hipotecário; c) o fato do imóvel hipotecado haver sido alienado a terceiros, no caso o apelante, não impede a sua penhora, principalmente quando se tem que tal negócio se materializara mediante promessa de compra e venda não registrada.

Eis o que tenho para relatar.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE (Relator Convocado):

No presente caso, não se questiona se o promitente comprador, mesmo sem o respectivo contrato registrado, poderá utilizar-se da via dos embargos de terceiro.

Ao denegar a pretensão, considerou-se que, à época da aquisição da unidade habitacional pelo apelante, aquela se encontrava hipotecada em benefício da apelada, CEF, cujo direito real de garantia se encontrava averbado no registro imobiliário.

Persistindo, assim, hipoteca em favor da CEF, não poderia subsistir o querer do apelante, o qual contratara, unicamente, com a empresa construtora. Seria o mesmo que fazer derruir o próprio instituto da hipoteca, posição que entendo ostentar forte razoabilidade.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, em situações similares, tem sufragado entendimento diverso. Para tanto, invoco, nesse sentido, os seguintes julgados:

“SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. CASA PRÓPRIA. EXECUÇÃO. HIPOTECA EM FAVOR DO FINANCIADOR DA CONSTRUTORA. TERCEIRO PROMISSÁRIO COMPRADOR. EMBARGOS DE TERCEIRO.

- Procedem os embargos de terceiro opostos pelos promissários compradores de unidade residencial de edifício financiado contra a penhora efetivada no processo de execução hipotecária promovida pela instituição de crédito imobiliário que financiou a construtora.

- O direito de crédito de quem financiou a construção das unidades destinadas à venda pode ser exercido amplamente contra a devedora, mas contra os terceiros adquirentes fica limitado a receber deles o pagamento das suas prestações, pois os adquirentes da casa própria não assumem a responsabilidade de pagar duas dívidas, a própria, pelo valor real do imóvel, e a da construtora do prédio.

- Recurso conhecido e provido”.

(REsp nº 187.940-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

“SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. HIPOTECA. EFICÁCIA RELATIVAMENTE AO TERCEIRO ADQUIRENTE.

- Tendo o promissório comprador pago integralmente o preço do imóvel, não viola o ordenamento jurídico a decisão que condiciona a sua responsabilidade à prévia execução da construtora e seus fiadores. Precedentes.

- Recurso não conhecido”.

(REsp nº 205.607 - SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, decisão unânime da 4ª Turma em 11 de maio de 1999, DJ 01.07.99).

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO.  
CASA PRÓPRIA. HIPOTECA. EFEITO SOBRE  
O MUTUÁRIO. BEM DE FAMÍLIA. EMBARGOS  
DE TERCEIRO.

- A Lei nº 8.009/90 impede a execução de imóvel adquirido pelo mutuário, no SFH, destinado à moradia da família, estando o bem imune à hipoteca instituída pela construtora em favor do financiador.

- Recurso conhecido e provido”.

(REsp nº 171.421 - SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, decisão, por maioria, da 4ª Turma, em 06.10.98, DJ 29.03.99).

Esclarecedora passagem do voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar no RESP 171.421 - SP:

“6. A hipoteca que a financiadora construtora instituiu sobre o imóvel garantia a dívida dela enquanto o bem permanecesse na propriedade da devedora: havendo transferência, por escritura pública de compra e venda ou de promessa de compra e venda, o crédito da sociedade de crédito imobiliário passou a incidir sobre *os direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado* (art. 22 da Lei nº 4.864/65), sendo ineficaz em relação ao terceiro adquirente a garantia hipotecária instituída pela construtora em favor do agente imobiliário que financiou o projeto. Assim foi estruturado o sistema e assim deve ser aplicado, especialmente para respeitar os interesses do terceiro adquirente de boa-fé, que cumpriu com todos os seus compromissos e não pode perder o bem, que lisamente comprou e pagou, em favor da instituição que, tendo financiado o projeto de construção, foi negligente na defesa do seu crédito perante a sua devedora, deixando de usar dos instrumentos próprios e adequados previstos na legislação específica desse negócio. As regras gerais sobre a hipoteca não se

aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do sistema financeiro da habitação, porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não respondem pela eventual inadimplência da construtora. O mecanismo de defesa do financiador será o recebimento do que for devido pelo adquirente final, mas não a excussão da hipoteca, que não está permitida pelo sistema.

7. Ainda que não houvesse regra específica traçando esse modelo, não poderia ser diferente a solução. O princípio da boa-fé objetiva impõe ao financiador de edificação de unidades destinadas à venda aprecatar-se para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. O que se não lhe permite é comodamente negligenciar na defesa dos seus interesses, sabendo que os imóveis estão sendo negociados e pagos por terceiros, sem tomar nenhuma medida capaz de satisfazer os seus interesses, para que tais pagamentos lhe sejam feitos. O fato de constar do registro a hipoteca da unidade edificada em favor do agente financiador da construtora não tem o efeito que se lhe procura atribuir, para atingir também o terceiro adquirente, pois que ninguém que tenha adquirido imóvel neste país pelo SFH assumiu a responsabilidade de pagar a sua dívida e mais a dívida da construtora perante o seu financiador. Isso seria contra a natureza da coisa, lançando os milhares de adquirentes de imóveis, cujos projetos foram financiados pelo sistema, em situação absolutamente desfavorável, situação essa que a própria lei tratou claramente de eliminar. Além disso, consagraria abuso de

direito em favor do financiador que deixa de lado os mecanismos que a lei lhe alcançou, para instituir sobre o imóvel – que possivelmente nem existia ao tempo do seu contrato, e que estava destinado a ser transferido a terceiro – uma garantia hipotecária pela dívida da sua devedora, mas que produziria necessariamente efeitos sobre o terceiro”.

Analisando as provas dos autos, vislumbro que o apelante satisfaz os requisitos para se enquadrar na orientação do eg. Superior Tribunal de Justiça. Senão vejamos.

O apelante, como mostram os documentos que acompanham a inicial, firmou com a SERMAP contrato de compromisso de compra e venda, cujo pagamento do preço não fora objeto de questionamentos da apelada, presumindo-se, portanto, como verídico.

Em segundo lugar, o contrato firmado entre a CEF e a SERMAP, demais de prever que o mútuo se destinava à edificação do Condomínio Victor Hugo, a sua cláusula décima segunda, parágrafo primeiro, dispôs:

“A devedora apresentará mensalmente à CEF relação com indicação das notas promissórias ou outros títulos de crédito recebidos, mencionando os nomes dos adquirentes, datas de vencimento, valores de títulos pagos e indicação dos respectivos depósitos na CEF, em sua conta corrente, especialmente aberta para essa finalidade, relação acompanhada dos comprovantes dos referidos depósitos, que deverão apresentar o total recebido” (fls. 67).

Assim, a execução, antes de investir contra o embargante, deveria buscar a sua realização perante os bens da construtora e de seus sócios. É que a cláusula citada demonstra que a CEF assumira o encargo de fiscalizar as alienações das unidades do edifício Victor Hugo pela SERMAP.

Com essas considerações, dou provimento à apelação, a fim de julgar procedente o pedido formulado nos embargos de terceiro. Invertida a sucumbência.

É como voto.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 180.493-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
Apelante: MUNICÍPIO DE NATAL- RN  
Apelada: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
Advogados: DRS. HERIBERTO ESCOLÁSTICO BEZERRA JÚNIOR E OUTROS (APTE.) E ERIKA PAIVA DUARTE E OUTROS (APDA.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. BENS PÚBLICOS. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DOAÇÃO DE TERRENO DO MUNICÍPIO A UNIVERSIDADE PÚBLICA FEDERAL. LOGRADOURO DE USO PÚBLICO. REALIZAÇÃO DE OBRAS PELA PREFEITURA. INOCORRÊNCIA DE ESBULHO. APELAÇÃO PROVIDA.**

*- O imóvel em litígio nunca foi utilizado para fins especificamente acadêmicos justificativos da doação, ao contrário, continuou a ser utilizado pelo povo, não figurando qualquer indício de que a instituição acadêmica tenha efetivamente a posse do imóvel.*

*- O terreno continuou utilizado para o povo e pelo povo, permanecendo sempre a municipalidade como detentora da posse, não restando comprovada a posse da instituição de ensino.*

*- Mesmo tendo sido feita a transcrição do imóvel doado no cartório imobiliário competente, não existe validade na liberalidade, tendo em vista que a Lei 282/54 nunca esteve em vigência, inexistindo para o mundo jurídico, por não ter sido publicada.*

*- Não se constituiu de modo algum esbulho sobre uma área - mesmo no que se refere às*

*melhorias realizadas pela Prefeitura local -, em face de sua destinação, já antes de 1960, que continua afetada ao uso comum do povo da edilidade de Natal, e, assim, um bem consagrado daquela municipalidade e que jamais sofreu o processo de desconsagração ou desafetação.*  
*- Apelação e remessa oficial providas.*

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade de votos, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 10 de abril de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
- Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de apelação da sentença de fls. 164 a 171, da lavra do MM. Juiz monocrático, Dr. Walter Nunes da Silva Júnior, da 2ª Vara da Justiça Federal do Estado do Rio Grande do Norte, que julgou procedente o pedido da ação de reintegração de posse cominada com pedido de liminar em favor da UFRN - Universidade Federal do Rio Grande do Norte e contra o Município de Natal - RN.

Em suas razões de apelo, o Município de Natal - RN pleiteia a reforma da decisão *a quo* sob os seguintes argumentos: a) a UFRN não comprovou a posse do imóvel em



litígio, não cumprindo os requisitos preconizados pelo artigo 927 do CPC; b) a posse do imóvel sempre foi do Município de Natal–RN; c) ocorreu ausência de perfectibilização do ato administrativo, uma vez que a Lei Municipal nº 282/54 não foi publicada; d) o referido imóvel nunca foi desafeto do patrimônio público municipal.

Contra-razões.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Trata-se de apelação do Município de Natal – RN contra *decisum* que concedeu à UFRN – Universidade Federal do Rio Grande do Norte a reintegração de posse, buscando o cancelamento da liminar anteriormente concedida, referente ao imóvel doado pelo Município de Natal - RN à Universidade Federal do Rio Grande do Norte, localizado na Praça Professor João Tibúrcio, Cidade Alta, Natal/RN, através da Lei nº 282/54.

*In casu*, o imóvel em questão foi doado pelo Município de Natal à Universidade Federal do Rio Grande do Norte, com o objetivo de nele ser construída a “Praça do Estudante”. A doação foi autorizada pela Lei 282/54, sendo efetivada pela transcrição no competente registro imobiliário.

O primeiro ponto que deve ser analisado é se, verdadeiramente, tem ou não a Universidade Federal do Rio Grande do Norte a posse do imóvel denominado como “Praça do Estudante”, e, em torno da questão, faz-se necessário tecer algumas considerações, primeiramente no tocante à própria ação de reintegração de posse.

Nas lições do ilustre Washington de Barros Monteiro, em *Curso de Direito Civil - Direito das coisas*, acerca da reintegração de posse, diz:

“É o processo judicial que tem por escopo a recuperação da posse perdida ou esbulhada.

Seus pressupostos acham-se enumerados no artigo 927 do Código de Processo Civil: a) a posse do autor; b) o esbulho praticado pelo réu; c) a data do esbulho; d) a perda da posse”.

Antonio Carlos Marcato, em *Procedimentos Especiais*, retrata:

“A reintegração visa a restabelecer a posse do autor, ofendida pelo esbulhador, mediante a saída deste e a reintegração daquele. Na reintegração busca-se restabelecer o estado anterior desfeito pela ofensa, ou seja, restabelecer o direito do legítimo possuidor sobre a coisa possuída. Incumbe ao autor provar a sua posse, o esbulho praticado pelo réu”.

E é neste momento que me reporto, inclusive, a apontar um lapso conclusivo cometido no momento em que decidi o agravo de instrumento impetrado pelo Município de Natal. É que, nos termos da fundamentação por mim adotada de quando do julgamento do referido agravo, ao invés de dar-lhe provimento, concluí por negar-lhe provimento.

E me reportando às considerações que fiz quando da análise do referido recurso, trago para este pronunciamento o cerne da questão *sub judice*. Naquela oportunidade, assim me posicionei:

“No caso presente, a Universidade Federal do Rio Grande do Norte, ora agravada, ajuizou ação de reintegração de posse, com pedido liminar, objetivando proteger a posse que diz ter em relação à área denominada “Praça do Estudante”, imóvel que afirma ter passado para posse e domínio seus por força da doação efetuada pela própria Prefeitura Municipal de Natal, em dezembro de 1960. Instrui o presente agravo o documento de fls. 35, que é cópia da Lei Municipal 282, de 12.07.60, e, por força da qual, foi doado à Faculdade de Farmácia e Odontologia de Natal um terreno pertencente ao patrimônio Municipal, situado na Praça

Professor João Tibúrcio daquela capital, terreno este que, de acordo com o parágrafo único do art. 1º da referida lei, correspondeu a toda a área da referida praça e acha-se encravado entre a Rua Vigário Bartolomeu e o prédio onde antes funcionavam a aludida Faculdade e o Colégio Estadual do Rio Grande do Norte. Pelo mapa, cuja cópia também instrui estes autos, à fls. 34, verifica-se que tal área de terra se encontra encravada em pleno centro da cidade, nas circunvizinhanças da Av. Junqueira Aires, Rua Vigário Bartolomeu, Rua Ulisses Caldas e Rua Cel. Felinto Elizio, voltada para a Secretaria de Finanças do Município, o SESC, um terreno do Banco do Brasil e algumas casas de comércio, tendo ainda por vizinhança o camelódromo. Verifica-se, ainda, que, de quando da referida doação, aquela área de terra se constituía em logradouro municipal, mais especificamente a Praça Professor João Tibúrcio, e que, doada que foi à Faculdade de Odontologia que antes ocupava o prédio onde atualmente funciona a Secretaria de Finanças do Município, continuou como logradouro público, sob a denominação, conforme se lê em tal planta, de "Praça do Estudante". Claro que, passando a integrar tal área propriedade de uma autarquia federal, continuou a mesma a integrar o domínio público, e, sobre este item, é de importância saber-se que destinação recebeu junto à autarquia ora agravada, de modo a identificar-se sua classificação nos termos do art. 66 do CC, ou seja: se bem afetado ou dominical. De logo se vê que, mesmo incorporada tal área de terra à propriedade da UFRN, isto em 30.12.60, até a presente data, conforme se vê do afirmado na peça inicial da referida ação de reintegração de posse, fls. 18 destes autos, vem referida área

sendo utilizada pelo povo da cidade de Natal, até a data presente, na sua característica, pois, de logradouro público. Verifica-se, ainda, que tal área de terra, embora doada à UFRN, não se encontra encravada no *Campus* Universitário, e sim distante, inclusive, como acima se viu, de qualquer unidade de ensino daquela Universidade. A importância de tais observações decorre do fato de que, mesmo que incrustada no *Campus* Universitário, dada a sua natureza de área pública, não se confunde com as chamadas áreas internas dos condomínios privados, no momento em que tal área era e, no caso específico, continuou destinada ao uso comum do povo, inegavelmente, tal doação não teve o condão de retirar tal área do domínio público da municipalidade, na sua condição de logradouro público. Assim ocorrendo, força concluir-se que o beneficiamento da referida área por parte da Edilidade de Natal não se constitui de modo algum em esbulho sobre uma área que continua, em face de sua destinação, já antes de 1960, afetada ao uso comum do povo daquela municipalidade, e, assim, um bem consagrado daquela municipalidade e que jamais sofreu o processo de desconsagração ou desafetação, de modo, inclusive, a dele afirmar-se que teve retirada a sua destinação de uso comum do povo”.

Conforme acima se lê, a importância de tais observações decorre do fato de que, mesmo que incrustada no *Campus* universitário, que, dada a sua natureza de área pública, não se confunde com as chamadas áreas internas dos condomínios privados, no momento em que tal área era e, no caso específico, continuou destinada ao uso comum do povo, inegavelmente, tal doação não teve o condão de retirar tal área do domínio público da municipalidade, na sua condição de logradouro público.

Desde a época da doação, o imóvel não foi utilizado para fins especificamente acadêmicos justificativos da doação, ao contrário, continuou a ser utilizado pelo povo, não figurando qualquer indício de que a instituição acadêmica tenha efetivamente a posse do imóvel. O terreno sempre continuou utilizado para o povo e pelo povo, permanecendo sempre a municipalidade como detentora da posse, inexistindo, pois, esbulho sobre uma área que continua afetada ao uso comum do povo daquela municipalidade.

Em referência à doação, Sílvio Rodrigues, em *Direito Civil - Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, define como sendo "O contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens e vantagens para o de outra, que os aceita. A doação é, em regra, contrato solene, pois depende de forma prescrita em lei".

Sobre a necessidade da publicação de uma lei para que esta possa passar a vigor, José de Oliveira Ascensão, em *O Direito - Introdução e Teoria Geral - Uma perspectiva luso-brasileira*:

"Lei é um texto ou fórmula significativa de uma ou mais regras jurídicas emanado, com observância das formas eventualmente estabelecidas, de uma autoridade competente para pautar critérios normativos de solução de casos concretos.

Pressupostos da lei:

- 1) uma autoridade competente para estabelecer critérios normativos de solução de casos concretos;
- 2) a observância das formas eventualmente estabelecidas para essa atividade;
- 3) o sentido de alterar a ordem jurídica da comunidade pela introdução de um ponto genérico. A publicação é um ato que normalmente é indispensável para conferir à lei a obrigatoriedade e que, porque ligado à 'revelação'. Destina-se esta a tornar possível o conhecimento por todos. A lei não nasce para ser mantida secreta, ao contrário do que

aconteceu em épocas históricas recuadas, em que se acentuava o caráter esotérico do Direito. Para que todos possam pautar por ela a sua conduta, são mesmo organizados processos com a função específica de tornar possível o conhecimento geral. É necessária uma observância quanto aos critérios necessários para elaboração das leis, dentre estes a necessária publicação. 'Com essa base, a vida jurídica processa-se daí por diante como se a lei fosse efetivamente conhecida por cada um - quando na realidade nem o mais erudito dos cidadãos pode conhecer todas as leis. Por isso, a ignorância da lei é juridicamente irrelevante'. (Art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro e art. 6º do Código Civil Português). Com a publicação a lei fica em condições de produzir efeitos; passa a ser um elemento vinculante dentro da ordem jurídica".

Uma lei, para adquirir sua plena validade, precisa acompanhar todas as etapas legalmente fixadas constitucionalmente. *In casu*, a Lei 282/54, que autorizou a doação do imóvel em questão, não foi publicada oficialmente, estando, portanto, desconhecida do mundo jurídico, sem a vinculação necessária para produzir efeitos e, portanto, sem força para que a doação seja considerada válida. A finalidade de uma lei ser publicada é exatamente resguardar os interesses da Nação. Como pode uma lei ser criada e ser válida sem que tenha havido a necessária publicidade?

Por um lado, tem-se a doação, que obedeceu ao princípio da publicidade, uma vez que foi registrada em cartório competente, e, por outro, tem-se a doação autorizada por uma lei que não teve em qualquer momento vigência.

Obviamente que, mesmo tendo sido feita com a transcrição do imóvel, não existe validade na liberalidade, uma vez que a lei nunca teve validade, nunca existiu para o mundo jurídico. Se assim fosse, seria muito perigoso um Estado, em sua acepção mais ampla, viver com leis secretas, que obviamente não viriam para resguardar o interesse da sociedade e sim

interesses individuais isolados. É nesse sentido que Hely Lopes Meirelles, em *Direito Administrativo Brasileiro*, diz:

“Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí porque as leis, atos e contratos administrativos que produzem conseqüências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros. A publicidade não é elemento do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Em princípio, todo ato administrativo deve ser publicado, porque pública é a administração que o realiza. Além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral”.

Pinto Ferreira, em *Curso de Direito Constitucional*, retrata:

“A publicação é o ato pelo qual se procede à divulgação da lei. A força obrigatória da lei começa com a publicação”.

Ante o exposto, tendo em vista que o imóvel nunca deixou de pertencer à municipalidade, sem que em nenhum momento ficasse caracterizada a posse da apelada e, conseqüentemente, o esbulho apontado, e, ainda, pela necessidade da lei ser publicada a fim de entrar em plena vigência, o que, *in casu*, não ocorreu, dou provimento à apelação e à remessa oficial, concedendo ao Município de Natal o direito sobre o terreno denominado “Praça do Estudante”.

É o meu voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 185.536-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE (CONVOCADO)  
Apelante: FAZENDA NACIONAL  
Apelada: CASA DAS COLCHAS LTDA.  
Advogado: DR. LAÉRCIO FERREIRA BATISTA (APDA.)

**EMENTA: APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. LANÇAMENTO TRIBUTADO A EQUÍVOCO DO CONTRIBU-INTE. RETIFICAÇÃO APÓS O LANÇAMEN-TO. POSSIBILIDADE. IMPROVIMENTO.**

*- A preclusão estatuída pelo art. 147, § 1º, do CTN, demais de circunscrita ao âmbito administrativo, somente incide quando a retificação provier de pleito do contribuinte, não impedindo que este, em juízo, demonstre a ocorrência de erro de fato, bem como também não obsta - antes impõe - que a autoridade incumbida da revisão do lançamento, no decurso de sua verificação, proceda de ofício à sua correção.*

*- Comprovado que o débito cobrado executivamente emanara de erro na declaração, descabe a sua cobrança, ainda que a retificação tenha vindo a lume após a notificação do contribuinte, porquanto o art. 147, § 1º, do CTN, não pode servir de base a que a Fazenda Pública, vinculada aos princípios da moralidade e da legalidade, locuplete-se do contribuinte sem causa jurídica.*

*- Apelação e remessa oficial improvidas.*

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram



como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 25 de outubro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE -  
Relator Convocado

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE (Convocado):

A União Federal, representada judicialmente pela Fazenda Nacional, interpõe apelação contra a veneranda sentença de fls. 51-53, da lavra da ilustrada Juíza de Direito da Comarca de Tobias Barreto (SE), a qual julgara procedentes embargos à execução fiscal, Proc. 635/97, anulando o débito nesta exigido, argumentando, em síntese, que a cobrança do débito decorrera de erro da apelada, por ocasião do preenchimento de declaração de renda do exercício financeiro 1994, ano-base 1993, não podendo se responsabilizar pelos equívocos cometidos pelo contribuinte.

Em suas contra razões, a apelada insiste na manutenção da sentença, aduzindo que, em nenhum momento, a apelante apontara qualquer ilegalidade ou irregularidade na sentença.

Eis o relatório.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE (Relator Convocado):

Em sua argumentação, sustém a recorrente, apenas e tão-só, que não possui a apelada razão, haja vista que tudo decorrera de erro cometido por esta, ao realizar o preen-

chimento de sua declaração, a qual deveria ser corrigida no prazo próprio. Desse modo, somente tendo sido apresentado pleito nesse sentido quando o débito já se encontrava inscrito, não poderiam as autoridades da Receita Federal proceder a qualquer alteração.

A circunstância de que teria a apelada cometido erro em sua declaração, demais de admitida pela apelante tanto ao impugnar os embargos (vide fls. 31) quanto ao recorrer (fls. 58), encontra-se demonstrada, como consta da sentença apelada, pela prova testemunhal colhida às fls. 48-49.

Penso que a espécie evoca possível debate em torno da interpretação do art. 147, § 1º, do CTN, o qual é expresso em dítar:

“Art. 147 .....  
§ 1º. A retificação da declaração por iniciativa do próprio declarante, quando vise a reduzir ou a excluir tributo, só é admissível mediante comprovação do erro em que se funde, e antes de notificado o lançamento”.

De há muito, na província exegética da lei geral tributária, sempre foi alvo de minhas preocupações a busca do verdadeiro sentido do dispositivo transcrito. Não se admitir a retificação de dados não verazes, só pela circunstância do contribuinte atuar posteriormente à notificação, poderá implicar em injustiças, com o reconhecimento de obrigações de pagar tributo quando não implementado o fato gerador, ou que a ocorrência deste se dê numa dimensão maior do que a real.

Penso que o dispositivo não institui uma preclusão definitiva, em detrimento do contribuinte que deseje provar fato verídico, mas declarado de maneira incorreta, até porque os julgamentos, no âmbito interno da Administração, não possuem força conclusiva, haja vista a adoção, entre nós, do sistema de jurisdição única (art. 5º, XXXV, CF).

Da mesma forma, a Administração não está exonerada, por força do referido dispositivo, em proceder à retificação, desde que ciente do equívoco, porquanto o exercício de sua atividade é estritamente vinculado.

O preceptivo, a meu sentir, caberá ser interpretado com

restrições, de sorte a apenas impedir que tal retificação, quando feita espontaneamente pelo contribuinte, deva ter por termo final a notificação do lançamento. Isso é explicável em face do contribuinte, caso prejudicado por declaração que, por erro, fizera a maior, está livre para ingressar em juízo, discutindo a legalidade da imposição.

Atento às dúvidas interpretativas que o assunto encerra, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na AC 15.585 - 8 - RS (1ª T., ac. un., rel. Juiz Ari Pargendler, *DJU* de 17.06.92, p. 17.870), asseverou que erro de fato, provocado pelo contribuinte, não pode ensejar a apuração de crédito tributário superior à obrigação legal que lhe deu causa, de modo que o limite temporal previsto no art. 147, § 1º, do CTN, tem a sua eficácia restrita ao âmbito administrativo, não impedindo o contribuinte de acorrer ao Judiciário para retificá-lo.

Essa posição das cortes recua a um certo espaço de tempo. O Tribunal Federal de Recursos, na AC 57.836 - MG, relatada pelo Min. Pádua Ribeiro (4ª T., ac. un., *LEX JTFR* 23/152), foi claro em assinalar que, malgrado tenha ocorrido o lançamento do imposto, se o contribuinte percebe o cometimento de erro de fato, o art. 147, § 1º, do CTN, não o impede de prová-lo em futura ação anulatória. O mais interessante é que, no seu voto, o relator transcrevera trecho da sentença recorrida, da lavra do então Juiz Federal Jacy Garcia Vieira, hoje abrilhantando o Superior Tribunal de Justiça, o qual menciona, às expressas, circunscrever-se a preclusão em comento apenas à retificação, na via administrativa, decorrente de pleito do contribuinte, possuindo a Fazenda Pública, *ex vi* do § 2º do artigo em comento, a obrigação de fazer a correção caso ciente do erro. Foram as palavras de S. Exa.:

“De acordo com o § 1º do art. 147 do Código Tributário Nacional.

‘A retificação da declaração **por iniciativa do próprio declarante**, quando vise a reduzir ou excluir tributo, só é admissível mediante comprovação do erro em que se funde, e antes de notificado o lançamento’ (grifamos).

Assim, a retificação ‘por iniciativa do próprio declarante’ tem de ser ‘antes de notificado o

lançamento', mas, o próprio § 2º do dispositivo legal citado, determina que:

'Os erros contidos na declaração e apuráveis pelo seu exame **serão retificados de ofício** pela autoridade administrativa a que competir a revisão daquela' (os grifos não são do original).

Ora, o erro de fato, cometido pela autora, facilmente apurável pelo Fisco, deveria ter sido retificado de ofício pela autoridade administrativa, vez que a lei é imperativa ao determinar que 'serão retificados...'

A restrição temporal não pode albergar outro sentido senão o de limitar a sua incidência ao contribuinte, o qual, depois de notificado do lançamento, não mais poderá proceder à correção. Quanto à Administração Tributária, volto a dizer, nada impede - antes o princípio da legalidade obriga - que seja realizada, *sponte propria*, a retificação. O art. 147, § 2º, do CTN, é expresso em salientar o dever da autoridade incumbida da revisão da declaração de, no curso de sua análise, retificar de ofício os erros que encontrar, principalmente na espécie, quando se pode observar que a escritura pública, indicando o valor da venda, fora apresentada pelo impetrante em atendimento a solicitação da Receita Federal. À advertência emanada dos pretórios, conjuga-se o escólio da doutrina, conforme se colhe da pena do saudoso Aliomar Baleeiro:

"O erro grosseiro do declarante, como o de operações aritméticas, engano na classificação de rendimento etc. pode ser considerado e corrigido *ex officio* pela autoridade, ainda que o sujeito passivo não se apresse a pedir-lhe isso".

(*Direito Tributário Brasileiro*. 10ª ed., rev. e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 512).

Na oportunidade, nem ao menos foi mencionada, com vistas a justificar a postura fiscal, a ocorrência de fraude ou simulação, mas tão-somente os efeitos preclusivos do art. 147, § 1º, do CTN.

Ao esgrimir o seu ponto de vista, a apelante ignorou a existência do art. 2º, § 8º, da Lei 6.830/80, consoante o qual, mesmo ao depois de inscrito o débito e ajuizada a execução fiscal, poderá ser substituída a certidão de dívida ativa até o julgamento de primeiro grau.

Além disso, o anteparo do art. 147, § 1º, do CTN, em nenhum instante poderia conduzir ao enriquecimento sem causa, a que a Administração está obstada por força do culto da moralidade (art. 37, *caput*, CF).

Inadmissível, assim, que o contribuinte seja compelido a pagar uma obrigação tributária em quantia superior à prevista na lei específica, justamente porque não retificou, a tempo e modo, sua declaração. Violar-se-ia, assim, também a legalidade, a exigir que a quantificação da obrigação tributária se dê mediante elementos fixados em lei.

Com essas considerações, voto pelo improvimento da apelação e da remessa.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 192.913-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
Apelante: FAZENDA NACIONAL  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DEDUÇÃO PARA A EDUCAÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. CAPA-CIDADE CONTRIBUTIVA. - Sendo a educação dever do Estado, serviço público, apresenta-se a sociedade, em termos gerais, como consumidora do mesmo. - O Ministério Público Federal tem legítimi-**

*dade para a defesa de interesses individuais homogêneos indisponíveis, como os referentes às relações de consumo.*

*- O art. 217, § 1º, de índole humanista, inclui o direito ao sistema graduado de educação, composto de instrução fundamental, níveis médio e superior, com o pleno desenvolvimento da pessoa.*

*- Todo direito ou atividade que o Poder Público for obrigado a respeitar, a amparar, segundo ditames constitucionais, não poderá desconsiderar pela via oblíqua da tributação desrespeitadora da capacidade contributiva.*

*- O princípio da capacidade contributiva não impõe a dicotomia plena entre os contribuintes, mas uma estratificação destes, a qual levará em conta não só seus rendimentos brutos, mas também os gastos necessários para sua manutenção e de seus dependentes.*

*- Apelação e remessa oficial improvidas.*

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade de votos, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 22 de maio de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
- Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

A Fazenda Nacional apela da sentença de fls. 67/73, da lavra do MM. Juiz Luís Praxedes Vieira da Silva, da 7ª Vara-CE, que, em sede da Ação Civil Pública 97.9198-8, que acolheu em parte o pedido elaborado pelo Ministério Público, declarando, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão "até o limite anual individual de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais)" contida na alínea *b* do inciso II do artigo 8º da Lei 9.250, de 26.12.95, determinando que todos os contribuintes do Ceará têm o direito de deduzir, para efeito de imposto de renda, os pagamentos efetuados a estabelecimentos de ensino, relativos à educação pré-escolar de 1º e 2º graus, curso de especialização ou profissionalizantes do próprio contribuinte e de seus dependentes, sem que se determine um limite anual individual de pagamento. Honorários fixados em R\$ 100,00.

Em suas razões, pugna pela reforma, *in totum*, da sentença, alegando, preliminarmente, ilegitimidade ativa do Ministério Público para promover ação civil pública, por tratar-se de interesses individuais disponíveis, devendo, desta forma, ser extinto o processo sem julgamento do mérito. Alega ainda, no mérito, que a Constituição não obriga o Estado a bancar o ensino particular. As deduções de despesas com instrução da base de cálculo do imposto de renda, por lei, constituem um benefício fiscal, na medida em que permitem ao sujeito passivo de maior poder aquisitivo a recuperação parcial dos valores gastos a esse título, não cabendo ao Poder Judiciário investir-se na função de legislador positivo, afrontando o princípio da independência e harmonia dos Poderes da União.

Contra-razões.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Cuida-se de apelação em ação civil pública que visa a “eximir a todos os contribuintes do Ceará da sujeição ao limite anual individual de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais) para as deduções relativas à instrução, imposto no art. 8º, *b*, da Lei nº 9.250/95, observando as exclusões referentes às mesmas despesas enunciadas nas alíneas *a*, *b*, *c*, *d* e *g* da Instrução Normativa nº 65/96, disposições essas inconstitucionais, podendo deduzir as despesas com instrução na forma pleiteada, qual seja, sem o limite para as despesas com mensalidades e com a inclusão daquelas excluídas pela indigitada instrução normativa”. Como fundamentação da sentença recorrida, Sua Exa. considerou o direito social à educação, direito de todos e dever do Estado, que a incentivará e a promoverá com a colaboração da sociedade (arts. 6º e 205 da Carta Magna). Dessarte, não identificou nas despesas com instrução o caráter de renda, essencial para a incidência do tributo em questão.

Insurge-se a apelante contra a referida sentença, alegando, em síntese: a) a ilegitimidade ativa do Ministério Público, vez que a hipótese não trata de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos indisponíveis, refletindo-se na ação “interesses restritos, distantes dos interesses maiores da sociedade brasileira”; b) a implausibilidade jurídica do pedido, vez que o Estado não tem o dever constitucional de arcar com o ônus da educação de todo e qualquer brasileiro, de forma desvinculada da capacidade econômica, bem como não tem o dever de suportar ônus advindos de atividades de lazer, como ginástica, música, dança etc. Em outros termos, vez que “O Estado não é responsável pelo ônus financeiro da educação de quem por ela pode pagar”, sendo as deduções inerentes à educação um “favor fiscal” do Estado, decorrente de um “critério político, o qual refoge ao Poder Judiciário”.

Com relação à ilegitimidade ativa do Ministério Público



Federal, pronunciou o eminente Ministro José Dantas, quando do julgamento do RE 74.235/RS:

“A tendência geral e irreversível é ampliar a legitimidade extraordinária, franqueando as demandas judiciais de amplo alcance, bem assim ampliar o próprio rol de direitos ou interesses passíveis de serem tutelados por essas demandas. No Brasil, inaugurou-se nova fase com a Lei nº 7.347/85, que instituiu a ação civil pública, sendo que, com o veto ao inciso IV do art. 1º, onde constava ‘outros interesses difusos’, ficou restrita aos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Com a Constituição de 1988, passou a constar, no art. 129, III, ser função institucional do Ministério Público promover ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de ‘outros interesses difusos ou coletivos’. Restabeleceu-se, pois, com vantagem, o teor daquele veto, onde só constava interesses difusos. ... No âmbito infraconstitucional, vem a legislação, em marcha progressiva, ampliando a legitimidade do Ministério Público, evidenciando ser amplo o conceito de interesses difusos e particularmente interesses coletivos. Exemplos: a Lei nº 8.078, de 11/09/90 (Código de Defesa do Consumidor), habilita-o, concorrentemente com a União, Estados, DF, entidades diversas e associações, a propor ação civil pública relativa a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (arts. 81 e 82). Decorre da leitura do art. 81 do CDC que os conceitos de interesses ou direitos difusos ou coletivos são para efeitos do próprio Código, vale dizer, não excluem outros conceitos mais amplos, com

certeza mais afinados com a tendência acima referida e com o próprio texto constitucional. Ainda, em relação aos interesses ou direitos individuais homogêneos, não consta, como nos incisos I e II, a expressão 'para efeitos deste Código'. Então, não se pode dar à norma do CDC feição complementar à CF (art. 129, III), ou seja, não se pode generalizar o conceito de interesse ou direito coletivo, quando o própria Código di-lo restrito aos seus efeitos. **Ainda, e isso importa ao caso em exame, no inciso III do § único do art. 81 do CDC, que trata dos interesses ou direitos individuais homogêneos, não consta que é apenas para efeitos do próprio Código".** (Grifos nossos).

Em sentido mais restritivo, venho entendendo que, em se tratando da defesa de interesses individuais homogêneos, a legitimidade ativa do Ministério Público, para a proposição de ação civil pública, encontra como precisos limites os interesses e direitos do consumidor.

Sobre a matéria, posicionei-me em sede da AC 798813/95/CE:

"De logo se verifica que, enquanto a ação civil coletiva de responsabilidade para defesa de interesses individuais homogêneos de que cuida o art. 91 da Lei 8.078/90 objetiva, nos termos do art. 1º do referido diploma legal, a proteção e defesa do consumidor, ou, nos termos do art. 81 de tal diploma, a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores e das vítimas, a ação civil pública regulada no art. 1º e seus incisos da Lei 7.347/85, e com sede no art. 129, III, da Constituição Federal, objetiva cobrar responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e a qualquer

outro interesse difuso ou coletivo. Juarez de Oliveira, em seus *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, no tocante ao estabelecido no art. 90 da Lei 8.078/90, observa que as ações previstas no Título III do referido diploma legal que cuida, exatamente, da Defesa do Consumidor em Juízo, são: a) as ações para a defesa coletiva dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, a que se refere o art. 81, parágrafo único e incisos, inclusive as de preceito cominatório, art. 84, e de responsabilidade por danos individualmente sofridos, art. 91; ... Observa, ainda, o mesmo autor, que, ao estabelecer o referido art. 90 da Lei 8.078/90 que se aplicam às ações previstas em tal título as normas do Código de Processo Civil e da Lei 7.347/85, que a imbricação entre a ação civil pública disciplinada na referida lei e o sistema do Código de Defesa do Consumidor é de ser entendida em termos. E que, mesmo à vista do art. 21 daquela lei que estabelece que se aplicam à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, dentro de uma exegese sistemática e, em apertada síntese, como observa o autor, se a ação civil pública da Lei 7.347/85 aproveita, no que concerne à tutela do consumidor e no que for cabível, o instrumental constante do título III do CDC, as ações previstas do referido título podem ser aplicáveis ao sistema da Lei 7.347/85, desde que não desborde - vá além - do âmbito da tutela do consumidor. Vale dizer, a inserção do art. 21 da Lei 7.347/85, por força do estabelecido no art. 117 da Lei 8.078/90, ou mesmo o comando do art. 90 deste diploma legal, não autoriza a confundirem-se os objetos das referidas

ações, a especificamente tratada no art. 129, III, da Carta Magna - estabelecida para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (não abrangendo os individuais homogêneos e visando a cobrar responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo -, enquanto a ação civil coletiva, prevista no art. 91 do Código do Consumidor, objetiva a defesa de interesses individuais homogêneos, no caso, interesses e direitos dos consumidores e das vítimas, quer difusos, quer coletivos, quer individuais homogêneos, direitos estes que, por força do art. 21 da Lei 7.347/85, podem ser defendidos pela ação civil pública, mas desde que se identifiquem, em tais interesses ou direitos, direitos e interesses do consumidor (toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final - art. 2º da Lei 8.078/90)."

Contudo, observe-se que, naquele precedente, não se dava notícia de que os detentores dos interesses defendidos pudessem, a qualquer título, invocar, em relação ao ocorrido, qualquer condição de consumidor, o que não se apresenta nesta hipótese.

Estabelece a Constituição Federal, em seu art. 205, que "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

Em se analisando tal dispositivo, observa-se que a educação é um direito social genérico, oponível não só à família, como, de forma idêntica, ao Estado. É, como preleciona José Afonso da Silva, um direito social do homem consumidor.

Aliás, atendendo ao conceito de educação, sob cujo

enfoque, necessariamente, há de apreender-se tais dispositivos constitucionais, tem-se que foi regulado o sistema graduado de educação, composto de instrução fundamental, níveis médio e superior, propiciando-se o pleno desenvolvimento da pessoa. Referindo-se ao pleno desenvolvimento humano, há de se observar seu condicionamento físico e psicológico, além de sua formação cultural, aspectos tão componentes do todo que é o ser humano quanto a educação decorrente do sistema seriado.

Por fim, saliente-se que não representa óbice a considerar-se a educação como serviço público e, portanto, responsabilidade estatal, o fato de ser prestada em grande parte por particulares, mediante pagamento de mensalidades. É que cumpre distinguir-se, como o faz Celso Antônio Bandeira de Mello, serviços públicos privativos e não privativos do Estado, nesta última categoria ingressando os serviços que o Estado pode desempenhar, sem proscrever à livre iniciativa sua participação neste ramo de atividades. Transcreva-se a lição do eminente Celso Antônio Bandeira de Mello: "A circunstância de deixar tal campo aberto aos particulares não autoriza a ilação de que, por tal motivo, estarão descaracterizados da categoria serviço público, quando prestados pelo Estado sob regime particular, uma vez que seu desempenho se constitui em um dever para o Poder Público".

Destarte, ao lado da relação existente entre a família e a entidade escolar, permanece subjacente uma relação entre a família e o Estado, motivada por um direito originário a uma prestação estatal, como o considera J. J. Canotilho, de modo a se reconhecer "simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos".

Em sentido mais amplo, incluindo não apenas as prestações estatais, mas todas as atividades constitucionalmente asseguradas, o magistério de Regina Helena Costa (*Princípio da Capacidade Contributiva*, p. 100): "Todo direito ou atividade que o Poder Público for obrigado a respeitar, a amparar, segundo ditames constitucionais, não poderá desconsiderar pela via oblíqua da tributação desrespeitadora da capacidade contributiva".

Desta forma, sendo o cidadão o destinatário final destas prestações estatais tendentes à educação, sejam prestadas diretamente ou através de autorizações, tem-se o mesmo como consumidor deste serviço público, em conformidade com o art. 2º da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Inegavelmente, em relação ao poder de tributação do Estado, não há como deixar de ter-se o mesmo como colidente com o dever deste de promover a todo e qualquer cidadão o direito de exigir a criação de pressupostos materiais para o ensino. É que, de forma incontestada, quando, no exercício do poder de tributar, o Estado onera o exercício do direito à educação, tributando-o via indireta, no quanto deixa de deduzir para efeitos de imposto de renda os gastos destinados a tal fim, ou impõe limites a tal dedução, torna o Estado inacessível aos seus destinatários o direito à educação, e, neste momento, inobstante, sem exigir-se maior aprofundamento sobre a matéria, se possa afirmar que contribuinte não é consumidor, não se pode negar o quanto o ônus da tributação tenha implicação no próprio consumo, apresentando-se de relevância tal implicação quando o objeto do consumo for bem essencial à própria formação ou existência da pessoa na sociedade, e, portanto, constitucionalmente tutelado pelo Estado, como ocorre com a educação.

Dessarte, sendo a presente demanda orientada na proibição de o Estado onerar o acesso a tais serviços de educação através da regulamentação do tributo sobre a renda, é tal decorrente de um interesse individual homogêneo indisponível, o qual tem como relação jurídica base o consumo, pelo que legítimo apresenta-se o Ministério Público Federal para intentar a presente ação civil pública.

Com relação à alegação de implausibilidade jurídica, alega o agravante que o Estado não teria o dever constitucional de arcar com o ônus da educação, de forma desvinculada da capacidade econômica. Expressamente afirma que "O Estado não é responsável pelo ônus financeiro da educação de quem por ela pode pagar", sendo as deduções inerentes à educação um "favor fiscal" do Estado, decorrente de um "critério político, o qual refoge ao Poder Judiciário".

Tratando da capacidade contributiva, quando em análise

do imposto sobre a renda, preleciona Sacha Calmon Navarro Coelho: "Causa bulha, portanto, a atual lei sobre a renda e demais proventos. Acabam-se quase todas as deduções e instituem-se duas alíquotas apenas, em nome da praticidade da arrecadação. Ora, as deduções são técnicas de aferição da capacidade contributiva. É lógico que um contribuinte que teve despesas médicas extraordinárias e tem seis filhos em regime escolar possui menos capacidade contributiva que outro, ganhando o mesmo mas sem os encargos daquele".

Neste mesmo sentido, Roque Antônio Carrazza:

"A lei deve garantir às pessoas que têm rendimentos certas deduções que lhes garantam a subsistência e a de seus dependentes (deduções com estudos, alimentação, vestuário etc.). O imposto de renda não pode ser transformado num mero imposto sobre rendimentos, o que ocorre quando a lei não permite abatimentos de despesas necessárias do contribuinte. Ao contrário, a lei deve - em atenção ao princípio da capacidade contributiva - garantir que a renda tributável seja obtida subtraindo-se, da renda global, os gastos necessários do contribuinte, máxime quando representados por seus encargos familiares".

O princípio da capacidade contributiva, dessa feita, não deve ser entendido de um ponto simplista como propõe a Fazenda Nacional, que estabelece quase que uma dicotomia pura entre aqueles que possuem filhos em escolas particulares e os que possuem filhos em escolas públicas, devendo aqueles responder pela manutenção das escolas públicas. Em verdade, como decorrência da isonomia, o princípio da capacidade contributiva impõe não uma dicotomia, mas uma gradação motivada pelas possibilidades econômicas do contribuinte, ou seja, todos os que têm condições de contribuir devem fazê-lo, mas nos precisos limites de sua possibilidade, não sendo de admitir-se que uma família numerosa, com gastos idênticamente numerosos, contribua na mesma proporção que os integrantes de classes mais favorecidas, pelo simples motivo de existirem

famílias sem possibilidade de contribuir. Em outros termos, não há uma *summa divisio*, uma dicotomia plena, entre os que podem e os que não podem contribuir, mas toda uma escala de contribuintes, a qual levará em conta não só os rendimentos brutos destes, mas também os gastos necessários para sua manutenção e de seus dependentes.

Com relação à amplitude das deduções, reitere-se que o art. 209, c/c 217 e seu § 1º, todos da CF, torna o Estado responsável pelo pleno desenvolvimento da pessoa humana.

Por tais razões, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É o meu voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 211.393-PE**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
Apelante: CONSULTE ENGENHARIA LTDA.  
Apelados: SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL – SENAI, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS E SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA – SESI  
Advogados: DRS. RITA VALÉRIA DE CARVALHO CAVALCANTE E OUTROS (APTE.) e MARIA DE LOURDES FRANCO DE A. SAMPAIO E OUTROS, ANA DO SOCORRO NICÁCIO CAMERINO E OUTROS E NELSON JOSÉ ALMEIDA DE BRITO (APDOS.)

***EMENTA: TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. SESI. SENAI. INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL. CONTRATO SOCIAL. QUADRO DE ATIVIDADES E DAS PROFISSÕES. ARTIGO 577 DA CLT.***



**DECRETO-LEI Nº 9.403/46. DECRETO-LEI Nº 4.936/46 E DECRETO Nº 57.375/65.**

**- Inobstante constar como objeto social da empresa, dentre outras atividades, a construção civil de modo geral, caracteriza-se a empresa apelante como indústria de transformação, na medida em que está voltada para a transformação de matérias-primas em bens.**

**- Além do fato da empresa apelante desenvolver atividades próprias de empresas industriais, temos que os estabelecimentos industriais enquadrados na Confederação Nacional da Indústria (artigo 577 do Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943) serão obrigados ao pagamento de uma contribuição mensal ao Serviço Social da Indústria, nos termos do Decreto-lei nº 9.403/46.**

**- Apelação improvida.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível em que são partes as acima mencionadas, acorda a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 18 de outubro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI - Relatora

## RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Consulte Engenharia Ltda. propôs ação ordinária contra o INSS, o SESI e o SENAI, com o objetivo de ver declarada a inexistência de relação jurídica que a obrigue ao pagamento das contribuições sociais em favor do SESI - Serviço Social da Indústria e do SENAI - Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial.

Pugnou, ainda, que não lhe sejam mais exigidas tais contribuições, bem como sejam restituídos os valores recolhidos sob este título, nos últimos 10 (dez) anos, valores estes corrigidos monetariamente e acrescidos de juros moratórios e compensatórios.

Ao final, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido.

Inconformada com a r. sentença, apela a empresa autora, com as razões às folhas 116/121.

Subiram os autos a esta Corte, sendo-me conclusos por distribuição.

É o relatório.

## VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Inicialmente, ressalto que tanto o SENAI quanto o SESI são entidades voltadas para o apoio aos industriários; figurando a primeira como entidade responsável pela organização e administração das escolas de aprendizagem para industriários em todo o território nacional, e a segunda como entidade voltada à prestação da assistência social aos mesmos industriários.

Ambas as entidades tem o seu funcionamento custeado, basicamente, por contribuições incidentes sobre a folha de salários dos estabelecimentos industriais enquadrados na Confederação Nacional da Indústria.

De acordo com os ditames constitucionais, a seguridade social será *financiada por toda a sociedade de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*

Sem prejuízo de tal comando, o artigo 240 da CF/88 assim dispõe:

“Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical”.

Como visto, a legislação de regência (DL 4.048/42, DL nº 9.403/46, Dec. Nº 57.375/65 e Lei nº 5.107/66) se encontra vigente, visto que compatível com os ditames constitucionais que a recepcionaram.

A partir do entendimento de que todos os estabelecimentos industriais com folha de salários estão compulsoriamente obrigados a financiar, através de contribuições específicas (SESI/SENAI), a assistência social e a formação profissional dos seus industriários, passamos à identificação dos referidos contribuintes.

Seguindo a definição do CTN, industrializado é o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.

No que se refere à natureza industrial das empresas de construção civil, mais especificamente, podemos citar comentário do professor Hely Lopes Meirelles (*in Direito de Construir*, 3ª edição), nos seguintes termos:

*“O caráter industrial da construção civil é hoje pacificamente reconhecido no Brasil, tanto assim que a Lei nº 4.864/65, ao criar medidas*

*de estímulo à indústria da construção civil, legitimou o aspecto técnico e o econômico, o que mais tarde foi reafirmado pelo Decreto nº 66.079/70, que, ao instituir grupo de trabalho para estudar e propor medidas e normas regulamentares dos diferentes ângulos da indústria da construção civil, tomou-a no sentido amplo e determinou na comissão de representantes de entidades de classe de Engenheiros e Arquitetos e de firmas construtoras em geral (art. 2º, § 2º) "... "As próprias entidades sindicais que representam a Indústria da Construção Civil têm porfiado em manter nítida essa distinção(atividade técnica e econômica) e a Consolidação das Leis do Trabalho enquadra a construção civil entre as 'Indústrias da Construção e do Mobiliário'."*

Quanto à presente demanda, de início, destaco que consta no contrato social da empresa autora, em sua cláusula primeira, que a mesma é uma sociedade industrial, por quotas de responsabilidade limitada.

No mesmo instrumento, consta como objeto social da empresa, dentre outras atividades, a construção civil de modo geral e suas obras complementares, execução de obras de pavimentação, terraplanagem e obras d'arte, com suas obras complementares.

Como indústria de transformação, temos como sendo o setor da produção industrial voltado para a transformação de matérias-primas em bens. Daí, observamos que a apelante de fato desenvolve atividades próprias de empresas industriais, sendo devidas as contribuições em epígrafe.

Segundo o Quadro de Atividades e Profissões a que se refere o artigo 577 da CLT, a Indústria da Construção Civil pertence ao 3º Grupo do Plano da Confederação Nacional da Indústria.

O Decreto-lei nº 9.403/46 dispôs em seu artigo 3º que:  
"Art. 3º - Os estabelecimentos industriais enquadrados na Confederação Nacional da

Indústria (artigo 577 do Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943) bem como aqueles referentes aos transportes, às comunicações e à pesca, serão obrigados ao pagamento de uma contribuição mensal ao Serviço Social da Indústria para a realização de seus fins”.

Por sua vez, o Decreto nº 57.375/65, em seu artigo 11, preceitua:

“Art. 11. As despesas do SESI serão custeadas por uma contribuição mensal das empresas das categorias econômicas da indústria, dos transportes, das comunicações e da pesca, nos termos da lei”.

Já o artigo 4º do Decreto-lei nº 4.936/46, que instituiu o SENAI, determina:

“Art. 4º. Serão os estabelecimentos industriais das modalidades de indústria enquadrados na Confederação Nacional da Indústria obrigados ao pagamento de uma contribuição mensal para montagem e custeio das escolas de aprendizagem”.

Ressalto, ainda, que o fato de desenvolver outras atividades, recolhendo, por exemplo, o ISS - Imposto sobre Serviços e a COFINS, não desvirtua a natureza industrial atribuída às empresas que compõem a chamada “Indústria da Construção Civil e do Mobiliário”.

Sobre o assunto, cito a seguinte jurisprudência:

“SENAI. CONTRIBUIÇÃO ADICIONAL COMPULSÓRIA. COBRANÇA PENDENTE. MULTA. ADEQUAÇÃO CORRETA.

1. A contribuição adicional prevista no DL 4.048/42 tem por finalidade o aprimoramento do ensino profissional, a cargo do SENAI (art. 2º), a qual reverterá em benefício dos empregados dos próprios contribuintes, estando a ela vinculadas e obrigadas as empresas de construção civil, em obediência ao princípio da unicidade sindical extraído do art. 8º, II, da CF”.

(AC 266.922-7, TAMG, 1ª CC, Relator Nepo-

muceno Silva).

“SENAI. Contribuição devida, nos termos do art. 6º do Decreto-lei 4.048/42 pelas empresas que, exercendo atividades industriais, contam com mais de 500 empregados em seus quadros. A legislação tributária considera a ‘construção civil’ como indústria, o mesmo ocorrendo com a Lei nº 4.864/65 e o Decreto 66.079/70. Tais contribuições se enquadram no art. 161 do CTN, dada a sua natureza parafiscal, reconhecida por decisões judiciais e pela doutrina dos bons expositores. Incidência dos juros e da correção monetária desde o vencimento da dívida. Sentença mantida por seus próprios fundamentos”.

(AC 731/93, Relator Des. Dalton Costa, TJRJ, 4ª CC).

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONCEITO DE INDÚSTRIA. CONSTRUÇÃO CIVIL. PRECEDENTES DO STJ. CONTRIBUIÇÕES PARA O SENAI. INDÚSTRIAS DA CONSTRUÇÃO CIVIL. LEGITIMIDADE NA COBRANÇA.

1 - O próprio Superior Tribunal de Justiça classifica a atividade de construção civil como atividade industrial. Precedentes. (REsp 244.903-CE. Relator: Min. Garcia Vieira).

2 - O conceito de indústria, esposado por Aurélio Buarque de Holanda, inclui as atividades da construção civil, uma vez que tais atividades se constituem ‘na transformação de matéria-prima (tijolos, concreto etc.’, não estando, portanto, a apelante dispensada do pagamento das contribuições ao SESI e ao SENAI.

3 - Apelação improvida, para manter a sentença em todos os termos”.

(AC 234.400/PE, TRF 5ª Região, Relator Des. Fed. Petrucio Ferreira).

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 213.431-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Apelante: GILVANDRA BRITO DE OLIVEIRA SOUZA  
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Advogados: DRS. JOÃO FERREIRA SOBRINHO E CÔNJUGE (APTE.) E FLODOALDO CARNEIRO DA SILVA E OUTROS (APDO.)

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MÃE. FILHO FALECIDO. CONDIÇÃO DE SEGURADO. NÃO COMPROVAÇÃO. EXEGESE DA LEI 8.213/91 E DO DECRETO Nº 611/92.**

*- O deferimento de pensão por morte fica condicionado ao preenchimento da qualidade de segurado do falecido. Esta funciona como pré-requisito à concessão daquele benefício.*

*- Cópias das guias de recolhimento da contribuição para a Previdência Social não servem para provar a relação empregatícia se são relativas a depósitos realizados muito tempo após a morte do de cujus.*

*- Caracterizada está a perda da qualidade de segurado se, desde a data da cessação das contribuições até o falecimento do de cujus, transcorreu um lapso maior que 12 (doze) meses. (art. 10, inciso II, do Decreto nº 611/92).*

*- Apelação improvida.*

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Egrégio Tribunal Regional

Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 30 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
- Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se de apelação cível interposta contra sentença que julgou improcedente o pedido da parte autora, exposto na petição inicial, o de reconhecer-lhe o direito à pensão por morte de seu filho, uma vez que não restou comprovada a condição de segurado deste.

Irresignada, a requerente pugna pela reforma da sentença, nas razões recursais, sustentando ter sido regularmente comprovada a sua dependência econômica em relação a seu filho. Ademais, alega que o *decisum* feriu normas constitucionais e infraconstitucionais, especialmente o inciso I do art. 26 da Lei nº 8.213/91 e o art. 227 da Constituição Federal, assim como também a jurisprudência nacional.

Contra-razões às fls. 96/97.

Relatei.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A matéria trazida a deslinde através do processo *sub examine* consiste na verificação do direito da parte autora,



Gilvandra Brito de Oliveira Souza, ao benefício pensão por morte, em face do óbito de seu filho, Carlos Augusto Galindo de Souza.

É certo que o art. 26 da Lei nº 8.213/91 institui as espécies de benefícios previdenciários que independem de carência, indicando, no inciso I, a pensão por morte como uma delas. Entretanto, o seu deferimento fica condicionado ao preenchimento da qualidade de segurado do falecido. Esta funciona como pré-requisito à concessão daquele benefício. E é essa análise que será feita preliminarmente: se o filho da postulante possuía ou não a qualidade de segurado da Previdência Social.

Às fls. 14 consta documento, fornecido pela Igreja do Nazareno, onde afirma-se que o *de cujus* era funcionário daquele estabelecimento. Entretanto, as cópias das guias de recolhimento da contribuição para a Previdência Social, acostadas às fls. 17/28, não servem para provar a relação empregatícia daquela igreja com o falecido, haja vista que os depósitos foram realizados em 17.02.95, conforme autenticação mecânica nelas constante, muito tempo após a morte do *de cujus*, ocorrida em 25.04.94 (certidão de óbito às fls. 10).

Outrossim, esses recolhimentos dizem respeito às competências 10/90 a 09/92, período muito anterior ao falecimento do filho da postulante. Desde a data da cessação das contribuições (setembro de 1992) até a morte do *de cujus* (abril de 1994) transcorreu um lapso de tempo muito grande, maior que 12 (doze) meses, em detrimento ao estabelecido no art. 10, inciso II, do Decreto nº 611/92 (Regulamento dos Benefícios da Previdência Social), em vigor no momento do óbito do filho da autora. Assim, restou caracterizada a perda da qualidade de segurado.

Ademais, nenhuma cópia da Carteira de Trabalho e Previdência Social do *de cujus*, onde conste algum registro da igreja acima mencionada como empregadora, foi anexada aos autos a fim de provar a relação empregatícia.

Se tal não bastasse, também não restou comprovado que o filho da autora era segurado obrigatório da Previdência Social nas demais hipóteses previstas no art. 11 da Lei nº 8.213/91, incisos II a VII.

Não estando, então, caracterizada a condição de segurado do *de cuius*, não há direito algum a amparar a pretensão da requerente.

Isto posto, nego provimento à apelação para confirmar a sentença.

Assim voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 218.264 - PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA  
Apelante: JOÃO ALEXANDRE PAES DE BARROS – ME  
Apelada: UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
Advogados: DRS. REJANE ROSENDO CUNHA DE OLIVEIRA (APTE.) E JOAQUIM RAIMUNDO ALVES DE CARVALHO E OUTROS (APDA.)

**EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CESSÃO REMUNERADA DE USO DE PRÉDIO PÚBLICO. POSSE REGIDA PELO DIREITO ADMINISTRATIVO E NÃO PELO DIREITO DO INQUILINATO. REINTEGRAÇÃO LIMINAR.**

*- A cessão remunerada de uso de prédio ou espaço público rege-se pela Lei 8.666/93 e pelo Decreto-lei 9.760/46, não se confundindo com a locação civil regida pela Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato).*

*- Vencido o contrato, em que é expressamente prevista a sua improrrogabilidade, impõe-se a imediata desocupação do imóvel e a liminar reintegração do órgão público concedente na sua posse.*

*- A audiência de justificação só é necessária nos casos em que a posse e a sua respectiva*

*turbação ou esbulho não ficam suficientemente demonstrados na inicial (art. 928 do CPC).*

*- Apelação improvida.*

## ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 6 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA -  
Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA:

João Alexandre Paes de Barros apela de sentença que julgou procedente ação proposta pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE para o fim de ver-se reintegrada na posse de imóvel de sua propriedade onde funcionava uma cantina explorada pelo apelante mediante Contrato Administrativo de Cessão Remunerada de Uso. Findo este, em face da cláusula de improrrogabilidade, a apelada pediu-lhe a devolução e, face a sua recusa, ingressou com ação de reintegração de posse e obteve liminar por se tratar de esbulho com menos de ano e dia, a qual foi cumprida com uso de força, visto haver o apelante fechado o imóvel e se negado a colaborar com a Justiça, sendo os móveis recolhidos a depósito e depois restituídos mediante alvará.

Houve agravo de instrumento contra o despacho liminar, o qual foi unanimemente negado por esta Corte.

Alega que não foi realizada a audiência prévia, na qual lhe fosse permitido defender-se, e que o mandado de citação foi expedido conjuntamente com o mandado de reintegração de posse, o que implica nulidade processual, nos termos do art. 243 e seguintes do CPC.

Acrescenta que não praticou esbulho possessório, eis que o contrato, com duração de 24 meses e vigência de 31.08.94 a 31.08.96, foi automaticamente renovado por prazo indeterminado, nos termos da Lei 8.245/91, porque paga a 25ª parcela remuneratória do uso do imóvel após o vencimento do ajuste.

A apelada respondeu alegando que o mérito *“não foi questionado na peça recursal, até porque não teria razão alguma para tanto ... o apelante encontrava-se na posse precária de bem da UFPE de má-fé, como fez questão de ressaltar o Julgador de 1ª instância... desejava se perpetuar no imóvel... e, para isso, tentou utilizar-se de expediente espúrio... enfim, a apelação não impugna o mérito da causa ... mas, sim, tece críticas desfundamentadas aos atos praticados pelos auxiliares do juízo e por ordem deste ”*.

Atendendo ao requerimento de fls. 113, abri vista dos autos aos novos patronos substabelecidos, determinando, porém, a permanência do feito em pauta para julgamento ainda neste semestre, remanescente da sessão de 21 de junho do corrente ano.

Vieram-me conclusos somente em 21 de novembro para apreciação, o que faço nesta primeira oportunidade.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA (Relator):

O apelante foi regularmente citado, conforme se verifica às fls. 59 e 59v. Não há qualquer irregularidade processual por serem expedidos, ao mesmo tempo, o mandado de citação e o mandado de reintegração de posse.

Este último precede sempre a citação quando concedido *inaudita altera pars*, naqueles casos em que a legitimidade da posse e o esbulho estão provados de plano. Nada impede, todavia, seja ele expedido depois ou contemporaneamente ao mandado de citação. São medidas processuais independentes e com finalidades diferentes, em nada alterando o resultado do processo a seqüência em que forem praticadas.

As partes celebraram Contrato Administrativo de Cessão Remunerada de Uso de prédio público, cuja cópia de inteiro teor, assim como a cópia do seu extrato publicado *no Diário Oficial da União*, foram devidamente anexadas aos autos. Da sua leitura, restou evidente a veracidade do alegado e o perfeito cabimento da reintegração liminar na posse sem ouvir o réu, conforme manda o art. 928 do CPC.

Nos termos desse dispositivo legal, a audiência de justificação da posse só tem cabimento quando, insuficientemente instruída a inicial, necessite o juiz de provas adicionais para formar o seu convencimento.

O apelante tudo fez para fugir à citação, inclusive ocultando-se e dando à sede de sua firma endereço inexistente, conforme se verifica das certidões lavradas nos autos pelo Oficial de Justiça. Não obstante, terminou por ser regularmente citado e, afinal, despejado do imóvel irregularmente ocupado.

Passo ao exame do mérito.

A pretensão não tem fundamento legal. A hipótese não é regulada pela Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato), mas pelo Decreto-lei 9.760/46 e pela Lei 8.666/93, que disciplinam as licitações e os contratos firmados entre a Administração e os particulares.

A iniciativa do autor em depositar em banco, na conta da apelada, valor equivalente a uma das 24 prestações a que esteve obrigado na vigência do contrato, não acarreta a prorrogação automática do contrato nem o transforma em contrato de locação por tempo indeterminado. Como visto, não se trata de contrato de locação regido pela lei específica do inquilinato, mas de contrato administrativo, em que não existe tal possibilidade, pois é regido pelo princípio da prevalência do interesse público.

Não se trata de verdadeiro pagamento, mas de depósito bancário unilateral, efetuado seis meses depois de vencido o ajuste administrativo e que apenas denota a malograda tentativa de forjar uma "automática prorrogação" à luz da Lei do Inquilinato, inaplicável ao caso.

O depósito foi feito sem assentimento da apelada e, ainda que tivesse ela com o mesmo concordado, nenhum direito constituiria em favor do apelante, visto ser a improrrogabilidade elemento expresso do contrato.

Não há fundamento para a pretendida reforma da r. sentença.

Nego provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 220.219-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Apelante: UNIÃO  
Apelados: PAULO SIDNEY LEITE DE OLIVEIRA E CÔNJUGE  
Advogado: DR. MARCELO DE ARRUDA BEZERRA (APDOS.)

***EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO A PEDIDO. PROTEÇÃO ESTATAL À FAMÍLIA (ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 36, III, A, DA LEI Nº 8.112/90, EM FACE DA SUA FINALIDADE. PRECEDENTE JURIS-PRUDENCIAL.***

***"Por se tratar de instituto que protege essencialmente a família, como preconiza o art. 226 da Carta Magna, deve a remoção***

*funcional (art. 36, III, a, da Lei 8.112/90) merecer interpretação extensiva, para incluir-se sob o seu pálio a postulação do servidor cujo cônjuge reside em local diverso do seu, tendo ali exercício em cargo público efetivo, de sorte a que o dispositivo constitucional em apreço não sofra redução de aplicabilidade". (AGTR 26974 PE, Relator Desembargador Federal Napoleão Maia Filho, DJ: 25.02.2000, p. 2187).  
- Apelação improvida.*

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 11 de outubro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
- Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelação cível interposta em contrariedade à sentença da lavra do MM. Juiz Federal da 1ª Vara, Seção Judiciária do Ceará, que julgou procedente o pedido formulado por Paulo Sidney Leite de Oliveira e seu cônjuge, Mônica Benício Freire de Oliveira, nos autos da Ação Ordinária nº 99.7400-9, proposta no fito de que o primeiro promovente, Delegado da Polícia Federal, lotado na Superintendência Regional da Polícia

Federal do Estado do Amapá, lograsse obter remoção para a Superintendência Regional do DPF do Rio Grande do Norte, onde a segunda vindicante é servidora do Instituto Nacional do Seguro Social INSS.

Aduz a apelante que a decisão fustigada, ao buscar alicerces nas prescrições incrustadas nos artigos 226 e 227 da Constituição Federal, c/c o parágrafo único do art. 36 da Lei nº 8.112/90, além de ferir as normas constantes no edital do concurso público, agredira de morte os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, finalidade e eficiência, podendo acarretar, inclusive, a frustração de todo um certame que prima pela isonomia entre os candidatos.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A matéria em deslinde versa sobre o direito de remoção de servidor público federal lotado na Superintendência Regional da Polícia Federal do Estado no Amapá para a Superintendência Regional da Polícia Federal no Rio Grande do Norte, unidade da Federação onde reside sua esposa, servidora do Instituto Nacional do Seguro Social.

Nesse tocante, em diversas ocasiões, assim se pronunciou a e. 1ª Turma deste Sodalício:

“ADMINISTRATIVO. REMOÇÃO, A PEDIDO, DE SERVIDOR PARA O LOCAL ONDE RESIDE O SEU CÔNJUGE, EM RAZÃO DO MESMO NÃO PODER SER REMOVIDO. PROTEÇÃO À INTEGRIDADE DO NÚCLEO FAMILIAR EM FORMAÇÃO. ART. 226 DA CARTA MAGNA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 36, III, A, DA LEI Nº 8.112/90, EM FACE DA SUA FINALIDADE. AGRAVO PROVIDO.

1. Visto no nível da Lei do Regime Jurídico Único (Lei 8.112/90), o instituto da remoção protege apenas a integridade do núcleo



familiar do servidor público, quando o seu cônjuge, também servidor público, é removido, no interesse da administração, para local diverso do domicílio da família, não podendo, portanto, ser invocado por quem não ostenta o *status* funcional.

2. Porém, por se tratar de instituto que protege essencialmente a família, como preconiza o art. 226 da Carta Magna, deve a remoção funcional (art. 36, III, A, da Lei 8.112/90) merecer interpretação extensiva, para incluir-se sob o seu pálio a postulação do servidor cujo cônjuge reside em local diverso do seu, tendo ali exercício em cargo público efetivo, de sorte a que o dispositivo constitucional em apreço não sofra redução de aplicabilidade”.

(AGTR 26974 PE, Relator Desembargador Federal Napoleão Maia Filho, data de julgamento: 09.12.99, *DJ* -25.02.2000, p. 2187).

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO A PEDIDO. ART. 36 DA LEI 8.112/90. GARANTIA CONSTITUCIONAL À UNIDADE FAMILIAR. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1 - O art. 36 da Lei nº 8.112/90 prevê a hipótese de remoção a pedido, no âmbito do mesmo quadro.

2 - É direito assegurado na Lei 8.112/90, art. 36, no parágrafo único, e amparado na Constituição, que assegura à família, base da sociedade, especial proteção.

3 - Agravo improvido”.

(AGTR 20454 PE, Relator Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, julgamento em 13.05.1999, publicado no *DJ* de 20.08.1999, p. 587).

Trata-se a remoção, como se vê, de instituto que tem por fim último privilegiar a família como célula *mater* da sociedade, em respeito ao artigo 226 da Carta Magna, merecendo, portanto, o elastério da interpretação extensiva.

Em face do exposto, nego provimento à apelação.

Assim voto.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 232.063-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Apelantes: FRANCISCO FERREIRA DANTAS E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
Apelados: OS MESMOS  
Advogados: DRS. JOSÉ MARIA GAMA DA CÂMARA E OUTROS E DJALMA ARANHA MARINHO NETO E OUTROS

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. TÉCNICA EM ECONOMIA DOMÉSTICA. EXPOSIÇÃO A AGENTES QUÍMICOS E BIOLÓGICOS SEGUNDO LAUDO PERICIAL.**

*- Enquadramento da atividade desenvolvida no anexo IV do Decreto nº 2.172/97.*

*- Atividade insalubre.*

*- Direito adquirido.*

*- Apelações e remessa improvidas.*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e examinados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que integram o presente.

Custas, como de lei.

Recife, 24 de abril de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
– Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Insurgem-se o INSS e a parte autora contra sentença que julgou procedente pedido de reconhecimento de tempo de serviço em atividade insalubre para fins de aposentadoria.

Alega, em resumo, a autarquia apelante que o critério para a concessão da aposentadoria especial foi alterado, retirando-se a mera exigência de atividade profissional e passando a ser exigidos, com o advento da Lei 9.032/95, a apresentação de provas da condição prejudicial à saúde ou à integridade física, bem como a exposição aos agentes nocivos. Por fim, sustenta que o adicional de periculosidade recebido pelo autor não tem qualquer influência jurídica ou vinculação aos benefícios da Previdência, pelo simples fato de que normalmente decorre de acordo coletivo ou ato interno do empregador. Por sua vez, a parte autora alega em suas razões de apelar que os juros de mora devem ser reajustados de 0,5% a.m. para 1,0% ao mês, por motivo de justiça.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de pedido de declaração de existência de relação jurídica válida, pedindo o reconhecimento de tempo de serviço prestado para efeitos de averbação junto à Previdência Social, para fins de aposentadoria integral, após a conversão do tempo de serviço especial em comum, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.213/91.

Segundo provado na inicial, o autor laborou em atividade considerada insalubre, segundo demonstram os documentos

acostados à inicial, em que a parte autora exercia a função de auxiliar de portaria e maqueiro em hospital de grande movimentação, estando em contato constante com pessoas doentes e com agentes agressivos, perfazendo, segundo quadro demonstrativo, o seguinte tempo de serviço:

TEMPO DE ATIVIDADE COMUM				
EMPRESAS	PERÍODOS	ANOS	MESES	DIAS
A Paulicéia	02.05.62 a 30.12.68	06	07	29
Mineração Serras do Sul Ltda.	01.02.76 a 31.12.76	-	11	-
Mineração Serras do Leste Ltda.	01.01.77 a 06.10.77	-	09	06
Organização Rotseu e Rep. Ltda.	01.11.77 a 09.01.78	-	02	09
<b>SOMA</b>		<b>06</b>	<b>29</b>	<b>44</b>
<b>EQUIVALÊNCIA</b>		<b>08</b>	<b>06</b>	<b>14</b>

TEMPO DE ATIVIDADE INSALUBRE				
EMPRESAS	PERÍODOS	ANOS	MESES	DIAS
Hospital Prof. Luiz Soares	01.03.78 a 12.08.87	9	05	12
	15.08.87 a 01.05.97	9	08	17
<b>SOMA</b>		<b>18</b>	<b>13</b>	<b>29</b>
<b>CONVERSÃO</b>		<b>25</b>	<b>18</b>	<b>40</b>
<b>EQUIVALÊNCIA</b>		<b>26</b>	<b>07</b>	<b>10</b>

Perfazendo desta forma um total de 35 anos, 01 mês e 24 dias.

A aposentadoria especial vem de longa data, com a Lei nº 3.807/60, que dispunha, *in verbis*:

"Art. 31. A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 anos de contribuição, tenha trabalhado

durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por decreto do Poder Executivo”.

Em decorrência desta lei, surgiu o Decreto nº 53.831/64, que dispôs sobre a aposentadoria especial instituída pela Lei nº 3.807/60, rezando em seu art. 2º:

“Art. 2º. Para efeitos da concessão de aposentadoria especial, serão considerados serviços insalubres, perigosos ou penosos os constantes do Quadro anexo, em que se estabelece também a correspondência com os prazos referidos no art. 31 da citada lei”.

Somente após a edição da Lei nº 9.032/95 é que se faz necessária a comprovação pelo segurado, perante o INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais, bem como a comprovação, por meio de perícia, da exposição aos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde.

Assim, no período anterior a 28 de abril de 1995, prevalece a presunção legal decorrente da atividade profissional, obedecidos os prazos legais de tempo de serviço e idade, gerando direito à aposentadoria especial, não figurando quaisquer exigências extras, nem mesmo exposição a agentes agressivos.

Ademais, no caso em tela, o autor apresenta laudo técnico elaborado pela DRT e pela empresa em que trabalha, demonstrando que executa atividades em exposição de forma habitual e permanente a doenças, agentes químicos e biológicos, digo, microorganismos e parasitas infecciosos vivos, bacilos e doenças infecto-contagiosas, que se enquadram no Anexo IV do Decreto nº 2.172/97.

Quanto aos juros de mora, são os legais, do art. 1.062 do Código Civil, na base de 6% ao ano. Nesse ponto, não merece reforma a sentença.

Por essas razões, nego provimento às apelações e à remessa oficial.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 238.842-RN

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelado: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
Advogados: DRS. VILMA GRACIETE COSTA E OUTROS (APTE.) E RAULINO SALES SOBRINHO (APDO.)

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO, CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO ESTATUTÁRIA. MORTE DE COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA. INTEGRAÇÃO POR ANALOGIA. VEDAÇÃO LEGAL. INOCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DO DIREITO NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA IGUALDADE. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE DISTINÇÃO EM RAZÃO DO SEXO. COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E VIDA EM COMUM. DEFERIMENTO.**

*- A inexistência de norma que regule situação fática socialmente reconhecida, mas que não encontra previsão legal no ordenamento, não se faz bastante para extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, que, apenas, se caracterizaria na hipótese de expressa vedação da legislação ao deferimento da pretensão do litigante.*

*- É reconhecido pela doutrina o fato de que os ordenamentos jurídicos apresentam lacunas, que se tornam mais evidentes nos*

*dias atuais, em virtude do descompasso entre a atividade legislativa e o célere processo de transformações por que passa a sociedade, de modo que cabe ao juiz, diante de controvérsias às quais falte a norma específica que se lhes aplique, buscar a integração entre direito e realidade, amparando-se nos Princípios Gerais do Direito e, mormente, como é o caso, fazendo uso do método da analogia, evitando, assim, o non liquet.*

*- A legislação previdenciária aplicável aos servidores públicos, regida pela Lei nº 8.112/90, prevê a concessão de pensão por morte ao cônjuge, companheiro do de cujus, sem qualquer vedação expressa a que estes sejam do mesmo sexo.*

*- O artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, esgrimido pela autarquia apelante como norma proibitiva ao reconhecimento do direito à pensão em comento, cuida especificamente da família e das relações de casamento, não visando a regular matéria previdenciária, que é tratada em capítulo próprio da Lex Mater.*

*- A Constituição Federal erigiu o princípio da igualdade como postulado fundamental, com aplicação específica em relação à proteção referente a discriminações quanto ao gênero, consoante o disposto nos artigos 3º, inciso IV, 5º, inciso I, e 7º, inciso XXX, todos da Carta Magna, sendo, por isso, vedadas distinções de qualquer natureza, em razão da opção sexual do indivíduo.*

*- O reconhecimento do direito à pensão previdenciária para companheiro(a) de homossexual, no Regime Geral da Previdência Social, consubstanciado na Instrução Normativa nº 25, de 07 de junho de 2000, editada pelo INSS, pode ser*

*utilizado, por analogia, para a concessão de tal benefício aos servidores públicos federais, em homenagem ao princípio da isonomia.*

*- Exaustivamente comprovada pelo promovente, inclusive através de prova documental, a sua dependência econômica em relação ao de cujus, consequência direta do desfazimento de atividade comercial própria, em face do projeto de vida em comum, também cabalmente demonstrado.*

*- Preenchidas pelo autor diversas das exigências constantes da Instrução Normativa suso mencionada e sendo-lhe vedado materializar os demais itens, por obstrução do próprio Poder Público, que não admitiria a sua inscrição como dependente do de cujus, para efeitos fiscais e de dependência econômica, na ficha cadastral do órgão patronal, é de lhe ser concedido o direito à pensão requerida.*

*- A implantação do benefício deve ser retroativa à data do óbito, nos termos do artigo 215 da Lei nº 8.112/90, sendo mantidos os juros de mora à taxa de 0,5 % (meio por cento), a partir da citação, e os honorários em 10% (dez por cento) do valor da condenação.*

*- Apelação e remessa improvidas.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento ao apelo, nos termos do voto da Relatora e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 30 de agosto de 2001 (data do julgamento).



DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI - Relatora

## RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de ação movida contra o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, objetivando a concessão do benefício de pensão por morte de companheiro homossexual, servidor público da autarquia ré, falecido em 09.06.1999. Diz o autor, ora apelado, que manteve união homossexual estável com o *de cujus* por quatro anos, de maio de 1995 até junho de 1999, data do seu óbito.

Afirma, também, que era proprietário de pequeno comércio de locação de veículos e, posteriormente, de uma locadora de fitas de vídeo, tendo vendido os referidos negócios com o propósito de financiar a construção de uma casa que serviria de residência para ambos, passando, a partir daí, a depender economicamente de seu companheiro.

Alega que não foi designado por aquele como seu dependente, para evitar discriminações no local de trabalho. Mas, quando soube de sua doença, o *de cujus* doou-lhe por testamento quase todos os seus bens, indicando-o, ainda, como testamenteiro.

Como prova de suas alegações, junta vasta documentação: certidão de óbito do companheiro falecido, fotografias, correspondência dirigida a ambos, cheques e notas promissórias emitidas pelo apelado para custear as despesas com a doença do *de cujus*, recibo de venda da sua locadora de vídeos, escritura pública de testamento, entre outros.

Contestando, o INSS suscitou preliminar de carência de ação, face à impossibilidade jurídica do pedido, ante a ausência, no ordenamento jurídico pátrio, de dispositivo legal que discorra sobre a matéria em comento. Aduz que a união homossexual

não está compreendida no conceito de união estável, uma vez que o § 3º do art. 226 da CF/88 prevê apenas "a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar".

Alega, ainda, que a IN nº 25/00, que disciplina os procedimentos que devem ser adotados para a concessão de pensão por morte destinada ao companheiro ou companheira homossexual, trata apenas do Regime Geral da Previdência Social, não podendo abranger o presente pedido, que cuida de pensão regida pela Lei 8.112/90, Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Federais.

Ao final, argúi que não foi demonstrada nos autos a dependência econômica, condição *sine qua non* à percepção do benefício em questão.

Em sua r. sentença, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido, determinando que o INSS conceda ao autor a pensão por morte, na qualidade de companheiro do servidor público federal falecido, com efeitos retroativos à data do óbito.

Inconformada, apela a autarquia, apresentando os mesmos fundamentos trazidos na contestação.

Após contra-razões, subiram os autos a esta Corte, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

## VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

A questão versa sobre a possibilidade de o autor, ora apelado, receber o benefício de pensão por morte em decorrência do falecimento de seu companheiro, servidor público federal, com quem vivia há quatro anos, numa união estável homossexual.

A sentença monocrática é irretocável. Com sensibilidade social, marcadamente inovadora, mas com sólida fundamentação jurídica, decidiu o douto Juiz Ivan Lira de Carvalho, da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte,

pela procedência da ação. Soube, com equilíbrio, solucionar a lide, aplicando de forma adequada princípios constitucionais, combinados com as normas previdenciárias vigentes. Analisando a vasta prova colacionada aos autos por meio de documentos, dentre os quais saliento a escritura pública de testamento e o recibo de venda da locadora pertencente ao solicitante, concluiu o MM. Juiz *a quo* pela evidência de uma forma de união estável entre os conviventes, bem como pela dependência econômica do supérstite relativamente ao *de cuius*.

Rejeita, o ilustre Juiz sentenciante, a preliminar levantada pelo INSS de extinção do processo sem julgamento do mérito por carência de ação, ante a impossibilidade jurídica do pedido, em face da ausência de previsão no ordenamento jurídico brasileiro que conceda pensão estatutária a companheiro homossexual .

Do mesmo modo, afasta o Magistrado *a quo* os argumentos de mérito aduzidos pela autarquia apelante de que a união homossexual não está compreendida no conceito de união estável, disciplinada pelo § 3º do art. 226 da CF/88, como, também, que a IN nº 25/00, que dispõe sobre os procedimentos que devem ser adotados para a concessão de pensão por morte destinada ao companheiro ou companheira homossexual trata, tão-só, do Regime Geral da Previdência Social. Refuta, ainda, a alegação do INSS de que não poderia estender o benefício ao presente pedido, posto que versa sobre pensão disciplinada pelo Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Federais, Lei 8.112/90. Também, diferentemente do órgão previdenciário, reconhece o Juiz singular que a dependência econômica está demonstrada nos autos, condição *sine qua non* à percepção da pensão em comento.

#### **DA PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO:**

Comungo da mesma opinião do douto Juiz monocrático, entendendo que não merece prosperar a preliminar levantada de carência de ação, por impossibilidade jurídica do

pedido.

Na verdade, a lei adjetiva autoriza o juiz a extinguir o processo sem julgamento do mérito quando constatar que não estão presentes as condições da ação, podendo conhecer de ofício ou por provocação do réu na sua resposta, nos termos do inciso IV do art. 267 do CPC. Todavia, este não é o caso.

Os debates doutrinários são intensos sobre esse tema, embora o legislador pátrio tenha optado pela *teoria da ação*, que a considera um direito abstrato de agir. Aderiu, assim, ao pensamento de Liebman, adotado por Alfredo Buzaid, distanciando-se da teoria do direito concreto de agir (ou do direito potestativo de agir) de Chiovenda, que via as condições da ação inseridas no mérito da causa. Inclusive, ainda há os autores que não polarizaram com as teorias mencionadas, como, por exemplo, Galeno Lacerda, no seu *Ensaio de uma Teoria Eclética da Ação*.<sup>1</sup>

Mas, tendo em vista a legislação processual vigente, que considera três as condições da ação, ao lado da legitimidade para a causa e do interesse de agir, está a *possibilidade jurídica do pedido*. A doutrina, que inspirou o Código, vê esta última condição, sinteticamente, como: a existência, dentro do ordenamento jurídico, de um tipo de providência, tal como a que se pede. Ou, conforme o próprio Liebman, “a admissibilidade em abstrato do pronunciamento pedido, segundo as normas vigentes no ordenamento jurídico nacional”.<sup>2</sup>

Autores reconhecem que, embora a idéia de possibilidade jurídica como condição da ação se deva a Liebman, entretanto, na terceira edição de seu *Manual*, abandonou-a, subsumindo-a no interesse de agir.<sup>3</sup>

No magistério de Humberto Theodoro Jr., a possibilidade jurídica do pedido, como uma das condições da ação, decorre do fato de que deve existir, abstratamente, dentro do

---

<sup>1</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lei nº 5.689, de 11 de janeiro de 1973, vol. II, arts. 154-269. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 430 e seguintes.

<sup>2</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi dei Processi Civile*, Morano Editore, Itália, s/d, p. 46.

<sup>3</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*, p. 113.

ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação. Esse requisito, de tal sorte, consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte, em face do direito positivo em vigor.<sup>4</sup>

Piero Calamandrei vê como um dos requisitos da ação a relação entre o fato e a norma, admitindo que: “O primeiro requisito da ação é a preexistência, no campo substancial, de um direito subjetivo a fazer valer em juízo” [...], mas, também, afirma: “Na realidade esta fórmula não seria exaustiva, porque existem casos nos quais a ação surge apesar de não preexistir em relação a ela nenhum direito subjetivo substancial, como ocorre quando, da verificação no campo substancial de um determinado fato específico, surge imediatamente a ação como direito a obter do juiz uma certa mudança jurídica que só o juiz pode pronunciar (sentenças constitutivas necessárias)”.<sup>5</sup>

Vejo, como muito oportuno, o questionamento de Moniz de Aragão, quando coloca: “O problema entronca, em parte, na disputa sobre a plenitude do ordenamento jurídico, ou a existência de lacunas na lei. Se se entender sob esse ângulo, desloca-se para o campo da Filosofia do Direito. Mas, é necessário tê-lo em conta sob outro ângulo, muito bem focalizado por Chiovenda, quando fez a distinção entre o ordenamento jurídico italiano e o suíço.<sup>6</sup> Distinguindo-os, reconhecia que neste, ocorrendo um fato novo que não fosse possível encontrar no sistema das normas uma disposição aplicável, autorizaria o julgador a aplicar regras que editaria como se legislador fosse.

Norberto Bobbio<sup>7</sup>, analisando os aspectos do ordenamento jurídico, ao lado da unidade e da coerência, labora,

---

<sup>4</sup> THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 53.

<sup>5</sup> CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*, volume 1, Campinas: Bookseller, Editora, 1999, p. 206.

<sup>6</sup> ARAGÃO, E. Moniz, op. cit., p. 433.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UNB Editora, 8ª edição, p. 115.

também, sobre a completude, explicitando que: “Por ‘completude’ entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente ‘lacuna’ (num dos sentidos do termo ‘lacuna’), ‘completude’ significa ‘falta de lacunas’. [...] A incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite. De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma como foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna”.

O *dogma da completude jurídica*, como lembra Bobbio, presente no Código Civil Francês (art. 4º), está, em parte até agora, na teoria jurídica européia de origem romana, sendo considerado por alguns como um dos aspectos salientes do positivismo jurídico, provavelmente fundado na tradição do Direito Romano, do *Corpus Iuris*, ao qual nada há a acrescentar e do qual nada há a retirar.<sup>8</sup>

O *dogma da completude* expressava o monopólio da produção jurídica pelo Estado, em decorrência do crescimento do seu poder, com a absorção, pela lei, das demais fontes do Direito - o *fetichismo da lei*, como chamou Bobbio<sup>9</sup>, associando-o às grandes codificações.

Como reação, ter-se-ia que abolir a crença de que o Direito estatal é completo e, conseqüentemente, reconhecer a existência de lacunas. Estas, hoje admitidas, especialmente à medida em que o poder do Estado tende a diminuir e as grandes codificações já não espelham um modelo adequado à sociedade atual. As transformações sociais estão se operando com tão grande velocidade que impelem o legislador a acompanhá-las com a adequada celeridade. Devendo, também, apreciar as situações reais e os temas novos que exijam uma normatização, como, por exemplo, em face do desenvolvimento bio-tecnológico, não imaginado com possibilidades concretas

---

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 119.

<sup>9</sup> BOBBIO, op. cit., p.1 21.

no Século XIX.

Os doutrinadores classificam as lacunas sob várias formas: reais e ideológicas; próprias e impróprias; subjetivas e objetivas; voluntárias e involuntárias, ou ainda, *praeter legem* e *intra legem*. Ante a constatação da existência de uma lacuna, há que se buscar os métodos para preenchê-la, que, na terminologia de Carnelutti, são dois: *heterointegração* e *auto-integração*.

O método da heterointegração é um recurso a outros ordenamentos, podendo o juiz, ante a lacuna no Direito positivo, socorrer-se, também, do Direito Natural. Nos Códigos modernos, já não aparece tal referência, tendo sido substituída pelos princípios gerais do Direito (considerados como método de auto-integração). Pode-se, ainda, referir-se ao poder criativo do juiz, ou seja, ao chamado *Direito Judiciário*, mais utilizado nos sistemas de origem *anglo-saxã* do que nos sistemas de origem *continental*, salvo, nestes, quando se atribui o poder de emitir juízos de equidade. Pode-se, ainda, falar-se no recurso às opiniões dos juristas, o *Direito científico*, de Savigny.

Quanto à auto-integração, há dois métodos de procedimento: a analogia e os princípios gerais do Direito. Entende-se por analogia o procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulamentado a mesma disciplina aplicada a um outro semelhante e regulamentado. Mas, é preciso ter-se claro que, para se utilizar a analogia, é necessário que a semelhança seja relevante, e se encontre, entre ambas as situações, a mesma *ratio legis*.

Como ensina o mestre Miguel Reale, "A analogia atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins. Pelo processo analógico, estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um todo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos, segundo um antigo e sempre novo ensinamento: *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio* (onde há a

---

<sup>10</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito* – 25ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 298.

mesma razão deve haver a mesma disposição de direito)".<sup>10</sup>

Embora não se tenha no Brasil um regime como o suíço (art. 1º do Código Civil) ou como o anglo-saxão, o Direito aqui aplicado sempre admitiu a possibilidade de preenchimento das lacunas, dos vazios da lei, a fim de se dar uma resposta jurídica, favorável ou contrária, mas se evitando o *non liquet*.

Tal previsão aparecia desde as Ordenações do Reino (Manuelinas e Filipinas), na Lei da Boa Razão, na Constituição de 1934 (art. 113, nº 37), na Lei de Introdução ao Código Civil (na redação de 1916, artigos 5º e 7º), no Código de Processo Civil de 1939 (artigos 113 e 114).

Atualmente, está expressa, no direito pátrio, no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, na redação de 1942, e no vigente Código de Processo Civil, no art. 126.<sup>11</sup>

Assim, no meu entendimento, a possibilidade jurídica do pedido deve ir além da prévia existência de uma norma positiva que o torne admissível em abstrato, já que o próprio ordenamento jurídico permite que se invoquem métodos (analogia) ou outras fontes do Direito (princípios gerais do direito, costume), para suprir as eventuais lacunas da lei.

Mais uma vez, concordo com a posição esposada por Moniz de Aragão, que, "sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício; aí, sim, faltaria a possibilidade jurídica. Se o caso for de ausência de um preceito que ampare, em abstrato, o pronunciamento pleiteado pelo autor, ainda não se estará, verdadeiramente, em face da impossibilidade jurídica".<sup>12</sup>

Parece-me claro que a fundamentação para o preenchimento da lacuna existente pode ser extraída, em primeiro

---

<sup>11</sup> LICC - art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito; CPC, art. 126: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito - (redação dada pela Lei 5.925, de 1º.10.1973).

<sup>12</sup> Aragão, E. Moniz, op. cit., p. 435.



plano, da própria Constituição Federal de 1988, que traz, nos art. 1º, II, III<sup>13</sup>, art. 3º, I, IV<sup>14</sup>, art. 5º, *caput* e I<sup>15</sup>, art. 201, V<sup>16</sup>, sua pedra angular, qual seja, o reconhecimento da igualdade e da dignidade de todos os brasileiros, como seres humanos, independentemente de quaisquer distinções que possam acarretar discriminações. Estes enfoques basilares levaram-na a ser cognominada *Constituição Cidadã*. No Estado democrático e de direito, que se propõe a ser moderno, não é de se admitir que se tratem diferenciadamente as pessoas, por razões que a Constituição não distinguiu e, até mesmo, vedou a distinção.

O ponto central desta lide consiste em saber se o requerente se enquadra no rol dos beneficiários da pensão por morte, concedida pela autarquia previdenciária, o que deverá ser objeto da análise de mérito.

Assim, rejeito a preliminar de carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, arguida pelo apelante.

## MÉRITO

Aprende-se, desde as primeiras aulas do curso jurídico, que o Direito surge ao longo da vida das sociedades como procedimento de solução de conflitos de interesses, e

---

<sup>13</sup> CF de 1988 - art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamento: I - *omissis*; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana.

<sup>14</sup> CF de 1988 - art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - *omissis*; III [...]; IV promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>15</sup> CF de 1988 - art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade de direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

<sup>16</sup> CF de 1988 - art. 201, V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

mantém-se em constante evolução para reconhecer ou estabelecer novos padrões de conduta e promover a cooperação entre os indivíduos na realização dos objetivos próprios e comuns à mesma sociedade.

Pode-se, então, questionar se o Direito Previdenciário Brasileiro em vigor estaria apto a solucionar as controvérsias que surgem em função das modificações sociais, entre elas, as que são fruto da visibilidade da existência de união de pessoas do mesmo sexo, e os reclamos delas conseqüentes. Se não estiver, como poder-se-ia encarar essa questão aplicando-se o nosso sistema jurídico.

Neste caso, trata-se de pensão por morte de servidor público, regido pelo regime da Lei 8.112/90, destinada a companheiro do mesmo sexo com quem coabitava sob a dependência econômica do *de cujus*.

É de se perguntar: deve-se respeitar e aplicar a isonomia estabelecida na Constituição Federal, utilizar-se a analogia e os princípios gerais do Direito, ou deixar-se à margem uma relação existente de fato e que a parte busca o amparo jurisdicional por lhe ter faltado o administrativo? O Direito deve apenas continuar trabalhando *a posteriori* na solução das controvérsias ou estabelecer os parâmetros do comportamento humano, protegendo os cidadãos nas suas relações pessoais? Não é demais lembrar o que já ensinavam os romanos: "O Direito existe por causa dos homens".

Mas, se o texto da norma jurídica se apresenta obscuro, duvidoso ou omissivo, diante das condições sociais, o magistrado deve buscar os métodos previstos na própria lei para sanar a obscuridade ou a dúvida e preencher a lacuna, no caso de omissão do legislador. Esta não deve servir de obstáculo à imposição de obrigações, nem à outorga ou negativa de direitos nas relações existentes.

Neste caso concreto, para solucioná-lo, ante a lacuna existente, ou seja, não estar prevista expressamente a hipótese de pensão por morte para companheiro do mesmo sexo, quando regida pela Lei 8.112/90, é de se utilizar a analogia, admitida no art. 4º da LICC e art. 126 do CPC, com amparo nos dispositivos constitucionais que cuidam da *isonomia* entre as

pessoas.

Constitui a Previdência o principal meio de satisfação da seguridade social, proporcionando aos seus segurados proteção contra as privações econômicas e sociais, objetivando, destarte, assistir financeiramente aos que contribuíram para os seus cofres, dando cobertura às mais diversas situações, compensando as quantias recolhidas pelo segurado ao longo do tempo, para si e seus dependentes. Assim, o direito à percepção do benefício previdenciário, no caso dos segurados, não é uma benesse do poder público, mas decorre do exercício do trabalho remunerado e do pagamento de contribuições previdenciárias. No tocante aos dependentes, o direito ao benefício tem como causa a dependência econômica real ou presumida.

Determina o art. 201 da Constituição Federal de 1988:

“A Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I a IV - *omissis*;

V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes”.

O art. 215 da Lei 8.112/90 estabelece, *in verbis*: “Por morte do servidor, os dependentes fazem jus a uma pensão mensal de valor correspondente ao da respectiva remuneração ou provento, a partir da data do óbito, observado o limite estabelecido no art. 42”.

Como complemento ao artigo antes citado, dispõe a regra constante do art. 217 da mencionada Lei 8.112/90:

“São beneficiários das pensões:

I - vitalícia:

*omissis*;

*omissis*;

o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;

*omissis*;

*omissis".*

Se os artigos supra-referidos não tratam clara e expressamente da possibilidade de que os companheiros sejam de sexos diferentes, também não vedam que tenham o mesmo.

Já a Lei 8.213/91, no art. 16, com as alterações dadas pelas Leis nº 9.032/95 e nº 9.528/97, quando trata dos dependentes, manteve o § 3º, que inclui o conceito de companheiro, correlacionando ao art. 226, § 3º, da CF. Mesmo nele, não estão expressamente tratadas as relações homossexuais, que de fato existem na forma de uniões estáveis, deixando um hiato entre a realidade e a norma, o que se identifica como uma lacuna.

Mas, vale repetir e ressaltar que a Constituição Federal de 1988, objetivando uma sociedade mais justa e solidária, voltada para o bem de todos, o bem comum, afasta os preconceitos relativos à origem, à raça, *ao sexo*, à cor, à idade, assim como quaisquer outras formas de discriminação, conforme estabelece de modo claro no inciso IV do seu art. 3º. Fica, portanto, qualquer limitação à união estável formada exclusivamente por homem e mulher, bem aquém dos princípios maiores da *isonomia, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, que são cláusulas pétreas da Carta Maior* (grifei).

Não poderia deixar de mencionar que os princípios acima elencados estão presentes em diversos Tratados Internacionais sobre direitos humanos nos quais o Brasil é parte, como o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (ONU - 1966), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (San Jose, 1969), ambos em vigor entre nós, desde 1992. Estes e muitos outros textos internacionais estão, nos termos da própria Constituição, à mesma equiparados, na melhor interpretação dada ao § 2º do seu art. 5º.

Não é de se invocar o § 3º do art. 226 da Constituição Federal como impedimento ou vedação constitucional ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. É preciso observar que, pelo teor do dispositivo, está ele voltado, especialmente, para a família e o instituto do casamento, conforme se depreende de todos os parágrafos do citado artigo,

o que difere substancialmente deste caso concreto:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

[...]”.

Neste processo, faltaria condição de ação, por impossibilidade jurídica, se o pedido fosse de reconhecimento de casamento. Embora o ordenamento jurídico de muitos países do mundo já contemplem casamento de pessoas do mesmo sexo, tal ainda não existe no Brasil. Aqui se trata, apenas, da concessão de uma pensão previdenciária, que não é exclusiva do cônjuge mulher ou marido supérstite, mas que é admissível em várias situações de dependência.

A meu sentir, o § 3º do art. 226 da CF não é exaustivo no sentido de que seja a única forma de *união estável* aquela composta por homem e mulher. O espírito do artigo volta-se para a formação de *entidade familiar equiparável a casamento*. E até mesmo esta, pelo parágrafo seguinte (§ 4º, art. 226, CF), pode ser composta por um grupo, formado por qualquer dos pais e seus descendentes.

Versando sobre o tema, escreve a constitucionalista gaúcha, professora Rosah Russomano:

“A união, segundo os termos constitucionais (art. 226, § 3º), deve efetuar-se entre *homem e mulher*. Cabe lembrar que a referência a esta união, entre *homem e mulher*, já fora inserida no ‘Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos’, por emenda das correntes conservadoras, receosas de que os direitos decorrentes da mesma abrangessem os que houvessem se ligado via *relação homossexual*. Não obstante, logo após a promulgação da nova Constitui-

ção, começaram a repontar movimentos dinamizando o designado 'direito alternativo', no sentido de que a *união estável*, nesta hipótese, fosse regulada com abrangência positiva, incidindo assim sobre os direitos à propriedade, à sucessão e a outros".<sup>17</sup>

A opção sexual do indivíduo é um direito personalíssimo, não cabendo apreciação de terceiros e muito menos o julgamento da conduta, com censuras ou discriminações. É preciso lembrar que as uniões homossexuais sempre existiram ao longo de toda a história da humanidade. Em alguns períodos ou sob certos regimes, mantinham-se mais encobertas ou mesmo proscritas. O que acontece nos dias atuais, a bem da verdade, é um maior realismo, afastados os disfarces utilizados para encobrir fatos que o moralismo não permitia viessem a público. O que é moderno não é a união estável de pessoas do mesmo sexo, mas a aceitação social de uma realidade que só aos parceiros cabe decidir e que deve ser respeitada como opção de vida de cada um.

Nos termos em que se acha colocado o caso objeto deste recurso, não se pode acolher a alegação de afronta à Constituição da República, e, muito menos, à legislação infraconstitucional. Ao contrário do que muitos afirmam, o que fere a Constituição é discriminar em razão da opção sexual. Bem observa a Desembargadora Maria Berenice Dias, no seu livro *União Homossexual, o Preconceito & a Justiça*, quando trata no item sobre *a liberdade de optar*: "O princípio constitucional da igualdade, erigido como cânone fundamental, outorga específica proteção no que diz respeito às questões de gênero. Expressamente, tanto o inciso IV do art. 3º, como o inciso I do art. 5º e inciso XXX do art. 7º, proibem qualquer desigualdade em razão do sexo. Ditas normas alcançam a vedação de discrimen à conduta afetiva do indivíduo no que concerne a sua opção sexual. " *Com efeito, a discriminação de*

---

<sup>17</sup> RUSSOMANO, Rosah. Verbete da Enciclopédia do Direito Brasileiro, Direito Administrativo, Constitucional e Tributário, vol 1, Rio de Janeiro: Forense. 2000, p. 380.

*um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada) de discriminação sexual*".<sup>18</sup>

Pertinente a posição do Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, para quem "Não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos, mas é também imprescindível que a lei em si considere todos igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser sopesadas para o prevalecimento da igualdade material em detrimento da obtusa igualdade formal".<sup>19</sup>

José Afonso da Silva, ao apreciar a igualdade "sem distinção de sexo e de orientação sexual", reconhece que "A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para desequiparações e preconceitos".<sup>20</sup>

Ademais, é de se salientar que o próprio INSS baixou a Instrução Normativa nº 25, de 07 de junho de 2000, nos seguintes termos:

"Estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte de companheiro ou companheira homossexual".

---

<sup>18</sup> DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual, o Preconceito & a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 65/6; RIOS, Roger Raupp. *Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade*. *Revista CEJ do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal*. Brasília, dez. 1998, nº 6, p. 29, *apud* Dias, Maria Berenice, *op. cit.* p. 66.

<sup>19</sup> LIMA, Paulo Roberto Oliveira, *Isonomia entre sexos no sistema jurídico nacional*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1993, p. 16

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 227.

## FUNDAMENTAÇÃO LEGAL:

Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0

“A DIRETORIA COLEGIADA DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em reunião extraordinária realizada no dia 07 de junho de 2000, no uso da competência que lhe foi conferida pelo inciso III, do artigo 7º, do Regimento Interno do INSS, aprovado pela Portaria nº 6.247, de 28 de dezembro de 1999, e CONSIDERANDO a determinação judicial proferida em Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0;

CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer rotinas para uniformizar procedimentos a serem adotados pela linha de benefícios, resolve:

Art. 1º Disciplinar procedimentos a serem adotados para concessão de pensão por morte a ser paga ao companheiro ou companheira homossexual.

Art. 2º As pensões requeridas por companheiro ou companheira homossexual reger-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da IN INSS/DC nº 20, de 18.05.2000, relativas à pensão por morte.

Art. 3º A comprovação da união estável e dependência econômica far-se-á através dos seguintes documentos:

I - declaração do Imposto de Renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;

II - disposições testamentárias;

III - declaração especial feita perante tabelião (escritura pública declaratória de dependência econômica);

IV - prova de mesmo domicílio;



V - prova de encargos domésticos evidentes à existência de sociedade ou comunhão dos atos da vida civil;

VI - procuração ou fiança reciprocamente outorgada;

VII - conta bancária conjunta;

VIII - registro em associação de classe, onde conste o interessado como dependente do segurado;

IX - anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;

X - apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;

XI - ficha de tratamento em instituição de assistência médica da qual conste o segurado como responsável;

XII - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome do dependente;

XIII - quaisquer outros documentos que possam levar à convicção do fato a comprovar.

Art. 4º - Para a referida comprovação, os documentos enumerados nos incisos I, II, III e IX do artigo anterior constituem, por si só, prova bastante e suficiente, devendo os demais serem considerados em conjunto de no mínimo três, corroborados, quando necessário, mediante Justificação Administrativa - JA.

Art. 5º - A Diretoria de Benefícios e a DATA-PREV estabelecerão mecanismos de controle para os procedimentos ora estabelecidos nesta Instrução Normativa.

Art. 6º - Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Crésio de Matos Rolim”.

A autarquia, embora em atendimento a decisão judicial, mantida em todas as instâncias do Poder Judiciário (inclusive, pelos Tribunais Superiores), ao instituir as normas visando a

beneficiar, tão-somente, os segurados abrangidos pelo Regime Geral da Previdência, criou, por um lado, restrições que discriminam outros indivíduos que se encontram em situação semelhante, ou seja, os servidores públicos federais, regidos pela Lei 8.112/90. Por outro, oferece as normas que poderão ser utilizadas, no processo de auto-integração, mediante o mecanismo da analogia.

Tem-se assistido, no que se refere à pensão previdenciária, a freqüentes modificações nas regras pertinentes à concessão e aos beneficiários, tanto incluindo determinadas categorias de pessoas, como, por exemplo, a proteção que foi reconhecida às filhas solteiras e ao menor designado, posteriormente, excluídos, como admitindo-se que os pais do segurado ou a concubina viessem a se tornar dependentes deste. Portanto, não seria surpreendente que o conceito de dependência jurídica fosse alargado para coincidir com outra forma de dependência de fato, no caso, a decorrente de união estável homossexual.

É oportuno citar o acórdão do eminente juiz Nylson Paim de Abreu, do TRF da 4ª Região, quando do julgamento de caso semelhante na AC 2000.04.01.0736438/RS, *in verbis*:

“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO. COMPANHEIRO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. REALIDADE FÁTICA. TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS. EVOLUÇÃO DO DIREITO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE IGUALDADE. ARTIGOS 3º, IV, E 5º. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1 - A realidade social atual revela a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na condição de companheiros, como se casados fossem.

2 - O vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório.

3 - O princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988, inscrito nos arts. 3º, IV, e 5º, aboliu definitivamente qualquer forma de discriminação.

4 - A evolução do direito deve acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas relações interpessoais.

5 - A dependência econômica do companheiro é presumida, nos termos do § 4º do art. 16 da Lei 8.213/91.

6 - Estando comprovada a qualidade de segurado do *de cujus* na data do óbito, bem como a condição de dependente do autor, tem este o direito ao benefício de pensão por morte, o qual é devido desde a data do ajuizamento da ação, uma vez que o óbito ocorreu na vigência da Lei nº 9.528/97.

7 - As parcelas vencidas deverão ser corrigidas monetariamente desde quando devidas pelo IGP - DI (Medida Provisória nº 1515/96).

8 - Juros de mora de 6% ao ano, a contar da citação.

9 - Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, nesta compreendidas as parcelas vencidas até a execução do julgado.

10 - Apelações providas”.

É importante observar que a jurisprudência brasileira vem reconhecendo direitos decorrentes da convivência entre pessoas do mesmo sexo, em diversas matérias, demonstrando uma nítida evolução de conceitos anteriormente restritos a relações de casamento e de concubinato.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre a divisão do patrimônio, em sociedade de fato, formada por homossexuais:

“SOCIEDADE DE FATO. Homossexuais. Partilha do bem comum.

- O parceiro tem o direito de receber a metade

do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos previstos no art. 1.363 do Código Civil.

- *Omissis*;

- Recurso conhecido em parte e provido”.

(REsp 148897/MG, STJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 10.02.98).

A 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, considerou como dependente, em Plano de Saúde, companheiro homossexual, ante a inaplicabilidade do § 3º do art. 126:

“ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA FEDERAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 273 DO CPC NA SENTENÇA. MERA IRREGULARIDADE. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DO § 3º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCLUSÃO COMO DEPENDENTE EM PLANO DE SAÚDE. VIABILIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE, DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA. ART. 273 DO CPC. EFETIVIDADE À DECISÃO JUDICIAL. CAUÇÃO. DISPENSA.

1. *Omissis*.

2. 3. 4. 5. [...]

6. A recusa das rés em incluir o segundo autor como dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na FUNCEF, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que viola o princípio constitucional da igualdade que proíbe discriminação sexual. Inaceitável o argumento de que haveria tratamento igualitário para todos os HOMOS-

SEXUAIS (femininos e masculinos), pois isso apenas reforça o caráter discriminatório da recusa. A discriminação não pode ser justificada apontando-se outra discriminação.

7. Injustificável a recusa das rés, ainda, se for considerado que os contratos de seguro-saúde desempenham um importante papel na área econômica e social, permitindo o acesso dos indivíduos a vários benefícios. Portanto, nessa área, os contratos devem merecer interpretação que resguarde os direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de restar inviabilizada a sua função social e econômica.

8. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que se alegar a ausência de previsão legislativa, pois, antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas relações heterossexuais. Trata-se da evolução do Direito, que, passo a passo, valorizou a afetividade humana, abrandando os preconceitos e as formalidades sociais e legais.

9. 10. 11. [...]

12. Apelações improvidas".

(TRF 4ª Região, AC 170491/RS, Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 20.08.1998. *DJU*, data: 24.11.1998, página: 585. Relatora Juíza Marga Inge Barth Tessler. Decisão: A turma, por unanimidade, negou provimento aos recursos).

Neste processo, o autor comprovou, suficientemente, a sua condição de companheiro do *de cujus*, coabitando com o mesmo, numa forma de união estável entre dois seres humanos. Apresentou vasta prova documental, entre as quais: a certidão

de óbito de seu companheiro, fotografias em sua companhia, cartões de viagens e felicitações relacionados ao demandante e ao *de cujus*, autorização para dirigir o seu veículo, cheques e notas promissórias emitidas pelo requerente para custear as despesas hospitalares quando da enfermidade que vitimou seu parceiro, extrato de conta do American Express Card, seguro de vida efetuado pelo *de cujus* em favor do autor, escritura pública de testamento fazendo-o seu herdeiro e testamentário, e mais, como prova de sua dependência econômica, o recibo de venda da sua locadora, única fonte de renda de que dispunha.

Observe-se a conduta do apelado. Ao saber da doença que infectara o seu companheiro, não o abandonou. Ao contrário, assumiu os cuidados e as responsabilidades, procurando minimizar os efeitos da enfermidade, ainda sem cura. Vê-se, pelas fotografias anexadas, o esforço do apelado em proporcionar momentos de alegria ao companheiro doente. Acompanhou-o em viagem de tratamento, responsabilizou-se perante hospitais, assinou títulos como garantia pelo pagamento da assistência médica, até o momento do óbito.

Aprecie-se, também, a forma como procedeu o companheiro enfermo, fazendo um testamento público onde lhe legara quase todos os seus bens, nomeando-o testamentário. Nada forjado, numa atitude consciente, pois também deixara parte dos bens à sua própria irmã.

Dos documentos anexados, depreende-se uma vida em comum, com residência sob o mesmo teto, contas bancárias e cartão de crédito conjuntos, correspondência expedida por ambos e recebida dos mesmos destinatários. Apresentaram conduta similar à praticada, naturalmente, neste País, por casais heterossexuais de classe média.

Aplicando-se, a este caso, as exigências para o reconhecimento da condição de companheiro previstas na referida IN 25, de 07.06.00, o apelado preenche, satisfatoriamente, como bem analisados pelo douto Juiz *a quo*, os itens que são decorrentes da manifestação livre da vontade de ambos, tais como os incisos II, IV, V, VI, VII, X e XI do art. 3º.

O não-preenchimento de outras exigências pode ser

atribuído, também, ao não-reconhecimento pelos próprios órgãos públicos. Assim, a Receita Federal glosaria a indicação do seu nome como dependente, na Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física; ou o órgão patronal indeferiria a sua inscrição na ficha funcional, sob tal condição.

É, ainda, de se observar que não foi comprovada a suficiência econômica do apelado. Juntou, ao contrário, prova de que se desfizera de um pequeno comércio para investir na construção de um imóvel que viria a servir de residência para ambos. Ao final, veio-lhe este por disposição testamentária, o que pode ser interpretado como o reconhecimento, pelo *de cujus*, da sua contribuição para a edificação e, também, de uma situação fática de meeiro, transformada, pela morte do testador, em herança.

É preciso, contudo, uma análise extremamente cuidadosa de cada caso. Em que pese estar-se admitindo a possibilidade de concessão da pensão ao companheiro ou companheira homossexual, todavia, faz-se indispensável a rigorosa comprovação das alegações visando a coibir abusos que possam surgir, como a criação artificial de situações, apenas para justificar o locupletamento de um benefício que, de outra forma, não seria auferido.

Assim, ante todas as evidências apresentadas neste processo, não há como negar a existência de uma união estável e de uma dependência econômica entre o autor, ora apelado, e o falecido servidor público federal.

O referido benefício é devido a partir da data do óbito, em conformidade com o que determina o artigo 215 da Lei 8.112/90.

Juros de mora mantidos em 0,5% ao mês, a partir da citação.

Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação, em conformidade com o disposto no art. 20, § 3º, do CPC.

Diante do exposto, nego provimento à remessa e ao apelo, mantendo a decisão em todos os seus termos.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 240.329-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADDELHA  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
Apelado: HORÁCIO ANTÔNIO FOLLY LUGON  
Advogados: DRS. DJALMA ARANHA MARINHO NETO E OUTROS (APTE.) E ENÉLIO LIMA PETROVICH E OUTRO (APDO.)

***EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. GEÓLO-GO. PRESUNÇÃO LEGAL DE INSALUBRIDA-DE.***

*- Para efeitos de aposentadoria especial, o ordenamento jurídico pátrio consagrava a presunção de insalubridade ou periculosidade relativamente a certas categorias profissionais.*

*- Até a edição da Lei nº 9.032/95, a insalubridade nas atividades de geologia gozava de presunção legal.*

*- O apelado faz jus à contagem do tempo de serviço como especial, nos moldes da legislação então vigente.*

*- Apelação e remessa oficial improvidas.*

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 11 de outubro de 2001 (data do julgamento).



DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA –  
Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO  
GADELHA:

Cuida-se de apelação e remessa oficial em face de sentença que julgou procedente o pedido do autor, reconhecendo como tempo de serviço especial, para efeitos de aposentadoria, o período laborado na Petrobrás como geólogo.

Em razões de apelação, aduz o recorrente, em síntese, que o apelado não comprovou a efetiva exposição a agentes físicos, químicos ou biológicos prejudiciais à saúde ou à integridade física, na forma exigida pela Lei nº 9.032/95, a qual modificou a disciplina normativa da aposentadoria especial.

Alega, ainda, que a consideração do referido tempo de serviço como especial só seria possível se o apelado já tivesse implementado todos os requisitos para a concessão da aposentadoria, de acordo com a legislação vigente, o que não se verificou.

Contra-razões apresentadas.

Relatei.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO  
GADELHA (Relator):

Não assiste razão ao apelante.

No que se refere à aposentadoria especial, o ordenamento jurídico pátrio consagrava a presunção de insalubridade ou periculosidade relativamente a certas categorias profissionais, elencadas nos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79. Assim dispunha o artigo 292 do Decreto nº 611/92:

“Art. 292. Para efeito de concessão das aposentadorias especiais serão considerados os Anexos I e II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, e o anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, até que seja promulgada a lei que disporá sobre as atividades prejudiciais à saúde e à integridade física”.

A Lei nº 8.213/91, na redação modificada pela Lei nº 9.032/95, passou a exigir a efetiva comprovação da exposição a ambiente de trabalho insalubre para efeitos de aposentadoria especial, nos seguintes termos:

Art. 57 (...)

§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício”.

Entendo que a contagem do tempo de serviço como especial deve ser regulada pela legislação vigente à época da efetiva prestação das atividades e não apenas do momento em que o segurado viesse a preencher todos os requisitos necessários à concessão do benefício.

Logo, aqueles profissionais cujas atividades gozavam da presunção legal de insalubridade têm direito adquirido a que seu tempo de serviço seja computado como especial até a vigência da Lei nº 9.032/95.

Especificamente em relação ao caso dos autos, observo que a profissão de geólogo desfrutava da referida presunção, em analogia às atividades listadas nos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79. Entendimento este corroborado pelo próprio INSS, como denota a Circular de fls. 19, emitida pela autarquia previdenciária e juntada aos autos pelo apelado.

Assim, no período reclamado, o apelado faz jus à contagem do tempo de serviço os moldes requestados, conforme o correto pronunciamento do juízo *a quo*.

Nesse mesmo sentido, os seguintes julgados desta Corte Regional:

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. CARÊNCIA DE AÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL PARA FINS DE APOSENTADORIA. PRESUNÇÃO LEGAL DA PERICULOSIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. PRÉVIO ESGOTAMENTO DAS VIAS ADMINISTRATIVAS. INEXIGÊNCIA.

1. É certo que o nosso ordenamento jurídico processual não permite a utilização de ação declaratória para se obter a declaração de mero fato, mas tal não é a hipótese dos autos, uma vez que objeto da presente demanda não é o fato em si, mas as suas conseqüências jurídicas.

2. Diferentemente do argumentado, o pleito constante da exordial não foi elaborado com o intuito de se obter um provimento condenatório, mas sim um declaratório, para o qual, entende o autor, ora apelado, serem satisfatórias as provas acostadas aos autos.

3. Preliminar de carência de ação rejeitada.

4. Antes da vigência da Lei nº 9.032/95, o desempenho da atividade de geólogo, dentre outras, obedecidos os prazos legais de tempo de serviço e idade, gerava direito à aposentadoria especial, independentemente de qualquer outra exigência. Em outras palavras, havia presunção legal da periculosidade ou da insalubridade.

5. Com a entrada em vigor daquele diploma legal (que deu nova redação ao parágrafo 4º do art. 57 da Lei nº 8.213/91), passou a ser exigida a comprovação do tempo de serviço permanente em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

6. 'A Constituição Federal de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, pois já se decidiu pela inexigibilidade de exaurimento das vias administrativas para obter-se o provimento judicial'.

7. Apelação e remessa oficial improvidas". (AC 228000/RN. Rel.: Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria. 4ª Turma. Julgamento: 24.10.2000. *DJU*: 17.11.2000).

"AÇÃO DECLARATÓRIA. GEÓLOGO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE ESPECIAL.

I - É de ser deferido o pleito do autor, consubstanciado no pedido de declaração de tempo de serviço prestado em condições especiais, computando-se como tal o período anterior a 29.04.95, posto já incorporado ao seu patrimônio.

II - Apelo e remessa oficial improvidos". (AC 203806/SE. Rel.: Des. Fed. Margarida Cantarelli. 1ª Turma. Julgamento: 18.05.2000. *DJU* 31.08.2000).

Por fim, observo que o apelado percebia adicional de periculosidade (fls. 16) no período ora discutido, constituindo-se em indicio das alegadas condições especiais em que foram exercidas suas atividades profissionais, reforçando o pleito aduzido na exordial.

Pelas razões acima, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

Assim voto

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 248.458-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS  
Apelantes: DEOCLIDES PAES DE AZEVEDO - ESPÓLIO E OUTRO  
Apelada: UNIÃO  
Advogada: DRA. ANDREA SOBRAL VILA-NOVA DE CARVALHO (APTES.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE DESA-PROPRIAÇÃO. DECRETO-LEI Nº 3.365, DE 21.06.41. ACERVO DE BENS PERTENCENTE À REDE TELEFÔNICA SERGIPANA. FUNDO DE COMÉRCIO. LUCROS CESSANTES. CORREÇÃO MONETÁRIA.**

*- Fundo de comércio: empresa individual concessionária do serviço público de telefonia que exerce a atividade sob monopólio não faz jus a fundo de comércio.*

*- Lucros cessantes: não podem ser acumulados com juros compensatórios.*

*- Correção monetária: se as partes anuíram com o r. despacho proferido em audiência, que fixou a forma de cálculo da correção monetária, não o contrariando através dos meios legais, não há como ressuscitar a matéria na via da apelação, por encontrar-se a mesma preclusa.*

*- Apelação e remessa improvidas.*

### ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos,

que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 27 de setembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS –  
Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS:

A União Federal, a fim de assegurar a regularidade dos serviços de telecomunicações no Estado de Sergipe, ajuizou, em **02.03.1973**, contra o Espólio Deoclides Paes de Azevedo, isto é, há mais de vinte e oito (28) anos, ação de desapropriação, com fulcro no Decreto nº 71.411, de 21.11.72, do Exmo. Sr. Presidente da República, que declarou de utilidade pública, para fins de desapropriação, na forma do art. 5º, letra *h*, do Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.41, o acervo de bens pertencentes à Rede Telefônica Sergipana, que se encontrava na posse do réu.

Na oportunidade, foi ofertado o preço de Cr\$ 1.263.177,19 (hum milhão, duzentos e sessenta e três mil, cento e setenta e sete cruzeiros e dezenove centavos) pelos bens desapropriados (fls. 03).

Consta, às fls. 64, guia do depósito realizado pela União, em 08.03.73, no Banco do Brasil.

Despacho do MM. Juiz *a quo* deferindo a imissão na posse (fls. 65).

Mandado e auto de imissão (fls. 67/69), em 09.03.73.

Na contestação apresentada pelo réu, em 23.03.73, às fls. 84, entendeu-se como justo o valor de Cr\$ 9.962.397,20 (fls. 84), faltando ainda computar o fundo de comércio, os lucros cessantes, os juros compensatórios e a correção monetária.

Laudo do perito (fls. 225/244),, concluindo pela cifra de Cr\$ 2.120.057,01, em 16.07.73; laudo do assistente do expropriante (fls. 259/272), sustentando o valor de Cr\$ 1.762.985,53, em 27.07.73; laudo do assistente do expropriado

(fls. 274/286), defendendo o montante de Cr\$ 5.495.302,35.

Posteriormente, às fls. 304/309, em virtude do falecimento do primeiro perito, foi confeccionado outro laudo por novo *expert* do Juízo, em 04.12.73, que concluiu como preço justo o valor de Cr\$ 2.202.719,66.

A sentença proferida às fls. 316/319 fora objeto de recursos de apelação interpostos pelo Espólio Deoclides Paes de Azevedo e União Federal, tendo o extinto TFR dado provimento parcial aos recursos (fls. 374/376).

Houve a fase de liquidação da sentença e execução iniciada (fls. 445).

Depósito transferido do BB para a CEF (fls. 452).

Despacho do MM. Juiz *a quo* às fls. 924, dando notícia de que fora ajuizada ação rescisória contra a sentença proferida no presente processo de desapropriação.

Às fls. 1.069, Termo de Audiência em que o MM. Juiz determina como deve ser procedida a avaliação.

Às fls. 1.130, consta Termo de Audiência em que o Juiz afirma que "examinando os autos, verifico que o processo foi anulado desde o momento em que o órgão do Ministério Público Federal deveria ter intervindo como fiscal da lei, isto é, após a contestação". Na oportunidade, foi determinada a realização de nova perícia.

Às fls. 1.174, o herdeiro José Augusto Barreiros de Azevedo, anexa contrato de constituição de sociedade por quotas de responsabilidade limitada registrado na Junta Comercial em 29.09.59.

Apresentado o novo laudo às fls. 1.339/1.357, concluindo o perito José Alves dos Santos Filho pelo preço da desapropriação de R\$ 71.303.581,62.

A União Federal suscita incidente de falsidade do documento juntado pelo herdeiro José Augusto Barreiros de Azevedo (fls. 1.467/1.474), onde aduz que o perito partira do pressuposto de que havia uma sociedade por cotas, sociedade esta que nunca tivera vida.

Sentença julgando procedente o incidente, declarando a litigância de má-fé do herdeiro José Augusto Barreiros de

Azevedo (fls. 2.017/2.024).

Termo de instalação de perícia (fls. 2.188/2.189).

Entrega do novo laudo pericial, que foi anexado ao processo, consoante petição de fls. 2.258, confeccionado pelo perito Jádson Gonçalves Ricarte.

Laudo do assistente da União (fls. 2.287/2.321), concluindo pelos valores de R\$ 1.128.192,63, no caso de aplicação para o mês 01/89 da taxa de correção monetária admitida pela legislação fiscal e societária, e de R\$ 1.435.551,72, no caso de aplicação para o mês 01/89 da taxa de inflação admitida em reiteradas decisões do STJ.

Termo de Audiência de Instrução e Julgamento, onde o MM. Juiz *a quo* estabelece como deve proceder o perito no tocante à correção monetária (fls. 2.368/2.369).

No novo laudo - considerando as diretrizes estabelecidas na audiência - que complementa o anterior e encontra-se junto ao volume 8 deste processo, o perito, embora protestando sobre a atualização dos índices indicados, que, segundo ele, não espelham a realidade inflacionária, atribui à indenização o valor de R\$ 7.784.553,68, levando em conta os índices de poupança sem o acréscimo de juros, e de R\$ 3.567.787,28, no caso da aplicação da ORTN de 08.03.73 a 31.03.79 e INPC de 01.04.79 a 31.10.99, mais juros compensatórios.

Esclareça-se que o laudo do *expert*, em relação, tão-somente, aos **bens desapropriados**, isto é, sem computar-se os lucros cessantes - incluídos nos cálculos referenciados no item anterior -, concluiu pela quantia de R\$ 2.780.100,43, considerando os índices da poupança sem acréscimo de juros, bem como para os mesmos **bens** o valor de R\$ 1.257.874,84, levando em conta a ORTN de 08.03.73 a 31.03.79 e INPC de 01.04.79 a 31.10.99, mais juros compensatórios de 1% sobre o valor original.

Nas alegações finais, a União faz anexar laudo do seu assistente técnico, que analisa o laudo complementar elaborado pelo perito judicial.

Alegações finais da herdeira Ana Carla Santos Barreiros de Azevedo (fls. 1.456/1.464) e dos espólios de Deoclides Paes



de Azevedo e Maria Olga Barreiros de Azevedo (fls. 2.475/2.474).

Parecer do ilustre representante do *Parquet* Federal com atuação na primeira instância, Dr. Gilson Gama Monteiro, opinando pela procedência da desapropriatória, corrigindo-se a indenização pelos índices oficiais, mais juros compensatórios de 1% ao mês, juros moratórios de 0,5% ao mês, “tudo após excluídas as parcelas atinentes a ‘faturas rebebidas pela TELERGIPE; biblioteca fiscal, rede aérea do interior; telefones públicos; fundo de comércio e lucros cessantes’ ”.

Esclarecimento do perito oficial às fls. 2.482.

O MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, Dr. Ricardo César Mandarinho Barretto, após rechaçar preliminares, julgou parcialmente procedente a ação “para condenar a União a indenizar os expropriados do valor de R\$ 1.546.748,35 (um milhão, quinhentos e quarenta e seis mil, setecentos e quarenta e oito reais e trinta e cinco centavos), com base no laudo do assistente técnico da expropriante.

Considerando, ainda, que a União ofertara um valor de depósito bem inferior, condenou esta em honorários advocatícios, calculados em 20% (vinte por cento) sobre o valor total do débito remanescente, a ser pago ao Espólio e herdeiros, *pro rata*, bem como a ressarcir as despesas com as perícias, salvo as relativas à condenação de fls. 2.024 (litigância de má-fé). (Fls. 2.507).

Sentença submetida ao duplo grau de jurisdição.

A União Federal e José Augusto Barreiros de Azevedo interuseram recursos de embargos de declaração, julgados improvidos pelo Juiz *a quo*.

Inconformado, apela o Espólio de Deoclides Paes de Azevedo, sustentando, em suma, a necessidade de reforma do *decisum*, para fazer constar da indenização os valores relativos ao fundo de comércio, lucros cessantes e correção monetária de acordo com a poupança, acrescida de juros de 0,5% (meio por cento) ao mês. (Fls. 2.531/2.546).

Com as contra-razões (fls. 2.557/2.564), apresentadas pela União Federal, vieram-me os autos conclusos por distribuição.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS (Relator):

Para melhor situar a matéria, permito-me fazer uma ligeira digressão sobre os fatos.

Valho-me, assim, da transcrição do Parecer do então Consultor-Geral da República, Dr. Romeo de Almeida Ramos, datado de **05 de junho de 1972**, em que opinava sobre a intervenção da Rede Telefônica Sergipana:

"1. A exploração da rede telefônica ligando os Municípios do Estado de Sergipe foi concedida, em 1910, a Deoclides Paes de Azevedo, na conformidade da Lei Estadual nº 787, daquele ano.

2. Expirado o prazo do respectivo contrato de concessão, houve prorrogação tácita, até que, em 10 de abril de 1954 - autorizada pelo Decreto Legislativo nº 1, de 02 do mesmo mês e ano -, a Prefeitura de Aracaju celebrou novo contrato para exploração das linhas telefônicas do Município com a Rede Telefônica Sergipana, razão individual do exercício de comércio, no ramo da telefonia, do cidadão Deoclides Paes de Azevedo.

3. Este último contrato, com prazo de 25 anos, vigoraria até 1979. Ocorre, entretanto, que o concessionário faleceu em 1966, conseqüentemente, extinguiu-se a concessão (contrato celebrado *intuitu personae*), uma vez que o Poder Concedente não transmitiu os encargos da mesma aos herdeiros, os quais, entretanto, continuaram à frente dos serviços, que não sofreram solução de continuidade, a despeito do tumultuado processo de inventário.

4. A partir do advento do Decreto-lei nº 162, de 13 de fevereiro de 1937, 'A União substituirá automaticamente os poderes concedentes estaduais e municipais em todos os serviços telefônicos...', de sorte que ao Poder Federal compete dar solução ao problema acima referido. Para tanto, o Senhor Ministro das Comunicações nomeou comissão composta de técnicos da Secretaria Geral do Ministério e do Departamento Nacional de Telecomunicações, para, *in loco*, examinar o assunto, recolhendo elementos técnicos, jurídicos e contábeis e ouvir as partes interessadas.

5. Dita comissão, em circunstanciado relatório sobre o que encontrou, examinou e ouviu, considerou conveniente fazer-se a intervenção federal na Rede Telefônica Sergipana, como medida preliminar à solução definitiva e final do problema.

6. O Governo do Estado de Sergipe e a Rede, consoante condições apresentadas no Protocolo de Intenções que firmaram, não opõem qualquer restrição à providência alvitrada, ao contrário, com ela se puseram de acordo.

7. Não há impedimento de ordem legal contra a intervenção, *in casu*, a qual, se julgada oportuna e conveniente pelo Ministério (em razão dos dados de que dispõe e seu conhecimento especializado e técnico sobre a matéria), poderá ser processada.

*Sub censura*".

No *Diário Oficial* de 06 de maio de 1954, foi publicado o Contrato para Execução do Serviço Telefônico de Aracaju-SE entre a Prefeitura Municipal de Aracaju e o Senhor Deoclides Paes de Azevedo, que, entre trinta e três cláusulas, assegurou:

"CLÁUSULA PRIMEIRA

A presente concessão é outorgada nos termos do Decreto Legislativo nº 1, de 1954, promulgado em 12 de abril do mesmo ano e publica-

do no *Diário Oficial* de 14 de Abril de 1954.

#### CLÁUSULA SEGUNDA

Concessão - A presente concessão é outorgada pelo prazo de 25 (vinte e cinco) anos, contados da data em que entrar em vigor o presente contrato, ao Sr. Deoclides Paes de Azevedo, brasileiro, estabelecido à Avenida Rio Branco, nº 28, nesta Capital, ou Empresa Telefônica que este venha organizar, d'ora em diante aqui denominada simplesmente 'Telefônica'. No fim deste prazo, a Telefônica poderá continuar a exploração de sua indústria em regime livre, ficando entendido desde já que a Telefônica tem e continuará a ter, mesmo depois de findo o prazo da concessão, a plena e exclusiva propriedade, uso e gozo de todas as suas instalações, aparelhos e bens utilizados no serviço".

Transcrevo, ainda, por oportuno, o histórico das concessões, consoante "Análise das informações levantadas sobre a Rede Telefônica Sergipana", do Departamento Nacional de Telecomunicações, às fls. 158 dos autos:

<b>Poder Concedente</b>	<b>Outorga</b>	<b>Prazo</b>	<b>Início da Concessão</b>	<b>Âmbito</b>
Governo do Estado de Sergipe	Lei Estadual 787, de 06.11.1919	25 anos	06 de novembro de 1919	Todos os Municípios
Governo do Estado de Sergipe	Lei Estadual 999, de 29.10.1927	25 anos	30 de outubro de 1927	Todos os Municípios
Prefeitura Municipal de Aracaju	Dec.Legislativo nº 1, de 12.04.54	25 anos	14 de abril de 1954	Aracaju

OBSERVAÇÃO: A única concessão que ainda está em vigor, em termos de curso de prazo, é a outorgada pelo Poder Concedente Municipal - 14.04.54 a 14.04.79, ou seja, 25 anos. Todavia, essa concessão foi outorgada à firma individual de Deoclides Paes de Azevedo, falecido em 1966”.

Observo, também, que, no *Diário Oficial da União*, de 28 de novembro de 1968, foi emitida Portaria, de 10 de novembro de 1968, do Diretor da Divisão de Economia e Estatística do Departamento Nacional de Telecomunicações, concedendo à rede Telefônica Sergipana - Aracaju, Estado de Sergipe, seu registro como empresa operadora de serviço público de telefonia urbano. (Fls. 114).

Finalmente, consta às fls. 05 dos autos, o Decreto Presidencial nº 71.411, **de 24.11.1972**, que estabeleceu:

“Art. 1º. É declarado de utilidade pública para fins de desapropriação, na forma do artigo 5º, letra *h*, do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, o acervo de bens pertencente à Rede Telefônica Sergipana, de posse do espólio de Deoclides Paes de Azevedo, em Aracaju, Estado de Sergipe.

.....  
Art. 4º. O Ministério das Comunicações estabelecerá as normas para a administração dos bens expropriados, assegurando a continuidade dos serviços públicos de telecomunicações que ainda estão sendo executados pelo espólio de Deoclides Paes de Azevedo.

.....”

Feita a resenha histórica dos fatos, passo a enfrentar a questão jurídica.

A sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seccional de Sergipe, julgou parcialmente procedente a ação para condenar a União a indenizar os expropriados do

valor de R\$ 1.546.748,35 (um milhão, quinhentos e quarenta e seis mil, setecentos e quarenta e oito reais e trinta e cinco centavos), adotando o laudo do assistente técnico do expropriante juntado às fls. 2.394/2.398.

Três são os pontos discutidos no recurso de apelação interposto pelo Espólio Deoclides Paes de Azevedo, *in verbis*:

- a) ***o fundo de comércio;***
- b) ***os lucros cessantes;***
- c) ***a correção monetária.***

Segundo o apelante, a sentença merece ser modificada, por não ter incluído os dois primeiros itens apontados no montante da indenização, além de, no tocante ao terceiro - **correção monetária** -, ter aceitado os cálculos do assistente técnico da expropriante, em detrimento do laudo do vistor oficial.

Examino, um a um.

## FUNDO DE COMÉRCIO

Indiscutivelmente, o fundo de comércio - como o próprio nome demonstra - está vinculado ao exercício de atividade comercial.

No dizer de Fran Martins:

“O comerciante, pessoa física ou jurídica, realizando a função econômica de fazer com que circulem os bens, se utiliza de vários elementos para o exercício de sua atividade. Tais elementos, sejam corpóreos, sejam incorpóreos, têm por finalidade facilitar o exercício da profissão comercial, atraindo fregueses para quem a exerce. Sendo inúmeras as espécies de atividades comerciais, naturalmente variam os meios empregados pelos comerciantes nas mesmas. Em todas elas, entretanto, há uma finalidade comum: os elementos empregados pelos comerciantes para exercerem com sucesso as suas atividades sempre visam a *atrair a freguesia*.

A tais elementos dá-se o nome de *fundo de*

*comércio*".

(*Curso de Direito Comercial*, Editora Forense, 22ª edição, ano 1997, p. 425).

A propósito, sustenta a apelada nas contra-razões:

"A indenização do fundo de comércio seria cabível, a olhos claros, se a desapropriação recaísse sobre uma empresa comercial, tão-somente. Para alcançar este entendimento, começa-se pela interpretação literal e vê-se logo que fundo de comércio não significa fundo de 'indústria', 'agrícola' ou mesmo de 'prestação de serviços', já que estas outras atividades não são comércio. O que para estas pode ter valor é a marca, que é incorpórea, mas não fundo de comércio". (Fls. 2.559).

A primeira indagação para o deslinde da controvérsia é a seguinte: uma pessoa física que explora o serviço de telefonia pública, por meio de concessão, desempenha atividade comercial?

O Decreto Presidencial nº 71.411, **de 24.11.1972**, fulcrou a desapropriação no art. 5º, *h*, do Decreto-lei nº 3.365, de 21.05.41, *in verbis*:

.....  
h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos".

Doutrinariamente, sabe-se que os atos de comércio são caracterizados por serem praticados por comerciantes, no exercício de sua profissão, ou em decorrência de lei, ainda que não sejam exercidos por aqueles.

E quem é comerciante? As pessoas físicas ou jurídicas que, profissionalmente, fazem circular as riquezas ou prestam serviços, visando à obtenção de lucros nessas operações.

A propósito, preleciona Fran Martins:

"... segundo a lei brasileira em vigor, são comerciantes os que exercitam atos de comércio, de modo profissional, ou seja, repetidamente, com intuito de lucro, sendo também regidos pela lei mercantil outros atos reputados como comerciais, ainda que não sejam praticados

profissionalmente pelos comerciantes”.

Versando, ainda, sobre os atos reputados como objetivos ou decorrentes da vontade do legislador, diz o renomado doutrinador:

“No direito brasileiro são, entre outros, atos de comércio, por força da lei, sejam ou não comerciantes os que nele tomam parte: *as operações sobre títulos de dívida pública* (Regulamento nº 737, art. 20); os atos referentes às *sociedades anônimas* (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 2º, § 1º); as operações sobre *letras de câmbio e notas promissórias* (Lei nº 2.404, de 31 de dezembro de 1908, art. 57); as operações sobre *bilhetes de mercadorias* (Dec. nº 370, de 2 de maio de 1890, arts. 379 e 380); as operações sobre *títulos emitidos por armazéns-gerais* (Lei nº 1.102, de 21 de novembro de 1903, art. 36); os *cheques* (Lei nº 2.591, de 7 de agosto de 1912); as *empresas de construção* (Lei nº 4.068, de 9 de junho de 1962)”.

No caso em apreço, a empresa individual REDE TELEFÔNICA SERGIPANA não está enquadrada dentre os atos de comércio apontados acima.

Resta saber se o dirigente da REDE TELEFÔNICA SERGIPANA poderia ser considerado comerciante.

Sob este segundo prisma, é-nos forçoso reconhecer que sim. Afinal, a prestação de serviços de telefonia - em que pese ser um serviço público -, quando da sua exploração sob o regime de concessão pública, ensejava o intuito de lucro por parte do concessionário. E, no caso específico do serviço de telefonia, tanto isso é verdade que atualmente as empresas privadas exploram o serviço.

Mesmo assim, isso não quer dizer, necessariamente, que o comerciante tem direito ao fundo de comércio. Há que se examinar cada caso.

É o que fazemos.



Adoto a tese defendida pelo *decisum* de que, no caso dos autos, por ter a apelada exercido atividade sem concorrência - exploração do serviço de telefonia -, mediante **monopólio**, dispondo de clientela cativa, não faz jus a indenização específica sob a alegação de fundo de comércio.

Ora, qual o intuito do fundo de comércio, senão prestigiar o comerciante que competira com outros, no sentido de vender uma melhor imagem, a fim de facilitar o interesse pelos seus produtos?

Com o monopólio inexistiu essa preocupação, ainda que o comerciante/empresário buscasse a melhor qualidade dos seus serviços.

Tendo o Sr. Deoclides Paes de Azevedo participado de concorrência pública e obtido a concessão dos serviços de telefonia pública de maneira monopolizada, estava ele cômico das limitações do contrato de concessão.

Por este motivo, entendo que não fazem os expropriados jus ao fundo de comércio.

## **LUCROS CESSANTES**

Como bem asseverou a sentença, os "lucros cessantes, por construção jurisprudencial, são inadmitidos se, sobre o valor da indenização, houver incidência de juros compensatórios.

A propósito, colaciono decisões do eg. STJ nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS. LUCROS CESSANTES. CUMULATIVIDADE DESCABIDA.

I - Impossível cumular, em ação desapropriatória, a condenação de juros compensatórios com lucros cessantes, sob pena de *bis in idem*, visto que aqueles se destinam a compor o patrimônio do desapropriado, indenizando-o dos lucros que deixou de auferir em razão da expropriação.

II - Recurso parcialmente provido".

(REsp nº 35.258-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julg. 23.06.93, unân.).

“DESAPROPRIAÇÃO. PARQUE ESTADUAL. MATA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA DE USO. JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS. SÚMULAS 12, 69 E 70, STJ).

.....

3. Os juros compensatórios destinam-se a ressarcir, no caso, pelo impedimento do uso e gozo econômico do imóvel, constituindo solução pretoriana para cobrir os lucros cessantes, como parcela indissociável da indenização, ressarcindo o impedimento de usufruição dos frutos derivados do bem. Integrando, pois, a indenização, reparando o que o proprietário deixou de lucrar. Assim, descabe cumular os juros compensatórios com os lucros cessantes.

.....”  
(REsp nº 39.842-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, julg. 11.05.94, unân.).

Importa salientar, ainda que se admitisse em tese a possibilidade da percepção de lucros cessantes, mesmo assim, na hipótese dos autos, não poderiam os expropriados ser beneficiados com a sua incidência.

É que, como restou comprovado amiúde, a empresa telefônica estava em prejuízo, fato que, inclusive, levou o Governo Federal a requerer a sua desapropriação.

Como bem demonstrou a sentença:

“Como razão de decidir, valho-me do parecer do ilustre Procurador, Dr. Gilson Gama Monteiro, do qual extraio:

‘Em relação aos *lucros cessantes*, nada aplaude, de igual sorte, a sua indevida inclusão, como bem asseverado pela autora (fls. 2.282/2.284., 2.368 e 2.383), a teor, inclusive, de coerentes excertos jurisprudenciais, mesmo porque se impõe repetir: “as condições da

firma que explorava o acervo expropriado eram de extrema dificuldade financeira... sem quaisquer perspectivas de imediata recuperação", como lucidamente percebido pelo em. Min. Néri da Silveira (fls. 363/377).

.....  
Relembre-se, por oportuno, que o extinto Tribunal Federal de Recursos, a par das deficitárias condições financeiras (então) exibidas pela *Rede Telefônica*, afastou a incidência da questionada verba... "*especialmente porque os juros compensatórios, desde a imissão na posse, têm, já, a finalidade de compensar o expropriado pela não utilização, até o pagamento final, do bem que passou à posse do Poder Expropriante...*" (Fls. 362/377, 2.282, 2.368 e 2.383) ".

No dizer da apelante "o lucro cessante tem por escopo indenizar o valor que certamente adviria da exploração comercial dos bens desapropriados, se não fosse o ato de intervenção do Poder Público, o que equivale a uma projeção do acréscimo patrimonial (ganho) que adviria ao longo dos anos remanescentes da concessão de que era titular". (Fls. 2.542)

Ora, a concessão da exploração do serviço público de telefonia sofrera vários aditivos e o concessionário não cumpriu as cláusulas neles pactuadas, consoante demonstra a "ANÁLISE DAS INFORMAÇÕES LEVANTADAS SOBRE A REDE TELEFÔNICA SERGIPANA", de autoria do Departamento Nacional de Telecomunicações, às fls. 160/162.

Isso fica ressaltado às fls. 158, no item que versa sobre a "Situação dos Serviços Telefônicos", *in verbis*:

"Segundo se constatou, através de relatório da comissão citada e outros informes, o serviço telefônico de Aracaju se encontra em péssimo estado, sem quaisquer perspectivas de melhoria e de expansão, pela incapacidade técnico-operacional, financeira e administrativa da empresa que explora o serviço. Tal situação se nos apresenta calamitosa, impossível de se

perpetuar, requerendo do Ministério das Comunicações solução imediata, especialmente em se tratando de uma capital de Estado”.

E, conforme a cláusula sétima do Termo Aditivo de 25 de junho de 1964, “a infração ao presente aditivo e às cláusulas contratuais anteriores não revogadas autorizará a Prefeitura de Aracaju a decretar a intervenção na REDE TELEFÔNICA SERGIPANA, independentemente de outras cominações cabíveis”. (Fls. 162).

Assim, também, por esse motivo, não têm os expropriados direito aos lucros cessantes.

## **CORREÇÃO MONETÁRIA**

Quanto à correção monetária, aduz a apelante que os índices utilizados pelo assistente técnico da expropriante, cujo laudo foi aceito pelo Juiz, não refletem a inflação galopante do período pelo qual se alastrou o processo. Sustenta, em suma, que deve prevalecer o laudo pericial originário, que defende o cabimento de índices da poupança acrescido de 0,5% (meio por cento) como o percentual correto.

Transcrevo a parte dos fundamentos da sentença ao enfocar o tema:

“O Perito chega a um resultado excessivamente alto de R\$ 38.802.878,20, porque adicionou lucros cessantes e se valeu do rendimento da poupança mais 0,5% de juros, como critério de correção monetária, encontrando um valor de R\$ 13.699.458,32, capitalizando juros indevidamente.

Como determinei que os cálculos fossem refeitos para serem apresentadas duas tabelas, uma pelos índices oficiais e outra pela correção da poupança menos os juros, o Perito encontrou um valor de R\$ 2.780.100,43 e, pelos índices oficiais, um valor de R\$ 1.257.874,84.

A União, ao se manifestar, em razões finais,

demonstrou o equívoco dos cálculos do Perito, estabelecendo comparação com uma série de índices, valendo-se do laudo de seu assistente.

É verdade que a União usou também o dólar americano como parâmetro, que entendo inadequado, já que a variação do dólar, na história da nossa economia, ao longo dos últimos 30 anos, jamais refletiu a inflação. Momentos há em que a moeda americana dá saltos gigantescos, por força de maxidesvalorizações promovidas pelo Governo e, em outros, comprime-se, em face das políticas de combate à inflação.

Mesmo sem utilizar o dólar americano como parâmetro, não é possível admitir-se a correção do valor da indenização pelos índices de poupança e juros de 0,5% ao mês.

Excluindo-se os juros, os valores entre os índices oficiais INPC/ORTN etc. ..., e os utilizados pela poupança, acabam por se aproximarem ao fim de um longo período, até porque a poupança sempre se valeu de índices oficiais para corrigir seus saldos, daí porque opto pela correção com base nos índices oficiais". (Fls. 2.505/2.506).

Entendo do mesmo modo da sentença. Os índices que devem ser levados em conta são os índices oficiais. Não servem os percentuais que incrementam a poupança, acrescidos de 0,5% de juros, como parâmetro para chegar-se ao valor da desapropriação.

Importa salientar, por outro lado, que essa matéria encontra-se preclusa, não podendo mais ser suscitada pelo apelante.

É que, por ocasião da Audiência de Instrução e Julgamento (fls. 2.368/2.369), o MM. Juiz *a quo* determinou como devia proceder o perito no tocante à correção monetária, ou seja, "que os cálculos fossem refeitos para serem apresentadas duas tabelas, uma pelos índices oficiais e outra

pela correção da poupança menos os juros”, tendo, inclusive, constado do Termo da Audiência que **“as partes renunciaram à interposição de qualquer recurso contra o despacho aqui proferido”**. (Fls. 2.369).

Ora, se as partes anuíram com o r. despacho, não o contrariando através dos meios legais, não há como ressuscitar a matéria, ou seja, a forma de cálculo da correção monetária na via da apelação.

Com essas considerações, nego provimento à apelação e à remessa, mantendo a sentença pelos seus bem apresentados fundamentos.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 250.970-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Apelante: FUNDAÇÃO DR. JOÃO ROMEIRO  
Apelados: INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI E EMPRESA JORNALÍSTICA TRIBUNA DO NORTE LTDA.  
Assistente: EDITORA TRIBUNA DO NORTE S/A  
Advogados: DRS. NEWTON SILVEIRA E OUTROS (APTE.) E NOREVALDO MACHADO E JORGE LUIZ DE ARAÚJO GALVÃO E OUTROS (APDOS.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. COMERCIAL. LITISCONSÓRCIO. INOCORRÊNCIA. ASSIS-TÊNCIA. POSSIBILIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO.**

***É possível o litisconsórcio no ordenamento jurídico pátrio, desde que o direito pretendido seja próprio.***

***- O terceiro que tiver interesse jurídico em que uma das partes vença a ação, somente poderá intervir como assistente, uma vez que não é o titular do direito pleiteado.***

*O registro da marca validamente expedido pelo INPI garante a sua proteção e o direito à respectiva exploração comercial.*

*Somente em caso de marcas de notório conhecimento, de repercussão nacional, reconhecidas como tal em seu país de origem, é que a legislação brasileira admite a sua proteção independentemente de registro anterior junto ao INPI (art. 126 da Lei nº 9.279/96).*

*- Hipótese em que não há o reconhecimento de marca notória.*

*Apelação improvida.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar, e, no mérito, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 11 de setembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de apelação cível interposta pela Fundação Dr. João Romeiro e pela Editora Tribuna do Norte S/A contra sentença que julgou improcedente o pedido de nulidade de registro de marca junto ao INPI - Instituto Nacional de

Propriedade Industrial.

O MM. Juízo *a quo* reconheceu, preliminarmente, a impossibilidade da Editora Tribuna do Norte S/A figurar como litisconsorte ativa, mas admitiu-a na qualidade de assistente simples. No mérito, entendeu que o ordenamento jurídico pátrio não protege a anterioridade do uso, mas sim a anterioridade do registro junto ao órgão competente.

Irresignadas, apelam a Fundação Dr. João Romeiro e a Editora Tribuna do Norte S/A, requerendo, resumidamente, que esta seja mantida na posição de litisconsorte ativa e sustentando que o direito de uso da marca face a sua notória utilização já perdura por mais de um século.

Contra-razões apresentadas.

É o relatório.

### VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

Alega a Editora Tribuna do Norte S/A. que o Termo de Acordo particular firmado com a Fundação João Romeiro às fls. 67 dos autos, em que a mesma lhe cede a utilização da marca "Tribuna do Norte" em troca do custeio da presente demanda, autoriza a sua integração à lide como litisconsorte ativo e não como simples assistente.

Entendo não prosperar tal argumento.

O litisconsórcio é a possibilidade jurídica de mais de um litigante figurar ativa e/ou passivamente na relação processual, desde que defendendo direito próprio e, excepcionalmente, na defesa de direito alheio nos casos previstos em lei. Já a assistência ocorre quando um terceiro, que não seja o titular do direito, tenha interesse em que a decisão seja favorável a uma das partes, de modo que lhe será conveniente ingressar no processo para auxiliá-la na obtenção da vitória.

*In casu*, a Editora Tribuna do Norte S/A não é a legítima titular do direito pretendido, e nem o acordo pactuado lhe



confere tal prerrogativa. Seu interesse é no sentido de que a Fundação João Romeiro obtenha êxito na demanda, pois, dessa forma, continuará utilizando a marca pretendida. Portanto, decidiu acertadamente o juízo *a quo* ao qualificá-la como assistente simples.

Ante tais considerações, rejeito a preliminar.

## VOTO-MÉRITO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

A pretensão da autora e da assistente foi dirigida no sentido de anular o registro nº 814063527, de 03.11.93, junto ao INPI, relativo à marca "Tribuna do Norte", de propriedade da ré, visto que, mesmo sem possuir registro no órgão competente, tal marca já lhe pertencia há mais de um século, sendo de uso anterior e notório, e, portanto, devendo ser protegida pela legislação pátria.

No que se refere à propriedade da marca, prescreve o art. 129, *caput*, da Lei nº 9.279/96, *in verbis*:

"A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148".

Como se vê, a legislação brasileira entende que a marca é protegida se houver o seu prévio registro no órgão competente, independentemente da anterioridade do seu uso.

Há casos em que, sendo a marca de maior notoriedade, reconhecida como tal pelo seu país de origem, fica protegida contra possíveis registros junto ao INPI.

Vejamos o que dispõe o art. 6º *bis* (1) da Convenção de Paris, da qual o Brasil é signatário:

"Os países da União comprometem-se a recusar ou invalidar o registro, quer adminis-

tratativamente, se a lei do país o permitir, quer a pedido do interessado, e a proibir o uso de marca de fábrica ou de comércio que constitua reprodução, imitação ou tradução, suscetíveis de estabelecer confusão, de uma marca que a autoridade competente do país do registro ou do uso considere que nele é notoriamente conhecida como sendo já marca de uma pessoa amparada pela presente Convenção e utilizada para produtos idênticos ou similares. O mesmo sucederá quanto à parte essencial da marca notoriamente conhecida ou imitação suscetível de estabelecer confusão com esta”.

O mencionado dispositivo foi recepcionado pelo art. 126 da Lei nº 9.279/96, *in verbis*:

“A marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade nos termos do art. 6º *bis* (1) da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil”.

A mesma lei dispõe sobre a prioridade de registro:

“Art. 127. Ao pedido de registro de marca depositado em país que mantenha acordo com o Brasil ou em organização internacional que produza efeito de depósito nacional, será assegurado direito de prioridade, nos prazos estabelecidos no acordo, não sendo o depósito invalidado nem prejudicado por fatos ocorridos nesses prazos”.

Compulsando os autos, é possível observar que tal proteção não se aplica ao caso *sub examine*. A marca “Tribuna do Norte” é utilizada pela autora em jornal de circulação local, não se estendendo nem sequer ao âmbito regional e muito menos nacional, não havendo provas da sua notoriedade e nem do reconhecimento que lhe conceda tal prerrogativa. Por essa razão, não está amparada pelos dispositivos supramencionados.

Ademais, embora esteja circulando há mais de um século, o requisito para a proteção, como já ficou claro, é o

prévio registro e não a anterioridade do uso. Nesse sentido, já se posicionou o eg. STJ, senão vejamos:

“MARCA. REGISTRO PROMOVIDO JUNTO AO INPI. PREVALÊNCIA SOBRE A ‘UTILIZAÇÃO PROLONGADA’, DECORRENTE DA ADOÇÃO DO NOME COMERCIAL. MARCA E NOME SUBMETIDOS A REGIMES JURÍDICOS DIVERSOS.

Marca e nome comercial não se confundem. ‘A primeira, cujo registro é feito junto ao INPI, destina-se a identificar produtos, mercadorias e serviços. O nome comercial, por seu turno, identifica a própria empresa, sendo bastante para legitimá-lo e protegê-lo, em âmbito nacional e internacional, o arquivamento dos atos constitutivos no Registro do Comércio’ (REsp nº 9.142-SP).

Pelo sistema adotado pela legislação brasileira, afastou-se o prevalectimento do regime da ‘ocupação’ ou da ‘utilização prolongada’ como meio aquisitivo de propriedade da marca. O registro no INPI é quem confere eficácia *erga omnes*, atribuindo àquele que o promoveu a propriedade e o uso exclusivo da marca. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido parcialmente”. (REsp nº 52.106/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 29.11.99, p. 00164).

“NOME COMERCIAL. MARCA. REGISTRO NA JUNTA COMERCIAL E NO INPI.

Tanto o nome comercial quanto a marca, devidamente registrados, nos termos da legislação aplicável, devem ser protegidos. Se o pedido alcança, apenas, a vedação do uso da marca, admitido nas instâncias ordinárias que o registro de marca da autora está vigente e o da ré foi indeferido, e, ainda, que o nome comercial da ré é registrado com anterioridade, defere-se a vedação para o uso da marca, não afetando, pois, o nome comercial

da empresa ré.

Recurso especial conhecido, em parte, e, nessa parte, provido". (REsp nº 77.549/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 20.10.97, p. 53052).

Com essas considerações, nego provimento à apelação.  
É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 257.397-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO  
Apelantes: SEVERINA NUNES DA SILVA E OUTROS  
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Advogados: DRS. MARCOS ANTÔNIO INÁCIO DA SILVA E OUTRO (APTES.) E JOEL FIRMINO DO NASCIMENTO E OUTROS (APDO.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CAUSA DE PEDIR. PEDIDO AMBÍGUO. JULGAMENTO EXTRA PETITA INEXISTENTE.**

*- Dispõe o art. 286 do CPC que o pedido deverá ser certo ou determinado, chegando-se à conclusão de que deverá o mesmo ser claro, preciso, identificável pelo juiz sentenciante, a fim de evitar julgamento de causa diversa, em prejuízo até do próprio demandante.*

*- O pedido declinado tanto pode conduzir a um quanto ao outro entendimento, de modo que interpretá-lo da maneira como foi decidido não caracteriza o julgamento extra petita argumentado.*

*- Recurso a que se nega provimento.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 23 de outubro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO: Cuida-se de apelação cível em ação ordinária onde os autores requerem a anulação da sentença por entenderem que o Juiz sentenciante teria julgado *extra petita*.

Alegam que o pedido contido nos autos foi o de ressarcimento das diferenças que decorreram da aplicação da correção monetária incidente em cada uma das parcelas pagas administrativamente pela Previdência, que deixou de incluir os expurgos inflacionários.

Assim, o pedido era que tais parcelas fossem recalculadas e somadas, abatendo-se do montante encontrado os valores já pagos na via administrativa.

Entretanto, o Juiz sentenciante decidiu a lide entendendo que o pedido era o de revisão dos cálculos dos benefícios e o posterior reajustamento, motivo por que interpuseram o recurso requerendo a nulidade da decisão.

Após as contra-razões, subiram os autos a esta eg. Corte, vindo-me por distribuição.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (Relator):

O MM. Juiz *a quo* decidiu pela improcedência da demanda, considerando que o pedido apresentado “é o de reajustamento do próprio valor dos benefícios”, concluindo que “a jurisprudência sobre os expurgos inflacionários é inaplicável ao presente caso”.

As argumentações expendidas pelos autores no corpo da inicial tanto podem conduzir ao entendimento precitado, como à consideração de que é pedida a diferença dos valores da correção monetária decorrentes dos pagamentos realizados administrativamente, em razão da não inclusão dos expurgos inflacionários, como requerem os apelantes, ao afirmarem sobre o erro material detectado:

*“Nota-se, a Portaria/MPAS nº 714/93, que reconheceu a dívida como líquida e certa em benefício dos pensionistas e aposentados, é completamente abusiva e ilegal quanto à questão da aplicação da CORREÇÃO MONETÁRIA PLENA, visto que, na elaboração dos cálculos, houve a supressão dos indexadores da economia, congelados nos meses de janeiro/89, fevereiro/89, março, abril e maio/90 e fevereiro/91, correspondentes aos índices de 42,72%, 10,14%, 84,32%, 44,50%, 7,87% e 21,50%, bem assim expungiu dos cálculos os juros de mora de 1% ao mês, cujo fato se constitui em ERRO MATERIAL, detectado ictiu oculi. Ademais, a dívida é de natureza alimentar, não podendo sofrer redução, sob pena de malferir o princípio da ‘irredutibilidade do valor dos benefícios’ (art. 194, IV, CF/88)”.*

Inclinou-se, entretanto, para a primeira hipótese, em face do desfecho a que procederam os demandantes, ao pedirem a providência jurisdicional para (fls.13):

- a) determinar os recálculos e os reajustamentos dos benefícios, no sentido de evitar a defasagem de cada um, aplicando-se-lhes os indexadores integrais da economia, apurados pelo IBGE (INPC-IRSM-FAZ-URV-IPC-r), inclusive os índices congelados nos meses de janeiro e fevereiro/89, março, abril e maio/90 e fevereiro/91, correspondentes aos percentuais de 42,72%, 10,14%, 84,32%, 44,50%, 7,87% e 21,05%, respectivamente;
- b) condenar o INSS ao pagamento das diferenças vencidas acrescidas de correção monetária plena e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, na forma da exposição dos fatos e do direito acima declinados;
- c) condenar, ainda, o réu ao pagamento de honorários advocatícios na base usual de 20% (vinte por cento) do total da condenação”.

Ora, dispõe o art. 286 do CPC que o pedido deverá ser certo ou determinado, chegando-se à conclusão de que deverá o mesmo ser claro, preciso, identificável pelo juiz sentenciante, a fim de evitar julgamento de causa diversa, em prejuízo até do próprio demandante.

Os próprios recorrentes reconheceram que o pedido articulado foi feito de forma ambígua, pois cuidaram de esclarecê-lo nas razões do apelo, afirmando que o “*verdadeiro pedido*” não fora decidido e consistia em “*condenar a entidade ré, INSS, ao pagamento da correção monetária plena, com a inclusão dos ‘expurgos’ dos IPC’s de janeiro/89 (42,72%; (...); tudo sobre a diferença de meio salário mínimo, paga administrativamente em 30 (trinta) parcelas (Portaria MPAS nº 714/93), com início em março de 1994 e término em setembro de 1996, descontados os valores corrigidos por índices inferiores aos expurgos e indexadores retromencionados (...)*”.

Doutrina Humberto Theodoro Júnior que:

*“Entende-se por certo o pedido expresso, pois não se admite que possa o pedido do autor ficar apenas implícito. Já a determinação se refere aos limites da pretensão. O autor deve*

*ser claro, preciso, naquilo que espera obter da pretensão jurisdicional". (Grifei) (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 33ª ed., Rio de Janeiro, Vol. I, 2000, p. 319.)*

Neste caso, o pedido declinado tanto pode conduzir a um quanto a outro entendimento, de modo que interpretá-lo da maneira como foi decidido não caracteriza o julgamento *extra petita* argumentado, não devendo prosperar o recurso manejado.

Em face do exposto, voto pelo não provimento da apelação.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 260.439-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS E DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA A SECA – DNOCS  
Apelada: POTÁGUA EQUIPAMENTOS PARA TRATAMENTO DE ÁGUA  
Advogados: DRS. FRANCISCO DANILO FEITOSA E OUTROS E MARILVA MOREIRA NUNES BEZERRA E OUTROS (APTES.) E RAIMUNDO JANSEN DE OLIVEIRA (APDA.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. EMPREITEIRA DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO DE PARTE DO VALOR CONTRATADO. REQUISITOS DA TUTELA CAUTELAR. AUSÊNCIA.**

**- O pleito formulado em sede cautelar exige, para o seu acolhimento, a presença conjunta de dois requisitos básicos: a plausibilidade**



*do direito e o periculum in mora.*

*- Hipótese em que a retenção efetuada pelo DNOCS, recolhendo-a em favor do INSS, para pagamento de contribuição social, encontra-se dentro dos parâmetros da legalidade, haja vista que a recorrida enquadra-se, perfeitamente, na qualificação de cedente de mão-de-obra, segundo a lei e o regulamento aplicáveis.*

*- Apelações e remessa oficial providas.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 13 de novembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA – Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de remessa oficial e apelações contra sentença em que o MM. Juiz monocrático acolheu o pedido autoral, assegurando ao demandante não lhe ser exigido, direta ou indiretamente, o valor equivalente a 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço contratado junto ao DNOCS.

No seu apelo o INSS sustenta, preliminarmente, a carência de ação do requerente. Defende, no mérito: a retenção

prevista na Lei 9.711/98; a lei impugnada não alterou a base de cálculo do tributo; a CF/88 autorizou, expressamente, a figura da substituição tributária.

O DNOCS, por seu turno, defende a regularidade da retenção impugnada, procedida nos moldes da legislação previdenciária.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

A pretensão dos recorrentes é dirigida no sentido de ver reformada a sentença, em ação cautelar, que lhes foi desfavorável.

Antes, porém, necessário se faz afastar a preliminar de carência de ação suscitada pelo INSS, tendo em vista que a retenção antecipada da alíquota de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou da fatura, a título de contribuição social, é, exatamente, a pretensão da empresa demandante, resistida pela Autarquia Previdenciária, de modo que persiste o interesse daquela no deslinde da presente contenda.

Assim, não vislumbro o vício apontado.

Tecidas essas considerações, observo que a análise da questão a ser dirimida há de ser feita em perfeita sintonia com o objeto maior do processo cautelar, que é assegurar o resultado útil do feito principal, afastando as situações de perigo que possam prejudicar a justa composição da lide.

Por sua vez, não se pode olvidar que o pleito formulado em sede cautelar exige do julgador, para o seu acolhimento, a presença de dois requisitos básicos: a plausibilidade do direito e o dano potencial.

Na hipótese em estudo, constato que não andou bem a eminente Magistrada sentenciante, ao entender caracterizados os pressupostos autorizadores da tutela.

Com efeito, o art. 31, §§ 3º e 4º, III, da Lei nº 8.212/91,

com redação dada pela Lei nº 9.711/98, assim dispõe:

“Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente de mão-de-obra, observado o disposto no parágrafo 5º do art. 33.

.....  
§ 3º. Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou na de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

§ 4º. Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

.....  
III. Empreitada de mão-de-obra”.

Observa-se, pela simples leitura da norma acima transcrita, que o fato da empresa prestar serviços mediante contrato de empreitada de mão-de-obra não exclui o pagamento da contribuição social incidente sobre a folha de salários.

A Lei nº 8.212/91 estabeleceu sistemática peculiar de recolhimento da contribuição aludida para as empresas cedentes de mão-de-obra. Segundo o art. 31 desse diploma legal, a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota ou fatura, em nome da empresa cedente. Esta, por sua vez, utilizará o valor retido em compensação quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de

pagamento dos segurados a seu serviço, sendo possível, ainda, o imediato pedido de restituição de eventual quantia paga a maior, daí porque não há que se falar em demora na repetição do indébito, nem, tampouco, em empréstimo compulsório.

Por outro lado, o § 4º do citado artigo enumera alguns serviços que serão enquadrados na definição de cessão de mão-de-obra posta no § 3º, e determina que outros poderão ser acrescidos à lista por regulamento. O inciso III do § 2º do art. 219 do Decreto nº 3.048/99 inclui a construção civil como atividade de cessão ou empreitada de mão-de-obra.

Do exposto, conclui-se que a retenção efetuada pelo DNOCS encontra-se dentro dos parâmetros da legalidade, haja vista que o suplicante enquadra-se, perfeitamente, na qualificação de cedente de mão-de-obra, segundo a lei e o regulamento aplicáveis, restando patente a procedência do reclamo dos recorrentes.

Isto posto, dou provimento à remessa oficial e às apelações, para julgar improcedente o pleito autoral, invertendo o ônus da sucumbência.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.747-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA  
Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA  
Apelado: JORGE JOSÉ DA SILVA  
Advogado: DR. VALDOMIRO ARAÚJO LEITE (APDO)

***EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. FALSIDADE DOCUMENTAL. FALSA IDENTIDADE, USO DE DOCUMENTO FALSO E ESTELIONATO. ENQUADRAMENTO LEGAL DOS FATOS. IMPROPRIEDADE. PATAMAR DA COMINAÇÃO. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.***

- *Impossibilidade de enquadramento dos fatos, concomitantemente, nos tipos do art. 297, 298 e 307 do CP, quando verificado, tão-somente, um delito autônomo, qual seja, o de falsidade de documento público. Se há documentos outros, de natureza particular, falsificados pelo réu, estes não constam da descrição fática constante da denúncia.*
- *Aplicabilidade do princípio da acesoriedade quanto à natureza da infração tipificada no art. 307 do CP (falsa identidade), que não deve prevalecer quando absorvível por delito mais grave como é o caso da falsidade de documento público.*
- *Inaplicável o disposto no art. 304 do CP, uso de documento falso, tendo em vista tratar-se o uso de *post factum* impunível, à luz do princípio da consunção.*
- *Apelação do Parquet parcialmente provida. Extinção da punibilidade pela prescrição.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 14 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA – Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Cuidam os autos de apelação criminal interposta pelo titular do *dorninus litis* contra a sentença de fls. 217/226, da lavra do MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, Dr. João Bosco Medeiros de Sousa, que, julgando parcialmente procedente a denúncia e aplicando o princípio da consunção, restou por condenar o Sr. Jorge José da Silva como incurso nas sanções do art. 171, § 3º, do CP, estabelecendo o *quantum* da cominação em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e multa.

Asseverando tratar-se de hipótese de configuração de verdadeiro concurso material de crimes, pugna a apelante pela reforma *do decisum*.

Os fatos *sub examine* foram enquadrados, quando da elaboração da exordial acusatória, nos tipos penais ínsitos nos arts. 171, § 3º, 297, 298, 304, e 307, c/c os arts. 69 e 71, todos do Código Penal.

Contra razões às fls. 269/270.

Em seu opinativo, a representante do *Parquet* Federal, atuando como *custos legis*, faz consignar entendimento pela descaracterização do instituto do concurso de crimes, salientando, não obstante, que o apelo mereceria parcial provimento para que a condenação fosse reformulada, pois os fatos ilícitos imputados ao réu deveriam ser enquadrados como falsificação de documento público e não como estelionato.

Nos termos regimentais, foram os autos conclusos ao Exmo. Desembargador Federal Revisor.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (Relator):

O deslinde da questão versada no recurso de apelação *sub examine* depende da elucidação da questão alusiva à inadequação do comando sentencial em relação ao enquadramento legal dos fatos descritos como ilícitos na exordial, que, segundo o titular do *dominus litis*, autorizariam a conclusão quanto à verificação do concurso material de crimes.

Eis o teor da denúncia:

*“Jorge José da Silva só concluiu o 2º grau. No entanto, em 12 de março de 1989, atribuindo-se falsa identidade, apresentou-se no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia da Paraíba (CREA/PB) como se fosse Reinaldo Pereira Vital. Ali requereu e obteve a expedição de uma carteira definitiva de identidade e a feitura de seu registro como profissional de nível superior em Engenharia Elétrica.*

*Para conseguir seu intento, o denunciado usou vários documentos pertencentes a Reinaldo Pereira Vital, tais como: -a) 2ª (segunda) via do diploma e histórico escolar, fornecidos pela Universidade Federal de Pernambuco; b) título eleitoral; c) CPF; d) ficha de classificação sanguínea; e) certificado de dispensa de incorporação e f) carteira de identidade. Falsificara esses 2 (dois) últimos, neles colocando seu retrato, como se vê de sua confissão na Polícia Federal (...).*

*O acusado usou os documentos falsificados e, em 18 de julho de 1991, fazendo se passar por Reinaldo Pereira Vital, ‘conseguiu um exame de prova tuberculínea da liga Pernambucana contra a Tuberculose’ (fls.05).*

*Posteriormente, inscreveu-se na Prefeitura de Jaboatão/PE, como contribuinte do imposto sobre serviços, cadastrando se como Engenheiro Eletricista (fls. 05).*

*Jorge José da Silva perdera alguns dos documentos que falsificara (...). Requereu, então, em 31 de agosto de 1993, a expedição de uma 2ª (segunda) via da identidade profissional, no CREA deste Estado (...).*

*No momento em que ele requereu a 2ª (segunda) via, o CREA já tomara conhecimento de que o verdadeiro Reinaldo Pereira Vital denunciara a falsificação e o uso indevido de seus documentos profissionais. Por isso mesmo, foi relativamente fácil autuá-lo em flagrante (...).*

*Bem se vê que o acusado falsificou, alterando, documentos públicos e particulares, usando-os, de forma continuada, para atribuir-se falsa identidade, fazendo-se passar por Reinaldo Pereira Vital.*

*Na realidade, Jorge José da Silva obteve vantagem ilícita de se cadastrar como Engenheiro Eletricista, habilitando-se ao exercício daquela profissão, mediante ardil, que prejudicou os serviços de fiscalização do CREA/PB".*

O MM. Juiz a quo assim se houve em excerto da decisão objurgada:

*"A documentação acostada aos autos (124/131), o interrogatório (fls. 95), bem como os depoimentos testemunhais (fls. 111/114), tornaram-se provas robustas contra o réu (...). Em síntese, vale registrar dois pontos básicos sobre o caso dos autos, principalmente:*

*I - em Juízo, o réu reconheceu como suas as assinaturas em nome de Reinaldo Pereira Vital, entretanto, negou a imputação que lhe foi feita (fls. 95), divergindo do constante do IPL, quando confessou os delitos (fls. 11/13).*



## 2. A materialidade do delito (fls. 124/131).

Sem qualquer dúvida, a conduta do réu é típica, injurídica e culpável referentemente aos delitos tipificados conforme a peça acusatória, o estelionato em concurso com os delitos de falsificação de documento público, falsificação de documento particular, uso de documento falso e falsa identidade (arts. 171, § 3º, 297, 298, 304 e 307, todos do CP), tem sobre esses outros delitos nítida preponderância (delitos meio) circunstância que já tem formulação jurisprudencial e doutrinária a respeito (...)"

De fato, quanto à materialidade da infração não pairam dúvidas, pois, além de atestado no exame pericial que as assinaturas apostas em nome de Reinaldo Pereira Vital, engenheiro que teve seus documentos subtraídos, partiram do punho do réu, Jorge José da Silva, este confessou a prática ilícita na fase do inquisitório, descrevendo os detalhes da adulteração do documento de identidade daquele, no qual inseriu a sua fotografia.

As testemunhas da acusação discorrem acerca dos fatos de modo a tornar indubitável a prática delituosa por parte do réu, que conseguiu concretizá-la, com êxito, em detrimento do bem juridicamente tutelado, qual seja, a fé pública, manipulando documentos de identificação, dentre eles uma carteira profissional emitida por órgão federal, lesado no seu mister de bem fiscalizar e controlar a atuação dos profissionais da área de engenharia.

Não obstante, nada há que autorize a aplicação do instituto do concurso material de crimes, para cumular as sanções previstas nos tipos Capitulados na denúncia.

Inexistem evidências que impliquem a configuração do estelionato, já que não restou comprovada ou sequer descrita na denúncia a obtenção de vantagem pecuniária indevida em prejuízo alheio, elementares do tipo ínsito no art. 171 do CP.

Outro interessante pormenor é o que pertine à impossibilidade de enquadramento dos fatos, concomitantemente, nos tipos do art. 297, 298 e 307 do CP, pois verifica se, *in casu*, tão somente, um delito autônomo, qual seja, o de falsidade de documento público. Se há documentos outros, de natureza particular, falsificados pelo réu, estes não constam

da descrição fática constante da denúncia.

A aposição de assinaturas no nome de outrem e o ato de inserção de fotografias em documentos públicos verdadeiros, carteira de identidade e carteira profissional, atinge a materialidade e a individualização dos mesmos, razão pela qual deve ser tido por incidente o comando do art. 297 do CP, *in verbis*:

“Art. 297. Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa”.

Ademais, não é possível olvidar da aplicabilidade do princípio da acessoriedade no caso em tela, tendo em vista a natureza da infração tipificada no art. 307 do CP (falsa identidade), que não deve prevalecer quando absorvível por delito mais grave, como é o caso da falsidade de documento público.

As teses externadas nos arestos trazidos à colação infra fazem dissipar quaisquer dúvidas quanto à solução a ser aplicada no caso *in comento*:

“STF: ‘Sendo a alteração de documento público verdadeiro uma das duas condutas típicas do crime de falsificação de documento público (art. 297 do CP), a substituição de fotografia em documento de identidade dessa natureza caracteriza a alteração dele, que não se cinge apenas ao seu teor escrito, mas que alcança essa modalidade de modificação que, indiscutivelmente, compõe a materialidade e a individualização desse documento verdadeiro, até porque a fotografia constitui parte juridicamente relevante dele’. (HC 75.690 5, DJU 03.04.98, p. 4)”.

“TJSC – ‘A troca de retrato e a alteração de carimbo no documento utilizado pelo réu tipificam, sem dúvida, crime de *falsum*, não se justificando a desclassificação do delito do art. 297 para o do art. 307 do CP’ (RT 530/395)”.

Inaplicável, ainda, o disposto no art. 304 do CP, uso de documento falso, tendo em vista tratar-se o uso de *post factum* impunível, à luz do princípio da consunção.

Diante do exposto, porque necessário proceder se ao adequado enquadramento legal dos fatos ilícitos, deve ser também promovida a revisão da sanção imposta, tendo em vista os limites consignados no art. 297 do CP.

Sendo o réu primário e portador de bons antecedentes, em que pese o grau de culpabilidade e a censurabilidade da lesão à fé pública, tenho como suficiente a fixação da pena-base no mínimo legal, ou seja, 2 (dois) anos de reclusão.

Em face do referido apenamento e em decorrência da aplicação do princípio da pena justa, norteador do cômputo do lapso prescricional, torna se inarredável a necessidade de declaração da extinção da punibilidade, porque excedidos os quatro anos legalmente estabelecidos como suficientes à *persecutio criminis*, se cotejada a data de publicação da sentença (16.08.95) e a data atual.

Com essas considerações, dou parcial provimento à apelação *do Parquet* Federal, para promover o adequado enquadramento legal dos fatos descritos na exordial acusatória, e declaro extinta a punibilidade do Sr. Jorge José da Silva.

É como voto.

## APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.217-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA  
Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA  
Apelados: FRANCISCO MARQUES NETO, JOSÉ GLADSTONE DA SILVA SOARES E RAIMUNDO BRAZ DE OLIVEIRA  
Advogados: DRS. CARLOS S. ROSA D'ALBUQUERQUE CASTIM, CLEOFAS COELHO DE ARAÚJO E OUTROS E RIVANILDO SILVA MOREIRA (APDOS.)

**EMENTA: PENAL. PECULATO-TIPO. PECULATO-DESVIO. PAGAMENTO DE SERVIÇOS NÃO REALIZADOS. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS DESCRITOS NO TIPO PENAL. CONCESSÃO DE DIÁRIAS FICTÍCIAS. CARACTERIZAÇÃO DO PECULATO MESMO COM A POSTERIOR DEVOLUÇÃO DO VALOR APROPRIADO. PENA ALTERNATIVA. LEI 9.714, DE 25.11.1998. APLICAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PERÍCIA REALIZADA POR UM SÓ VISTOR. POSSIBILIDADE.**

*- Incabimento na hipótese da Súmula nº 361 do Supremo Tribunal Federal ("é nulo o exame realizado por um só perito"), pois se cuida de exame realizado por vistor oficial (HC nº 74521-SP, Rel. Min. Sydney Sanches).*

*- Denúncia que atribuiu aos denunciados dois fatos distintos: a apropriação de recursos públicos mediante o pagamento de diárias, sem que os beneficiários ao menos soubessem das autorizações para deslocamento, e o pagamento de serviços não realizados, sendo a prestação, mesmo*

*inexistente, reconhecida por funcionário público.*

*- A apuração da efetiva realização de serviços que importaram em pouco mais de dez salários mínimos tornou-se extremamente difícil depois de passados vários anos, não se autorizando um decreto condenatório quando remanescem dúvidas quanto à própria existência do fato caracterizador do tipo penal do art. 312 do CPP.*

*- O principal bem jurídico protegido pelo art. 312 do CPP é o dever de fidelidade do servidor público, de modo que a mera devolução do valor é irrelevante quanto à perfeição do tipo penal peculato.*

*- Aplicação da Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, mesmo em segundo grau, haja vista seu caráter de lei mais benéfica, para substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito e multa, a serem fixadas pelo MM. Juiz Federal da Vara de Execuções Penais.*

*- Apelação provida em parte para considerar os acusados José Marques Neto e José Gladstone da Silva Soares como incurso nas sanções do art. 312 do Código Penal. Extinção da punibilidade pela consumação do prazo prescricional em relação ao segundo acusado.*

## ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação para considerar os acusados Francisco Marques Neto e José Gladstone da Silva Soares como incurso nas sanções do art. 312 do Código Penal e reconhecer a extinção da punibilidade em relação ao segundo acusado, nos termos

do relatório, voto e notas taquigráficas anexos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 7 de junho de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA -  
Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA:

Trata-se de ação criminal ajuizada pelo Ministério Público Federal contra João Vital dos Santos, Francisco Marques Neto, José Gladstone da Silva Soares, Manoel Lúcio Filho, Josimar Lins de Medeiros, José Estevam Mosca Júnior e Raimundo Braz de Oliveira, alegando a prática do ilícito penal previsto no art. 312, c/c os arts. 71 e 29 do Código Penal Brasileiro, todos em concurso de pessoas, sendo os três primeiros de forma continuada.

Consta na denúncia, recebida em 29.09.1993, que foram depositados recursos provenientes do orçamento da União, a título de diárias, nos valores de CR\$ 19.600,00 (dezenove mil e seiscentos cruzeiros), CR\$ 15.400,00 (quinze mil e quatrocentos cruzeiros), CR\$ 19.600,00 (dezenove mil e seiscentos cruzeiros) e CR\$ 15.400,00 (quinze mil e quatrocentos cruzeiros) nas contas nºs 26097-7, 01002351-9, 2362-4 e 415797 da Agência Caixa Econômica Federal/Lagoa Nova - RN, respectivamente tituladas pelos servidores Ilma do Nascimento Leite, José Estevam Mosca Júnior, Luzinete Oliveira Galvão e Rosilda Galvão Pessoa, lotados na Delegacia Regional do Ministério da Educação/RN, a despeito de inexistirem, no cronograma de trabalho do órgão em comento, viagens a serem realizadas pelos mencionados beneficiários.

Afirma, ainda, que os acusados Francisco Marques Neto e José Gladstone da Silva Soares (sem vínculo legal com a DEMEC/RN, mas exercendo a função de assessor, sem Portaria

Ministerial) receberam a devolução das referidas quantias, por assentimento dos citados servidores titulares das contas agraciadas - que estavam inteiramente alheios ao depósito efetivado -, apoderando-se do dinheiro arrecadado, que foi destinado a Raimundo Braz de Oliveira, pessoa estranha aos quadros da Administração, e rateado entre os que protagonizaram as descritas ações delituosas, sem a devida devolução ao erário.

Aduz, também, que o acusado Manoel Lúcio Filho, irmão do então Delegado Federal da Educação co-gestor da Delegacia Regional do Ministério da Educação, sem vinculação legal com a DEMEC/RN, foi o responsável por proposta de fictícia realização de serviços de revisão e recuperação de parte da rede elétrica da DEMEC/RN, orçados em CR\$ 164.000,00 (cento e sessenta e quatro mil cruzeiros), aprovados pelo acusado Francisco Marques Neto, que autorizou a expedição da nota fiscal nº 000011, submetida ao crivo do acusado José Estevam Mosca Júnior, que, mesmo sabendo da não realização dos serviços, confirmou a sua veracidade.

Quanto aos acusados Josimar Lins de Medeiros e Raimundo Braz de Oliveira, o primeiro preparou os documentos indispensáveis à realização do pagamento do fraudulento serviço, recebido pelo segundo porque sócio da CONTEL - Consultoria em Telecomunicações e Informática Ltda., em cujo nome foi emitida a ordem bancária de prestação de serviço.

O acusado João Vital dos Santos, então chefe do setor financeiro da Delegacia Regional do Ministério da Educação/RN, creditou, nas contas correntes suso relacionadas, as importâncias inicialmente referidas a título de diárias, para o que preparou os documentos propostos de concessão de diárias e as correspondentes ordens bancárias.

A perícia realizada declarou a impossibilidade de atestar sobre a realização de determinados serviços, tendo em vista a ocorrência de diversas alterações e intervenções nas instalações elétricas do órgão periciado. O laudo pericial, produzido e firmado por um único perito, levou o Ministério Público a pedir a sua anulação por contrariar o art. 159, § 1º, do Código de Processo Penal (com a nova redação dada pela Lei 8.862, de 1994). O MM. Juiz Singular indeferiu o petitório do MP e entendeu

desnecessária a realização de nova perícia.

Na r. sentença, às fls. 1358/1371, o MM. Juiz Federal julgou improcedente a denúncia e absolveu os acusados com fulcro no art. 386, incisos II e III, do CPP.

Nas razões apresentadas, o Ministério Público Federal apelou da decisão absolutória em relação aos réus Francisco Marques Neto, José Gladstone da Silva Soares e Raimundo Braz de Oliveira; pediu a nulidade da perícia, com base na Súmula 361 do Supremo Tribunal Federal, destacou a sua extemporaneidade (pois realizada quase 5 anos depois) e pediu a condenação dos apelados nas penas do art. 312 do CP, os dois primeiros considerados em concurso material de crimes.

Sobre os outros réus, reconheceu a existência de dirimente de exclusão de culpabilidade, caracterizada pela coação moral irresistível ou mesmo pela obediência hierárquica.

Apresentadas contra-razões por todos os apelados.

Nesta Corte, pronunciou-se a douta Procuradoria Regional da República pelo conhecimento e provimento do apelo, em vista da existência de prova suficiente, ressaltando que a reparação do dano ao patrimônio público, quando da apuração das irregularidades, não afasta a tipicidade da conduta dos denunciados.

Os autos foram conclusos ao eminente Juiz Revisor.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA (Relator):

Examino a preliminar.

Pretende o Ministério Público Federal que seja decretada a nulidade da perícia com fundamento na Súmula nº 361 do Supremo Tribunal Federal ("é nulo o exame realizado por um só perito").

A jurisprudência sumulada não se aplica à hipótese dos



autos, na qual o exame foi realizado por perito oficial, consoante tem-se manifestado a Suprema Corte. Repito aqui o tópico específico da ementa do HC nº 74521-SP, Rel. Min. Sydney Sanches, já invocada no parecer ministerial:

“Ementa: Direito Penal e Processual Penal. Falta de defesa. Laudo pericial (art. 159 do Código de Processo Penal). Interrogatório. Pena: fundamentação. Regime de cumprimento. *Habeas corpus*.

(...)

4. Enquanto vigorou com sua redação originária o art. 159 do Código de Processo Penal, a Súmula 361 do STF somente se referiu aos peritos não-oficiais, pois sua jurisprudência posterior considerou válido o laudo assinado por um só perito oficial.

(...)” (fls. 1467).

Rejeito, assim, a preliminar.

Passo à questão de fundo.

A denúncia atribuiu aos denunciados dois fatos distintos: a apropriação de recursos públicos mediante o pagamento de diárias, sem que os beneficiários ao menos soubessem das autorizações para deslocamento, tendo os réus Francisco Marques Neto e José Gladstone da Silva Soares recebido tais valores, por parte dos servidores beneficiados, sem que os tenham repassado aos cofres públicos; o segundo fato refere-se ao pagamento de serviços não realizados pela empresa CONTEL, envolvendo os réus Manoel Lúcio Filho, professor da UFRN, que providenciou o preenchimento de formulário da CONTEL com a proposta de realização de serviços, com o “aprovo” de Francisco Marques Neto, sendo a prestação de serviços, mesmo inexistentes, reconhecida por José Estevam Mosca Júnior. O pagamento, autorizado por Francisco Marques Neto, foi feito pelo Chefe do Setor Financeiro da Delegacia Regional do Ministério da Educação, Josimar Lins Medeiros, ao acusado Raimundo Braz de Oliveira, sócio da CONTEL.

Percorro o mesmo caminho trilhado pelo ilustre sentenciante, examinando, inicialmente, o ilícito descrito na segunda parte. A apelação pede a condenação, quanto a esse

fato delituoso, dos réus Francisco Marques Neto, José Gladstone da Silva Soares e Raimundo Braz de Oliveira.

Há evidente equívoco da apelante ao pedir a condenação de José Gladstone da Silva Soares por esse fato, tendo em vista que a denúncia não lhe atribui qualquer participação, como bem observou o ilustre Procurador Regional da República, Dr. Benedito Izidro da Silva, no seguinte tópico do seu parecer:

“Constata-se, assim, a existência de um equívoco, razão pela qual passa a desconsiderar o nome do Sr. José Gladstone da Silva Soares como denunciado pelo episódio do pagamento indevido pelos serviços de revisão e recuperação da rede elétrica da DEMEC/RN, supostamente não realizados, passando adiante a apreciar unicamente a responsabilidade dos acusados Francisco Marques Neto e Raimundo Braz de Oliveira, devidamente denunciados na peça acusatória” (fls. 1469).

Cabe examinar os fatos apenas em relação aos demais acusados.

A Carta Proposta nº 083/90 dirigida pela CONTEL à Delegacia Regional do MEC postulava o pagamento de Cr\$ 164.000,00, referentes à prestação dos serviços de revisão e recuperação de parte da rede elétrica, nos seguintes termos:

“O valor acima será pago após conclusão do serviço, onde será entregue um relatório resumido do que deve ser feito para melhorar as instalações elétrica e telefônica do prédio do DEMEC” (fls. 660).

A nota fiscal de fls. 661 está datada de 7 de fevereiro de 1991, tendo sido o pagamento efetuado no dia 14 seguinte, quando o salário mínimo era de Cr\$ 15.895,46. Portanto, o serviço prestado importou em valor maior do que dez e menor do que onze salários mínimos da época.

Em resposta às questões formuladas pelo Ministério Público Federal, quanto à realização dos serviços especificados, manifestou-se o laudo pericial nos seguintes termos:

“Conforme mostrado na descrição do sistema

elétrico da DEMEC/RN, item 3.1 do presente LAUDO, ocorreram diversas alterações e intervenções nas instalações elétricas daquele órgão, de dezembro de 1990 até a presente data, o que descaracterizou a execução dos serviços acima listados.

Mesmo que não ocorressem alterações substanciais no sistema periciado, não existe método científico seguro que possa comprovar a realização dos serviços listados, em determinado mês e ano que não outro mês e ano próximo, com a exceção feita ao atestador que tenha participado, direta ou indiretamente, na execução dos mesmos.

Portanto, pelos argumentos citados, não é possível a este perito atestar a execução dos serviços constantes do quesito 01 acima listado, em dezembro de 1990" (fls. 1083/1084).

Há um aspecto ressaltado pelo ilustre sentenciante que é facilmente comprovado. Trata-se do ponto em que o laudo pericial ratifica defeitos apontados pela empresa CONTEL em relatório acostado aos autos, apesar do tempo decorrido e das modificações, conforme se vê às fls. 1089:

"Item 1.1 - Desbalanceamento da rede elétrica (COSERN); observação da perícia: Durante a perícia do dia 14.06.95, às 11:30h, foi feita a medição do consumo de corrente elétrica nos cabos de entrada do Quadro de Distribuição Geral, sendo obtidos os seguintes valores: Fase 1 = 28 A; Fase 2 = 30 A, Fase 3 = 12 A e Neutro = 12 A. A medição sugere que o sistema deve ser analisado para correção de possíveis desbalanceamentos de cargas.

Item 1.2 - O fio neutro da rede não está bem aterrado. Observação da perícia: por ocasião da inspeção realizada, havia aterramento no fio neutro do quadro geral.

Item 1.3 - O Quadro de Distribuição está mal dimensionado, existe fio fase com mais carga

do que outro. Observação da perícia: por ocasião da perícia, foi verificado o mal dimensionamento e distribuição de condutores nos quadros de distribuição.

Item 1.4 - Os aparelhos de ar condicionado não estão bem aterrados e em alguns nem existe aterramento. Observação da perícia: por ocasião da perícia, não foi constatada falta de aterramento nos aparelhos de ar condicionado.

Item 1.5 - A máquina XEROX também não está com bom aterramento. Observação da perícia: por ocasião da perícia, a máquina XEROX encontrava-se com aterramento aceitável. Item

1.6 - Sistema de iluminação precário, pois existem salas com pouca iluminação (mal dimensionada). Observação da perícia: por ocasião da perícia, não foram constatadas deficiências no sistema de iluminação, que merecessem registro”.

A apelante invoca os depoimentos de José Estevam Mosca Júnior e de Maria Suzana Gurgel. O primeiro, em seu interrogatório, embora tenha atestado a realização dos serviços, admitiu *“Que, na realidade, não tinha conhecimento de nenhum serviço de recuperação da parte elétrica da Delegacia...”*; enquanto a segunda alega também a incorrência em função do depoimento do co-réu, *“mas também por haver constatado na própria sala de trabalho, onde o serviço deveria ter iniciado, que nada havia sido feito”*.

Tais depoimentos não autorizam uma condenação, à míngua de melhores esclarecimentos. O que não foi feito, afinal? A proposta apresentada assim descreve os serviços:

**“1. INSTALAÇÃO ELÉTRICA:**

Será feito levantamento da rede elétrica do prédio e recuperação de alguns pontos elétricos de imediato.

**2. REDE TELEFÔNICA:**

A rede telefônica será inspecionada e, em caso de alguma instalação, será feita e incluída no

serviço" (fls. 660).

Ora, como assinalado, embora realizada muito tempo depois, a perícia admitiu algumas conclusões do relatório elaborado pela firma contratada, CONTEL.

Também não me impressiona o depoimento de João Vital dos Santos, invocado no parecer do Ministério Público Federal, nesta instância. Cuida-se de depoimento prestado na fase inquisitorial, que sequer fora invocado pela apelante. Descabe trazê-lo agora sem ofensa ao princípio do contraditório. Além disso, cuida-se de palavra de co-réu, ressentido com o principal acusado, Francisco Marques, como se deduz desta parte do seu depoimento:

"Que também foi denunciado o fato de pagamento de serviço não realizado e foi o que realmente ocorreu, pois o professor Francisco Marques determinou que o interrogado emitisse empenho e ordem de pagamento para os serviços que ainda não tinham sido feitos, tendo argumentado com aquele ex-Delegado que tal fato não poderia acontecer, pois era errado, no entanto, Francisco Marques, com o seu jeito autoritário, tirou o interrogado da chefia do setor, mas determinou que preparasse todo o processo com o empenho e a ordem bancária, para que Josimar Lins de Medeiros efetivasse o pagamento, e o interrogado assim procedeu" (fls. 1471).

Dessarte, não se pode razoavelmente concluir pela inexistência de serviço, de modo a caracterizar o tipo penal do art. 312 do Código Penal. É possível até que os serviços não se tenham realizado em sua integralidade, caso em que se poderia até cogitar da responsabilidade civil dos agentes e da empresa prestadora do serviço. Entretanto, não se vê a presença de elementos caracterizadores de ilícito penal. A apuração da efetiva realização de serviços que importaram em pouco mais de dez salários mínimos tornou-se extremamente difícil, depois de passados vários anos, não se autorizando um decreto condenatório quando remanescem dúvidas quanto à própria existência do fato.

Resta o exame da figura do peculato-desvio, que estaria configurado através da concessão de diárias fictícias em nome de servidores que devolveram os valores creditados em suas contas, através de cheques que, entretanto, não eram creditados aos cofres públicos.

Para maior clareza, repito a mensagem contida no art. 312 e § 1º do Código Penal:

“Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo 1º. Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário”.

Como já assinalado, cabe analisar apenas as condutas dos apelados Francisco Marques Neto e José Gladstone da Silva Soares.

Para melhor compreensão, transcrevo o tópico 04 da denúncia, no qual se acham descritas as ações atribuídas a eles:

“Em suma: para a consecução do desiderato, estes três acusados concorreram com eficácia causal, perpetrando as ações adiante realçadas:

a) João Vital dos Santos, atuando como chefe do setor financeiro da Delegacia Regional do Ministério da Educação neste Estado, creditou, nas contas correntes de servidores desse órgão, valores que eles deveriam usufruir, a título de diárias, preparando, para tanto, os documentos propostas de concessão de diárias e as correspondentes ordens diárias;

b) cientes da ação evidenciada *sub* letra *a*, que havia sido objeto de acerto prévio, os indiciados Francisco Marques Neto e José Gladstone da Silva Soares dirigiram-se aos beneficiários

dos depósitos, os quais, inteiramente alheios à sua efetivação, assentiram em devolver-lhes os montantes carreados para os seus nomes, mediante a emissão de cheques ao portador ou a entrega de dinheiro em espécie e c) em um terceiro estágio, Francisco Marques Neto e José Gladstone da Silva Soares, que lograram titularizar, em favor de um terceiro, os cheques recebidos com a cláusula 'ao portador', ratearam, entre os protagonistas das ações delituosas, a soma ilicitamente obtida, olvidando de devolvê-la ao Estado".

Impende verificar se os apelados, servidores públicos federais, embora não detendo a posse do dinheiro relativo ao pagamento das diárias, creditadas em nome de diversos servidores do órgão, subtraíram os cheques recebidos a título de devolução dos montantes respectivos, rateando entre si, valendo-se da condição de funcionários públicos.

A r. sentença julgou improcedente a denúncia quanto a Francisco Marques Neto, com base nos seguintes argumentos:

- a) inexistência de dolo na conduta de Francisco, observando que o pagamento de diárias ocorreu no mês seguinte à sua posse como Delegado do MEC e que a iniciativa decorreria de solicitação do setor competente do órgão;
- b) atribui o fato ao despreparo do réu para a gerência da coisa pública, o que fica claro no depoimento da testemunha Maria Suzana Gurgel, ao dizer que "os valores dessas diárias destinavam-se à cobertura de despesas do Gabinete", segundo informação de José Gladstone;
- c) existência de um ambiente de intrigas entre o Delegado e alguns servidores;
- d) seria ingenuidade imaginar que pudesse o acusado pretender apropriar-se de recursos públicos através de distribuição de diárias aos seus servidores, entendendo mais razoável atribuir o fato à incompetência gerencial.

Em relação ao réu José Gladstone da Silva Soares, assim podem ser resumidas as razões do decreto absolutório:

- a) a situação funcional do réu gerou para ele uma situação desconfortável em relação aos demais servidores, destacando o depoimento de Denise da Silva Lacerda, no sentido de que “apesar do Sr. Gladstone não ocupar nenhum cargo efetivo na DEMEC, nem tampouco cargo de confiança, o mesmo dava ordens aos servidores do órgão”;
- b) admite que o réu recebeu dinheiro dos servidores, a título de devolução de diárias, citando os depoimentos de Izaías Bezerra da Silva e de José Estevam Mosca Júnior;
- c) os valores recebidos foram entregues ao Delegado Francisco Marques Neto, limitando-se a cumprir ordens deste;
- d) vê ausente o elemento subjetivo do crime de peculato, assinalando que os valores foram devolvidos aos cofres públicos através de DARF.

Malgrado a admiração que merece o ilustre sentenciante, tais argumentos não se mostram persuasivos. Não é raro que servidores desonestos tentem dissimular ações delituosas sob o manto da inexperiência ou do desconhecimento das normas administrativas. A declaração do co-réu José Gladstone de que “os valores dessas diárias destinavam-se à cobertura de despesas do Gabinete” não pode merecer qualquer relevância. Ficou demonstrada a aplicação dos recursos em alguma despesa do Gabinete? Não. Evidentemente, não iria dizer a verdade aos beneficiários da ordem de crédito, a menos que estes também fossem participantes do empreendimento criminoso. Observe-se que o argumento imaginado pelo douto sentenciante sequer foi cogitado pela defesa dos acusados. Anote-se o tópico do depoimento de José Maria Marques, segundo o qual os recursos destinavam-se ao custeio do deslocamento dos servidores: “Que essas pessoas não chegaram a viajar por falta de condições técnicas para deslocamento, constituída de viatura e combustível suficiente para fazer o rodízio, a fim de que todos pudessem viajar” (fls. 781). Percebe-se, portanto, a desvalia da justificativa apresentada.



A análise dos fatos apurados não deixa dúvida quanto à perfeição do tipo penal. Vejamos:

A devolução das diárias ocorreu, em sua quase totalidade, após a instauração do inquérito. Portanto, não houve espontaneidade. Além disso, os próprios servidores beneficiados arcaram com o custo respectivo. Nesse sentido foram as declarações de José Estevam Mosca Júnior (fls. 312), Luzinete Oliveira Caldas (fls. 272/273) e Rosilda Galvão Pessoa (fls. 275). Por seu turno, a posterior devolução não descaracteriza o peculato. Embora por pouco tempo, houve o desfalque do patrimônio público. Atente-se que o principal bem jurídico protegido é o dever de fidelidade do servidor público, de modo que a mera devolução do valor é irrelevante quanto à perfeição do tipo penal. Nesse sentido é o seguinte precedente do STF: "A só devolução da soma apropriada não exclui o tipo subjetivo do delito. A caracterização do peculato doloso não reclama lucro efetivo por parte do agente" (RT 905/399).

Constata-se, também, que a denúncia foi confirmada no que diz respeito ao recebimento dos valores pelos servidores indicados e à devolução aos réus Francisco Marques Neto e José Gladstone da Silva Soares. Confirmam-se as declarações de Ilma do Nascimento Leite (recebimento de Cr\$ 19.600,00, devolvidos em espécie a José Gladstone, fls. 30), Luzinete de Oliveira Caldas (fls. 37, Cr\$ 19.600,00, indicando o número do cheque entregue a José Marques Neto), Rosilda Galvão Pessoa (fls. 41, Cr\$ 15.400,00, devolvidos através de cheque a José Gladstone, através do motorista Izaías Bezerra da Silva) e Denise da Silva Lacerda (fls. 46, adiantamentos de Cr\$ 27.720,00 e Cr\$ 15.400,00, esta última já devolvida através de DARF).

Portanto, não há dúvida de que alguns servidores foram contemplados com valores que foram desviados da finalidade própria - realização de viagens a serviço da DEMEC - e entregues aos réus, ora apelados, a título de devolução aos cofres públicos, o que não se verificou.

No que tange à ausência de dolo, tendo em vista a inexperiência do principal acusado, cabe observar que Francisco Marques Neto é professor universitário, "com mestrado e especialização no exterior" (fls. 782). Com essa formação, não

se pode imaginá-lo uma pessoa ingênua, incompetente, desconhecadora do funcionamento das normas administrativas. De qualquer modo, se o objetivo fosse apenas superar os entraves burocráticos para a realização de viagens, não se explicaria o seu empenho junto aos servidores do órgão para que tais valores fossem devolvidos diretamente a ele e a José Gladstone, recebendo-os, em espécie, através do motorista Izaías Bezerra da Silva, que assim depôs em juízo:

“que se recorda de ter sacado cheques de devoluções de diárias emitidos por José Estevam Mosca, Luzinete Caldas e Rosilda Galvão, que os cheques lhe foram entregues pelo Sr. Gladstone, que em nome do Delegado determinou que a testemunha fosse descontá-lo no banco; que os valores sacados foram entregues ao Sr. Francisco Marques, Delegado da DEMEC” (fls. 896).

Confira-se, ainda, este tópico do depoimento prestado por Lauro Almeida de Figueiredo, presidente da Comissão de Sindicância:

“que durante a sindicância, verificou a existência de irregularidades quanto ao pagamento de diárias, tal como descrito na denúncia, ou seja, mediante a transferência de numerário da conta da União para as contas bancárias dos servidores Ilma do Nascimento, José Estevam Mosca Júnior, Luzinete Oliveira Galvão e Rosilda Galvão Pessoa, todos lotados na Delegacia do Ministério da Educação do Rio Grande do Norte; que essas transferências eram feitas por ordem do então Delegado Federal de Educação naquele Estado, Sr. Francisco Martinele e pelo acusado José Gladstone da Silva Soares, o qual, sem ter sido nomeado para qualquer cargo da Delegacia, praticava atos de ofício, com a conivência do Delegado; que os cheques correspondentes às diárias eram entregues aos servidores, os quais depois os endossavam, para fins de

restituição, que não ocorria, uma vez que os indiciados acima mencionados se apropriavam dos respectivos valores; que para a obtenção dessas importâncias, os mencionados réus exerciam forte pressão sobre os servidores João Vital dos Santos e José Estevam Mosca, intimidando-os com ameaça de demissão ou disponibilidade, que os servidores não sabiam que os valores das diárias eram apropriados pelos indiciados; que as importâncias apropriadas pelos denunciados eram formalmente destinadas ao pagamento de diárias, mas, na verdade, não se destinavam a cobrir gasto algum, pois inexisteriam, no cronograma de trabalho da Delegacia, viagens a serem realizadas pelos seus beneficiários" (fls. 1480).

É possível que o ambiente vivido pela DEMEC ao tempo da administração do primeiro acusado, José Marques Neto, tenha sido conturbado por intrigas e fofocas, como bem descreveu o ilustre Julgador. Entretanto, o fato em nada o beneficia, pois foi uma consequência da sua desastrosa administração, que se afastou dos procedimentos regulares, daí ocasionando a representação encaminhada por diversos servidores da repartição pública por ele dirigida ao Sr. Ministro Presidente do Tribunal de Contas da União, destacando uma dezena de anormalidades, assim descritas:

- 1º - Concessão de diárias sem as viagens serem realizadas, art. 59 da Lei que dispõe sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores Cíveis da União;
- 2º - licitações feitas com firmas não habilitadas para os serviços solicitados;
- 3º - pagamentos realizados sem que os serviços tenham sido executados;
- 4º - dois servidores da Universidade Federal do Rio Grande do Norte atuam nesta Delegacia, com plenos poderes de chefia (inciso III do art. 3º da Lei 8.027/90 e inciso VI do art. 4º da mesma lei), sem as devidas designações;

5º - uso indevido dos veículos do órgão, tanto no horário de expediente, quanto nos finais de semana;

6º - os veículos oficiais pertencentes à DEMEC/RN, ou a ela cedidos, por empréstimo, estão pernitoando nas residências dos servidores com situações irregulares, citados no item 4 da presente denúncia;

7º - o acervo da extinta Fundação Educar, que ainda não foi sequer incorporado ao patrimônio da DEMEC/RN, está sendo doado sem os devidos trâmites, conforme a lei estabelece;

8º - abastecimento dos veículos sem obedecer às cotas estabelecidas, inclusive nos finais de semana;

9º - os objetos, a estrutura física, os bens de serviço da DEMEC/RN estão sendo abusivamente usados para proveito próprio de pessoas que não fazem parte do quadro de pessoal da DEMEC/RN, citados no item 4º;

10º - o atual titular da DEMEC/RN vem dispensando tratamento discriminatório e repressivo, administrando sob pressão e coação psicológica" (fls. 27/28).

Como se vê, os fatos ilícitos enfocados na ação penal estão incluídos em um conjunto de irregularidades administrativas sob a responsabilidade direta do réu, que não foi vítima, mas o principal responsável pelos delitos apurados durante a investigação. Não acolho a escusa em razão de haver o fato ocorrido no mês seguinte à sua posse. Seria razoável tal justificativa se a acusação se limitasse ao adiantamento de diárias, sem viagem programada. Entretanto, o posterior recebimento dos valores em cheques ao portador, seu recebimento através de motorista da repartição e posterior apropriação de tais valores são fatos que vão muito além de uma possível inexperiência administrativa. Os servidores foram procurados para devolução dos valores que vieram a ser apropriados pelo acusado. Qualquer pessoa sabe que não pode embolsar valores públicos.

Diante do exposto, dou provimento à apelação para

reformular a sentença, julgando-a procedente em relação ao primeiro denunciado.

Resta examinar a procedência do apelo em relação a José Gladstone da Silva Soares.

Embora tenha decretado a sua absolvição, a r. sentença reconheceu ter havido a participação do réu na ação criminosa diante das evidências exurgidas das provas colhidas nos autos:

“É imperativo reconhecer que houve recebimento de dinheiro por parte do denunciado José Gladstone da Silva Soares, a título de devolução de diárias, conforme atesta de forma clara no testemunho de Izaías Bezerra da Silva, às fls. 896/898, e José Estevam Mosca Júnior, às fls. 772”.

Transcrevo tópico do depoimento prestado por Izaías:

“Que recorda ter sacado cheques de devoluções de diárias emitidos por José Estevam Mosca, Luzinete Caldas e Rozilda Galvão; que os cheques lhe foram entregues pelo Sr. Gladstone, que em nome do Delegado determinou que a testemunha fosse descontá-los no banco; que os valores sacados foram entregues ao Sr. Francisco Marques, Delegado da DEMEC; que nada mais sabe sobre as diárias que foram devolvidas, nem sobre o pagamento de serviços não realizados” (896/897).

Veja-se ainda esta passagem do interrogatório de José Estevam:

“Que, no todo, são verdadeiros os fatos articulados, pois, primeiro esclarece que, com relação às diárias depositadas em sua conta pessoal, em 29.12.90, esclarece que nessa época sequer se encontrava em Natal, pois se achava em viagem para Fortaleza, em período de recesso da Delegacia do Ministério de Educação deste Estado; que, ao retornar, o Sr. Gladstone chegou a lhe falar que havia sido depositada certa quantia em sua conta, mas que a mesma iria ser devolvida para a Delegacia

e que este procedimento poderia ser feito através de cheque; que recorda ter procedido como solicitado por Gladstone, preenchendo cheque no valor do depositado e entregando o mesmo, sem que este documento tivesse sido nominado; que Gladstone solicitou de Isaías que fizesse o saque desse cheque no banco, achando, assim, que o mesmo deve ter sido sacado em nome do próprio Isaías; que, por ocasião da apuração dos fatos pela Comissão de Inquérito instaurada para esse fim, foi orientado para fazer a devolução desse valor uma outra vez, sendo que agora através de um DARF, em nome da Delegacia do Ministério da Educação; que assim foi procedido; que essa devolução do dinheiro se deu do próprio bolso do interrogado..." (fls. 771/772).

Em razão do exposto, dou provimento, em parte, à apelação, julgando procedente a denúncia para considerar os acusados José Marques Neto e José Gladstone da Silva Soares como incurso nas sanções do art. 312 do Código Penal.

Na fixação da pena, observo que os réus são primários, de bons antecedentes. Ressalto, ainda, que o montante apropriado não foi expressivo, além de ter havido devolução aos cofres públicos, embora com algum retardamento, sendo uma parte através dos servidores em cujos nomes foram feitos os adiantamentos. Entretanto, em relação ao acusado José Marques Neto, impende considerar que exercia o cargo de Delegado da DEMEC no Rio Grande do Norte, tendo-se evidenciado o exercício abusivo do poder inerente ao cargo, fato que constitui circunstância agravante, nos termos do art. 61, g, do Código Penal. Desse modo, fixo a sua pena privativa de liberdade em dois anos e dois meses de reclusão. Decido, ainda, à luz da doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete (*Código Penal Interpretado*, Editora Atlas, São Paulo, 1999), pela aplicação da Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, mesmo aqui em segundo grau, haja vista seu caráter de lei mais benéfica, para substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito e multa, a serem fixadas pelo MM. Juiz Federal da Vara de Execuções

Penais. Eis os ensinamentos do ilustre penalista:

“Em praticamente todos os seus aspectos, a Lei nº 9.714, de 25.11.1998, que alterou os arts. 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 da Parte Geral do Código Penal, instituída pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984, é mais benigna do que esta. Além de criar penas substitutivas menos severas, estendeu extraordinariamente a incidência destas, possibilitando a sua aplicação em condenações até quatro anos de reclusão ou detenção. Assim, é evidente que as novas disposições têm caráter retroativo, nos termos do art. 5º, XIX, *in fine*, da CF, regulamentado pelo art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, devendo incidir sobre os crimes ocorridos antes de sua vigência, que se iniciou em 26.11.1998, ainda que a sentença condenatória tenha transitado em julgado.

Caso o fato criminoso não tenha sido, ainda, objeto de sentença, deve o juiz aplicar os novos dispositivos mais benignos ao decidir a causa. Estando o feito na fase recursal, seja em apelação, embargos infringentes, recurso especial, recurso extraordinário etc., o tribunal que apreciá-lo deverá também considerar a possibilidade de sua aplicação. Tendo transitado em julgado a sentença condenatória, de acordo com o disposto no art. 66, I, da LEP, e na Súmula nº 611 do STF, competente para a aplicação dos novos dispositivos mais favoráveis é o juiz da execução, que deverá apreciar os requisitos objetivos e subjetivos indispensáveis à concessão do benefício da substituição. (...)”.

Em relação ao acusado José Gladstone da Silva Soares, não encontrando circunstância especial de aumento da pena, fixo-a no mínimo legal.

Atento ao disposto no art. 110, c/c art. 109, V, do Código Penal, passo a verificar a ocorrência da prescrição pela pena ora concretizada. A denúncia foi recebida por despacho proferido em 29.09.93. A sentença foi absolutória. Desse modo, operou-se a consumação do prazo prescricional em 29.09.97, em relação ao segundo acusado, em razão do que reconheço

## APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.400-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA  
Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA  
Apeladas: ATLANTA PARTICIPAÇÕES LTDA., DEAL FOMENTO MERCANTIL LTDA. E ALEMANHA AUTOS LTDA.  
Advogados: DRS. ABDIAS JUNIO CAVALCANTI OLIVEIRA E OUTROS (APDAS.)

**EMENTA: PENAL. INCIDENTE PROCES-SUAL. RESTITUIÇÃO DE COISAS APREEN-DIDAS. POSSE LEGAL. COMPU-TADORES. SIGILO DE DADOS. RES INTER ALIOS ACTA.**

*- O interesse público na persecução criminal não é absoluto, encontrando limites nos demais interesses públicos e particu-lares que o sistema protege.*

*- Não é razoável privar-se o investigado da posse de seus bens, quando estes se constituem em coisas cuja propriedade e posse não são proibidas, durante período superior a um ano, quando o Ministério Público sequer reuniu elementos para o oferecimento de denúncia.*

*- Se o mandado de busca a autoriza em face de determinada pessoa, não pode a apreensão abranger bens de terceiros, ainda que estes ocupem o mesmo domicílio.*

*- Sentença que assegurou a devolução mantida.*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram



como partes as acima identificadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, negar provimento à apelação criminal, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 14 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Cuida-se de apelação manifestada pelo Ministério Público Federal, irresignado com a sentença prolatada pelo Juízo *a quo* que deferiu, em incidente de restituição de coisa apreendida, a devolução de todos os bens apreendidos em poder das apeladas Atlanta Participações Ltda., Deal Fomento Mercantil Ltda. e Alemanha Autos Ltda., em procedimento criminal inespecífico preparatório de inquérito policial.

A apreensão se verificou em função de notícias acerca de possível cometimento de crimes contra o sistema financeiro, especificamente o de evasão de divisas e lavagem de dinheiro, atribuídos a Rudy Constantino, Câmbio e Turismo Ltda. e Hexagon Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários Ltda.

Deferida a busca, os agentes policiais apreenderam os equipamentos de informática, bem assim os documentos que encontraram num dos endereços dos investigados, sendo certo que as apeladas, pessoas jurídicas distintas das primeiras, eram domiciliadas no mesmo endereço, daí porque tiveram os seus bens também apreendidos.

A pretensão à devolução se fundou não somente no fato de que o mandado de apreensão não se dirigia às postulantes, que eram terceiros em relação aos investigados,

mas, também, na garantia constitucional da inviolabilidade do sigilo dos dados que integram os computadores apreendidos.

Acatando os argumentos das apeladas, o Juízo *a quo* deferiu a devolução.

Irresignado, o Ministério Público Federal recorre, esclarecendo que os bens interessam à prova de crimes que possivelmente teriam sido cometidos pelas apeladas, destacando, mais, que as pessoas jurídicas investigadas originalmente e as outras com quem ora litiga pertencem ao mesmo grupo, ocupam o mesmo endereço, usam os mesmos equipamentos, daí porque não seria possível antes de devassado o conteúdo dos computadores identificar a quem pertencia cada um deles.

De registrar-se, ainda, que parte substancial dos bens já fora devolvida, posto que a apelação interposta, mercê de sua natureza penal, foi recebida unicamente no efeito devolutivo, tendo o *Parquet*, somente com algum atraso, logrado obter liminar em ação cautelar que ajuizou, para atribuir ao recurso o efeito suspensivo.

Dispensada a revisão, a teor do que dispõe o art. 610 do CPP.

Pedi dia para julgamento.

É, no essencial, o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (Relator):

A matéria é especialmente delicada, exigindo do julgador sensibilidade e argúcia. Trata-se de encontrar o ponto de equilíbrio entre o interesse público na investigação e punição dos crimes, em confronto com o interesse particular na preservação da privacidade, assegurada com a intangibilidade dos sigilos telegráficos, de correspondência, telefônico e de dados.

A mesma sensibilidade, aliás, exige-se do legislador que,

afora a disposição constitucional que assegura a inviolabilidade das comunicações e dos dados, somente cuidou de disciplinar, em nível infraconstitucional, a autorização para a quebra do sigilo telefônico.

A hipótese de que cuidam os autos vem a juízo através de três procedimentos criminais distintos, inaugurados a partir do deferimento de buscas e apreensões a serem realizadas nos domicílios das pessoas (jurídica) Hexagon Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários Ltda. e Rudy Constantino, Câmbio e Turismo, e (física) Rodolfo Guimarães de Moraes Júnior. Como resultado da diligência restaram apreendidas várias moedas, além de equipamentos de informática, computadores e máquinas de câmbio automático, documentos e contratos, sendo certo que os equipamentos e documentos referiam-se tanto às pessoas referidas no mandado de busca e apreensão como às apeladas.

Irresignadas, as apeladas postularam a devolução de todos os bens apreendidos, fundadas na presunção da inocência, na inviolabilidade do sigilo das comunicações e de dados, e, principalmente, na autonomia de suas personalidades jurídicas, inconfundíveis com a dos investigados a que se referiu o mandado de busca e apreensão, obtendo êxito no primeiro grau de jurisdição, tanto que a devolução se verificou em sua maior parte. Contudo, o Ministério Público Federal conseguiu estancar a devolução, procedendo, inclusive, a nova apreensão de alguns dos bens devolvidos, tudo através de ação cautelar, cuja liminar foi deferida pelo eminente Desembargador Federal Petrucio Ferreira.

No caso específico de que cuida a presente apelação, a decisão atacada determinara a devolução dos bens apreendidos que não pertencessem aos indiciados indicados na representação e no mandado de busca, sufragando a tese de que a investigação não comporta a apreensão de bens de terceiros.

A irresignação do *Parquet* prende-se ao fato de que, malgrado terem personalidade jurídica própria, as apeladas pertencem ao mesmo grupo objeto das investigações, sendo indissociáveis os negócios de uns e outros. Demais disso, os bens apreendidos ainda interessariam à prova, dado que não concluído

o inquérito. Sustenta, também, o *Parquet* a natureza relativa da inviolabilidade do sigilo de dados, que cessaria frente ao interesse público mais relevante a exigir a punição dos ilícitos penais.

Penso que o interesse público no combate à criminalidade, ainda que relevante, não pode sacrificar os demais princípios e interesses juridicamente protegidos.

Note-se que, na hipótese, a persecução criminal se limitou à apreensão, não se tendo notícia sequer da instauração do inquérito ou de sua conclusão. Se o inquérito não foi concluído, é mais do que evidente não ter sido oferecida denúncia, o que equivale dizer da inexistência de ação penal. Como, pois, justificar se a manutenção da apreensão de bens das investigadas, cuja posse não constitui ilícito, tudo em homenagem a uma possível e futura ação penal? A persecução criminal há de ser realizada com responsabilidade e eficiência. O Ministério Público e a Polícia Federal não têm base legal para pretender o conforto de apreender indefinidamente bens das pessoas sujeitas à investigação, dando ao inquérito o ritmo que lhes aprouver.

Neste passo é importante destacar que a lei processual fixa em 30 (trinta) dias o prazo para a conclusão do inquérito e já são passados mais 12 (doze) meses (um ano) da apreensão sem que os investigados sejam denunciados. E a despeito da ausência de denúncia ficam interditados do acesso aos bens que, até prova em contrário, lhes pertencem.

Este fundamento, mesmo que isolado, seria suficiente para justificar a restituição determinada. Mas outros fundamentos podem ser acrescentados ao primeiro. É que, de fato, a representação formulada pelo ilustre Delegado de Polícia Federal, deferida pelo Juiz, limitava-se a autorizar a busca e a apreensão de bens pertencentes às empresas Rudy Constantino e Hexagon, não se justificando a dilatação que foi dada à ordem para que fossem apreendidos bens de terceiros.

Se é verdade que as apeladas são empresas integrantes do mesmo grupo, não é menos verdadeiro que a autoridade policial, constatando este fato, bem assim a necessidade da diligência envolvê-las, deveria ter cuidado de aditar a

representação, solicitando nova autorização para os terceiros possivelmente envolvidos. Neste passo é sempre oportuno acrescentar que o Judiciário não tem compromisso com a perseguição criminal, ainda que seja interessado na boa aplicação do sistema jurídico, mas, sim, na escorreita obediência das normas reveladas pelo legislador, daí porque não pode privilegiar os interesses do Ministério Público em detrimento dos demais princípios, mormente aqueles insculpidos na Constituição.

Doutra parte, a própria possibilidade de devassar os arquivos dos computadores apreendidos é duvidosa, posto que a Constituição, bem ou mal, prescreveu a proteção ao sigilo de dados com expressões absolutas, não comportando as ressalvas que consagrou no tocante ao sigilo das comunicações telefônicas. Neste contexto, fica difícil ao Judiciário, salvo se agir como legislador positivo, o que lhe é constitucionalmente interdito, coonestar a quebra do sigilo de dados pretendida.

De todo modo, estando os bens apreendidos há mais de um ano em poder da Polícia Federal e à disposição do Ministério Público, não é razoável manter o sacrifício do particular investigado, privando-o da posse e uso de seus bens, quando sequer denúncia houve. Se tais bens interessam à prova, certamente que as diligências necessárias já foram realizadas. E se não o foram, deve-se à incúria dos órgãos responsáveis pela perseguição.

Em face do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

## APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.462-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO  
NUNES MAIA FILHO  
Apelante: JOSÉ DANIEL TORRES  
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA  
Advogada: DRA. ISABELA MARIA LOPES SANTOS  
(APTE.)

**EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. PECULATO-FURTO. ESTAGIÁRIO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PARA EFEITOS PENAIS EQUIPARADO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO POR FORÇA DO ART. 327, PARÁ-GRAFO 1º, DO CPB. REPARAÇÃO PARCIAL DO DANO. ERRO MATERIAL NA MAJORAÇÃO DO AUMENTO DA PENA.**

*- Estagiário, para efeitos penais, que exerce função em entidade paraestatal, é equiparado a funcionário público, nos moldes do art. 327, parágrafo 1º, do Código Penal Brasileiro.*

*- Inaplicação da causa de diminuição obrigatória da pena inculpada no art. 16 do CPB, uma vez que incorreu a reparação total do prejuízo causado.*

*- Pena aplicada no mínimo legal, em consonância com o previsto no art. 59 do CPB.*

*- Erro material na estipulação do aumento de pena advindo da continuidade delitiva.*

*- Precedentes: STF - RHC 54.197-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 26.04.76, p. 791; TRF 4ª Região, HC 2291 - RS, Rel. Juiz Elcio Pinheiro de Castro, DJU 25.10.00, p. 515.*

*- Apelação improvida.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação em Ação Criminal 2462/SE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, na forma da lei.

Recife, 6 de novembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES  
MAIA FILHO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Trata-se de apelação criminal interposta pelo acusado, José Daniel Torres, contra sentença proferida pelo douto Juízo de origem, que, considerando provadas a materialidade e a autoria do delito em tela condenou o recorrente a 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e multa, pela prática do crime de peculato, inculpado no art. 312, parágrafo 1º, do Código Penal Brasileiro, contra a Caixa Econômica Federal.

2. Narra o *Parquet* que o denunciado, na qualidade de estagiário da Caixa Econômica Federal, praticou diversos saques em conta corrente inativa do FGTS, conta esta de nº 20014-6, valendo-se, para atingir tal finalidade, da facilidade que lhe proporcionava a qualidade de estagiário. O acusado criava contas em nome de pessoas inexistentes, com dados fictícios e assinaturas por ele falsificadas, que substituía pela ficha da conta bancária original.

3. Relata ainda a denúncia que o recorrente, ardilo-

samente, substituindo a ficha da conta bancária original pelas fichas por ele falsificadas que atribuía o mesmo nº da conta DEPÓSITO DE FGTS – API’S, ou seja, o nº 20014-6, e usando guias de retirada, efetivamente, fez saques por diversas vezes (sete) de determinadas quantias da mencionada conta, conforme provas acostadas aos autos, perfazendo as retiradas, em prejuízo da Caixa Econômica Federal, o total de R\$ 2.350,00 (dois mil, trezentos e cinquenta reais).

4. No que tange às razões recursais, alega o apelante que, à época dos fatos narrados, não era e nem nunca foi servidor público, exercendo na CEF a função de mero **estudante-estagiário**, função esta que não se enquadra, para os efeitos penais, na categoria de funcionário público estatuída pelo Código Penal (art. 327), não podendo, portanto, ser condenado nas penas previstas no art. 312, parágrafo 1º, do citado diploma legal.

5. Defende ainda que o dano foi reparado, uma vez que entregou, antes da denúncia, uma televisão a cores, 14 polegadas, à título de ressarcimento pelos prejuízos causados à CEF.

6. Em sede de contra-razões e no parecer, o Ministério Público Federal opina pelo conhecimento do recurso interposto, e, no mérito, pelo seu improvimento.

7. É o que havia de relevante para relatar.

8. É o relatório. Ao eminente Revisor.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (Relator):

1. Irresignado, o acusado José Daniel Dantas pleiteia a modificação da sentença do douto Juízo *a quo*, que o condenou a 2 anos e 2 meses de reclusão e multa por ter praticado, na condição de estagiário da CEF, peculato-furto, capitulado no art. 312, parágrafo 1º, do Código Penal em vigor.

2. A conduta do apelado, valendo-se da facilidade que



Ihe propocionava a condição de estagiário, consistia em fazer retiradas da conta corrente inativa de FGTS de nº 20014-6, mediante falsificação de contas bancárias em nome de pessoas inexistentes, criando fichas, atribuindo o mesmo número da conta inativa do FGTS (20014-6), com dados fictícios, apondo nelas assinaturas por ele criadas e substituindo a ficha original pelas que falsificava. O acusado, então, preenchia guias de saque e continuamente (7 vezes) sacava quantias da referida conta, delas dispondo.

3. A questão suscitada pelo apelante restringe-se, basicamente, à alegação de que não poderia ter sido condenado às penas do art. 312 do CPB, haja vista ser peculato um crime próprio, só podendo ser praticado por funcionário público, função que nunca exerceu na CEF, pois, ao tempo dos fatos, exercia apenas a função de estudante-estagiário da referida empresa pública, não podendo, desse modo, ser enquadrado na definição de funcionário público, nos moldes do art. 327 do CPB. Alega, ainda, que, devido à reparação do dano e à confissão do delito, a pena máxima a ser aplicada seria a de multa.

4. Em primeiro plano, impende ressaltar que o MM. Juiz Monocrático, ao apreciar o caso em tela, julgou procedente, em parte, a denúncia e condenou o apelante a 2 anos e 2 meses de reclusão e multa, pelo delito previsto no art. 312, parágrafo 1º, do CPB, (peculato-furto), praticado contra a Caixa Econômica Federal, agência de Maruim-SE, por entender ser o acusado equiparado a funcionário público e por não existir nenhuma dúvida acerca dos fatos narrados na denúncia, uma vez que a prática do delito foi confessada pelo réu, tanto na fase policial quanto na judicial.

5. Analisando, *a priori*, a alegação do apelante de não ser enquadrado na definição de funcionário público, nos moldes do art. 327, parágrafo 1º, do CPB, tal assertiva não deve prosperar. *In casu*, tendo o réu exercido a função de estagiário da CEF, pelos termos do parágrafo 1º do art. 327, *é funcionário público* (TRF da 5ª R., *JSTJ e TRFs 78/646*). Desse modo há de concluir-se estar ele subsumido ao conceito penal de funcionário público estabelecido pelo CP.

6. Oportuno se faz transcrever a definição de funcionário

público prevista no art. 327 do Código Penal:

“Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitariamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

Parágrafo 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal”.

7. Anote-se, por oportuno, que o conceito penal de funcionário público delimitado pelo CPB é bastante amplo, não se fazendo necessária a permanência ou remuneração pelo Estado, ou seja, embora a pessoa não seja empregada nem tenha cargo no Estado, ela estará abrangida pelo conceito penal de funcionário público, bastando que exerça de alguma maneira o simples exercício de uma função pública.

8. No mesmo sentido, os colendos Tribunais Pátrios já exararam decisões sobre a questão em tela ao enunciarem:

“Concussão, estagiário remunerado (estudante de Direito, **equiparação** a funcionário público, efeitos penais), função pública, tipicidade.

Por força do art. 327 do Código Penal, estudante de Direito em estágio junto a Defensoria Pública pode ser sujeito ativo do crime definido no art. 316 do CPB”.

(STF - RHC 54197 – DF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJU* 26.04.76, p. 791).

“Nos termos do art. 327, parágrafo 1º, do Código Penal Brasileiro, considera-se funcionário público o estagiário que exerce função em entidade paraestatal”.

(TRF 4 - HC 2291 – RS, Rel. Juiz Élcio Pinheiro de Castro, *DJU* 25.10.2000, p. 515).

9. Superada, então, a tese defendida pelo apelante, no tocante à sua condição de funcionário público, impende analisar a outra questão por ele sustentada, que se refere à reparação do dano causado.

10. Argumenta o apelante ter reparado o dano, entregando à CEF de Maruim-SE uma TV a cores, 14 polegadas.

Analisando esse argumento, cabe ressaltar que o valor do bem entregue é bastante inferior ao prejuízo causado pelo agente, que representa um total de R\$ 2.350,00. Dessa forma, o ressarcimento parcial do dano influirá apenas na dosimetria da pena, não funcionando como causa de diminuição obrigatória, que exige a reparação total do dano causado, nos moldes do art. 16 do CPB.

11. Cabe trazer à colação as lições da lavra do eminente professor Julio Fabrini Mirabete:

*“Para a existência da causa de diminuição da pena, a reparação deve ser pessoal, completa e voluntária. Deve abranger todo prejuízo causado ao sujeito passivo do crime e a devolução parcial ou o ressarcimento incompleto se constituirão apenas em circunstância atenuante na fixação da pena”.*  
(Manual de Direito Penal, 9ª ed., Atlas, p. 163).

12. Pena fixada pelo douto Juízo Monocrático no mínimo legal, que levou em consideração as circunstâncias instituídas no art. 59 do Código Penal e sobretudo a reparação parcial do dano causado à CEF. Majoração de 1/6, devido à continuidade delitiva.

13. Diante do exposto, nego provimento à apelação, confirmando a doutra sentença proferida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

14. É como voto, Presidente.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.525-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO  
GUIMARÃES  
Apelante: LUCIANO PORTUGAL LIMA  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Advogado: DR. JOÃO FERREIRA DE ALMEIDA (APTE.)

***EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL.  
DEPOSITÁRIO JUDICIAL. MUDANÇA DE  
ENDEREÇO.***

- *Bem devolvido.*
- *Apropriação indébita não tipificada.*
- *Recurso provido.*

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e examinados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que integram o presente.

Custas, como de lei.

Recife, 4 de setembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
– Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO  
GUIMARÃES:

Cuidam os presentes autos de recurso de apelação interposto por Luciano Portugal Lima ante sentença da lavra do MM. Juiz Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, que o condenou a 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão mais

multa, concedendo, ao final, o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, pela prática do ilícito descrito no artigo 168, § 1º, do Código Penal, por ter se evadido sem indicar paradeiro, levando consigo um bem para o qual aceitou o encargo de depositário judicial.

Arrazoa o apelante que não despendeu esforços para frustrar a entrega do bem, entregando-o antes da propositura da ação penal. Afirma que não existem provas para supedanear uma condenação penal e que no caso não ficou evidenciado o ânimo de se apropriar. Insurge-se, ainda, contra a multa aplicada, afirmando que sua situação financeira é por demais instável, passando, no momento da propositura do presente recurso, por privações. Pede, ao final, que a sentença seja reformada já que entende que era o caso de se aplicar o disposto no artigo 170 do Código Penal.

Em contra-razões ao presente recurso, o Ministério Público Federal afirma que o apelante não cumpriu com as suas obrigações de depositário judicial, evadindo-se sem indicar paradeiro, levando consigo um bem que não era seu, como se assim fosse, e que só o entregou quando estava sendo procurado pela Polícia Federal e na iminência de uma ação penal. Afirma estar o conjunto probatório a sustentar a sentença condenatória, ao passo que pede a sua confirmação.

A Procuradoria Regional da República se pronunciou pela confirmação da sentença em todos os seus termos.

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

O apelante assumiu o encargo de depositário judicial de um bem móvel, dado em garantia de uma dívida trabalhista da empresa EMASERG – Empresa Mara-nhense de Serviços Gerais Ltda., da qual era sócio-gerente. O bem foi arrematado,

porém, dirigindo-se o arrematante ao endereço constante do Auto de Penhora, Avaliação e Depósito, foi informado de que o depositário judicial havia mudado de residência. Assim, foi instaurada a ação penal pelo ilícito descrito no artigo 168 do Código Penal.

Na primeira oportunidade que teve de falar nos autos, manifestando-se através de advogado por ele constituído, o apelante apresentou documentos que demonstram a ausência de dolo em sua conduta, já que, apesar de não ter sido encontrado pela Polícia Federal, assim que tomou conhecimento da busca contra ele empreendida e de seu motivo, procurou a Justiça do Trabalho e procedeu à entrega do bem até então sob a sua guarda, proporcionando o recebimento do mesmo pelo arrematante, antes até da propositura da ação penal. Em seguida, compareceu à sede da Polícia Federal para prestar os esclarecimentos devidos. Logo, não há resíduo penal para supedanear a condenação do apelante, impondo-se a sua absolvição com base no art. 368, III, do Código de Processo Penal.

Por essas razões, dou provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.561-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO  
GUIMARÃES  
Apelante: MAXIMÍNIO PEREIRA DE LIMA  
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA  
Advogada: DRA. NILDETE DA SILVA TAVARES (APTE.)

***EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL.  
ESTELIONATO QUALIFICADO. BENEFÍCIO  
PREVIDENCIÁRIO CONCEDIDO FRAUDU-  
LENTAMENTE.***

***- Presença dos elementos objetivos e  
subjativos do tipo.***

- *Lapso transcorrido entre os fatos delituosos e o recebimento da denúncia.*
- *Extinção da punibilidade.*
- *Prescrição regulada pela pena concretamente aplicada.*
- *Recurso prejudicado.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e examinados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, decretar a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa e julgar prejudicado o recurso, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que integram o presente.

Custas, como de lei.

Recife, 25 de setembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
- Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Maximínio Pereira de Lima ante sentença oriunda da 7ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que o condenou por estelionato qualificado em concurso de pessoas a 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão mais multa.

Alega o apelante, em resumo, que está extinta a punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva e que inexistiu dolo na sua conduta, o que conduziria à atipicidade dos fatos tidos por delituosos e, conseqüentemente, à sua absolvição.

Com contra-razões pela confirmação da sentença vieram os autos, tocando-me por distribuição. Não houve recurso do Ministério Público Federal.

A Procuradoria Regional da República opinou pela decretação da extinção da punibilidade, tendo por prejudicado o exame do mérito do recurso.

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Consta dos autos que o apelante, na condição de Presidente do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Vitória de Santo Antão, foi responsável direto pela emissão do documento atestatório de condição falsa, que acabou por manter em erro e prejuízo o INSS, em benefício de outrem. Em decorrência, foi sentenciado a 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão mais multa.

A aplicação do Diploma Repressivo pátrio para o caso de que se cuida, mais precisamente do disposto em seus artigos 107, IV, 109, V, 110, §§ 1º e 2º, e 118, conduz ao entendimento de que ocorreu a extinção da punibilidade para o caso concreto, tanto da pena de reclusão quanto da pena de multa. É que não houve recurso do Ministério Público Federal, o que determina a regulação da prescrição pela pena concretamente aplicada e não pelo máximo da pena em abstrato. Logo, é de quatro anos o prazo para a ocorrência da prescrição, prazo este excedido em muito pelo lapso de 14 (quatorze) anos entre o fato (outubro de 1984) e o recebimento da denúncia (dezembro de 1998).

Por essas razões, declaro extinta a punibilidade pelo advento da prescrição, regulada pela pena concretamente aplicada, ao passo em que julgo prejudicada a apelação.

É como voto.



**APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº  
68.466-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelado: JOSÉ VIEIRA DE QUEIROZ  
Advogados: DRS. ROSÂNGELA FAÇANHA BRAGA E OUTROS (APTE.) E ORLANDO DE SOUZA REBOUÇAS (APDO.)

***EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AUTÔNOMO. REGRESSÃO DE CLASSE DE CONTRIBUIÇÃO. ATRASO POSTERIOR PAGAMENTO DE UMA SÓ VEZ DOS ATRASADOS. APOSENTA-DORIA NA CLASSE REGREDIDA. POSSIBILIDADE.***

*- O segurado autônomo, que regrediu de classe e depois atrasou as suas contribuições, pode pagá-las de uma só vez com os acréscimos legais e aposentar-se em seguida, desde que tenha tempo de serviço e, com o pagamento dos atrasados, tenha também tempo de contribuição.*

*- A regressão na escala de salário-base do segurado autônomo, nos últimos anos de contribuição, não prejudica a Previdência porque, tendo ela recebido contribuições substancialmente maiores em períodos anteriores, concederá a aposentadoria com base nas contribuições menores mais recentes.*

*- Apelação e remessa oficial improvidas.*

**ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional

Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas anexos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 2 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA:

O INSS - Instituto Nacional do Seguro Social apela de sentença que concedeu mandado de segurança a José Vieira de Queiroz para que fosse o mesmo aposentado na Classe 3 da Escala de Contribuições para a Previdência Social, para a qual havia regredido, vindo da Classe 7, onde contribuía como empregado, após tornar-se autônomo em agosto de 1988.

Diz que o mandado de segurança é incabível por ser ilíquido e incerto o direito alegado, carecendo de dilação probatória a sua averiguação, porque *"não há qualquer comprovante nos autos que demonstre a data em que foi formulado o seu pedido de regressão de classes. O doc. de fls. 04, invocado como demonstrativo do seu enquadramento, apenas menciona que foi reenquadrado na Classe 3 a partir de 09/88, sem fazer qualquer menção à data em que o citado reenquadramento foi efetuado. Ou seja, o que se deduz apenas é que o apelado solicitou regressão de classes, cujo pedido bem pode ter sido deferido na atualidade, por equívoco, sobre aquele período pretérito"* e que *"do doc. de fls. 13 (Memo. 05-600.11004198) consta que o segurado se utilizou da faculdade de regressão em 01/96 e o fez indevidamente, porque nesta época estava em débito no período de 09/88 a 12/95. Ou seja, o seu pedido de regressão de classes, embora referente a período pretérito, restou formulado sob a égide da legislação atualmente em vigor"* (fls. 66).

Argumenta, por fim, que a pretensão está vedada pelo art. 29, parágrafo 12, da Lei 8.212/91, que só a permite aos segurados que estiverem em dia com as suas contribuições, o

que não era o caso do apelado.

Nas suas contra-razões, diz o apelado que referida vedação não se lhe aplica por força de ressalva contida no art. 38, parágrafo 12, do Decreto 2.173/97, eis que possuía direito adquirido à regressão nos termos em que foi feita e à conseqüente aposentadoria, tudo nos termos do art. 137, parágrafo 3º, da CLPS/84.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA (Relator):

O apelado era empregado e contribuía para a Previdência Social sobre 12 salários mínimos, o que correspondia à Classe 7 do art. 137 da CLPS/84. Em agosto de 1988 passou a trabalhar como autônomo e, nesta qualidade, passou a contribuir apenas sobre 03 salários mínimos, regredindo, portanto, à Classe 3. Nessa nova situação, contribuiu durante 03 meses, no período de agosto a outubro de 1988, a partir daí, cessando de contribuir, até janeiro de 1997, quando quitou de uma só vez todos os atrasados com os acréscimos legais, requerendo, em seguida, a aposentadoria por tempo de serviço e contribuição na Classe 3, para a qual havia regredido e contribuído.

O apelante entendeu, então, que a regressão havia sido feita irregularmente, porque, face ao disposto no art. 29, parágrafo 12, da Lei 8.212/91, somente os segurados em dia com as suas contribuições é que poderiam fazê-lo e que, para aposentar-se, o apelado teria que recolher os atrasados com base nas contribuições da Classe 7, em que se encontrava antes de se tornar autônomo.

Estaria correto o apelante não fosse o fato de que o apelado já havia se transferido para a Classe 3 em agosto de 1988, na forma em que isto lhe era permitido pelo art. 137, parágrafo 3º, da CLPS/84. Embora com suas contribuições em atraso, encontrava-se enquadrado na referida classe quando do advento da Lei 8.212, editada em 1991.

Nada impede o segurado autônomo, em atraso com as

suas contribuições, de recolhê-las de uma só vez, com os acréscimos legais, na classe para a qual havia contribuído pela última vez antes de constituir-se em mora. Também nada o impede de aposentar-se na mesma classe para a qual ultimamente contribuiu, sobretudo se esta é de nível bastante inferior àquela para a qual contribuiu em períodos anteriores, atendidas as exigências quanto ao tempo de serviço e de contribuição. Os documentos trazidos com a inicial não deixam dúvidas de que o impetrante conta mais de trinta e cinco anos de serviço (fls. 11/13) e recolheu os valores em atraso, devidamente autorizado pelo próprio INSS (fls. 28/29).

A pretensão do apelado não acarreta qualquer prejuízo aos cofres da Previdência, eis que tendo contribuído durante muito tempo na Classe 7, que lhe daria uma aposentadoria bastante maior, pretende aposentar-se na Classe 3, para a qual regrediu durante os seus últimos anos de contribuição.

Como diz a sentença, *"O INSS está lucrando com o pedido de aposentadoria do impetrante na Classe 3, pois a maioria de suas contribuições foram pagas em Classe superior"* (fls. 56).

A matéria tem precedente na jurisprudência do TRF da 3ª Região, como se verifica pela ementa do acórdão invocado na r. sentença, que passo a transcrever:

"PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO DE SEGURADO AUTÔNOMO. A regressão na escala de salário-base daqueles que não efetivaram tempestivamente as contribuições por falta de condições financeiras, não prejudica a Previdência, que, tendo recebido contribuições maiores em determinado período, concederá o benefício pelas mais recentes e, portanto, pelas menores contribuições". (TRF/3ª, 2ª T., AC 03010546/89, Rel. Juiz Fauzi Uchôa, DJ 11.05.94, p. 21866).

Mantenho a douta sentença apelada que, aliás, já foi cumprida pelo apelante.

Em face do exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

**APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº  
71.289-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
Apelante: UNIÃO  
Apelado: CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.  
Advogados: DRS. JOSÉ CARLOS ROBALINHO DE BARROS E OUTROS (APDO.)

***EMENTA: ADMINISTRATIVO E CIVIL. INCOR-PORAÇÃO DE SOCIEDADE POR AÇÕES. LAUDÊMIO.***

*- O senhorio só tem direito ao laudêmio quando ocorre a transmissão onerosa do domínio útil por parte do enfiteuta.*

*- Transferência de domínio útil em decorrência de incorporação, onde a empresa incorporadora não sofreu qualquer aumento em seu capital social, tendo em vista que, ao tempo da incorporação, esta já era detentora única das quotas de capital da empresa incorporada.*

*- Inexistindo, na hipótese, onerosidade na transmissão dos imóveis, não há que falar em obrigação de pagamento de laudêmio (precedentes).*

*- Intelecção dos art. 686 do CC, c/c o art. 3º do Decreto-lei nº 2.398/87.*

*- Remessa oficial e apelação improvidas.*

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade de votos, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator,

na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 16 de outubro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
- Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de apelação interposta contra sentença da lavra do MM. Juiz Roberto Wanderley Nogueira, Juiz Federal da 1ª Vara-PE que, no mandado de segurança onde a impetrante - Carrefour Com/Ind/Ltda. - objetiva ser eximida de recolher o laudêmio, exigido sobre a aquisição de imóveis adquiridos em virtude de incorporação da CECAPIL Comércio e Participações Ltda., restou por conceder a segurança. O MM. Juiz *a quo* assim decidiu por entender que, na presente hipótese, a referida incorporação se deu sem o aumento de capital da empresa incorporadora, vez que esta, ao tempo de tal operação, já detinha, em seu ativo, a totalidade das ações do capital da incorporada.

Insurge-se a União contra tal decisão, alegando o que preceitua o item nº 68 da Instrução Normativa nº 01/86, de 09.09.86, ou seja: "O laudêmio é devido nos casos de incorporação, fusão ou cisão de sociedade". Ademais, alega que, em se tratando de uma cisão parcial propriamente dita, com a transmissão de bens para sociedade preexistente, não haveria de se falar em transmissão não onerosa. Por fim, alega que ficou evidenciado tratar-se de um arranjo societário ao qual se deu o nome de cisão, visando ao não pagamento do laudêmio.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Trata-se de apelação interposta contra decisão que concedeu ao Carrefour Com/Ind/Ltda. o direito de não recolher laudêmio quando da transferência de imóveis adquiridos em virtude da incorporação de outra empresa - a CECAPIL Comércio e Participações Ltda.

O MM. Juiz *a quo* assim decidiu por entender que, na presente hipótese, a referida incorporação se deu sem o aumento de capital da empresa incorporadora, vez que esta, ao tempo de tal operação, já detinha, em seu ativo, a totalidade das ações do capital da incorporada.

Insurge-se a União contra tal decisão, alegando o que preceitua o item nº 68 da Instrução Normativa nº 01/86, de 09.09.86, ou seja: "O laudêmio é devido nos casos de incorporação, fusão ou cisão de sociedade". Ademais, alega que, em se tratando de uma cisão parcial propriamente dita, com a transmissão de bens para sociedade preexistente, não haveria de se falar em transmissão não onerosa. Por fim, alega que ficou evidenciado tratar-se de um arranjo societário ao qual se deu o nome de cisão, visando ao não pagamento do laudêmio.

Tem-se na presente hipótese que a impetrante - Carrefour Ind. e Com. Ltda. - incorporou a CECAPIL Com. e Participações Ltda., tornando-se, portanto, sucessora universal desta, sub-rogando-se, automaticamente e sem solução de continuidade, em todos os direitos e obrigações da incorporada, agregando, portanto, ao seu, todo o patrimônio que pertencia à mesma, entre os quais, os imóveis sobre os quais recai o laudêmio em discussão.

O cerne da questão consiste, exatamente, em definir se é obrigatório ou não o pagamento de laudêmio quando da transferência do domínio útil de bem imóvel adquirido em decorrência de incorporação de empresa.

O Civilista Silvio Rodrigues, em sua obra intitulada *Direito das Coisas* - Volume 5, assim define o instituto do laudêmio:

"O laudêmio é a importância devida ao senhorio, pelo foreiro, cada vez que transferir o domínio útil por venda ou dação em pagamento. Consistirá na percentagem de dois e meio por cento sobre o preço da alienação, se outro não houver sido fixado no título do aforamento (Cod. Civil, art. 686). **O laudêmio só será devido nas alienações onerosas, não sendo reclamável nas liberalidades.**" (Grifei).

Note-se que a cobrança do laudêmio também encontra-se prevista no Decreto-lei nº 2.398, de 21.12.1987, que, em seu art. 3º, *caput*, dispõe, *in verbis*:

"Art. 3º - Dependerá do prévio recolhimento do laudêmio, em quantia correspondente a 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno e das benfeitorias, **a transferência onerosa**, entre vivos, do domínio útil de terreno da União ou de direitos sobre benfeitorias neles construídas, bem assim a cessão de direito a eles relativos." (Grifei).

Analisando tais dispositivos, evidencia-se que a cobrança do laudêmio encontra-se restrita às transferências de caráter oneroso, isto porque o fato gerador do direito de opção a favor do senhorio, do qual o laudêmio constitui opção ou alternativa, é a transmissão onerosa do bem.

Sabe-se que, em se tratando de transferência de domínio útil em decorrência de incorporação de sociedade enfiteuta, o simples aspecto de ser uma operação de incorporação, propriamente dita, ou mesmo cisão, como afirma a recorrente, não teria o condão de afastar a cobrança do laudêmio, todavia, na hipótese dos autos, a transferência se deu em decorrência de incorporação, onde a empresa incorporadora não sofreu qualquer aumento em seu capital social, tendo em vista que, conforme faz prova a documentação de fls. 35v, ao tempo da incorporação, esta já era detentora única das quotas de capital da empresa incorporada.



Assim, a outra conclusão não se pode chegar, senão à de que o impetrante tem, realmente, o direito líquido e certo à transmissão dos imóveis em comento sem que lhe seja imposto o pagamento do laudêmio.

Neste sentido, já me posicionei, quando do julgamento da REO 5.150/PE, cuja ementa assim se houve:

“ADMINISTRATIVO E CIVIL. CISÃO DE SOCIEDADE POR AÇÕES. LAUDÊMIO.

1. Não resultando a cisão da sociedade alienação onerosa do domínio útil do bem enfiteutico, não há como exercer-se, na hipótese, o direito de preempção de que cuida o art. 683 do Código Civil, nem como falar em obrigação de pagamento de laudêmio (art. 686 do CC). Precedentes.

2. Remessa oficial improvida”.

Pelo exposto, nego provimento tanto à remessa oficial quanto à apelação.

É o meu voto

## **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 73.817-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADDELHA  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
Apelada: MARIA SOLANGE BANDEIRA  
Advogados: DRS. RENATO FRANCO FILHO E OUTROS (APTE.) E LUZIRENE GONÇALVES DA SILVA (APDA.)

***EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. TELEFONISTA. ATIVIDADE INSA-LUBRE. LAUDO PERICIAL. EC 20/98.***

### **DIREITO ADQUIRIDO. CONCESSÃO.**

*- Alegação de inadequação da via eleita que se afasta, tendo em vista que os documentos apresentados pela impetrante são aptos a comprovar o exercício de atividade insalubre durante o período alegado, caracterizando o direito líquido e certo necessário ao provimento do mandado de segurança.*

*- O formulário de Informações sobre Atividades Exercidas em Condições Especiais emitido pela empresa, bem como o laudo técnico pericial realizado por engenheiro de segurança do trabalho, são categóricos ao atestar as condições insalubres das atividades exercidas pela autora.*

*- A comprovada exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física garante ao segurado o direito à conversão do tempo de serviço exercido em condições especiais para efeitos da concessão de qualquer benefício, de acordo com a regra do artigo 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91.*

*- Direito adquirido à implantação da aposentadoria proporcional por tempo de serviço na forma do regime jurídico anterior à EC 20/98, tendo em vista que a impetrante preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício na forma das regras vigentes à época (EC 20/98, art. 3º).*

*- Apelação e remessa oficial improvidas.*

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e notas

taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 6 de novembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA –  
Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Cuida-se de apelação e remessa oficial em face de sentença que julgou procedente o pedido da autora, concedendo a aposentadoria proporcional requerida, ao reconhecer como tempo de serviço especial, para efeitos de aposentadoria, o período laborado como telefonista.

Em razões de apelação, aduz o recorrente, em síntese, que a via eleita é inadequada à solução da lide, a qual demanda dilação probatória incompatível com o instrumento do mandado de segurança.

Alega, ainda, que a apelada não comprovou a efetiva exposição a agentes físicos, químicos ou biológicos prejudiciais à saúde ou à integridade física, na forma exigida pela Lei nº 9.032/95, a qual modificou a disciplina normativa da aposentadoria especial, não mais admitindo a presunção legal de insalubridade em relação a certas atividades.

Afirma que a consideração do aludido tempo de serviço como especial só seria possível se a apelada já tivesse implementado todos os requisitos para a concessão da aposentadoria, de acordo com a legislação vigente até a edição da referida lei, o que não se verificou.

Requer, ao final, o provimento do presente apelo com a reforma da sentença atacada.

Contra-razões apresentadas.

Relatei.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Não assiste razão ao apelante.

Inicialmente, afasto a alegação de inadequação da via eleita. O mandado de segurança é ação de rito especial, cujo provimento demanda a caracterização do direito líquido e certo do impetrante, mediante prova pré-constituída insuscetível de contestação. No caso dos autos, verifico que os documentos apresentados pela demandante são aptos a comprovar o exercício de atividade insalubre durante o período alegado. É o que passo a demonstrar.

No que se refere à aposentadoria especial, o ordenamento jurídico pátrio consagrava a presunção de insalubridade ou periculosidade relativamente a certas categorias profissionais, elencadas nos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79. Assim dispunha o artigo 292 do Decreto nº 611/92:

“Art. 292. Para efeito de concessão das aposentadorias especiais serão considerados os Anexos I e II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, e o anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, até que seja promulgada a lei que disporá sobre as atividades prejudiciais à saúde e à integridade física”.

A Lei nº 8.213/91, na redação modificada pela Lei nº 9.032/95, passou a exigir a efetiva comprovação da exposição a ambiente de trabalho danoso para efeitos de aposentadoria especial, nos seguintes termos:

“Art. 57. (...)

§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou

à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício”.

O formulário de Informações sobre Atividades Exercidas em Condições Especiais emitido pela empresa (fls. 12), bem como o laudo técnico pericial realizado por engenheiro de segurança do trabalho (fls. 13-15) são categóricos ao atestar as condições insalubres das atividades exercidas pela autora.

Em vista disso, a autora faz jus à conversão do tempo de serviço exercido em condições especiais para efeitos da concessão do benefício pleiteado, de acordo com a regra do artigo 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

“Art. 57. (...)

§ 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício”.

Nesse sentido, o seguinte julgado desta Corte:

“AGRAVO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. APOSENTADORIA. TEMPO DE SERVIÇO REALIZADO SOB CONDIÇÕES DE INSALUBRIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA MEDIDA.

- Hipótese em que o agravado já possui 35 anos de serviço, computando-se o período de 01.03.76 a 01.08.96, 20 anos, 5 meses e 18 dias, como tempo especial, tendo em vista havê-los prestado em condições de insalubridade. Qualificação que está robustecida por laudo técnico elaborado por médico e engenheiro do trabalho, nos termos dos arts. 57 e 58 da Lei 8.213/91.

- Existência do perigo da demora em face da natureza do benefício. Possibilidade de danos

irreversíveis para a saúde do agravado com a continuidade da prestação do serviço em condições insalubres.

- Agravo improvido”.

(AGTR 15566/CE. Rel.: Des. Fed. Castro Meira. 1ª Turma. Julgamento: 18.06.1998. Unânime. DJU: 10.07.1998).

Somando-se o tempo de serviço especial ao tempo de atividade comum, observo que a recorrente, quando do advento da reforma constitucional previdenciária (EC nº 20/98), já possuía direito adquirido à aposentadoria proporcional na forma do regime anterior, como expressamente ressalvado pela própria EC nº 20/98, em seu artigo 3º, *in verbis*:

“Art. 3º. É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente”.

À data do requerimento administrativo, formulado em 24.11.1998 (fls. 11), a autora já cumprira o tempo mínimo de 25 anos de serviço, na forma exigida pela Lei nº 8.213/91 (art. 52).

Pelas razões acima, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

Assim voto.

**APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº  
75.665-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE – UFRN  
Apelado: MARCONI GOMES DA SILVA  
Advogados: DRS. TANIA SOUZA PAIVA E OUTROS (APTE.) E JOÃO MELO NETO E OUTROS (APDO.)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRA-TIVO E PROCESSUAL CIVIL. PROFESSOR SUBSTITUTO. PROCESSO SELETIVO. SUPRI-MENTO DE CARGOS VAGOS. CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO. IMPOSSIBILIDADE DO USO DA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. INTERESSE NO PROVIMENTO. PROIBIÇÃO - INAPLICABILIDADE. NOMEAÇÃO. DECISÕES EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUTO-EXECUTORIEDADE.**

*- A necessidade temporária de excepcional interesse público não se faz presente para a contratação provisória de professor substituto, quando o processo é deflagrado para suprir vagas permanentes, havendo candidatos habilitados em concurso público aptos a ocupar o cargo.*

*- O propósito de cobrir a deficiência de vagas com servidores interinos, dispondo a Administração de outro meio para solucionar o problema, revela a existência de desvio de finalidade.*

*- A proibição de nomear servidores, prevista em Decreto Presidencial, não se aplica às universidades, em face da capacidade de auto-administração destas entidades, não*

*podendo tal ato ser caracterizado como de supervisão ministerial, por ser manifesta a extrapolação dos limites legais.*

*- A ocorrência de vagas e a manifestação de interesse em provê-las origina para o concursado o direito à nomeação.*

*- As decisões proferidas em mandado de segurança possuem a característica da auto-executoriedade, devendo ser cumpridas imediatamente à notificação da autoridade coatora, determinada pelo juízo prolator do decisor, daí porque incabível a protelação de sua eficácia por imposição judicial.*

*- Apelação da UFRN improvida.*

*- Apelação do impetrante provida.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da UFRN e à remessa oficial e dar provimento à apelação do impetrante, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 23 de outubro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de remessa oficial e de apelações interpostas contra sentença da lavra do MM. Juiz Federal da 2ª Vara - RN,



que, nos autos de ação mandamental ajuizada contra ato do Magnífico Reitor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, concedeu a segurança pretendida na inicial, determinando que a autoridade impetrada promovesse a nomeação do impetrante no cargo de Professor Assistente do Departamento de Ciências Econômicas, com efeitos a contar do trânsito em julgado da sentença.

Inconformada, apela a Universidade, aduzindo, em síntese, que a seleção promovida tem por objetivo preencher cargos vagos de professor, justificando a urgência da medida em face da impossibilidade de abrir novos concursos ou de nomear candidatos já habilitados, argumentando, ainda, que a autonomia universitária não tem a amplitude presumida pelo apelado e pelo Juízo *a quo*, uma vez que o provimento de cargos públicos é matéria de competência privativa do Presidente da República, agindo o reitor por delegação que, no momento, encontra-se tolhida pelo Decreto nº 2.373/97. Ademais, afirma que, tratando a lide da possibilidade do administrador público optar entre a contratação temporária e a nomeação em caráter efetivo, matéria contida no âmbito da discricionariedade da Administração, não compete ao Poder Judiciário analisar-lhe o mérito.

O impetrante, por seu turno, recorre do *decisum* monocrático, pretendendo a reforma do mesmo no tocante ao termo inicial da condenação, a fim de que seja reconhecida a pronta exequibilidade da mesma, em face da natureza mandamental das decisões proferidas em mandado de segurança, ordenando-se à UFRN que tome as providências necessárias à imediata nomeação dele no cargo mencionado.

Contra-razões.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de remessa oficial e de apelações interpostas

contra sentença que concedeu a segurança pretendida em ação mandamental movida com intuito de obter a condenação da UFRN a promover a nomeação do impetrante no cargo de Professor Assistente do Departamento de Ciências Econômicas.

O cerne da controvérsia a ser dirimida consiste em saber se, diante da existência de cargos permanentemente vagos de professor, do interesse da administração em supri-los e da existência de candidatos habilitados a exercê-los mediante concurso público em vigor, é legítima ou não a realização de processo seletivo para provê-los temporariamente.

Na análise do tema, verifico que a contratação temporária de servidores públicos se encontra prevista na Constituição Federal, em seu art. 37, IX, que, embora remeta a disciplina da matéria à lei ordinária (atualmente se encontra em vigor a de nº 8.745/93), já especifica o requisito necessário à celebração do mencionado pacto: a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Em suas razões de apelação, a Universidade defende o preenchimento de tal exigência sob, o argumento de que necessitava urgentemente de docentes em salas de aula, de forma a não prejudicar a vida acadêmica dos estudantes.

No que diz respeito à carência no corpo de lentes da UFRN, tal fato é público e notório, havendo diversos elementos nos autos que atestam essa realidade, o que, em princípio, estaria a revelar a necessidade temporária de excepcional interesse público para o ajuste, nos termos do art. 2º, IV, Lei nº 8.745/93.

Inobstante, o impetrante suscitou questão por demais relevante acerca da validade do certame deflagrado, ao defender que a seleção teria por objetivo real suprir a vacância de cargos desocupados de professor.

Tal afirmação encontra respaldo nos documentos colacionados aos autos, vejamos.

No Ofício nº 023/2000-DEPEC, de fls. 55, o Chefe do Departamento de Economia da UFRN requereu ao Reitor da Instituição a tomada de providências no sentido de prover o cargo vago de Professor Assistente, ocupado pelo Professor Herbert Martorano de Souza, que teria tomado posse no cargo

de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental da ENAP-DF, fundamentando o pedido nos seguintes termos: "O pleito justifica-se pela carência de professor para lecionar novas disciplinas incluídas na grade curricular, em virtude do processo de reestruturação por que passa a Curso de Ciências Econômicas".

Ademais, no próprio Edital nº 11/2000-DAP (fls. 46/47), que divulgou a realização de novo processo seletivo para contratação de professor substituto, restou consignado, no item quatro, que tal seleção "visa atender a área com carência de docente do quadro permanente, por motivo de afastamento para estudos de pós-graduação, licenças, exoneração ou aposentadoria e que por proibição expressa no Decreto nº 1.368/95, de 12.01.95 - *DOU* de 13.01.95, e no Decreto nº 1.452/95, de 11.04.95, *DOU* de 12.04.95, não podem ser providos cargos, nos casos onde se verifica a vacância".

A simples constatação de que o processo seletivo tem a finalidade efetiva de suprir a ocorrência de cargos vagos, por si só, não seria suficiente para acarretar a nulidade do certame, pois entendo que o requisito motivador da contratação temporária subsistiria, em face da urgência de ministrar o ensino ante a proximidade do início do semestre letivo. Nessa hipótese, porém, tal fato deveria estar aliado à impossibilidade de se utilizar outro meio para suprir a carência.

Não é essa a situação versada nos autos, pois resta claro que havia profissional concursado apto a assumir o cargo de professor, o que impediria a contratação provisória.

Nesse sentido, é válido transcrever o magistério do festejado administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, *in Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, 2ª edição, RT, São Paulo, 1991, pp. 80 e 84:

"Com efeito, em alguns casos poder-se-á, até mesmo, estar perante cargos ou empregos improvidos, mas, certamente, em geral, será a irrupção de situações especiais que demandarão apenas provisória e ocasionalmente um transitório incremento de pessoal.

.....  
Assim, entendemos que a contratação tempo-

rária é cabível perante situações de emergência, é dizer, 'excepcionais', portanto, em que está em pauta um interesse que 'excepciona' - de modo transitório - a admissão por concurso. Sendo esta a índole do preceito, compreende-se também que a Administração fica posta no indeclinável dever de instaurar de imediato o concurso, para o ulterior provimento definitivo, salvo nos casos em que a demanda de pessoal é em si mesma temporária, por ser sazonal, ou porque não é previsível sua reprodução".

Em seu apelo, insiste a UFRN na presença da necessidade temporária de excepcional interesse público em função de proibição para realizar concursos ou nomear candidatos já aprovados em certames.

Surge, então, a indagação: a referida vedação, contida em Decreto Presidencial, seria extensiva às universidades ?

A resposta negativa merece prevalecer.

A Carta de 88, em seu art. 207, confere "autonomia" administrativa às universidades, demonstrando que até o constituinte se preocupou em dotar tais entidades de uma maior capacidade de auto-administração.

A decantada "autonomia" (o mais correto seria usar a expressão auto-administração) se constitui em característica marcante não só das instituições de ensino superior, mas também das demais autarquias, que têm, dessa forma, a liberdade necessária para gerir as suas ações com o fim de alcançar os objetivos para os quais foram criadas.

Embora a referida liberdade não seja completa, estando sujeita a controle, também conhecido como supervisão ministerial, de modo a aferir se os atos das autarquias estão efetivamente em concordância com a sua finalidade, esse só pode ser exercido nos limites da lei.

A respeito da matéria, é de bom alvitre destacar o escólio dos doutos:

"O inegável é que a autonomia administrativa da autarquia é um direito subjetivo público,

oponível ao próprio Estado quando o infrinja. Diante disto, o controle autárquico só é admissível nos estritos limites e para os fins que a lei estabelecer". (Hely Lopes Meirelles, *in Direito Administrativo Brasileiro*, 14ª edição, RT, São Paulo, 1988, p. 308).

"São objetivos deste controle ou 'supervisão' assegurar o cumprimento dos objetivos fixados em seu ato de criação, harmonizar sua atuação com a política e programação do Governo no correspondente setor de atividade; zelar pela obtenção de eficiência administrativa e pelo asseguramento de sua autonomia administrativa, operacional e financeira". (Celso Antônio Bandeira de Mello, *in Curso de Direito Administrativo*, 5ª edição, Malheiros, 1994, p. 77).

Ora, no caso em análise, ainda que se admita que o Decreto Presidencial seja direcionado também às universidades, dúvidas não podem subsistir no sentido de que o mencionado ato não está em concordância com os lindes do controle, ao proibir a nomeação de servidores e a realização de concursos, pois, ao invés de assegurar o cumprimento dos objetivos das instituições de ensino superior, criaria sérios embaraços para que elas atingissem a sua finalidade maior - a distribuição do saber.

Assim sendo, a outra conclusão não se pode chegar senão à de que a vedação prevista no decreto não se aplica às universidades.

Iniciando a impetrada certame que, sob o argumento de atender a uma situação de emergência, tinha, na verdade, a intenção de suprir a deficiência originada com cargos vagos de professor, quando dispunha de outro meio para sanar o problema, restou evidenciado um verdadeiro desvio de finalidade, na abalizada lição de Hely Lopes Meirelles (*in ob. cit.*, p. 92):

"O desvio de finalidade ou de poder se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados

pela lei ou exigidos pelo interesse público”.

Destarte, constato a ilegalidade do certame, que daria ensejo não só à sua suspensão, mas também à sua nulidade, bem como de todos os atos dele decorrentes, uma vez que o processo seletivo já se ultimou. Inobstante, consigno que a declaração de nulidade do multirreferido certame não foi objeto do pleito autoral.

Quanto ao pedido de nomeação do impetrante no cargo de Professor Assistente do Departamento de Ciências Econômicas, a jurisprudência vem toda velejando no sentido de que a ocorrência de vagas e a manifestação de interesse em provê-las origina para o candidato aprovado o direito à nomeação.

*In casu*, a informação de que um dos claros para Professor Substituto teve como motivo o afastamento definitivo de docente (cf. fls. 55) evidencia a efetiva existência de vaga.

No que concerne ao interesse (e extrema necessidade) da UFRN em preenchê-la, é mais do que patente, pois a própria entidade assim o demonstra, ao instaurar processo seletivo para contratação de professor substituto em decorrência de vagas permanentes, sob o equivocado argumento de que estaria proibida de realizar concursos ou nomear servidores (fls. 47).

Dessa forma, o suplicante faz jus à sua nomeação, nos termos da lição ministrada pelo sempre lembrado jurista Celso Antônio Bandeira de Mello (*in Regime cit.*, p. 77):

“A admissão de pessoal a qualquer outro título, ou a designação de outros servidores, em desvio de função, para exercerem as correspondentes aos cargos postos em concurso, são outros tantos fatos demonstradores, e de modo inequívoco, que o Poder Público considerou necessário o preenchimento daqueles cargos e, por isso mesmo, já definiu o momento de provimento deles, ainda que se queira furtar a tal obrigação. Sempre que isto suceda, há direito dos aprovados em concurso à obtenção de suas nomeações”.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça vem abonando

esse entendimento:

“RESP - ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - PROFESSOR SUBSTITUTO - PRETERIÇÃO DE CANDIDATO APROVADO, EM FACE DA ABERTURA DE NOVO CERTAME PARA PREENCHIMENTO DE VAGAS A TÍTULO PRECÁRIO - COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE E PERENIDADE DA VAGA OFERTADA - LEI Nº 8.745/96 - CONVOLAÇÃO DA EXPECTATIVA DE DIREITO NA SUA LIQUIDEZ E CERTEZA.

1. A doutrina e a jurisprudência já consagraram o brocardo da ‘aprovação em concurso público gerar mera expectativa de direito’. Todavia, constatando-se a necessidade perene de preenchimento de vaga e a existência de candidato aprovado em concurso válido, a expectativa se convola em direito líquido e certo.

2. Demonstra-se inaplicável a Lei nº 8.745/96, quando restar demonstrado, de maneira inequívoca, o interesse e a necessidade não temporária da administração de preencher vagas oriundas da aposentadoria de seus ocupantes.

3. Recurso não conhecido”.

(REsp nº 154584/RN; Rel. Min. Gilson Dipp; Quinta Turma; Julg. 02.12.1999; DJ 07.02.2000; p. 000498).

No tocante à pretensão do impetrante de obter a pronta exequibilidade da condenação, determinando-se à UFRN que tome as providências necessárias para sua imediata nomeação no cargo de Professor Assistente do Departamento de Ciências Econômicas, observo que a mesma merece prosperar.

O entendimento esposado pelo Juiz Sentenciante, embora razoável face aos procedimentos judiciais comuns, não se coaduna com a natureza jurídica do remédio heróico.

A ação mandamental de segurança tem rito específico, onde suas decisões, liminares ou definitivas, possuem a

característica da auto-executoriedade, devendo ser cumpridas imediatamente à notificação da autoridade coatora, determinada pelo Juízo prolator do *decisum*. Daí porque incabível a protelação de sua eficácia por imposição judicial.

Nesse sentido, merece destaque o precioso ensinamento de Hely Lopes Meirelles, *in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*, 19ª edição, Malheiros, 1998, pp. 87/88:

"A provisoriedade da sentença não transitada em julgado só se manifesta nos aspectos que não tolhem a ordem contida na notificação do julgado. Sem essa presteza na execução ficaria invalidada a garantia constitucional da segurança".

Posto isso, nego provimento à apelação da UFRN e à remessa oficial e dou provimento ao apelo autoral, para determinar a imediata nomeação do impetrante no cargo de Professor Assistente do Departamento de Ciências Econômicas.

Oficie-se ao Magnífico Reitor da UFRN para cumprimento desta decisão.

É como voto.

## **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 76.459-PE**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
Apelante: MRG - INSTALAÇÕES ELÉTRICAS E HIDRÁULICAS  
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Advogados: DRS. PAULO ROBERTO DE FREITAS ARAÚJO E OUTRO (APTE.) E ISABEL CRISTINA CAMPELO ARANTES E OUTROS (APDO.)

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO.  
RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO.**



***SUBSTITUIÇÃO. ARTIGO 128 DO CTN. ARTIGO 150, PARÁGRAFO 7º, DA CF/88, ALTERADA PELA EC 03/93. RETENÇÃO DE 11% DO VALOR BRUTO DE NOTA FISCAL OU FATURA. ART. 31 DA LEI 8.212/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.711/98. LEGALIDADE.***

***- Ao imputar à empresa contratante de serviços a retenção de onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura, a Lei atribuiu expressamente a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, assegurada a restituição cabível.***  
***- Apelação improvida.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação em mandado de segurança, em que são partes as acima mencionadas, acorda a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 8 de novembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI - Relatora

## **RELATÓRIO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

MRG - Instalações Elétricas e Hidráulicas impetrou

mandado de segurança contra ato do Superintendente do INSS, objetivando afastar a retenção para o INSS de 11% (onze por cento) do valor bruto das notas fiscais ou faturas relativas à prestação de serviços, nos termos da Lei nº 8.212/91, c/c a Lei nº 9.711/98.

Liminar indeferida. Parecer ministerial às folhas 99/100.

Ao final, o MM. Juiz de primeiro grau denegou a segurança.

Inconformada, a empresa impetrante apelou com as razões de fls. 111/118.

Subiram os autos a esta Corte, sendo me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

## VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

O cerne da presente demanda se refere à chamada substituição tributária, onde a empresa impetrante se insurge quanto à qualidade de responsável que lhe foi imposta, substituindo o contribuinte da contribuição previdenciária.

O CTN, em seu Capítulo V (Responsabilidade Tributária), artigo 128, assim preceitua.

“Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”.

Por sua vez, o artigo 150 da CF/88, com a redação dada pela Emenda nº 03/93, em seu parágrafo sétimo, assim dispõe:

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição,

cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”.

A Lei nº 9.711/98 modificou a redação dada ao artigo 31 da Lei nº 8.212/91, que passou a preceituar que:

“Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do artigo 33”.

Esta e. Turma já se pronunciou sobre a questão em comento, a exemplo do AG 24302/PB, cujo Relator foi o Juiz Castro Meira, com a seguinte ementa:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. RETENÇÃO DE 11% DO VALOR BRUTO DE NOTA FISCAL OU FATURA, POR EMPRESA CONTRATANTE DE SERVIÇO. ART. 31 DA LEI 8.212/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.711/98. LEGALIDADE.

- O art. 31 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.711/98, impõe à empresa tomadora de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra a obrigação de, na qualidade de substituto tributário, reter parcela do valor a ser pago, ao mesmo tempo em que permite à prestadora a compensação do valor pago no montante do seu débito ou, na impossibilidade desta, a sua restituição, pelo que não se pode, a um exame prefacial, alegar-se aumento da carga tributária.

Em princípio, cuida-se da utilização de técnica tributária prevista no Código Tributário Nacional, não se vislumbrando a instituição de

contribuição nova ou de empréstimo compulsório. A substituição tributária é um processo absolutamente normal, usado de há muito na legislação do imposto de renda e no ICMS, entre outros.

Agravo de instrumento provido”.

O e. STJ também já possui entendimento, a exemplo do REsp 276017-RS, Relator Ministro José Delgado, cuja ementa transcrevo:

“PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EMPREITADA.

1. As empresas que firmam contratos de subempreitadas são solidariamente responsáveis pelo recolhimento das contribuições previdenciárias decorrentes dos serviços prestados pela contratada.

2. As empresas poderão isentar-se da responsabilidade solidária, especialmente as construtoras, em relação às faturas, notas de serviços, recibos ou documentos equivalentes que pagarem por tarefas subempreitadas, de obras a seu cargo, desde que façam o subempreiteiro recolher, previamente, quando do recebimento da fatura, o valor fixado pela Previdência Social, relativamente ao percentual devido como contribuições previdenciárias e de seguro de acidentes do trabalho, incidente sobre a mão-de-obra inclusa no citado documento. Interpretação do sistema legal sobre a matéria.

3. Inexistência de provas de que as contribuições discutidas foram recolhidas.

4. Recurso provido”.

Concordo com o entendimento de que a obrigação de retenção imposta ao responsável tributário se encontra plenamente albergada no ordenamento jurídico vigente, sem qualquer ofensa aos princípios da isonomia e da vedação ao confisco.

Igualmente, comungo da opinião do MM. Juiz de

primeiro grau sobre a inexistência de alteração das alíquotas e base de cálculo da contribuição previdenciária frente à retenção de 11% sobre o valor da nota fiscal, recibo ou fatura. Como muito bem explicitou o Julgador *a quo*: *o valor retido consoante o mecanismo sob análise em nada influi na apuração do montante devido, constituindo-se, tão-somente, medida que visa a obstar e reprimir sonegação, inclusive porque será objeto de ulterior compensação ou restituição com os valores realmente devidos a título de contribuição previdenciária, conforme determinam os §§ 1º e 2º do art. 31 da Lei nº 8.212/91, com as alterações da Lei nº 9.711/98.*

Diante do exposto, nego provimento ao apelo.

É como voto.

## **EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 102.490-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI  
Embargantes: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA E UNIÃO  
Embargados: MÁRCIA HELENA BEZERRA MARQUES E OUTROS  
Advogados: DRS. CLÁUDIO ROBERTO DA COSTA E OUTROS (EMBT.E.) E JOÃO FERREIRA SOBRINHO E OUTRO (EMBDOS.)

***EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 47,94% EM MARÇO DE 1994 (LEI Nº 8.676/93). INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. MP Nº 434/94, EDITADA DE CONFORMIDADE COM OS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS, CONVOLADA NA LEI Nº 8.880/94.***

### **POSICIONAMENTO DO PRETÓRIO EXCELSO E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

*- O direito à remuneração e ao seu valor se incorpora ao patrimônio de cada servidor público, pro labore facto. Antes disso, há apenas expectativa de direito, não direito adquirido. No caso concreto, antes da prestação do trabalho referente ao mês de março de 1994, verificou-se a modificação da sistemática de reajuste pelo IRSM, tendo em conta o advento da MP nº 434, de fevereiro de 1994, posteriormente convertida na Lei nº 8.880, de maio de 1994, que revogou os arts. 1º e 2º da Lei nº 8.676/93.*

*- A validade da medida provisória - provimento com força de lei - se mantém até que venha ela a ser rejeitada ou, simplesmente, se escoe a oportunidade, temporalmente localizada, para a sua reedição.*

*- A jurisprudência plenária do colendo Supremo Tribunal Federal consagrou entendimento no sentido de ser indevido o reajuste de 47,94%. No mesmo sentido, a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça.*

*- Embargos infringentes a que se dá provimento.*

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, vencido o eminente Desembargador Federal Nereu Santos, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 12 de setembro 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI:

Márcia Helena Bezerra Marques e outros ajuizaram ação ordinária contra o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, objetivando o reajuste de sua remuneração (vencimentos básicos, gratificações e vantagens) no percentual de 47,94%, a partir de 01.03.94, referente ao reajuste revisional do IRSM instituído pela Lei nº 8.676/93, através do reconhecimento da inconstitucionalidade da MP nº 434/94 por malferir o direito adquirido da parte autora.

O MM. Juiz singular julgou improcedente o pedido, com fundamento em precedente do Pretório Excelso.

Os autores interpuseram recurso de apelação, reiterando os termos de sua peça vestibular.

A Primeira Turma desta eg. Corte Regional, por maioria, deu provimento à apelação, restando vencido o MD Desembargador Federal Napoleão Maia Filho.

O IBAMA opôs embargos infringentes da decisão acima referida, sustentando que o Supremo Tribunal Federal já teria se manifestado definitivamente pela supressão, em razão da MP nº 434/94, dos direitos dos servidores ao reajuste de 47,94%.

A União opôs também embargos infringentes, aduzindo que "tendo a Medida Provisória nº 434, publicada no *DOU* de 28 de fevereiro de 1994, último dia do mês, e a sua reedição de nº 457, publicada no *DOU* de 30 de março de 1994, compreende-se o pleno atendimento do trintídio estatuído no parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal, e, de consequência, a permanência da eficácia de força de lei da MP nº 434/94, neutralizando a consumação do hipotético direito adquirido ao

discutido reajuste vencimental, neutralização afinal convertida na Lei nº 8.880/94”.

Admitidos os embargos infringentes (despacho de fls. 104).

Devidamente intimada, a parte embargada não se manifestou.

É o relatório.

À douta Revisão.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI (Relator):

Cuida-se de embargos infringentes opostos pelo IBAMA e pela União contra decisão proferida, por maioria, pela Primeira Turma desta eg. Corte Regional, que, ao dar provimento à apelação dos autores, ora embargados, julgou procedente o seu pedido, consistente no reajuste da sua remuneração no percentual de 47,94%.

O acórdão foi lavrado nos termos do voto do MD Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, tendo assumido a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REAJUSTE DE SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL EM MARÇO DE 1994 (47,94%) ESTABELECIDO NA LEI Nº 8.676/93. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 434, DE 27.02.94.

1. Do ponto de vista fático, o reajuste relativamente a março/94 corresponderia à reposição de perdas passadas, relativas ao bimestre anterior (janeiro/fevereiro/1994), porquanto não estaria a Administração concedendo tal reajuste a título de antecipação.

2. Do ponto de vista jurídico, a Medida Provisória de nº 434, de 27.02.94, não convertida em lei no prazo de trinta dias, não revogou os artigos 1º e 2º da Lei 8.676/93, mas



apenas suspendeu a sua eficácia, não podendo, portanto, obstaculizar a concessão do referido reajuste, já ingressado de modo definitivo ao patrimônio jurídico do servidor, posto que, somente a medida provisória que for convertida em lei é que tem o condão de revogar o diploma legislativo anterior conflitante.

3. Precedente deste Tribunal: AC nº 109.950-PB, Rel. Juiz Geraldo Apoliano, *DJU* 15.08.97, p. 63.926.

4. Apelação provida”.

Restou vencido o MD Desembargador Federal Napoleão Maia Filho, que votou pelo não provimento da apelação, ao fundamento de que “a revogação da Lei 8.767/93 ocorreu com a edição da MP 434, de 27 de fevereiro de 1994, portanto, em momento anterior ao da consumação dos fatos idôneos e necessários à aquisição do direito ao reajuste salarial previsto para 01.03.94, pelo art. 1º da Lei 8.767/93”.

O voto vencido se coaduna, perfeitamente, com os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

A questão, em tese, já foi bem examinada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, levando em conta a natureza jurídica da remuneração paga a servidores públicos. Aquela Corte bem definiu que o direito à remuneração e ao seu valor se incorpora ao patrimônio de cada servidor, *pro labore facto*. No caso concreto, objeto da discussão, não chegou a haver a aquisição do direito ao índice de 47,94%, porquanto não se fez a condição indispensável para tanto, concernente à prestação do trabalho no mês de reajuste, e considerando, ademais, a revogação da Lei nº 8.676/93, antes que o autor tivesse consolidado em seu patrimônio jurídico o direito ao percentual de 47,94%. De fato, antes da prestação do trabalho referente ao mês de março de 1994, verificou-se a modificação da sistemática de reajuste pelo IRSM tendo em conta o advento da MP nº 434, de fevereiro de 1994, posteriormente convertida na Lei nº 8.880/94, que revogou os arts. 1º e 2º da Lei nº 8.676/93.

Acerca da mesma matéria - embora com referência ao índice de 84,32% (Lei nº 7.830/89, com efeitos suspensos pela

MP nº 154/90, convertida esta na Lei nº 8.030/90) - manifestou-se o Pretório Excelso, nos autos do Mandado de Segurança nº 21.216-1/DF, consoante se observa do voto proferido pelo Ministro Octavio Gallotti:

“Há, primeiramente, que distinguir entre as noções de retroatividade da lei, de um lado, e seu efeito imediato, de outro.

*Na espécie em julgamento, basta reconhecer efeito imediato à Medida Provisória nº 154, de 16 de março de 1990 (convertida na Lei nº 8.030/90), para que possa ela alcançar, validamente, o resultado que, só a partir de 1º de abril seguinte, teria vindo a produzir-se.*

Retroatividade haveria, aí sim, quando a remuneração correspondente a dias já trabalhados (ainda que não efetivamente paga) houvesse sido atingida por lei superveniente, o que não é o caso dos autos.

Não há falar, portanto, em ofensa a direito adquirido, tampouco em desfazimento de situação definitivamente constituída. A revogação precedeu a própria aquisição e não somente o exercício do direito.

Para a aquisição do direito, ou seja, para o ingresso deste no patrimônio do pretense titular, seria mister que antes da revogação se houvessem reunido e consumado todos os elementos, isto é, os fatos idôneos à sua constituição ou produção. Ou seja, no caso concreto, que algum serviço houvesse sido prestado, sob a égide de lei anterior. Tal, porém, não chegou a suceder, eis que não havia principiado, ainda, o mês de abril, quando tolhidos os efeitos da lei revogada, os quais, só a partir daquele mês, viriam a produzir-se.

O que, portanto, se frustrou não passava de expectativa de continuidade do critério ou regime da fixação de remuneração futura, e isso o Supremo Tribunal, repetida e uniformemente, tem-se recusado a admitir como direito

adquirido, mesmo em favor de funcionários protegidos pela irredutibilidade (como antes os magistrados e agora os servidores em geral)".

Não há, no caso, direito adquirido. Não se deve, por outro lado, olvidar que as medidas provisórias enquadram-se no conceito de "atos com força de lei", apenas se distinguindo pela transitoriedade. Tendo sido reeditada dentro do prazo de validade, nos termos do Texto Constitucional, a MP nº 434/94 preservou a sua eficácia, sem solução de continuidade, do que decorreu, inicialmente, a suspensão dos efeitos da Lei nº 8.676/93, e, posteriormente, a revogação dos dispositivos desta norma legal, em razão da promulgação da Lei nº 8.880/94, na qual foi convertida a mencionada medida provisória, devendo ser enfatizado que o STF não reconhece vedação à reedição de Medida Provisória, cuja validade se mantém até que venha a ser rejeitada ou simplesmente se escoar a oportunidade, temporalmente localizada, para a sua reedição.

De se ressaltar, ainda, que, sobre a questão, o egrégio Superior Tribunal de Justiça já pacificou a jurisprudência, no sentido de não ser devido o pretendido percentual de reajuste.

Filio-me, desde o início, a esse posicionamento.

Nesse sentido, observem-se os seguintes precedentes:

"Acórdão AGA - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 356298/RS; Processo 2000.01.41166-7

Fonte *DJ DATA*: 11.06.2001 PG: 00258

Relator(a): Min. Edson Vidigal

Data da Decisão: 05.04.2001 Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 47,94% - IRSM DE JANEIRO E FEVEREIRO DE 1994. EDIÇÃO DA MP Nº 434/94 ANTES DO TRANSCURSO DO PERÍODO AQUISITIVO. NÃO EXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

1. Não é devido aos servidores públicos federais o reajuste de 47,94%, na forma da Lei

8.676/93, face à incidência da MP 434, de 27.02.94, que modificou a política salarial dos servidores públicos federais, em vigor antes do transcurso do período aquisitivo à pretendida reposição. Decisão plenária do STF na ADIN 1614-8/MG.

2. Agravo regimental não provido”.

“Acórdão RESP 259505/PB; RECURSO ESPECIAL (200010049067-9)

Fonte DJ DATA:19.02.2001 PG: 00207

Relator(a): Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106)

Data da Decisão: 21.11.2000 Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

Ementa: RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. MEDIDA CAUTELAR. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO ACÓRDÃO RESCINDENDO. IRSM - 47,94%. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS CAUTELARES ESPECÍFICOS, BEM COMO DA PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO NO PEDIDO RESCISÓRIO. VIOLAÇÃO CARACTERIZADA.

- Presentes os requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, admite-se a concessão de medida cautelar com vistas a suspender a execução de acórdão rescindendo, cuidando-se de ações rescisórias ajuizadas pela Fazenda Pública, autarquias e fundações. A plausibilidade do direito invocado no pedido rescisório encontra-se escudada na jurisprudência desta Corte, que firmou entendimento no sentido da impossibilidade da concessão do referido reajuste de 47,94%.

- Recurso provido para determinar a suspensão da execução do acórdão rescindendo até julgamento da rescisória”.

“Acórdão: RESP 230073/AL; RECURSO ESPECIAL (199910082281-1)

Fonte *DJ DATA*: 06.11.2000 PG: 00235  
Relator(a): Min. FONTES DE ALENCAR (1086)  
Data da Decisão: 19.09.2000 Órgão Julgador:  
T6 - SEXTA TURMA  
Ementa: SERVIDOR PÚBLICO. LEI 8.880/94.  
IRSM DE MARÇO/94.

- Os servidores públicos federais não têm direito a reajuste de 47,94%.

- Recurso especial não conhecido".

"Acórdão RESP 251683/AL; RECURSO ESPECIAL (200010025388-0)

Fonte *DJ DATA*: 01.08.2000 PG: 00324  
Relator(a): Min. FELIX FISCHER (1109)  
Data da Decisão: 08.06.2000 Órgão Julgador:  
T5 - QUINTA TURMA  
Ementa: ADMINISTRATIVO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. LEI Nº 8.676/93. MP 434/94. LEI Nº 8.880/94.

Em 28 de fevereiro de 1994, antes, portanto, de se verificar o período aquisitivo previsto na Lei nº 8.676/93 - março de 1994, o reajuste pleiteado com base na variação do IRSM - no percentual de 47,94% - foi expressamente extinto pela MP 434/94, reeditada, sucessiva e tempestivamente, pelas Medidas Provisórias 457/94 e 482/94, tendo sido esta convertida na Lei nº 8.880/94. Precedentes.

- Recurso provido".

"Acórdão RESP 250545/PB; RECURSO ESPECIAL (200010021686-0)

Fonte *DJ DATA*: 07.08.2000 PG: 00147  
Relator(a): Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106)  
Data da Decisão: 08.06.2000 Órgão Julgador:  
T5 - QUINTA TURMA  
Ementa: RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 47,94%. LEI 8.676/93. MP 434/94. INEXISTÊNCIA DE DIREITO.  
- Esta Corte já firmou entendimento no sentido

de que "...os servidores públicos federais não têm direito ao reajuste bimestral instituído pela Lei nº 8.676/93, no percentual de 47,96%, no mês de março de 1994, relativo à variação do IRSM no bimestre imediatamente anterior, em face da incidência da Medida Provisória nº 434, de 27.02.1994, em vigor antes do transcurso do período aquisitivo à questionada reposição..." (RESP 185973/PB, DJ 23.11.98).

- Precedente do eg. STF.

- Recurso provido".

"Acórdão RESP 204481PB; RECURSO ESPECIAL (199910015507-6)

Fonte DJ DAT4: 14.06.1999 PG: 00223

Relator(a): Min. EDSON VIDIGAL (1074)

Data da Decisão 18.05.1999 Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

Ementa: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 47,94 % - IRSM DE JANEIRO E FEVEREIRO DE 1994. EDIÇÃO DA MP Nº 434/94 ANTES DO TRANSCURSO DO PERÍODO AQUISITIVO. NÃO EXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

1. Não é devido aos servidores públicos federais o reajuste de 47,94%, na forma da Lei 8.676/93, face à incidência da MP 434, de 27.02.94, que modificou a política salarial dos servidores públicos federais, em vigor antes do transcurso do período aquisitivo à pretendida reposição. Decisão plenária do STF na ADIN 1614-8/MG.

2. A jurisprudência do STF admite a reedição de medida provisória não votada pelo Congresso Nacional, com preservação de eficácia do provimento com força de lei, sem solução de continuidade, até que eventualmente se consume, sem reedição, o seu prazo de validade, ou seja ele rejeitado.

3. Recurso conhecido e provido".

“Acórdão RESP 231104/RN; RECURSO ESPECIAL (1999/0084215-4)

Fonte *DJ DATA*: 14.02.2000 PG: 00085

Relator(a): Min. VICENTE LEAL (1103)

Data da Decisão 14.12.1999 Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA

Ementa: ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. VENCIMENTOS. REAJUSTE AUTOMÁTICO. IRSM DE MARÇO DE 1994. LEI Nº 8.676/93. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 434/94.

- A jurisprudência plenária do Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento de que os servidores públicos federais não têm direito ao reajuste bimestral instituído pela Lei nº 8.676/93, no percentual de 47,94%, no mês de março de 1994, relativo à variação do IRSM no bimestre imediatamente anterior, em face da incidência da Medida Provisória nº 434, de 27.02.1994, em vigor antes do transcurso do período aquisitivo à questionada reposição.

- Recurso especial não conhecido”.

“Classe/Origem RE-279432/PE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator: Ministro ILMAR GAL VÃO

Publicação *DJ DATA* 02.02.01 PP-00143 EMENT VOL 02017-20 PP04421. Julgamento 10.10.2000 - Primeira Turma

Ementa: ADMINISTRATIVO. PROCURADORES DO TRABALHO. VENCIMENTOS. REAJUSTE DE 47,94% PREVISTO NA LEI Nº 8.676/93. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 434/94. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, II E XXXVI, E 62 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREQUESTIONAMENTO.

- Ausência de prequestionamento das questões alusivas aos arts. 5º, II, e 62 da Carta Magna.

- Reeditada a MP 434/94, conquanto por mais de uma vez, mas sempre dentro do trintídio, e, afinal, convertida em lei (Lei nº 8.880/94), não

sobrou espaço para falar-se em reprimenda da Lei nº 8.676/93 por ela revogada e nem, obviamente, em aquisição, após a revogação, de direito nela fundado.

Recurso não conhecido”.

Observação: votação: unânime.

Com essas considerações, dou provimento aos embargos infringentes opostos pela União e pelo IBAMA.

<sup>É como voto</sup>  
**EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO  
CRIMINAL Nº 2.324-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA  
Embargante: IVAN MÁRIO D'ÁVILA PORTELA  
Embargada: JUSTIÇA PÚBLICA  
Advogados: DRS. ILDEFONSO PEREIRA NETO E OUTRO (EMBTE.)

**EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. ESTELIONATO CONTRA A CEF. DIFICULDADES FINANCEIRAS. EXCLUDENTE DE ANTIJURIDICIDADE. ESTADO DE NECESSIDADE. INOCORRÊNCIA.**

*- Para configuração do estado de necessidade, indispensável a presença do perigo certo e atual, que tal situação de perigo não tenha sido causada pelo agente e a inexistência de outro meio idôneo a fim de evitar o dano.*

*- Inaceitável a alegação de dificuldades financeiras que deram ensejo à perpetração do delito de estelionato com o fito de afastar a tipicidade e antijuridicidade da conduta criminosa.*

*- Embargos infringentes desprovidos.*



## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima identificadas, decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 17 de outubro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA – Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Ivan Mário D'Ávila Portela interpõe embargos infringentes contra o r. acórdão proferido pela Terceira Turma deste Colendo Regional, que, à unanimidade, rejeitou a preliminar da prescrição da pretensão punitiva estatal, e, no mérito, por maioria, negou provimento à sua apelação, mantendo os termos da r. sentença de primeiro grau que consignou a pena de reclusão de 1 (um) ano e multa pela perpetração do delito de estelionato, sendo tal pena substituída, *a posteriori*, pela prestação de serviços à comunidade.

Em suas razões de recurso, argúi o embargante, em síntese, que, em virtude das dificuldades financeiras sofridas pelo mesmo, o fato descrito na exordial acusatória configuraria, apenas, um fato típico, não sendo, todavia, punível, em face da excludente da ilicitude prevista no art. 24, I, do CP. Pugna, então, pela reforma do r. acórdão vergastado para que seja reconhecido o seu estado de necessidade.

Foram os presentes embargos admitidos por despacho, às fls. 204, do eminente Desembargador Federal Francisco Cavalcanti.

Com vista dos autos, a douda Procuradoria Regional da República opinou pelo conhecimento e desprovemento dos embargos infringentes.

Ao Exmo. Sr. Desembargador Federal Revisor.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (Relator):

Cuida-se de embargos infringentes interpostos por Ivan Mário D'Ávila Portela contra o admirável acórdão da Terceira Turma deste Regional que, por maioria de votos, negou provimento à sua apelação, mantendo indene os termos da r. sentença prolatada pelo ilustre Juiz Federal Frederico José Pinto Azevedo, que entendeu caracterizada a figura delitiva do estelionato, inserta no art. 171 do Estatuto Repressivo.

Eis os termos em que foi elaborado o acórdão vergastado, *in verbis*:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO. FALSIFICAÇÃO EM CARTEIRA DE TRABALHO. LEVANTAMENTO DE QUANTIAS DEPOSITADAS A TÍTULO DE FGTS. PRESCRIÇÃO NÃO CONSUMADA. ESTADO DE NECESSIDADE. EXCLUDENTE DE ANTI-JURIDICIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. Estelionato praticado mediante a falsificação de anotação em carteira de trabalho (art. 171 do CP).

2. (...)

3. Alegação de que o crime foi praticado em estado de necessidade devido à existência de dificuldades financeiras.

4. A configuração desta descriminante exige a existência de um perigo atual e inevitável para um bem jurídico do agente ou de terceiro, que não tenha sido provocado voluntariamente e

cujo sacrifício não seja razoavelmente exigível. A simples insuficiência de recursos financeiros não basta para caracterizar a excludente.

5. Apelação improvida”.

Irresignado com o acórdão supra, o embargante postula a prevalência do voto do Eminentíssimo Desembargador Federal Geraldo Apoliano, que reconheceu a tese da ocorrência de estado de necessidade, excluindo, destarte, a antijuridicidade do fato reputado criminoso.

A título de intróito, é de bom alvitre trazer à colação o que dispõe o art. 24 do *Codex* Penal, para se perquirir acerca da excludente de antijuridicidade, *in verbis*:

“Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

Deste modo, indispensável para a caracterização do estado de necessidade a presença de alguns requisitos, quais sejam, a existência de perigo certo e atual, que tal perigo não tenha sido provocado pelo agente, bem como a existência de dano inevitável que não se podia de outro modo evitar.

Quanto à existência do perigo atual, que se perfaz pela probabilidade de dano presente e imediato a um bem juridicamente tutelado, não o vislumbro nos autos, pois estando o embargante empregado e percebendo sua remuneração normalmente, apesar, inclusive, da ameaça de desemprego, não há que se falar no requisito acima elencado, uma vez que tal fato era apenas uma possibilidade futura.

Demais disso, apesar das circunstâncias de dificuldades financeiras alheias à vontade do agente, a conduta de dirigir-se à agência da Caixa Econômica Federal com a intenção de levantar os valores depositados a título de FGTS, fora dos casos previstos em lei, não se me afigura razoável para caracterizar o estado de necessidade, uma vez que, para tanto, necessário que o agente não tenha dado ensejo à conduta ilícita.

No mais, inaceitável para justificar o estelionato contra a

CEF a alegação do estado de necessidade por dificuldades financeiras, pois, se assim fosse, legalizada estaria a conduta de meliantes que, por não exercerem profissão que lhes garanta uma vida digna, atacam o patrimônio alheio.

A questão, inclusive, foi bem analisada no parecer de fls. 207/210, que assim consigna:

*“Se a necessidade financeira que afligia o réu for considerada motivo hábil a excluir a antijuridicidade, o que se dirá de milhares de brasileiros que se encontram em aflitiva situação financeira e, ao contrário do réu, estão desempregados, sem auferir qualquer renda que lhes possibilite manter com dignidade suas famílias”.*

E mais adiante retoma, insistindo que *“apesar de não desprezar as questões pessoais que afligiam o réu, quando do cometimento do ilícito, entendo não estar configurada a existência de dificuldade que configuraria estado de necessidade, pois, se assim entender, estarei admitindo que todo brasileiro, desempregado, sem rendas, que se encontra, a toda evidência premido por aflitiva necessidade financeira, possa cometer ilícitos penais, a fim de manter a sua subsistência e de sua família em condições dignas, respaldado pela exclusão da antijuridicidade”.*

Já no que pertine ao dano inevitável, trago à colação a brilhante lição de Miguel Reale Júnior<sup>1</sup>, que afirma que *“o agente, para salvar direito próprio ou de outrem, sacrifica direito de terceiro inocente, desde que, por imperativo de justiça, não haja outro meio idôneo a evitar o dano. Se havia outro meio idôneo a evitar o dano, não ou menos prejudicial que o utilizado, devia o agente ter pelo menos optado. Não fica ao livre arbítrio do agente, por encontrar-se na iminência de sofrer dano, a escolha do meio mais conveniente”.*

Desta forma, poderia o autor recorrer-se de formas lícitas a fim de superar as dificuldades financeiras que deram

---

<sup>1</sup> Reale Jr, Miguel. Teoria do Delito. 2. Ed. Rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 233.

ensanchas ao aludido dano inevitável, o que, de fato, não foi observado pelo embargante, pois o mesmo se socorreu de maneiras inidôneas, que ocasionaram prejuízo ao erário público.

Fulcrado nessas considerações, prefiro adotar os fundamentos do voto vencedor, que afastou o estado de necessidade do embargante e considerou o fato típico e antijurídico, e negar provimento aos embargos infringentes.

É como voto.

### **HABEAS CORPUS Nº 1.314-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO  
Impetrante: DRA. MARIA PERPÉTUA SOCORRO DANTAS JORDÃO  
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA - PE  
Paciente JOSÉ ROOSEVELT DA COSTA

**EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE CUMPRINDO PENA EM REGIME ABERTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA.**

**- Regressão ao regime fechado.**

**- Nulidades contra ato constritivo não comprovadas.**

**- Dilação probatória. Impossibilidade.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Desembargador Federal Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 28 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE  
ALMEIDA FILHO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ  
BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Maria Perpétua Socorro Dantas Jordão em favor de José Roosevelt da Costa, apontando o MM. Juiz Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco como autoridade coatora, objetivando o restabelecimento, para o regime semi-aberto na Penitenciária Regional do Agreste, Canhotinho/PE, onde se encontra cumprindo pena anteriormente imposta, e que, face à condenação na Ação Criminal nº 96.0015199-7, passou para o regime fechado.

Alega a nulidade da sentença condenatória proferida nos autos desta última ação, em virtude da declaração de invalidade do interrogatório de co-réu, menor, sem assistência de curador e, também, em face da não intimação da impetrante para o oferecimento das alegações finais de sua defesa.

A autoridade apontada coatora prestou informações, instruindo-as com um documento.

O Procurador Regional opina, preliminarmente, pelo não conhecimento do presente *habeas corpus* e, no mérito, pela denegação da ordem requestada.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (Relator):

Cediço na doutrina e na jurisprudência que o expedito processo de *habeas corpus* não comporta dilação probatória, cabendo ao impetrante instruir o pedido e, em caso de justificada impossibilidade, requerer ao juiz as diligências necessárias.

A inicial, como já assinalara o despacho que indeferiu a medida liminar postulada, é jejuna de qualquer comprovação das nulidades alegadas contra o ato construtivo impugnado.

Com as informações do douto Juiz Federal apontado como coator, evidenciou-se que a nulidade declarada do *decisum* impugnado não diz respeito ao paciente, mas ao co-réu na mesma ação, que, sendo menor de 21 anos, não contou com a assistência de curador por ocasião de seu interrogatório.

Ora, no mesmo ato judicial declaratório da nulidade acima referida, foi ressalvada a preservação dos atos processuais praticados pelo paciente "por não serem diretamente dependentes nem conseqüentes do ato provocador da nulidade processual declarada", e, de outra forma não poderia ser, conforme art. 573, § 1º, do CPP.

Ao contrário do que aduz o impetrante, o MM. Juiz Federal não preservou apenas "o interrogatório e a defesa prévia" do paciente, apesar de aludir à preservação dessas peças, quando anulou e mandou repetir o interrogatório anulado do co-réu, nem haveria qualquer razão lógico-jurídica para assim proceder.

Ademais, para anular as alegações finais, acaso proferidas, deveria o Juiz indigitado coator ter, expressamente, a elas se referido, nos termos do § 2º do art. 573 do CPP e, se não o fez, além de não as haver anulado, a ilação que se impõe é que sequer ainda houvessem sido deitadas ao processo.

Com estas considerações, denego a ordem.

É o meu voto.

## **HABEAS CORPUS Nº 1.318-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Impetrantes: DRS. FRANCISCO RICARDO TELES E OUTROS  
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA - PE  
Paciente: FRANCISCO DE ASSIS ARAÚJO

**EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. MAUS ANTECEDENTES. PRISÃO PREVENTIVA. CABIMENTO. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.**

*- A simples alegação de que o paciente declarou à Receita Federal a operação de saída de numerário para o exterior juntamente com cópia do recibo de declaração de entrega de ajuste anual de outra pessoa, sem qualquer registro alusivo à questão, por óbvio, não desenquadra a conduta do crime contra o Sistema Financeiro Nacional (art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86).*

*- A decretação da prisão preventiva está sujeita à ocorrência de dois pressupostos (a prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria) e de ao menos uma dentre quatro condições (a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal, a garantia da ordem econômica e a asseguaração de eventual pena a ser imposta).*

*- Havendo prisão em flagrante e confissão do acusado, reputam-se presentes os pressupostos.*

*- O fato de o réu ser possuidor de maus antecedentes, com reiteração de práticas delituosas, a caracterizar a sua periculo-*



*sidade, a sua condição de foragido de penitenciária e o domicílio incerto justificam a prisão cautelar, por presentes as condições da conveniência da instrução criminal e da garantia da ordem pública.*

*- Não é de se conceder a liberdade provisória quando presentes os motivos autorizadores da decretação da prisão preventiva e o andamento regular da ação penal.*

*- Ordem denegada.*

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 20 de setembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
- Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de *habeas corpus* proposto pelo advogado Francisco Ricardo Teles em favor de Francisco de Assis Araújo, de qualificação nos autos, em que se impugna decisão do MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, nos autos da Ação Criminal nº 2001.83.00.016580-7, a de denegar o pedido de liberdade provisória do paciente, preso em flagrante quando se preparava para viajar para os Estados Unidos, levando consigo a quantia de US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares).

Sustentou o impetrante, para fundamentar o remédio constitucional, "que não ocorre qualquer das hipóteses que legitimam a prisão provisória, impondo, destarte, a revogação de sua custódia" (fls. 04). Asseverou que "o paciente é pessoa idônea, sem mácula em sua vida, com domicílio certo e profissão definida, morando na mesma localidade desde que nasceu, sendo conhecido na sociedade, com todos os predicados, pois, para trilhar o caminho do bem, como de fato faz, sendo vítima de um inquérito policial, eivado de injustiças e totalmente ao arrepio da lei, ensejando uma ação penal descabida e sem quaisquer provas que fizessem subsistir uma acusação formal, conforme certidão expedida pela Justiça Federal - Pernambuco, nada constando contra a pessoa do paciente."

Lembrou, ainda, os princípios constitucionais da presunção de inocência, do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, no exercício eventual da relatoria, indeferiu o pedido de liminar - fls. 40/44.

Informações do MM. Juiz Federal da 5ª Vara do Rio Grande do Norte (Vara de Execuções Penais) e do MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, às fls. 48/57 e 59/70, respectivamente.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 72/76).

Relatei.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Não encontro, na espécie, condições para a concessão da liberdade provisória do paciente, devendo prevalecer os argumentos expendidos na decisão que denegou a liminar nesta sede.

A prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria, pressupostos da custódia preventiva, estão

claramente demonstrados nos autos, tanto por meio dos documentos em que registrada a prisão em flagrante, como pela própria confissão do réu, em mais de uma oportunidade (fls. 25, *v.g.*).

As condições da cautela, por seu turno, restam igualmente ocorrentes, em face da conveniência da instrução criminal, da garantia da ordem pública e da asseguuração de eventual pena a ser imposta.

Evidenciam os documentos carreados aos autos, inclusive pelo próprio impetrante, ser o paciente possuidor de maus antecedentes, já tendo sido condenado por sentença transitada em julgado por crime doloso, além de estar respondendo pela prática de outros delitos (estranhamente, faz juntar o impetrante, para contradizer tal constatação, certidão negativa da Justiça Federal de Pernambuco – quando reside o paciente no Rio Grande do Norte – e da Auditoria Militar Estadual do Rio Grande do Norte, a qual somente indica não ter cometido o paciente crime militar de competência estadual).

Afiguram-se também inequívocos, como já se ponderou nas decisões de primeiro grau e no decisório liminar nesta ação constitucional, o menosprezo do paciente para com a Justiça e a manifesta possibilidade de este se evadir, tendo em vista as circunstâncias da prisão em flagrante acima indicada, que em nada condizem com o cumprimento de pena em regime aberto, o não cumprimento das condições da suspensão condicional da execução da pena e a sua condição de foragido do Complexo Penal Doutor João Chaves, como testifica o MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte (Vara de Execuções Penais) ao “relacionar os principais fatos do conturbado cumprimento da pena imposta ao referido apenado nos autos da Execução Penal nº 93.0018434-2” (fls. 48).

Assim sendo, resta comprovada a evidente periculosidade do agente, que parece ter personalidade direcionada ao crime, caracterizada pela reiteração de práticas delituosas, o que configura motivação para o decreto prisional com o fito de salvaguardar a ordem pública, refreando a sua caminhada criminoso e prevenindo a realização de novos eventos delituosos.

De ver-se, ainda, a ausência de domicílio certo do paciente, ao revés da afirmativa do impetrante de que mora o paciente na mesma localidade desde que nasceu, já que os expedientes trazidos pelo magistrado potiguar (fls. 50 *usque* 53) patenteiam ter o paciente indicado à Justiça Federal endereços em várias cidades (inclusive em São Paulo), o que já ocasionou transtornos em outros feitos.

A tentativa de afirmar jurídica a conduta, por seu turno, não prospera. A simples alegação de que o paciente declarou à Receita Federal a operação, a qual singularmente se busca provar com o recibo de declaração de entrega de ajuste anual de amigo do paciente (Severino Manoel de Oliveira Neto) – e não sua, – em que consta o valor “0,00” em todos os itens referentes ao imposto e aos rendimentos, não desenquadra a conduta do crime contra o Sistema Financeiro Nacional (art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86).

Chamo a atenção, por derradeiro, ao regular andamento da ação penal a que responde o paciente pelo crime de evasão de divisas, pré-falada, já tendo havido o interrogatório do acusado e audiências de ouvida de testemunhas arroladas pelo Ministério Público e pela defesa, dentro dos prazos, e estando na fase do art. 499 do CPP, consoante atesta o Ofício nº 93/2001-GAB, da lavra do MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco.

Mêrce do exposto, estando presentes os motivos autorizadores da decretação da prisão processual do paciente, a impossibilitar a concessão da liberdade provisória, denego a ordem requerida.

Assim voto.

## **HABEAS CORPUS 1.346-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO  
NUNES MAIA FILHO  
Impetrante: DR. JOSÉ JAIR DOS SANTOS  
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA - CE  
Paciente: MARIA GORETTI RIBEIRO AMORIM DOS  
SANTOS

**EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. PENHOR DE JÓIAS FURTADAS NA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRESCRIÇÃO. NÃO RECONHECIMENTO. ORDEM DENEGADA.**

*- O trancamento da ação penal por falta de justa causa, postulado na via estreita do habeas corpus, somente se viabiliza quando pela mera exposição dos fatos na denúncia se constata a inexistência de indícios de autoria do delito pelo paciente, ausência de punibilidade da conduta ou outra causa que afaste a persecutio criminis.*

*- A competência para processar e julgar processo em que figure como vítima empresa pública federal é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso IV, da Constituição Federal.*

*- A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, é regulada pelo máximo da pena prevista para o crime, como previsto no art. 109 do Código Penal Brasileiro.*

*- 4. Ordem denegada.*

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas*

*corpus*, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem pleiteada, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Recife, 27 de novembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES  
MAIA FILHO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO  
NUNES MAIA FILHO:

1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo ilustre advogado José Jair dos Santos, postulado em favor de Maria Goretti Ribeiro Amorim dos Santos, com o fito de trancar ação penal contra ela proposta (Proc. 97.0023338-3), tendo a denúncia apontado a paciente como incurso nas iras do art. 171, parágrafo 3º, c/c o art. 29 do CPB.

2. Narra a inicial acusatória que a paciente penhorou junto à Caixa Econômica Federal de Fortaleza, CE, jóias furtadas de diversas vítimas, subtraídas de suas residências, infringindo dessa forma o art. 171, parágrafo 3º, do Código Penal Brasileiro (estelionato).

3. Ressalta, ainda, que a paciente Maria Goretti utilizou-se de sua irmã, Iris Cristina de Sousa Andrade, para empenhar ditas jóias roubadas, despistando, dessa forma, a atenção da CEF acerca do volume de bens a penhorar por uma só pessoa, pois já era titular de quatro cautelas.

4. Aduz o impetrante que a paciente vem sofrendo constrangimento ilegal, uma vez que o douto Magistrado da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará insiste em processar a paciente por um crime inexistente e, mesmo que fosse verdadeiro o fato narrado na peça acusatória, seria este de competência da Justiça Estadual, uma vez que as vítimas do furto são pessoas civis.

5. Requer, por fim, o impetrante que seja concedido o presente *writ*, para trancar a ação penal proposta contra a paciente, que tramita no Juízo Federal da 11ª Vara de Fortaleza, CE, por não constituir crime a sua conduta.

6. Em parecer, o Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem, por não constarem nos autos elementos suficientes que demonstrem a inexistência de crime imputado à paciente, ou sua não autoria, na ação cujo trancamento é pleiteado.

7. É o que havia de relevante para relatar.

8. É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (Relator):

1. O instituto do *habeas corpus* encontra amparo tanto na Carta Magna (art. 5º, LXVIII), quanto na legislação infraconstitucional, visando, precipuamente, a proteger o direito de liberdade, essencial a todo cidadão.

2. O presente *habeas corpus* foi impetrado contra ato do Juízo da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária de Fortaleza, CE, com o objetivo de trancar a ação penal instaurada contra a paciente, Maria Goretti Ribeiro Amorim dos Santos, tida como incurso nas iras do art. 171, parágrafo 3º, do CPB (estelionato, em detrimento de entidade de direito público), alegando falta de justa causa, pois o fato não constituiria crime.

3. Aduz o impetrante, em defesa da paciente, os seguintes fatos: (a) que o processo que lhe move o Ministério Público Federal é impróprio, uma vez que o fato delituoso em comento já foi tratado na Justiça Comum, existindo dessa forma *bis in idem*; (b) que as vítimas são pessoas civis, portanto a infração seria da alçada da Justiça Comum; (c) que o crime já estaria prescrito, haja vista a denúncia ter sido ofertada e recebida em 24.05.00, portanto mais de 4 anos após a ocorrência do fato delituoso.

4. Primeiramente, impõe-se analisar, no caso em tela, a alegação da parte de que o presente caso já foi tratado na esfera da Justiça Comum Estadual, não podendo o feito ser também processado na Justiça Federal, pois se constituiria *bis in idem*.

5. Entendo que não merece prosperar tal alegação, pois o processo a que responde a paciente na Justiça Federal é diferente do objeto da denúncia ofertada pelo Procurador de Justiça na esfera Estadual.

6. Ressalte-se, por oportuno, que as jóias furtadas e entregues em penhor na CEF, configurando o delito de estelionato, são diversas das tratadas pelo *Parquet* Estadual, inexistindo, dessa forma, *bis in idem*.

7. No que concerne à alegação de que o caso deveria ser tratado na esfera estadual em face da qualificação das vítimas, pessoas comuns, tal assertiva também não deve prosperar, uma vez que o delito de estelionato foi perpetrado em detrimento de empresa pública federal, no caso, a Caixa Econômica Federal.

8. Veja-se que com o penhor de jóias furtadas, tidas como da propriedade do portador, a mesma obteve *vantagem indevida*, induzindo a empresa em erro e impingindo-lhe potencial prejuízo, pois, sendo o objeto empenhado produto de furto, a CEF tem o dever de restituí-lo ao legítimo proprietário, sem exigir-lhe, em contrapartida, o ressarcimento do prejuízo sofrido.

9. *In casu*, a vítima do crime foi a CEF, portanto, a competência para processar e julgar o presente processo é da Justiça Federal, em decorrência do que preceitua a Constituição Federal, art. 109, inciso IV:

“Art. 109 - Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...);

IV - os crimes políticos e **as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas**, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;  
(...)”.



10. Resta, portanto, uma vez ultrapassadas as alegações acima suscitadas pelo impetrante, analisar a última tese levantada, *que o crime praticado pela paciente estaria prescrito.*

11. Realmente, cabe verificar se operou-se a prescrição. A doutrina, nesse aspecto, leciona que a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, é *regulada pelo máximo da pena prevista para o crime. In casu*, a pena cominada *in abstracto* ao crime de estelionato (art. 171, parágrafo 3º) é de 6 anos e oito meses de reclusão, sendo o prazo prescricional o previsto no art. 109, inciso III, do CPB, ou seja, 12 anos.

12. No caso em exame, o delito se consumou com o penhor das jóias furtadas, fato ocorrido em 15.07.96, a denúncia foi recebida em 30.05.00, *não transcorrendo, portanto, lapso temporal necessário para que seja decretada a prescrição, que, nos termos do art. 109, inciso III, do mesmo diploma penal, é de 12 anos.*

13. A finalidade do *habeas corpus* consiste em fazer cessar o constrangimento ilegal ou a ameaça de um ilegal constrangimento. Justifica-se, porém, o trancamento do inquérito policial ou da ação penal pela via do *habeas corpus* quando o juiz entender que o fato objeto da *persecutio criminis* é absolutamente atípico, ou, ainda, quando manifesta a inexistência de elemento que demonstre a autoria do delito, desta feita, quando existir justa causa.

14. Além disso, *não ficou demonstrado pelo impetrante, de maneira inequívoca, a falta de justa causa que obstasse o prosseguimento da ação penal.*

15. Em face dos fundamentos expendidos, voto pela *denegação da ordem impetrada.*

16. É como voto.

## **HABEAS CORPUS Nº 1.396-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO  
Impetrantes: DRS. DJÂNIO ANTÔNIO OLIVEIRA DIAS E OUTRO  
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA - PB  
Paciente: ROBERTO SANTIAGO DA SILVA

**EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE RECEPÇÃO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ANTERIOR PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA.**

*- Alegação de falta de fundamentação.  
- Decreto devidamente assentado na evidência do fato e de sua autoria.  
- Conveniência da instrução. Garantia da aplicação da lei.*

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Desembargador Federal Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 5 de março de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Djânio Antônio Oliveira Dias e Gilvania Ribeiro Cabral em favor de Roberto Santiago da Silva, qualificado nos autos, apontando o MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba como autoridade coatora, o qual converteu a prisão em flagrante do paciente, denunciado como incurso no art. 180, § 4º, do CPB, e no art. 10 da Lei 9.437/97, atendendo a requerimento formulado pelo representante do Ministério Público Federal, em prisão preventiva, que foi mantida, em 20 de dezembro p.p., pela MM. Juíza plantonista daquele Juízo.

Alegam que tanto o despacho que decretou a preventiva como o que a manteve não foram devidamente fundamentados, e que, por ocasião do interrogatório em Juízo, as dúvidas sobre a participação do paciente no delito foram esclarecidas, desaparecendo os indícios de uma possível culpa, o que autorizaria a concessão da liberdade provisória prevista no art. 310 do CPP. Alegam, ainda, que o paciente tem residência fixa, profissão definida, bons antecedentes, não existindo fundamentação legal que justifique a decretação da medida odiosa.

Indeferi, às fls. 75, a medida liminar liberatória.

A autoridade apontada coatora prestou informações às fls. 63/85.

O Procurador Regional opina pela denegação da ordem, afirmando que se encontram presentes os motivos autorizadores do decreto de prisão preventiva.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (Relator):

A decisão da Juíza plantonista, que indeferiu a pretendida revogação da prisão preventiva do paciente, manteve a “decisão de fls. 128/132, por seus próprios fundamentos”.

Logo, é na decisão do MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção da Paraíba, que convolou em preventiva anterior prisão em flagrante do paciente, que se encontram os fundamentos da coação impugnada neste *habeas corpus*, mas sem nenhuma razão.

Com efeito, o respeitável decreto do Juiz Federal, Dr. José Fernandes de Andrade, encontra-se devidamente assentado na evidência do fato e da sua autoria, decorrente da flagrância em que foi apanhado o paciente pelas malhas da lei e, também, justificado pela necessidade da garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal para assegurar a aplicação da lei penal.

O fato é que o paciente foi preso por receptação de armas de fogo pertencentes à Polícia Federal e roubadas a um de seus agentes por assaltantes que os autos originais registram precedentes criminais.

Outrossim, registra o auto de prisão em flagrante do paciente que, a partir da divulgação pela mídia das prisões dos referidos assaltantes conhecidos pelos vulgos de “Betinho 19” e “Mi”, passou o paciente “a se esconder em lugares diversos, sem pernoitar em sua residência”, constituindo tal fato indício de que se furtaria e/ou prejudicaria a instrução criminal e a própria aplicação da lei penal.

A jurisprudência do STJ trilha neste mesmo sentido:

“Processual Penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Fundamentação. Conveniência da instrução. Garantia da aplicação da lei.

- O decreto prisional suficientemente fundamentado, com o reconhecimento da materia-

lidade do delito e de indícios de autoria, bem como com expressa menção à situação concreta que caracteriza a necessidade de garantia da aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal, não caracteriza constrangimento ilegal. *Writ* denegado". (HC 18463/RJ – 5ª Turma. Unânime. Rel. Min. Félix Fischer).

Por estes fundamentos, denego a ordem.

É o meu voto.

## MANDADO DE SEGURANÇA Nº 76.701-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA  
Impetrante: RUDY CONSTANTINO FACTORING E OUTRO  
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA - CE  
Advogados: DRS. CARLOS ANTÔNIO MARTINS E OUTROS (IMPTE.)

### ***EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO.***

*- Ação mandamental contra decisão que determinara a quebra de sigilo bancário.*

*- Os princípios da necessidade e da proporcionalidade restaram observados, mormente em face da apuração que se impõe sobre a vultosa movimentação de aproximadamente nove milhões de dólares em dois meses, valor três vezes superior ao total negociado na praça onde funcionavam os impetrantes - Fortaleza/CE. O princípio da objetividade material, igualmente, foi respeitado, dada a*

*existência de fortes indícios que indicam a prática das aponta-das infrações. Quanto aos princípios da pertinente adequação e da proibição de excesso, não vislumbro afronta, até porque o pedido de quebra restara deferido para o prosseguimento da investigação penal e elucidação dos fatos perquiridos, concretamente existentes.*  
*- Há que prevalecer o interesse público superior na descoberta e repressão das fraudes financeiras e dos crimes conexos, impondo-se a mitigação ao eventual interesse genérico do próprio Estado na manutenção do sigilo.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, denegar à segurança, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 15 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Rudy Constantino Factoring e Hexagon Corretora de Câmbio, Taxas e Valores Mobiliários Ltda. promovem ação mandamental contra atos judiciais da Mma. Juíza Federal Substituta da 3ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, Dra. Karla

de Almeida Miranda Maia, que, em exercício nas 1ª e 12ª Varas, deferira os pedidos de quebra de sigilo bancário, requeridos pelo Delegado de Polícia Federal e ratificados pelo titular do *dominus* litis, nos autos do Inquérito Policial nº 2000.81.00.15138-1, e pelo Ministério Público Federal, em sede do Procedimento Criminal Diverso nº 2000.81.010712-4.

Aduzem, prefacialmente, que a análise dos pedidos formulados pela autoridade policial e pelo MP consta de decisões separadas, como se cuidassem de fatos distintos, configurando, no seu entender, verdadeiro *bis in idem*. Sustentam, mais, que restou maculada a garantia constitucional da inviolabilidade da privacidade e intimidade dos cidadãos, sem olvidar a violação aos princípios da objetividade material, da adequação e da proibição de excessos, citados como balizadores necessários das decisões que implicam a relativização das garantias individuais em vista do interesse público, tudo porque, ainda em sua compreensão, inexisteriam elos entre as suas atividades e as modalidades infracionais insculpidas nas Leis nºs 7.492/86 e 9.613/98.

Nesse diapasão, emprestam esteio à sua tese no fato de que a egrégia Segunda Turma desta Corte, quando do agravo nominado interposto nos autos da MCTR 1179/CE, determinara a liberação das moedas estrangeiras apreendidas. A propósito, acrescento eu, na sessão de ontem, 15.08.01, a Segunda Turma, apreciando as Apelações Criminais nºs 2457, 2399 e 2400, conexas à citada cautelar, por maioria, negou provimento à apelação do Ministério Público, reiterando o cabimento da liberação das citadas moedas estrangeiras.

A liminar fora indeferida, em substanciosa decisão da lavra do Desembargador Federal Convocado Dr. Edilson Nobre (fls. 361/367).

Notificada, a autoridade coatora prestara as informações às fls. 372/374.

A douta Procuradoria Regional Federal opina pelo indeferimento do *writ*, mantidas, pois, as decisões que ordenaram a quebra do sigilo bancário.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (Relator):

Cumpra, de início, repelir o argumento dos impetrantes quanto à decisão da Turma sobre a liberação de moedas estrangeiras emprestar amparo à sua tese de ter sido afrontada a garantia constitucional da inviolabilidade da privacidade e intimidade dos cidadãos. Conquanto a matéria decidida no órgão fracionário não esteja ora submetida à apreciação do egrégio Plenário, impende ressaltar que as situações a que se busca atribuir semelhança são absolutamente díspares. Ali se apreciara a regularidade da apreensão de bens em face de um inquérito cujo transcurso remonta há mais de ano, sem que tenha sido oferecida a denúncia. A liberação, aliás, não prejudicará a apuração dos eventuais delitos existentes. Aqui, entretanto, se acoima de ilegal decisão judicial que busca, justamente, garantir a apuração dos fatos delituosos.

Feito esse exórdio, não verifico a presença dos pressupostos indispensáveis à concessão da segurança.

Em verdade, a liberação das moedas estrangeiras apreendidas no curso da investigação criminal em virtude do acórdão proferido no Agravo Inominado na MCTR 1179, lavrado pelo eminente Desembargador Federal Araken Mariz, posicionamento reiterado quando do julgamento das apelações criminais citadas no relatório, não teve o condão de referendar a falta de justa causa para o inquérito.

A ilação que se extrai dos autos milita em favor da *persecutio criminis*. Há indícios de irregularidades apontadas pelo Ministério Público (fls. 235/239) na vultosa movimentação de dólares ocorrida em pequeno intervalo de tempo (dois meses), no montante de aproximadamente US\$ 9.000.000,00 (nove milhões de dólares), patamar superior a quase três vezes o total negociado na praça de Fortaleza/CE, onde funcionavam os impetrantes.

É certo que a Constituição Federal, em seu art. 51, incisos X e XII, estabelece:



“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...);

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...);

XII - é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Como se vê, dentre os direitos e garantias individuais se encontra, numa inovação, o sigilo de dados, que é um desdobramento do direito fundamental à privacidade e à intimidade.

Entretanto, o princípio da proporcionalidade justifica a conclusão acerca da inexistência de direitos ou garantias de caráter absoluto, dada a impossibilidade de se sobrelevarem em detrimento do interesse público, principalmente quando verificadas razões de substrato ético que dão azo à incidência de limitações de ordem jurídica, destinadas a assegurar a integridade do interesse social e a coexistência harmônica das liberdades.

Nesse sentido, não se há de conferir proteção irrestrita no que tange ao sigilo bancário, pois a quebra do mesmo, no âmbito das investigações preliminares, ou mesmo durante a instrução processual penal, não configura afronta aos preceitos contidos no já mencionado art. 5º, X e XII, da Constituição Federal, nem ofende as garantias fundamentais do cidadão.

Trago à colação, perfilhando esse entendimento, o seguinte aresto:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. DIREITO NÃO ABSOLUTO À INTIMIDADE. INDÍCIOS DE AUTORIA. VERDADE REAL. DEFERIMENTO. JUÍZO DE VALOR SOBRE A PROVA PRETENDIDA. RECURSO DESPROVIDO.

I - É certo que a proteção ao sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade consagrado no art. 5º, X, da Constituição, direito esse que revela uma das garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado. Todavia, não consubstancia ele direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior. Sua relatividade, no entanto, deve guardar contornos na própria lei, sob pena de se abrir caminho para o descumprimento da garantia à intimidade constitucionalmente assegurada.

II - Tendo o inquérito policial por escopo apurar a existência do fato delituoso, completa deve ser a investigação criminal, em prestígio ao princípio da verdade real insito ao direito processual penal.

III - É impossível exercitar, *ab initio*, um juízo de valor a respeito da utilidade do meio de prova pretendido, tendo em vista que ele pode ser válido ou não diante do contexto de todas as provas que efetivamente vierem a ser colhidas”.

(STJ - Corte Especial - Relator. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - Agravo Regimental em Inquérito nº 187/DF - Julgado em 21/08/96 – Decisão: por unanimidade, negar provimento ao agravo).

Também no sentido da validação da quebra de sigilo bancário, até mesmo quando determinada por comissões

parlamentares de inquérito, já se pronunciou o colendo STF, consoante arestos a seguir transcritos à guisa de exemplificação:

“Quebra de sigilos fiscal, bancário e telefônico por deliberação sucinta mas suficientemente fundamentada de Comissão Parlamentar de Inquérito, no uso dos poderes de investigação, próprio das autoridades judiciais, que lhe confere o art. 58, § 3º, da Constituição.

Mandado de segurança indeferido”.

(MS 23.556/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJU 07/12/00).

“COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - QUEBRA DE SIGILO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA - VALIDADE - EXISTÊNCIA SIMULTÂNEA DE PROCEDIMENTO PENAL EM CURSO PERANTE O PODER JUDICIÁRIO LOCAL - CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE A INSTAURAÇÃO, SOBRE FATOS CONEXOS AO EVENTO DELITUOSO, DA PERTINENTE INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO.

A QUEBRA FUNDAMENTADA DE SIGILO INCLUI-SE NA ESFERA DE COMPETÊNCIA INVESTIGATÓRIA DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO.

- A quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico de qualquer pessoa sujeita a investigação legislativa pode ser legitimamente decretada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que esse órgão estatal o faça mediante deliberação adequadamente fundamentada e na qual indique a necessidade objetiva da adoção dessa medida extraordinária. Precedente: MS 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello (Pleno).

- O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO E QUEBRA DE SIGILO POR DETERMINAÇÃO DA CPI.

- O princípio constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre as hipóteses de

busca domiciliar (CF art. 5º, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e de decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF art. 5º, LXI) - não se estende ao tema da quebra de sigilo, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, § 3º), assiste competência à Comissão Parlamentar de Inquérito para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas.

#### AUTONOMIA DA INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR.

- O inquérito parlamentar, realizado por qualquer CPI, qualifica-se como procedimento jurídico-constitucional revestido de autonomia e dotado de finalidade própria, circunstância esta que permite à Comissão Legislativa - sempre respeitados os limites inerentes à competência material do Poder Legislativo e observados os fatos determinados que ditaram a sua constituição - promover a pertinente investigação, ainda que os atos investigatórios possam incidir, eventualmente, sobre aspectos referentes a acontecimentos sujeitos a inquéritos policiais ou a procedimentos judiciais que guardem conexão com evento principal objeto da apuração congressional.

Doutrina".

(MS 23.639/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 16.02.01)

Com efeito, o procedimento investigatório colima oferecer elementos para a apuração da prática de eventual crime de evasão de divisa e, ainda, possível lavagem de dinheiro, consoante já apurado, inclusive pelo Processo Administrativo PT 9900939248/BACEN, que constatou várias irregularidades em operações de câmbio. De resto, consoante ressaltado pelo ato judicial vergastado, o Supremo Tribunal Federal entende

que o sigilo de dados protege não só interesses privados como finalidades de ordem pública, a saber, o sistema de crédito (voto Min. Carlos Velloso, Pet. nº 00005775/170 do STF, no Inquérito Policial nº 01073/92-SR/D-DF).

Por derradeiro, apenas para não deixar de mencionar, impõe-se refutar dois argumentos.

Não procede a alegação dos impetrantes quanto à ocorrência de *bis in idem*. A autoridade policial requereu a citada quebra para "*apurar eventual delito de evasão de divisas e possível lavagem de dinheiro, por parte das respectivas empresas, tendo em vista a grande movimentação de compra e venda de dólares e também o elevado número de depósitos recebidos em suas contas bancárias milionárias, cujas pessoas envolvidas nestas transações somente poderão ser identificados com a quebra do sigilo bancário, razão pela qual entende imperiosa a medida para revelação dos ilícitos penais, aduzindo ainda a existência de indícios veementes*" (fls. 09).

O requerimento do *Parquet*, por seu turno, teve por escopo "*apurar eventuais delitos contra o Sistema Financeiro Nacional, a Ordem Tributária, dentre outros, por parte daquelas sociedades, tendo em vista referidos estabelecimentos continuarem a negociar moeda estrangeira, através de máquinas de auto-atendimento disseminadas em vários pontos desta cidade, apesar de seus descredenciamentos pelo Banco Central do Brasil desde 08.11.99 e 09.11.99, respectivamente*" (fls. 10).

As duas ordens de quebra de sigilo restaram deferidas separadamente (fls. 287/288 e 291/293), inclusive porque os pedidos, como se deduz, fundaram-se em fatos investigados que não se confundem, embora se aproximem. Inexiste, portanto, *bis in idem*.

O outro fundamento, que também não tem melhor sorte, diz respeito à ilegalidade da segunda ordem de quebra de sigilo por não prever período de tempo determinado. Primeiro, a irresignação de que se cuida deveria ter sido submetida ao órgão prolator da decisão. Segundo, ainda que se averigüe a tese, merece ser rechaçada, porquanto a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que dispõe sobre o sigilo das

operações de instituições financeiras, não impõe qualquer prazo limitativo do período de aplicação da quebra de sigilo.

Demais disto, repito, considero que os princípios da necessidade e da proporcionalidade restaram observados, mormente em face da apuração que se impõe sobre a vultosa movimentação de aproximadamente nove milhões de dólares em dois meses, valor três vezes superior ao total negociado na praça onde funcionavam os impetrantes - Fortaleza/CE. O princípio da objetividade material, igualmente, foi respeitado, dada a existência de fortes indícios que indicam a prática das apontadas infrações. Quanto aos princípios da pertinente adequação e da proibição de excesso, não vislumbro afronta, até porque o pedido de quebra restara deferido para o prosseguimento da investigação penal e elucidação dos fatos perquiridos, concretamente existentes.

Senhor Presidente, egrégio Plenário, não tenho dúvidas, na hipótese em comento, há que prevalecer o interesse público superior na descoberta e repressão das fraudes financeiras e dos crimes conexos, impondo-se a mitigação ao eventual interesse genérico do próprio Estado na manutenção do sigilo.

Mercê do exposto, denego a segurança.

É como voto.

## RECURSO CRIMINAL Nº 401-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA  
Recorrida: INÊS MUNIZ DE LIMA PORTO  
Advogado: DR. AMARINO ZACARIAS BATISTA (RECDA.)

**EMENTA: PROCESSUAL PENAL E PENAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DA PRESCRIÇÃO. ART. 366, CPP, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI DADA PELA LEI Nº 9.271/96. REVEL. IRRETROATIVIDADE DO DISPOSITIVO POR INTEIRO.**

*- A suspensão da prescrição para o revel é norma de caráter mais gravoso para o réu, inviabilizando a retroação dos efeitos do art. 366 do Estatuto Processual Penal, com a redação da Lei nº 9.271/96.*

*Em vista do caráter dúplice do dispositivo em comento (direito material e instrumental), é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da sua irretroatividade total.*

*- Recurso criminal provido.*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso criminal, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 13 de novembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra decisão emanada do então MM. Juízo Federal da 9ª Vara, que determinou a suspensão da marcha da Ação Penal nº 97.3929-3, bem como do prazo prescricional, nos moldes do art. 366 do CPP, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.271/96.

Sustenta, resumidamente, o Órgão Ministerial a impossibilidade de se aplicar a lei em referência, tendo em vista que o acontecimento dos fatos imputados à denunciada ocorreram em data anterior à vigência da Lei nº 9.271/96, e tal diploma contém dispositivo de direito penal mais gravoso para a acusada. Defende, ainda, não ser viável a suspensão do curso do processo, posto que se configuraria grande benefício ao réu revel, em detrimento do princípio da igualdade entre as partes.

Intimado, o *Parquet* Federal, com assento nesta Eg. Corte, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

A questão a ser examinada diz respeito à possibilidade de se aplicar os ditames da Lei nº 9.271/96 às infrações cometidas anteriormente à sua vigência.

Referido diploma deu nova redação, dentre outros, ao art. 366 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

"Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo



prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no artigo 312”.

Trata-se de norma de conteúdo dúplice, abrangendo conteúdo processual e penal, vez que suspende, de uma vez só, o curso do processo e do prazo prescricional, quando o acusado, citado por edital, não vem a juízo, nem constitui defensor.

No que pertine à suspensão do curso da prescrição, resta patente que o legislador quis emprestar maior rigor ao dispositivo em apreço, em busca da efetividade da aplicação da lei penal e, por corolário, a diminuição da impunidade.

Dessa forma, a sua aplicação aos fatos anteriores à sua vigência resta inviabilizada, face ao caráter mais gravoso para o réu.

Há que se analisar, ainda, o aspecto da retroatividade parcial do aludido dispositivo, considerando o seu caráter instrumental.

A doutrina inicialmente vislumbrava ser possível dissociar a regra *sub examine*, sendo válido transcrever o magistério do festejado Tourinho Filho:

“(...) E, considerando que o art. 5º, XL, da Lei Maior, prescreve que ‘a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu’, parece claro que o artigo em análise, no seu aspecto penal, somente poderá ser aplicado às infrações que se verificaram a partir do dia 17 de junho de 1996, data em que começou a vigorar a Lei nº 9.271, de 17.04.1996. Sua aplicação, na integralidade dos seus termos, aos processos em curso, fere o princípio proibitivo da retroação da lei penal severa. **Relativamente aos feitos em andamento e às infrações cometidas até 16 de junho de 1996, o procedimento ficará suspenso e o curso da prescrição deverá obedecer às normas**

**previstas no estatuto penal, em que se destacam os arts. 109, 110, 112 e 117. (...)**  
(In *Código de Processo Penal Comentado*, vol. 1, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 554).  
(Grifei).

Esse, no entanto, não é o entendimento que vem sendo, majoritariamente, acolhido atualmente pelos processualistas pátrios.

Veja se a lição de Damásio de Jesus, em *Código de Processo Penal Anotado*, 17ª edição, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 246:

**“Cremos que a lei nova não tem aplicação imediata e nem é retroativa no tocante às infrações penais cometidas antes de sua vigência.** Praticada a partir da vigência da Lei nº 9.271/96 (17.06.96), se o réu, citado por edital, não comparecer ao interrogatório, deixando de constituir defensor, ser-lhe-á decretada a revelia, ficando suspensos o processo e a prescrição da pretensão punitiva. **As infrações penais anteriores, entretanto, não são atingidas (...)**”. (Grifos acrescentados).

No mesmo sentido, convém transcrever elucidativo escólio do Prof. Júlio Fabbrini Mirabete, no seu *Código de Processo Penal Interpretado*, 7ª edição, São Paulo: Atlas, 2000, p. 787:

“(...) Como a nova norma traz tratamento penal mais rigoroso, pois determina a suspensão do prazo prescricional, dificultando que se ponha fim ao *jus puniendi* do Estado, não pode aplicar-se retroativamente, o que cindiria o instituto processual, quando são interdependentes a suspensão do processo e a suspensão do prazo prescricional. Prevalecendo na norma mista o caráter penal, a suspensão do processo não pode ser determinada nos autos em que se apura crime anterior à vigência da lei. Visto que é impossível dissociar

suas características penal (suspensão do curso da prescrição) e processual (suspensão do processo), que devem ser apreciadas em conjunto, sem cisão de seu conteúdo, sob pena de se criar uma nova norma legal, de suspensão do processo e curso concomitante do prazo prescricional em decorrência da irretroatividade da matéria substantiva, a conclusão é inarredável. (...)"

Outro não é o posicionamento que vem sendo reiteradamente homenageado no seio do Colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante os precedentes que cito: REsp 245708/SP, 6ª T., Relator Min. Vicente Leal, j. 06.09.2001; HC 11633/SP, 5ª T., Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 18.04.00; RMS 10595/GO, Relator Min. Felix Fischer, *in DJ* 21.06.99, p. 179.

Destarte, é imperioso o prosseguimento da marcha da ação, nos moldes da legislação revogada.

Há de se ressaltar, por oportuno, visando-se evitar argüição de possível nulidade no futuro, a necessidade de se tentar proceder à citação da denunciada através de oficial de justiça, antes da adoção da via editalícia, nos termos da remansosa jurisprudência pátria (vide TACRSP, *RT* 608/350; TRF 3ª R., ACR 7770 SP, 2ª T., Relator Juiz Peixoto Júnior, j. 10.08.99).

Ante tais considerações, dou provimento ao recurso criminal, para tornar insubsistente a decisão vergastada, com o conseqüente prosseguimento na marcha da Ação Penal nº 97.3929-3.

É como voto.

## REMESSA EX OFFICIO Nº 75.609-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
Parte Autora: JOSÉ HELDER APOLIANO GOMES  
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Advogados: DRS. FRANCISCO JOSÉ GOMES DA SILVA (PARTE A) E EDUARDO ROCHA DIAS E OUTROS (PARTE R)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO NA QUALIDADE DE TRABALHADOR URBANO. PROVA DOCUMENTAL. DECISÃO JUDICIAL TRABALHISTA. VALIDADE.**

*- Cabe à autarquia, pessoa pública integrante da estrutura administrativa da União, assegurar o direito social do indivíduo, no amparo e reconhecimento dos seus direitos subjetivos, principalmente no que se refere à contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana.*

*- Provam-se os fatos controvertidos, relevantes e os fatos determinados e a existência de tais fatos jamais pode ser relegada, devendo ser apurada por qualquer meio de prova permitido, desde que lícito, uma vez que a lei não fixa hierarquia entre os meios de prova.*

*- In casu, inquestionável apresenta-se o tempo de serviço reconhecido em decisão judicial trânsita em julgado quando se reconheceu judicialmente, em sentença trânsita em julgado, que o autor, efetiva-*

*mente, trabalhou o tempo falado no presente mandamus e o exercício do serviço por tal período é condição para insurgir a seu favor o direito previdenciário pleiteado, não há como negar-lhe tal direito.*  
*- Remessa oficial improvida.*

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade de votos, negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 4 de setembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
- Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de remessa oficial da sentença do MM. Juiz Janilson Bezerra de Siqueira, da 11ª Vara-CE, que concedeu a segurança, para determinar à autoridade coatora que proceda à averbação do tempo de serviço versada dos autos, consignada mediante intervenção da Justiça do Trabalho, relativamente ao período de 2 de janeiro de 1962 a 30 de novembro de 1967, expedindo a necessária certidão, nos termos acima expendidos.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Trata-se de remessa oficial da sentença que concedeu a segurança para determinar à autoridade coatora que proceda à averbação do tempo de serviço, consignado mediante intervenção da Justiça do Trabalho, relativa ao período de 2 de janeiro de 1962 a 30 de novembro de 1967.

No caso presente, observa-se que a relação trabalhista foi reconhecida através dos meios de prova trazidos à Justiça do Trabalho, fls. 25/26, e o INSS não pode desconsiderar tais evidências, até que se prove o contrário.

Em decisão de primeiro grau, o MM. Juiz assim se posicionou:

"A questão não é nova, tampouco oferece dificuldades ao seu deslinde. Nunca é demais frisar que a legislação pátria admite todos os meios de prova idôneos para justificar os fatos postos em Juízo, de modo que a norma que impõe tarifa à prova ou à apresentação de prova dita material para comprovação do tempo de serviço deve ser entendida como dirigida apenas e tão-somente à esfera administrativa, na hipótese dos autos, ao INSS. Então, se houve o reconhecimento, em sede judicial, do tempo de serviço em questão, a atitude do INSS afigura-se despropositada, teimando a autarquia em negar eficácia à sentença trabalhista. Ainda que se argumente que o órgão previdenciário não fez parte da relação processual tecida perante a Justiça Laboral, não se aplicando ao instituto os efeitos da coisa julgada, mesmo assim sua posição não seria defensável..."

É mister verificar, primeiramente, que a regra, no tocante à prova, obedece ao princípio da liberdade ou da livre

admissibilidade da prova. Entretanto, em caráter excepcional, a lei exige determinada prova para certo fato e as pessoas que de tais fatos pretendam extrair conseqüências jurídicas terão de fornecer a prova especial dele. Esta é a regra.

O STJ, julgando o Recurso Especial 55438/94, tendo por Relator o Min. Luiz Vicente, proferiu decisão cuja ementa do acórdão assim se houve:

“RESP - CONSTITUCIONAL - PREVIDENCIÁRIO - PROVA - LEI Nº 8.213/91 (ART. 55, PARÁGRAFO 3º) - DECRETO Nº 611/92 (ARTS. 60 E 61) - INCONSTITUCIONALIDADE.

- O Poder Judiciário só se justifica se visar à verdade real. Corolário do principio moderno de acesso ao Judiciário. Qualquer meio de prova é útil, salvo se receber o repúdio do Direito. A prova testemunhal é admitida. Não pode, por isso, ainda que a lei o faça, ser excluída, notadamente quando for a única e hábil a evidenciar o fato.

- Os negócios de vulto, de regra, são reduzidos a escrito. Outra, porém, a regra geral, quando os contratantes são pessoas simples, não afeitas às formalidades do Direito. Tal acontece com os chamados ‘bóias frias’, muitas vezes, impossibilitados, dada a situação econômica, de impor o registro em carteira.

- Impor outro meio de prova, quando a única for a testemunhal, restringe a busca da verdade real, o que não é inerente ao Direito justo.

- Evidente a inconstitucionalidade da Lei nº 8.213/91 (art. 55, § 3º) e do Decreto nº 611/92 (arts. 60 e 61)”.

Nelson Nery Júnior, comentando o art. 332 do CPC, na obra supracitada, assim dispõe quanto à verdade real e à verdade formal:

“O ideal do Direito é a busca e o encontro da verdade real, material, principalmente se o direito sobre o que versam os autos for

indisponível. No Direito Processual Civil Brasileiro vige o princípio do livre convencimento motivado do juiz (CPC, 131), mas sempre com o objetivo de buscar a verdade real. Contudo, o sistema processual civil admite, para o julgamento, a verdade formal, salvo os casos de direito indisponível, como já se disse, ou daqueles em que se exige prova legal, cuja valoração o legislador prefixa”.

Quanto à incidência da correção monetária, a jurisprudência vem se firmando no sentido de, na espécie, atualizar a dívida utilizando-se como indexadores inflacionários os mesmos trazidos pela Lei nº 6.899/81, porque específica para atualização dos débitos oriundos de decisão judicial. Nos termos do art. 1º, a correção incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios.

Cumpra observar que, na ausência da publicação dos índices da Lei nº 6.899/91, é utilizado como indexador o IPC, Índice de Preços ao Consumidor. Neste sentido, Embargos de Divergência no REsp 44.317-8/SP, Rel. Min. José de Jesus Filho: “Embargos de Divergência. IPC. É devida a incidência do IPC nos débitos judiciais. Embargos de divergência recebidos. STJ 25.05.95”.

É uníssona a jurisprudência no e. STJ no sentido de que é correta a inclusão, nos cálculos de liquidação, dos índices correspondentes às inflações ocorridas nos meses de janeiro de 1989 (42,72%), março (84,32%), abril (44,18%), maio de 1990 (7,87%) e fevereiro de 1991 (21,87%), devendo-se acrescentar que, somente utilizando-se o IPC (que reflete a real inflação dos respectivos períodos), poder-se-á atualizar o valor devido (REsp 43.055-SP; REsp 25.952-0-SP). Logicamente tais índices aqui especificados deverão ser aplicados de modo a obedecer à condenação, esclarecendo, de logo, que a referência a índices anteriores ao período devido faz parte da análise geral acerca do processo inflacionário.

Importa ainda esclarecer que à correção de dívidas posteriores à CF de 88 aplica-se a Lei nº 6.899/81, desde o vencimento da dívida até o advento da Lei nº 8.213/91,



observando-se, entretanto, na ausência dos índices oficiais, a aplicação dos IPCs, por retratarem a inflação real do período, até a vigência da Lei 8.213/91, com a incidência, *in posteriori*, dos índices contemporâneos.

A Súmula nº 71 do extinto TFR não pode mais servir de base para atualização de dívidas constituídas após a promulgação da Constituição, pois esta, em seu art. 7º, IV, nega a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, razão pela qual devem-se observar os critérios estabelecidos pela Lei 6.899/81, excetuando-se o termo inicial, que não deve ser a partir do ajuizamento da ação, mas da data do vencimento da dívida, em consonância com o entendimento de que a correção monetária não corresponde a um *plus* ao valor solicitado, mas apenas a uma atualização da dívida, aplicando-se, então, a referida lei até o advento da Lei nº 8.213/91 e, posteriormente, os índices de correção contemporâneos a cada época.

Por ser o débito de benefício previdenciário de natureza alimentar, os juros de mora devem incidir à taxa de 1% ao mês desde a data em que as parcelas seriam devidas, conforme precedentes deste Tribunal:

“AC Nº 19973-PE

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. JUROS DE MORA. PAGAMENTO DE DIFERENÇAS. TERMO INICIAL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. CÁLCULO DO CONTADOR.

- Os juros de mora incidentes sobre os benefícios não obedecem à regra geral do Código Civil.

- Cuidando-se de prestação de natureza alimentar, devem os juros de mora ser contados a partir do momento em que as parcelas se tornaram devidas, a exemplo do que dispunha a Súmula nº 71 do extinto TFR, em relação à correção monetária.

- Apelo improvido. Decisão unânime.

Relator: Juiz Manoel Erhardt”.

“AC Nº 32812-PE

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL.

- Os juros de mora, em se tratando de benefício previdenciário, constituem exceção à regra contida no § 2º do art. 1.536 da Lei Civil. São devidos desde o débito.

- O benefício previdenciário é de natureza alimentar.

- Apelação a que se nega provimento.

Decisão: unânime.

Relator: Juiz José Delgado”.

Há de esclarecer-se, ainda, que a exigência estabelecida no art. 55, § 3º, da Lei 8.213/91, onde não se reconhece nenhuma eficácia probante em relação ao tempo de serviço para fins de benefício previdenciário a provas colhidas em justificação administrativa ou judicial, onde não se fez presente o INSS, não há de aplicar-se às provas de tempo de serviço prestado, colhidas judicialmente no corpo de uma reclamação trabalhista e onde tais provas foram deduzidas a título de embasar o pedido indenizatório trabalhista, isto independente dos reflexos de tais provas no Direito Previdenciário. Assim ocorresse, dir-se-ia como obrigatória a presença sempre exigida do INSS em qualquer reclamação trabalhista, onde nem sequer poder-se-ia ter tal instituto como terceiro prejudicado, situação que, se possível, colocá-lo-ia a salvo da eficácia da coisa julgada. Não é a hipótese. Por outro lado, em nome inclusive da coisa julgada, inquestionável apresenta-se o tempo de serviço reconhecido em decisão judicial trântita em julgado. Vale dizer, se a favor do impetrante se reconheceu judicialmente, em sentença trântita em julgado, que o mesmo, efetivamente, trabalhou o tempo falado no presente *mandamus* e se, exatamente, o exercício do serviço por tal período é condição para insurgir ao seu favor o direito previdenciário pleiteado, não há como negar-se tal direito.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial. Incidam a correção monetária e juros de mora nos termos acima dispostos.

É o meu voto.

## REMESSA EX OFFICIO Nº 129.474-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE (CONVOCADO)  
Parte Autora: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SERGIPE - COREN/SE  
Parte Ré: MUNICÍPIO DE ARACAJU  
Advogados: DRS. LUIZ ROBERTO DANTAS DE SANTANA E OUTROS (PARTE A) E MARIA DO SOCORRO MENEZES DUARTE (PARTE R)  
Remetente: JUIZ FEDERAL DA 1ª VARA - SE

**EMENTA: REMESSA OFICIAL. CONSELHO PROFISSIONAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. LIMITAÇÃO A IMPOSTOS. PROVIMENTO EM PARTE.**

*- Os conselhos profissionais, ostentando a qualidade de ente autárquico, gozam da imunidade prevista no art. 150, VI, letra a, da Constituição, não merecendo acolhida a alegativa da Administração Tributária de que não se cuida de entidades mantidas pelo Poder Público, uma vez suas despesas serem custeadas por contribuições enquadáveis no gênero tributo, meio normal de cobertura das despesas estatais.*

*- A imunidade prevista no art. 150, VI, letra a, da Lei Maior, dirige-se apenas aos impostos sobre renda, bens e serviços, de modo a não abranger a taxa de lixo do Município de Aracaju, a qual não tem a sua natureza transmutada para imposto pela circunstância da Lei Complementar 17/95 fixar os montantes devidos em função do porte da atividade exercida pelo contribuinte.*

*- Remessa ex officio provida em parte.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à remessa, nos termos do relatório, do voto do Juiz Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 11 de outubro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE –  
Relator Convocado

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE (Convocado):

Cuida-se de remessa oficial, voltada ao exame da v. sentença de fls. 178-181, da lavra do Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe que, nos autos de ação ordinária promovida pelo Conselho Regional de Enfermagem contra o Município de Aracaju (RN), julgou, com fundamento no art. 150, VI, letra a, e § 2º, da Lei Fundamental, procedente o pedido, “para reconhecer a imunidade do autor relativamente ao pagamento do IPTU e ISS e à denominada taxa de lixo criada pela Lei Complementar 17/95, instituídos pelo réu”, bem assim a condenação deste à restituição dos valores solvidos indevidamente, conforme os documentos de fls. 97-107.

Eis, em síntese, o que tenho para relatar.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE (Relator Convocado):

Conforme o art. 1º da Lei 5.905, de 12.07.73, o Conselho

Federal e os Conselhos Regionais de Enfermagem são constituídos sob a forma de entidade autárquica.

Essa situação não restou alterada pelo art. 58 da MP 1.549 - 36, que almejava transmudar os conselhos fiscalizadores do exercício profissional em entidades de direito privado, porquanto tal instrumento normativo fora reputado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN 1.717 – DF, justamente por apresentar-se, à primeira vista, contrário aos arts. 5º, XIII, 22, XVI, 70, parágrafo único, 149 e 175, todos da CF, a delegação a um ente privado de atividade típica do Estado, a, inclusive, abranger o desempenho do poder de polícia (Pleno, mv, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJU* de 25.02.00, p. 50). Assim, demais de mantida a natureza autárquica do autor, restou pacificada a competência da Justiça Federal para a apreciação desta demanda.

No caso em tela, não se discute se o bem, em relação ao qual a imunidade de IPTU é pleiteada (imóvel sito à Rua Perminio de Souza, nº 421, conforme articulado às fls. 03), encontra-se destinado à finalidade essencial do autor, havendo inclusive prova de que tal é verdadeiro, uma vez haver consistido no imóvel onde aquele possuía a sua sede (vide fls. 49). Além do mais, cuidando-se de coisa pertencente a pessoa jurídica de direito público interno, não é de ser olvidada a lição de Aliomar Baleeiro (*Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 104), segundo a qual, até prova em contrário, presume-se a sua utilização em prol das finalidades a que compete à instituição realizar.

Doutro lado, a negativa da Administração em reconhecer a imunidade do autor, segundo se depreende da decisão de fls. 51, decorrera da circunstância daquele, apesar de caracterizar-se como autarquia, não se encontrar mantida pelo Poder Público.

Penso que o administrador, embora cioso do exercício de suas funções, não enveredara pela melhor decisão na espécie. Atuara em desconformidade com os preceitos constitucionais regentes da matéria. Ora, as entidades fiscalizadoras das profissões, além de desenvolverem atividade de natureza estatal, envolvendo até mesmo o exercício do poder de polícia, são mantidas pelo Poder Público, entendendo-se

esta expressão como representativa do Estado em sentido lato.

Muito embora não percebam recursos advindos do orçamento geral da União, tais entidades são mantidas pela percepção de contribuições sociais, instituídas por lei, e que se inserem no regime tributário, *ex vi* do art. 149, *caput*, da Lei Maior. Tendo as suas atividades custeadas por tributo, que é o meio específico de se fazer frente aos dispêndios estatais, não se pode afirmar que o autor não se trata de autarquia mantida pelo Poder Público.

Na linha de pensar perfilhada pelo Juiz sentenciante, confira-se os acórdãos seguintes:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES -IPVA. AUTARQUIA FEDERAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA.

- A autarquia federal goza de imunidade do pagamento do imposto sobre propriedade de veículos automotores - IPVA sobre seus automóveis destinados aos seus serviços de fiscalização das atividades farmacêuticas (Constituição Federal, art. 150, inc. VI, letra *a*, c/c o parágrafo 2º)".

(TRF-1ª Região, 3ª Turma, REO 4.683/MT, Rel. Juiz Tourinho Neto, j. 08.04.1996, v.u., DJ 06.05.1996, p. 28601).

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IPTU. IMUNIDADE INTERGOVERNAMENTAL RECÍPROCA. AUTARQUIA. PATRIMÔNIO, RENDA E SERVIÇOS VINCULADOS ÀS SUAS FINALIDADES ESSENCIAIS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 150, § 2º.

I - A imunidade recíproca, no que diz respeito às autarquias, adscrive-se à renda, patrimônio e serviços vinculados às suas finalidades essenciais.

II - Destinando-se o imóvel em construção à sede do Conselho Federal de Química, confirma-se a sentença que reconheceu a

configuração de imunidade na espécie.  
III - Recurso e remessa oficial improvidos".  
(TRF-1ª Região, 4ª Turma, AC 294.099/DF, Rel.  
Juiz Hilton Queiroz, j. 26.05.2000, v.u., DJ  
04.08.2000, p. 106).

Dessa maneira, escoreita a decisão quando reconhece o direito do autor à imunidade com relação ao IPTU e ao ISS, inclusive com a determinação para que seja efetuada a repetição do indébito. No entanto, penso que o decisório examinado merece um pequeno reparo no que concerne ao acolhimento do pleito quanto à taxa de lixo, uma vez que a tutela constitucional invocada, nos moldes do art. 150, VI, letra *a*, da CF, dirige-se unicamente aos impostos sobre patrimônio, renda ou serviços.

É certo que o ilustrado prolator da sentença, em luzida argumentação, estendera a imunidade à consideração de que, sem embargo de rotulada como taxa, a exação representa autêntico imposto, haja vista que a sua base mensurável, constante da tabela VIII, anexa à Lei Complementar 17/95, não dimensiona o custo do serviço, mas, ao contrário, elege critérios baseados na natureza da atividade dos diversos contribuintes.

Não desconheço a razoabilidade do argumento invocado, segundo o qual o legislador municipal, ao instituir o referido tributo, teria violado o art. 145, § 2º, da Norma Básica, ao proibir que as taxas tenham base de cálculo própria de impostos. Todavia, ousou discordar da conclusão esposada na sentença remetida.

Observando-se as fls. 90-96, tem-se que a taxa corresponde a valor fixado em número de UFM, o qual oscila de conformidade com a natureza e o porte da atividade do contribuinte. Isto, contudo, não quer explicitar, só por só, que na hipótese se esteja diante de imposto.

Como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 177.835 – PE (Pleno, mv, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 25.05.01, p. 18), ratificando deliberação desta Corte, o fato de a taxa impugnada, *in casu*, a da Lei 7.940/89, relacionada com a fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários, variar em função do patrimônio líquido da empresa,

não significara violação ao art. 145, § 2º, mas sim atendimento, pelo tributo citado, ao princípio constitucional da capacidade contributiva, seguindo-se, na ocasião, a linha de pensar esposada, no julgado recorrido, pelo então Juiz Hugo Machado, cujo posicionamento fez parte da motivação do julgado.

Igualmente, o fato de um contribuinte, como, por exemplo, aquele que se dedique ao ramo de restaurantes, efetuar, nos termos da Tabela VIII da citada Lei Complementar 17/95, o pagamento da taxa em valor que varie conforme o número de mesas que ofereça ao público, não implica a transmutação da exação em imposto. Pelo contrário, esse é um critério que busca, caso não exatamente, mas de maneira aproximada, a aferição do custo do serviço, o qual se eleva em função do porte da atividade exercida pelo contribuinte.

Doutro lado, mister se faz frisar que o autor, ao deduzir sua pretensão, insurgiu-se contra o pagamento da taxa de lixo com base na imunidade de que é titular, não sustentando tratar-se aquela de imposto disfarçado (vide fls. 12).

Com esses fundamentos, dou parcial provimento à remessa, a fim de excluir a procedência dos pedidos quanto à taxa de lixo cobrada pelo réu.

É como voto.



## REMESSA EX OFFICIO Nº 178.052-SE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
Partes Autoras: MARLOS ANTÔNIO NUNES FERREIRA E OUTROS  
Parte Ré: DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS E RODAGEM - DNER  
Advogados: PRS. JOÃO SANTANA FILHO E OUTROS (PARTES A)  
Remetente: JUIZ FEDERAL DA 1ª VARA - SE

**EMENTA: ADIMINISTRATIVO. CONCURSO. EDITAL. INGRESSO NA CLASSE D, PADRÃO V. REBAIXAMENTO PARA PADRÃO I. DESO-BEDIÊNCIA AO EDITAL.**  
*- Inexistindo lei hierárquica superior em dissonância com o Edital do Concurso, é este a lei do exame seletivo. O enquadramento do servidor em padrão diferente do determinado no edital configura irregularidade.*  
*- Remessa oficial improvida*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acorda, a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 13 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI - Relatora

## RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Marlos Antônio Nunes Ferreira e outros ajuizaram ação ordinária contra o DNER -Departamento Nacional de Estradas e Rodagem, alegando que foram aprovados em concurso público para o quadro de pessoal no cargo de Agente Administrativo, Classe "D", Padrão "V", tendo tomado posse em 23.10.95.

Ocorre que foram os autores nomeados para o Padrão "I", Classe "D" .

Em sua contestação, o DNER argumenta que a nomeação ocorreu em obediência ao disposto na Lei 8.460/92, a qual determina que o ingresso deve ocorrer na Classe "D", Padrão "I".

Ao final, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido, determinando o reposicionamento dos autores no Padrão "V", Classe "C".

Submetidos ao duplo grau de jurisdição, subiram os autos a esta Corte, sendo-me conclusos por distribuição.

É o relatório.

## VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Cuida-se de remessa oficial de sentença que julgou procedente o pedido dos autores, determinando o reposicionamento dos mesmos, Agentes Administrativos do DNER, no padrão em que deveriam ter sido enquadrados por ocasião de suas nomeações, nos termos do Edital 01/94, que regulamentou o concurso.

Compulsando os autos, observo que a v. sentença não merece reformas.

O edital, desde que não esteja em descompasso com nenhuma norma legal hierarquicamente superior é a lei do concurso. No caso dos autos, o edital prevê o ingresso no cargo de Agente Administrativo na Classe "D", Padrão "V".

Examinando a Lei 8.460/92, em que se baseou a União para rebaixar os autores para o Padrão "I", verifico que não existe nela qualquer determinação de enquadramento do servidor que inicia a carreira de Agente Administrativo no Padrão "I".

A referida lei apenas refere-se à fixação das novas tabelas de vencimentos e a sua correspondência com as tabelas que existiam anteriormente, dispondo, ainda, a respeito de diversas gratificações referentes a vários cargos do Poder Executivo, não havendo, portanto, a alegada irregularidade no edital em comento.

Destaco decisão proferida nos autos REOAC 123710-SE, cujo Relator foi o MM. Juiz Petrucio Ferreira:

"ADMINISTRATIVO. CONCURSO. EDITAL. PREVISÃO PARA INGRESSO NA CLASSE D, PADRÃO V. NOMEAÇÃO NO PADRÃO I. DESCOMPASSO COM O EDITAL. AUSÊNCIA DE NORMA QUE FIXE A ADMISSÃO EM NÍVEL ESPECÍFICO. LEI 8.460/92.

1. O edital é, em tese, lei de um concurso, todavia, deixa de prevalecer quando em descompasso com uma norma superior.

2. *In casu*, isso não ocorre, uma vez que a Lei nº 8.460/92 não determina a nomeação do candidato no Padrão I, da Classe D, ao invés do padrão V, conforme previsto no edital.

3. Em tese, o único obstáculo ao enquadramento dos servidores no padrão prometido no edital seria a Portaria nº 2.343/94, contudo, esta não tem como se sobrepor a edital de concurso já em andamento, mormente quando este sequer sofreu expressa modificação ou retificação.

4. Remessa oficial improvida.

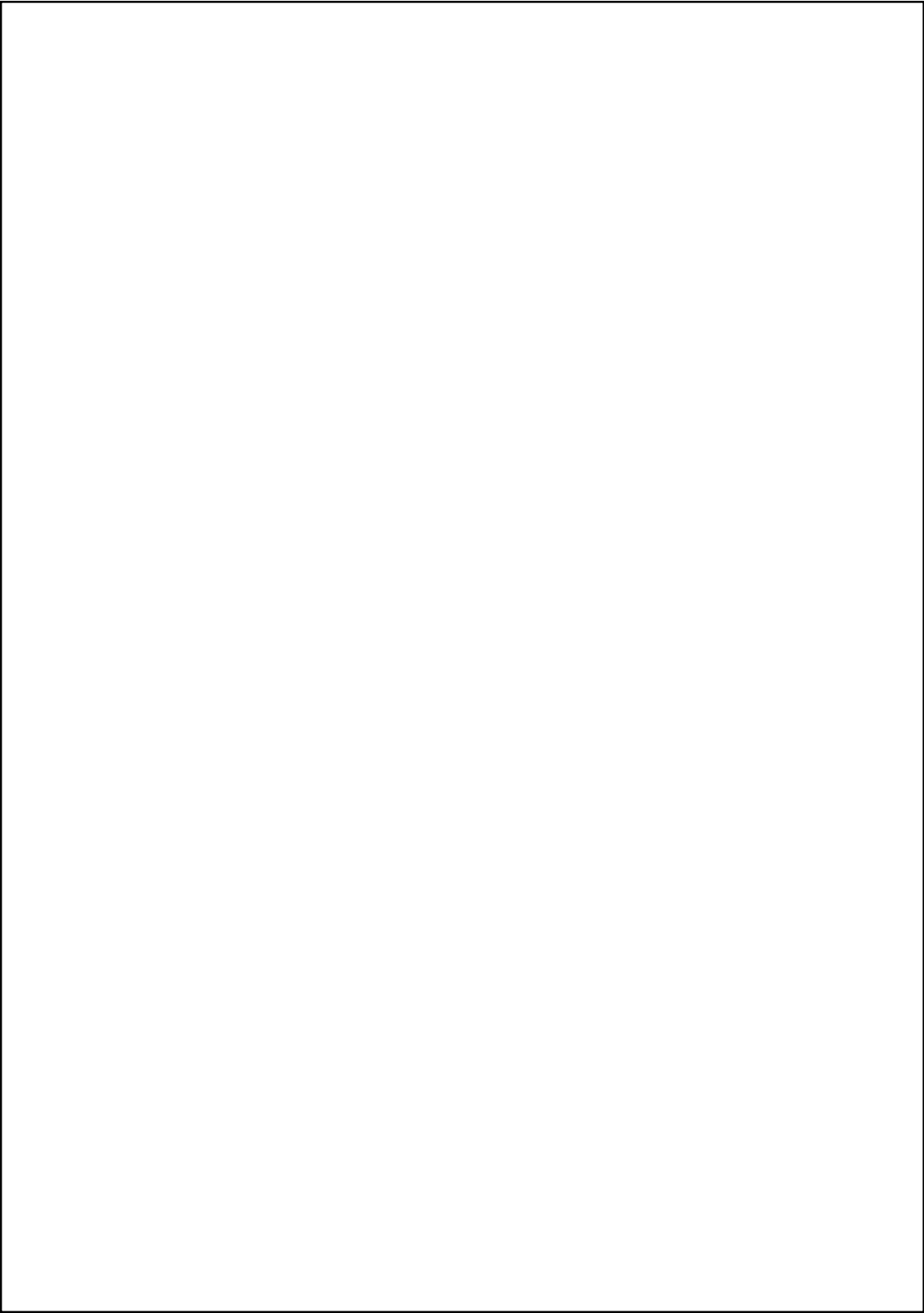
Assim, deve ser condenada a ré a proceder ao reposicionamento dos autores na Classe D, Padrão V, com o pagamento das diferenças correspondentes, desde a data da entrada em exercício no cargo, até o reposicionamento referido.

Mantida a condenação em custas e honorários à razão de 10% sobre o valor das diferenças.

Desse modo, entendo que não merece reproche a dita sentença de primeiro grau, pelo que nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

## **ÍNDICE SISTEMÁTICO**



## ÍNDICE SISTEMÁTICO I – JURISPRUÊNCIA

### Ação Rescisória

2591-PB	Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante	27
---------	--	----

### Agravo de Instrumento

28110-CE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	35
32879-CE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....	39
34445-CE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....	44
37172-CE	Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho .....	49
38214-PE	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho .....	55

### Agravo Regimental no Agravo de Instrumento

35399-AL	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	57
36041-PE	Rel. Des. Federal Nereu Santos .....	62
37245-CE	Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho .....	68
38968-AL	Rel. Des. Federal Castro Meira .....	75

### Apelação Cível

48315-CE	Rel. Des. Federal Nereu Santos .....	79
104464-PE	Rel. Des. Federal Nereu Santos .....	85
161775-SE	Rel. Des. Federal Edilson Nobre (Convocado) .....	90
166866-AL	Rel. Des. Federal Edilson Nobre (Convocado) .....	96
180493-RN	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira .....	103
185536-SE	Rel. Des. Federal Edilson Nobre (Convocado) .....	112
192913-CE	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira .....	117

211393-PE	Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli .....	128
213431-PB	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	135
218264-PE	Rel. Des. Federal Castro Meira .....	138
220219-CE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	142
232063-RN	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	146
238842-RN	Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli .....	150
240329-RN	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....	176
248458-SE	Rel. Des. Federal Nereu Santos .....	181
250970-RN	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria .....	198
257397-PE	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho .....	204
260439-CE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria .....	208

### **Apelação Criminal**

1747-PB	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima .....	212
2217-RN	Rel. Des. Federal Castro Meira .....	220
2400-CE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima .....	240
2462-SE	Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho .....	246
2525-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	252
2561-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	254

### **Apelação em Mandado de Segurança**

68466-CE	Rel. Des. Federal Castro Meira .....	257
71289-PE	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira .....	261
73817-CE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....	265
75665-RN	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria .....	271
76459-PE	Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli .....	280

### **Embargos Infringentes na Apelação Cível**

102490-PB	Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti .....	285
-----------	--	-----



## Embargos Infringentes na Apelação Criminal

2324-PE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima .....	296
---------	---	-----

### *Habeas Corpus*

1314-PE	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho .....	301
1318-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	304
1346-CE	Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho .....	309
1396-PB	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho .....	314

### **Mandado de Segurança**

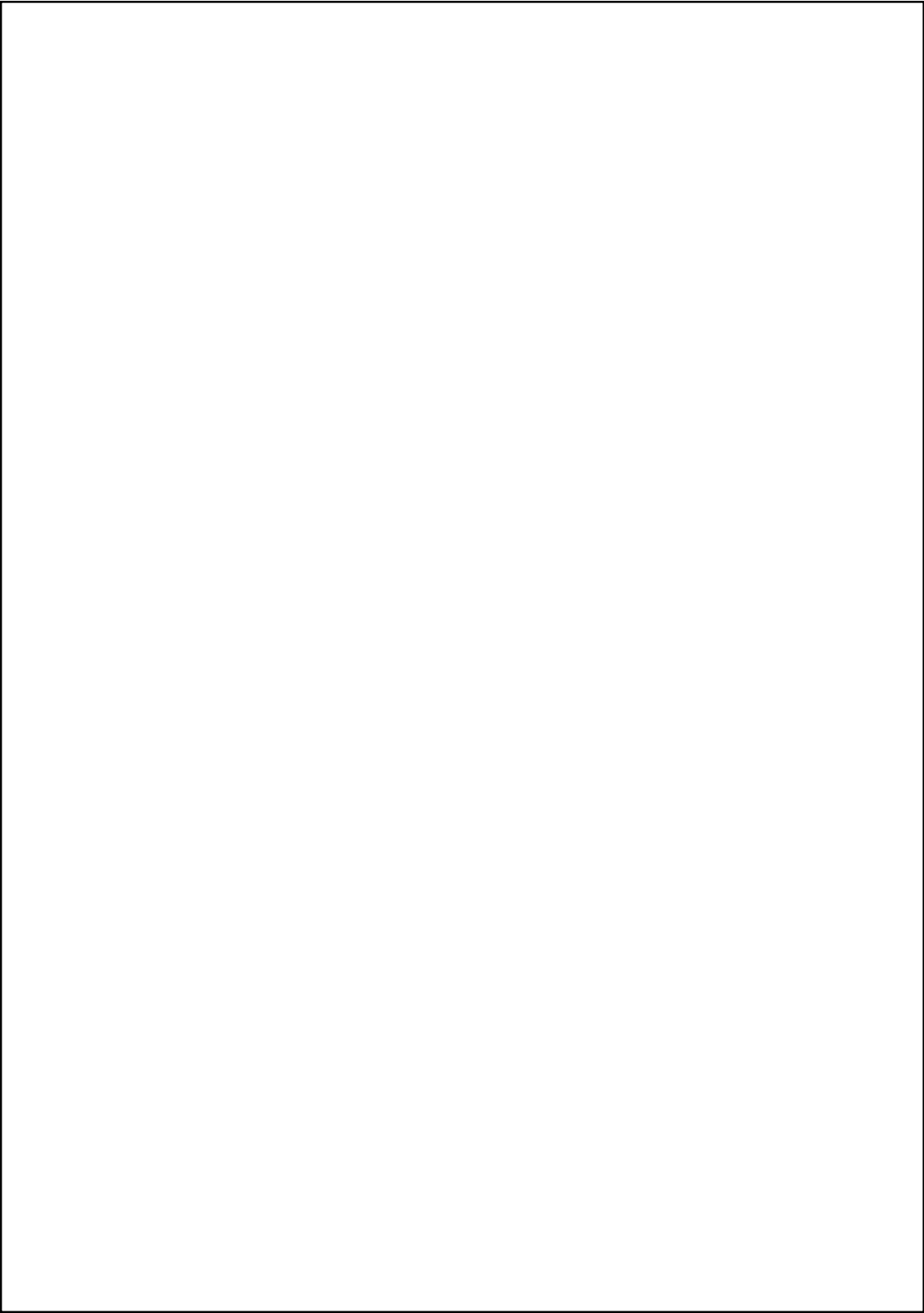
76701-CE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima .....	317
----------	---	-----

### **Recurso Criminal**

401-PE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria .....	327
--------	---	-----

### **Remessa Ex Officio**

75609-CE	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira .....	332
129474-SE	Rel. Des. Federal Edilson Nobre (Convocado) .....	339
178052-SE	Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli .....	345



## **ÍNDICE ANALÍTICO**

---



## A

PrCv e Amb	Ação civil pública. Inquérito civil. Procedimento administrativo. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Garantias asseguradas apenas em processo administrativo ou judicial. AgTr 34445-CE .....	44
Trbt e PrCv	Ação civil pública. Interesse individual homogêneo. Legitimidade do Ministério Público. Dedução para a educação. Imposto de renda. Capacidade contributiva. AC 192913-CE .....	117
Adm	Ação de desapropriação. Acervo de bens pertencente à rede telefônica sergipana. Fundo de comércio. Lucros cessantes. Correção monetária. AC 248458-SE .....	181
PrCv	Ação de reintegração de posse. Decisão que recebe apelação nos efeitos suspensivo e devolutivo. Legalidade. AgTr 38214-PE ..	55
Trbt e Ct	Ação ordinária. Repetição de indébito. Imposto sobre Operações Financeiras (IOF). Incidência sobre operações realizadas por Município. Violação ao princípio da imunidade recíproca. AC 104464-PE .....	85
PrCv	Ação ordinária. Revisão de pensão. 50% dos vencimentos de ex-servidores públicos do DNER. Reposicionamento em 12 referências de acordo com a Exposição de Motivos 77/85-DASP. Concessão. AC 48315-CE ....	79
PrCv	Ação rescisória de ação rescisória. Admissibilidade, em tese, de ação rescisória contra acórdão proferido em outra ação rescisória. Não coincidência de pedidos. Conhecimento da ação. AR 2591-PB .....	27

Adm	Advogado. Cargo de desembargador. Quinto constitucional. Sustação do envio de lista sêxtupla ao Tribunal de Justiça de Alagoas. Possibilidade. AgRg no AgTr 38968-AL .....	75
Pen e PrPen	Alegação de falta de justa causa. Inocorrência. Penhor de jóias furtadas na Caixa Econômica Federal. Competência da Justiça Federal. Prescrição. Não reconhecimento. Ordem denegada. HC 1346-CE .	309
Adm e PrCv	Antecipação de tutela. Pensão por morte. Militar. Companheira. CF, art. 226, § 3º. Habilitação para recebimento da quota-parte. AgTr 32879-CE .....	39
PrCv	Apelação em ação de reintegração de posse. Decisão que a recebe nos efeitos suspensivo e devolutivo. Legalidade. AgTr 38214-PE .....	55
Prev	Aposentadoria especial. Contagem de tempo de serviço. Geólogo. Presunção legal de insalubridade. AC 240329-RN .....	176
Prev	Aposentadoria especial. Técnica em Economia Doméstica. Exposição a agentes químicos e biológicos. Atividade insalubre. Direito adquirido. AC 232063-RN .....	146
Ct e Prev	Aposentadoria por tempo de serviço Telefonista. Atividade insalubre. Direito adquirido. Concessão. AMS 73817-CE .....	265
Pen e PrPen	Apropriação indébita. Não tipificação. Depositário judicial. Mudança de endereço. Bem devolvido. ACr 2525-PE .....	252

PrCv e Com	Assistência. Possibilidade. Litisconsórcio. Inocorrência. Anulação de registro de marca junto ao INPI. AC 250970-RN.....	198
PrCv e Prev	Averbação de tempo de serviço prestado na qualidade de trabalhador urbano. Prova documental. Decisão judicial trabalhista. Validade. REO 75609-CE .....	332

## B

Pen e PrPen	Benefício previdenciário. Concessão fraudulenta. Estelionato qualificado. Presença dos elementos objetivos e subjetivos do tipo. Existência de lapso entre os fatos delituosos e o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. ACr 2561-PE .....	254
Adm	Bens públicos. Reintegração de posse. Doação de terreno do Município a universidade pública federal. Logradouro de uso público. Inocorrência de esbulho. AC 180493-RN .....	103

## C

Adm	Cargo de desembargador. Quinto constitucional. Advogado. Sustação do envio de lista sêxtupla ao Tribunal de Justiça de Alagoas. Possibilidade. AgRg no AgTr 38968-AL .....	75
PrCv	Causa de pedir. Pedido ambíguo. Inexistência de julgamento <i>extra petita</i> . AC 257397-PE .....	204
PrCv	Cautelar fiscal. Indisponibilidade de bens. Pessoa jurídica. Limitação aos bens que compõem o ativo permanente. Créditos	

	securitizados do Programa Política de Preço Nacional Equalizado – Açúcar e Álcool. Impossibilidade. AgRg no AgTr 35399-AL .	57
Cv e PrCv	Cessão remunerada de uso de prédio público. Posse regida pelo Direito Administrativo e não pela Lei do Inquilinato. Reintegração liminar. AC 218264-PE .....	138
Prev	Classe de contribuição. Regressão. Atraso posterior. Pagamento de uma só vez dos atrasados. Aposentadoria na classe regredida. Possibilidade. Segurado autônomo. AMS 68466-CE .....	257
Pen	Coisas apreendidas. Restituição. Posse legal. Computadores. Sigilo de dados. Incidente processual. ACr 2400-CE .....	240
Prev, Ct, Cv e PrCv	Companheiro homossexual servidor público federal. Morte. Pensão estatutária. Carência da ação. Impossibilidade jurídica do pedido. Inexistência. Integração por analogia. Vedação legal. Inocorrência. Reconhecimento do direito no Regime Geral da Previdência. Proibição constitucional de distinção em razão do sexo. Comprovação de dependência econômica e vida em comum. Deferimento. AC 238842-RN .....	150
Adm	Concurso público. DNER. Edital. Ingresso na Classe D, Padrão V. Rebaixamento para o Padrão I. Desobediência ao edital. REO 178052-SE .....	345
Ct	Concurso público para compor o Quadro da Aeronáutica. Militar. Imposição de limite de idade. Constitucionalidade. AgTr 37172-CE .....	49



Trbt	Conselho profissional. Imunidade tributária. Limitação a impostos. REO 129474-SE .....	339
PrCv e Trbt	Contribuição social. Empreiteira de mão-de-obra. Retenção de parte do valor contratado. Requisitos da tutela cautelar. Ausência. AC 260439-CE .....	208
Trbt	Contribuição social. Lançamento devido a equívoco do contribuinte. Retificação. Possibilidade. AC 185536-SE .....	112
Trbt e Prev	Contribuição social. SESI. SENAI. Indústria da construção civil. Obrigatoriedade do pagamento. AC 211393-PE .....	128
PrPen	Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Prisão em flagrante. Maus antecedentes. Prisão preventiva. Cabimento. HC 1318-PE .....	304

## D

Pen e PrPen	Depositário judicial. Mudança de endereço. Bem devolvido. Apropriação indébita. Não tipificação. ACr 2525-PE .....	252
Trbt	Doação entre companheiros. Imposto de renda. Não incidência. AC 161775-SE .....	90

## E

Adm	Edital. Concurso público. DNER. Ingresso na Classe D, Padrão V. Rebaixamento para o Padrão I. Desobediência ao edital. REO 178052-SE .....	345
-----	--	-----

PrCv e Trbt	Empreiteira de mão-de-obra. Contribuição social. Retenção de parte do valor contratado. Requisitos da tutela cautelar. Ausência. AC 260439-CE .....	208
Pen e PrPen	Estado de necessidade. Dificuldades financeiras. Excludente de antijuridicidade. Inocorrência. Estelionato contra a CEF. EI na ACr 2324-PE .....	296
Pen e PrPen	Estagiário da Caixa Econômica Federal. Equiparação a funcionário público para efeitos penais. CPB, art. 327, § 1º. Peculato-furto. Reparação parcial do dano. ACr 2462-SE.....	246
Pen e PrPen	Estelionato contra a CEF. Dificuldades financeiras. Excludente de antijuridicidade. Estado de necessidade. Inocorrência. EI na ACr 2324-PE .....	296
Pen e PrPen	Estelionato qualificado. Benefício previdenciário. Concessão fraudulenta. Presença dos elementos objetivos e subjetivos do tipo. Existência de lapso entre os fatos delituosos e o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. ACr 2561-PE .....	254

## F

Pen e PrPen	Falsa identidade, uso de documento falso e estelionato. Enquadramento legal dos fatos. Impropriedade. Patamar da cominação. Falsidade documental. Prescrição. Extinção da punibilidade. ACr 1747-PB .....	212
Pen e PrPen	Falsidade documental. Falsa identidade, uso de documento falso e estelionato.	

	Enquadramento legal dos fatos. Impropriedade. Patamar da cominação. Prescrição. Extinção da punibilidade. ACr 1747-PB ..... 212	212
Prev	Filho falecido. Condição de segurado. Não comprovação. Pensão por morte. Mãe. Improcedência do pedido. AC 213431-PB	135
Adm	Fundo de comércio. Acervo de bens pertencente à rede telefônica sergipana. Ação de desapropriação. Lucros cessantes. Correção monetária. AC 248458-SE.....	181

## G

Prev	Geólogo. Aposentadoria especial. Contagem de tempo de serviço. Presunção legal de insalubridade. AC 240329-RN .....	176
------	---	-----

## H

Pen e PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Alegação de falta de justa causa. Inocorrência. Penhor de jóias furtadas na Caixa Econômica Federal. Competência da Justiça Federal. Prescrição. Não reconhecimento. Ordem denegada. HC 1346-CE.....	309
PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Prisão em flagrante. Maus antecedentes. Prisão preventiva. Cabimento. HC 1318-PE.....	304
Pen e PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Crimes de receptação e de porte ilegal de arma de fogo. Anterior prisão em flagrante convertida em preventiva. Conveniência da instrução criminal. Garantia da aplicação da lei. HC 1396-PB .....	314

PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Paciente cumprindo pena em regime aberto. Superveniência de sentença condenatória. Regressão ao regime fechado. HC 1314-PE .....	301
Adm e Cv	Hipoteca. Sistema Financeiro da Habitação. Eficácia relativamente ao terceiro adquirente. AC 166866-AL .....	96
I		
Trbt e Cv	Imposto de renda. Dedução para a educação. Capacidade contributiva. Ação civil pública. Interesse individual homogêneo. Legitimidade do Ministério Público. AC 192913-CE .....	117
Trbt	Imposto de renda. Doação entre companheiros. Não incidência. AC 161775-SE ....	90
Trbt e Ct	Imposto sobre Operações Financeiras (IOF). Incidência sobre operações realizadas por Município. Violação ao princípio da imunidade recíproca. Repetição de indébito. Ação ordinária. AC 104464-PE .....	85
Trbt	Imunidade tributária. Conselho profissional. Limitação a impostos. REO 129474-SE .....	339
Trbt	Imunidade tributária. Inocorrência. Universidade pública estadual. Não caracterização como entidade assistencial. Contribuição para o INSS. Responsabilidade tributária de dirigente apenas em casos de dolo ou culpa. Prescrição quinquenal. CTN, art. 173. AgRg no AgTr 37245-CE .....	68
Adm e Cv	Incorporação de sociedade por ações. Laudêmio. Não obrigatoriedade de pagamento. AMS 71289-PE .....	261

PrCv	Indisponibilidade de bens. Pessoa jurídica. Limitação aos bens que compõem o ativo permanente. Créditos securitizados do Programa Política de Preço Nacional Equalizado – Açúcar e Álcool. Impossibilidade. Cautelar fiscal. AgRg no AgTr 35399-AL .....	57
Trbt e Prev	Indústria da construção civil. Contribuição social. SESI. SENAI. Obrigatoriedade do pagamento. AC 211393-PE .....	128
PrCv e Amb	Inquérito civil. Procedimento administrativo. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Garantias asseguradas apenas em processo administrativo ou judicial. Ação civil pública. AgTr 34445-CE .....	44

## J

Pen e PrPen	Jóias furtadas. Penhor na Caixa Econômica Federal. <i>Habeas corpus</i> . Alegação de falta de justa causa. Inocorrência. Competência da Justiça Federal. Prescrição. Não reconhecimento. Ordem denegada. HC 1346-CE .....	309
PrCv	Julgamento <i>extra petita</i> . Inexistência. Causa de pedir. Pedido ambíguo. AC 257397-PE	204

## L

Trbt	Lançamento devido a equívoco do contribuinte. Retificação. Possibilidade. Contribuição social. AC 185536-SE .....	112
Trbt	Lançamento revisional de ofício. Possibilidade. Erro de fato. Revisão aduaneira. AgRg no AgTr 36041-PE .....	62

Adm e Cv      Laudêmio. Incorporação de sociedade por  
ações. Não obrigatoriedade de pagamento.  
AMS 71289-PE ..... 261

PrCv e Com    Litisconsórcio. Inocorrência. Assistência.  
Possibilidade. Anulação de registro de  
marca junto ao INPI. AC 250970-RN..... 198

## M

Ct              Militar. Concurso público para compor o  
Quadro da Aeronáutica. Imposição de  
limite de idade. Constitucionalidade. AgTr  
37172-CE ..... 49

## P

PrPen          Paciente cumprindo pena em regime aberto.  
Superveniência de sentença condenatória.  
Regressão ao regime fechado. HC 1314-PE 301

Pen            Peculato-desvio. Peculato-tipo. Pagamento  
de serviços não realizados. Ausência de  
elementos descritos no tipo penal. Con-  
cessão de diárias fictícias. Caracterização do  
peculato mesmo com a posterior devolução  
do valor apropriado. Pena alternativa. ACr  
2217-RN ..... 220

Pen e PrPen   Peculato-furto. Estagiário da Caixa Eco-  
nômica Federal. Equiparação a funcionário  
público para efeitos penais. CPB, art. 327, §  
1º. Reparação parcial do dano. ACr 2462-  
SE ..... 246

Pen            Peculato-tipo. Peculato-desvio. Pagamento  
de serviços não realizados. Ausência de  
elementos descritos no tipo penal. Conces-  
são de diárias fictícias. Caracterização do  
peculato mesmo com a posterior devolução

	do valor apropriado. Pena alternativa. ACr 2217-RN .....	220
PrCv	Pensão. Revisão. 50% dos vencimentos de ex-servidores públicos do DNER. Reposicionamento em 12 referências de acordo com a Exposição de Motivos 77/85-DASP. Concessão. Ação ordinária. AC 48315-CE	79
Prev, Ct, Cv e PrCv	Pensão estatutária. Morte de companheiro homossexual servidor público federal. Carência da ação. Impossibilidade jurídica do pedido. Inexistência. Integração por analogia. Vedação legal. Inocorrência. Reconhecimento do direito no Regime Geral da Previdência. Proibição constitucional de distinção em razão do sexo. Comprovação de dependência econômica e vida em comum. Deferimento. AC 238842-RN .....	150
Prev	Pensão por morte. Mãe. Filho falecido. Condição de segurado. Não comprovação. Improcedência do pedido. AC 213431-PB	135
Adm e PrCv	Pensão por morte. Militar. Companheira. CF, art. 226, § 3º. Habilitação para recebimento da quota-parte. Antecipação de tutela. AgTr 32879-CE .....	39
PrCv	Pessoa jurídica. Indisponibilidade de bens. Limitação aos bens que compõem o ativo permanente. Créditos securitizados do Programa Política de Preço Nacional Equalizado – Açúcar e Álcool. Impossibilidade. Cautelar fiscal. AgRg no AgTr 35399-AL .....	57

Pen e PrPen	Porte ilegal de arma de fogo e receptação. Anterior prisão em flagrante convertida em preventiva. Conveniência da instrução criminal. Garantia da aplicação da lei. HC 1396-PB.....	314
Cv e PrCv	Prédio público. Cessão remunerada de uso. Posse regida pelo Direito Administrativo e não pela Lei do Inquilinato. Reintegração liminar. AC 218264-PE.....	138
Pen e PrPen	Prescrição. Extinção da punibilidade. Falsidade documental. Falsa identidade, uso de documento falso e estelionato. Enquadramento legal dos fatos. Impropriedade. Patamar da cominação. ACr 1747-PB.....	212
PrPen	Privão preventiva. Cabimento. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Prisão em flagrante. Maus antecedentes. HC 1318-PE	304
Ct, Adm e PrCv	Processo seletivo. Professor substituto. Suprimento de cargos vagos. Candidatos aprovados em concurso. Impossibilidade do uso da contratação temporária. Interesse no provimento. Nomeação. AMS 75665-RN	271
Ct, Adm e PrCv	Professor substituto. Processo seletivo. Suprimento de cargos vagos. Candidatos aprovados em concurso. Impossibilidade do uso da contratação temporária. Interesse no provimento. Nomeação. AMS 75665-RN	271



## Q

Ct e PrPen	Quebra de sigilo bancário. Pedido. MS 76701-CE .....	317
Adm	Quinto constitucional. Advogado. Cargo de desembargador. Sustação do envio de lista sêxtupla ao Tribunal de Justiça de Alagoas. Possibilidade. AgRg no AgTr 38968-AL .....	75

## R

Ct e Adm	Reajuste de 47,94%, em março de 1994. Servidor público. Inexistência de direito adquirido. MP nº 434/94, editada de conformidade com os pressupostos constitucionais, convolada na Lei nº 8.880/94. Posicionamento do Pretório Excelso e do STJ. EI na AC 102490-PB .....	285
Adm	Reajuste de tabela de preços de serviços médico-hospitalares prestados. Instituição conveniada do SUS. Legitimidade. AgTr 28110-CE .....	35
Pen e PrPen	Receptação e porte ilegal de arma de fogo. Anterior prisão em flagrante convertida em preventiva. Conveniência da instrução criminal. Garantia da aplicação da lei. HC 1396-PB.....	314
PrPen	Regime fechado. Regressão. Paciente cumprindo pena em regime aberto. Superveniência de sentença condenatória. HC 1314-PE.....	301
PrCv e Com	Registro de marca junto ao INPI. Anulação. Litisconsórcio. Inocorrência. Assistência. Possibilidade. AC 250970-RN .....	198

Adm	Reintegração de posse. Bens públicos. Doação de terreno do Município a universidade pública federal. Logradouro de uso público. Inocorrência de esbulho. AC 180493-RN .....	103
Adm e Ct	Remoção a pedido. Servidor público. Proteção estatal à família (art. 226, <i>caput</i> , da Constituição Federal). Interpretação extensiva do art. 36, III, <i>a</i> , da Lei nº 8.112/90. AC 220219-CE .....	142
Trbt e Ct	Repetição de indébito. Imposto sobre Operações Financeiras (IOF). Incidência sobre operações realizadas por Município. Violação ao princípio da imunidade recíproca. Ação ordinária. AC 104464-PE .....	85
Prev	Responsável tributário. Substituição. Retenção de 11% do valor bruto de nota fiscal ou fatura. Lei nº 8.212/91, art. 31, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98. Legalidade. AMS 76459-PE .....	280
Pen	Restituição de coisas apreendidas. Posse legal. Computadores. Sigilo de dados. Incidente processual. ACr 2400-CE .....	240
Pen e PrPen	Réu revel. Suspensão do processo e da prescrição. CPP, art. 366, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.271/96. Irretroatividade total do dispositivo. RcCr 401-PE .....	327
Trbt	Revisão aduaneira. Lançamento revisional de ofício. Possibilidade. Erro de fato. AgRg no AgTr 36041-PE .....	62

PrCv	Revisão de pensão. 50% dos vencimentos de ex-servidores públicos do DNER. Reposição em 12 referências de acordo com a Exposição de Motivos 77/85-DASP. Concessão. Ação ordinária. AC 48315-CE	79
------	---	----

## S

Prev	Segurado autônomo. Regressão de classe de contribuição. Atraso posterior. Pagamento de uma só vez dos atrasados. Aposentadoria na classe regredida. Possibilidade. AMS 68466-CE .....	257
Ct e Adm	Servidor público. Reajuste de 47,94%, em março de 1994. Inexistência de direito adquirido. MP nº 434/94, editada de conformidade com os pressupostos constitucionais, convolada na Lei nº 8.880/94. Posicionamento do Pretório Excelso e do STJ. EI na AC 102490-PB .....	285
Adm e Ct	Servidor público. Remoção a pedido. Proteção estatal à família (art. 226, <i>caput</i> , da Constituição Federal). Interpretação extensiva do art. 36, III, <i>a</i> , da Lei nº 8.112/90. AC 220219-CE .....	142
Ct e PrPen	Sigilo bancário. Quebra. Pedido. MS 76701-CE .....	317
Adm e Cv	Sistema Financeiro da Habitação. Hipoteca. Eficácia relativamente ao terceiro adquirente. AC 166866-AL .....	96
Adm e Cv	Sociedade por ações. Incorporação. Laudêmio. Não obrigatoriedade de pagamento. AMS 71289-PE .....	261

Prev	Substituição. Responsável tributário. Retenção de 11% do valor bruto de nota fiscal ou fatura. Lei nº 8.212/91, art. 31, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98. Legalidade. AMS 76459-PE .....	280
Adm	SUS. Instituição conveniada. Reajuste de tabela de preços dos serviços médico-hospitalares prestados. Legitimidade. AgTr 28110-CE .....	35
Pen e PrPen	Suspensão do processo e da prescrição. CPP, art. 366, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.271/96. Réu revel. Irretroatividade total do dispositivo. RcCr 401-PE .....	327

## T

Prev	Técnica em Economia Doméstica. Exposição a agentes químicos e biológicos. Atividade insalubre. Aposentadoria especial. Direito adquirido. AC 232063-RN .....	146
Ct e Prev	Telefonista. Aposentadoria por tempo de serviço. Atividade insalubre. Direito adquirido. Concessão. AMS 73817-CE .....	265
Prev	Tempo de serviço. Contagem. Aposentadoria especial. Geólogo. Presunção legal de insalubridade. AC 240329-RN .....	176
PrCv e Prev	Tempo de serviço prestado na qualidade de trabalhador urbano. Averbação. Prova documental. Decisão judicial trabalhista. Validade. REO 75609-CE .....	332

PrCv e Trbt	Tutela cautelar. Requisitos. Ausência. Contribuição social. Empreiteira de mão-de-obra. Retenção de parte do valor contratado. AC 260439-CE .....	208
-------------	---	-----

## U

Trbt	Universidade pública estadual. Não caracterização como entidade assistencial. Imunidade tributária. Inocorrência. Contribuição para o INSS. Responsabilidade tributária de dirigente apenas em casos de dolo ou culpa. Prescrição quinquenal. CTN, art. 173. AgRg no AgTr 37245-CE .....	68
------	--	----