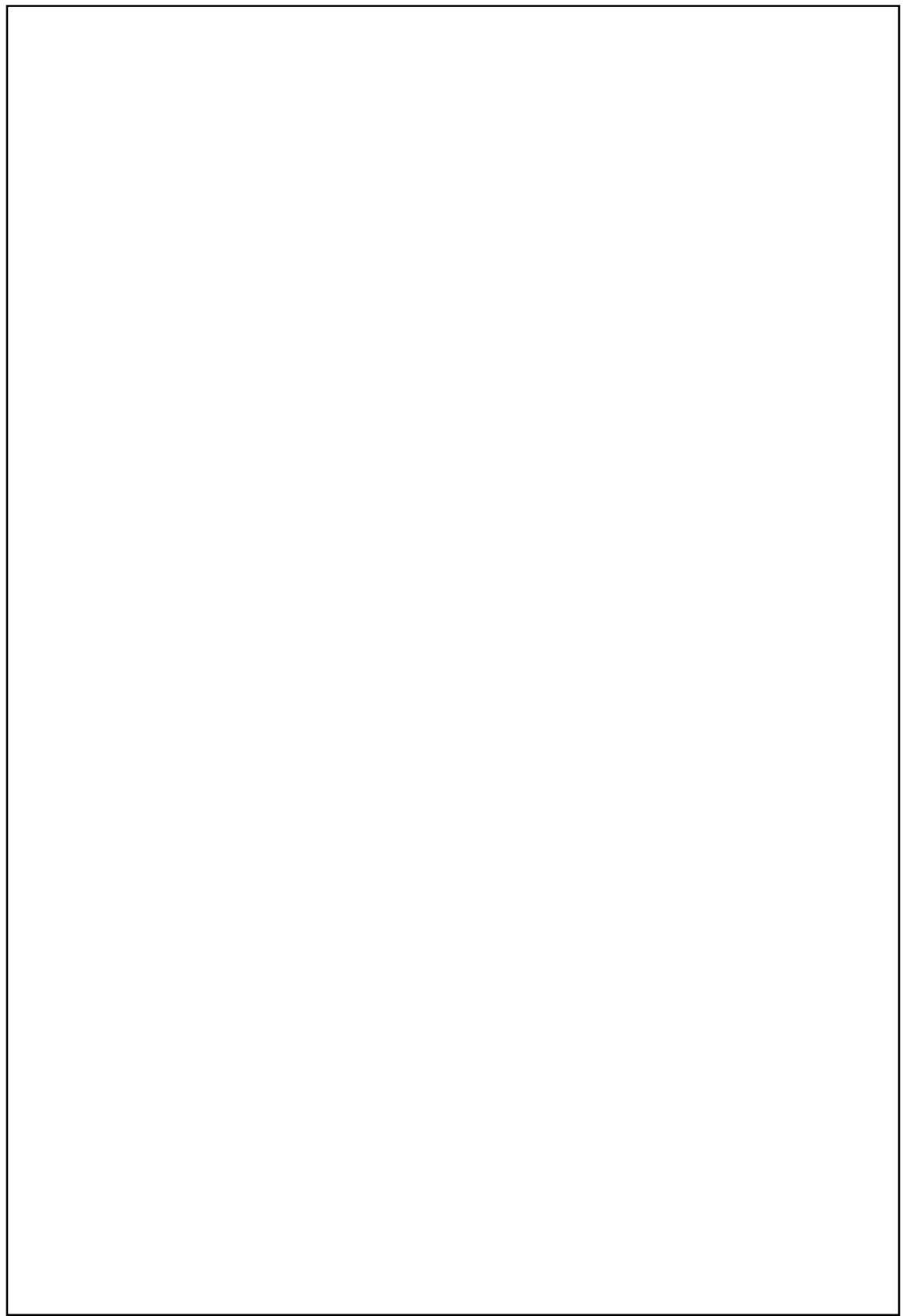


**REVISTA DO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL  
5ª REGIÃO**

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

Número 58 - Outubro/Dezembro - 2004

R. TRF 5ª Região, nº 58, p. 1 - 344, Outubro/Dezembro - 2004



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

**Diretor da Revista**  
**JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI**

Repositório de jurisprudência credenciado pelo Superior Tribunal de  
Justiça (STJ), sob o nº 53  
(Portaria nº 02/2002, *DJ* de 02/05/2002, pág. 403).

Administração

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO**  
Cais do Apolo, s/nº – Bairro do Recife  
CEP 50030-908 - Recife - Pernambuco

GABINETE DA REVISTA:

Diretor  
JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI

Supervisão de Coordenação de Gabinete e Base de Dados  
CARME MARIA VASCONCELOS MOTTA

Supervisão de Pesquisa, Coleta, Revisão e Publicação  
MARIA CAROLINA PRIORI BARBOSA

Apoio Técnico e Diagramação  
GUSTAVO PACÍFICO CABRAL  
NIVALDO DA COSTA VASCO FILHO

Endereço eletrônico: [www.trf5.gov.br](http://www.trf5.gov.br)  
Correio eletrônico: [revista.dir@trf5.gov.br](mailto: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 da 5ª Região

CDU 34(05)

## TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargadora Federal

**MARGARIDA CANTARELLI** - 09.12.99 - Presidente

Desembargador Federal

**NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO** - 03.07.00 - Vice-Presidente

Desembargador Federal

**JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO** - 03.07.00 - Corregedor

Desembargador Federal

**RIDALVO COSTA** - 30.03.89

Desembargador Federal

**PETRUCIO FERREIRA DA SILVA** - 30.03.89

Desembargador Federal

**JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES** - 30.03.89

Desembargador Federal

**JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA** - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO **GERALDO APOLIANO DIAS** - 13.03.96

Desembargador Federal

**UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE** - 03.12.97

Desembargador Federal

**FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI** - 03.07.00

Diretor da Revista

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 - 19.09.01**

Desembargador Federal  
**FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03**

Desembargador Federal  
**MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03**

# TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

## TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI  
Vice-Presidente: Desembargador Federal NAPOLEÃO MAIA FILHO  
Corregedor: Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA FILHO

## PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA - Presidente  
Desembargador Federal UBALDO CAVALCANTE  
Desembargador Federal FRANCISCO WILDO

## SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

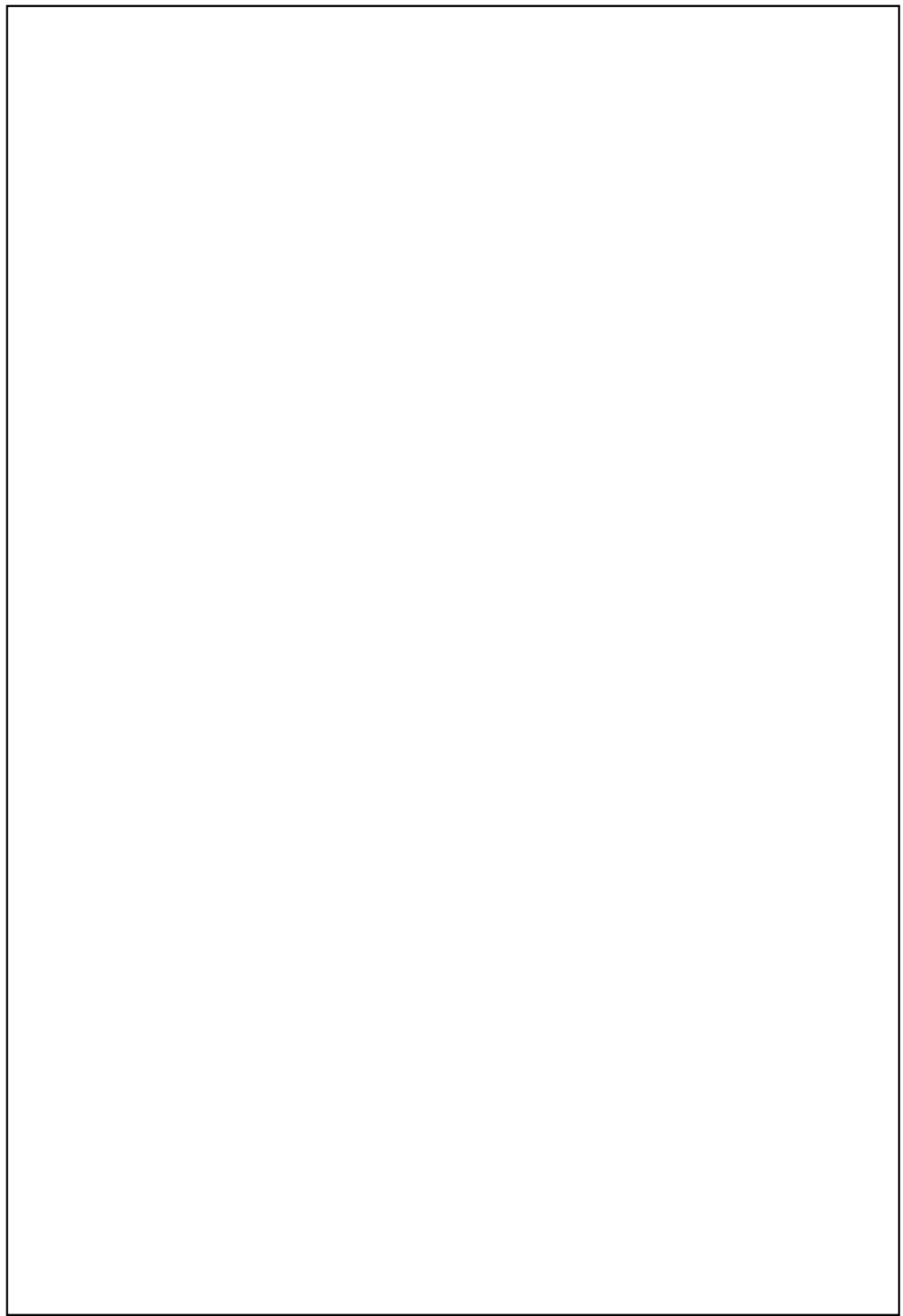
Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA -  
Presidente  
Desembargador Federal PETRUCIO FERREIRA  
Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI

## TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal PAULO GADELHA - Presidente  
Desembargador Federal RIDALVO COSTA  
Desembargador Federal GERALDO APOLIANO

## QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL - Presidente  
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES  
Desembargador Federal MARCELO NAVARRO

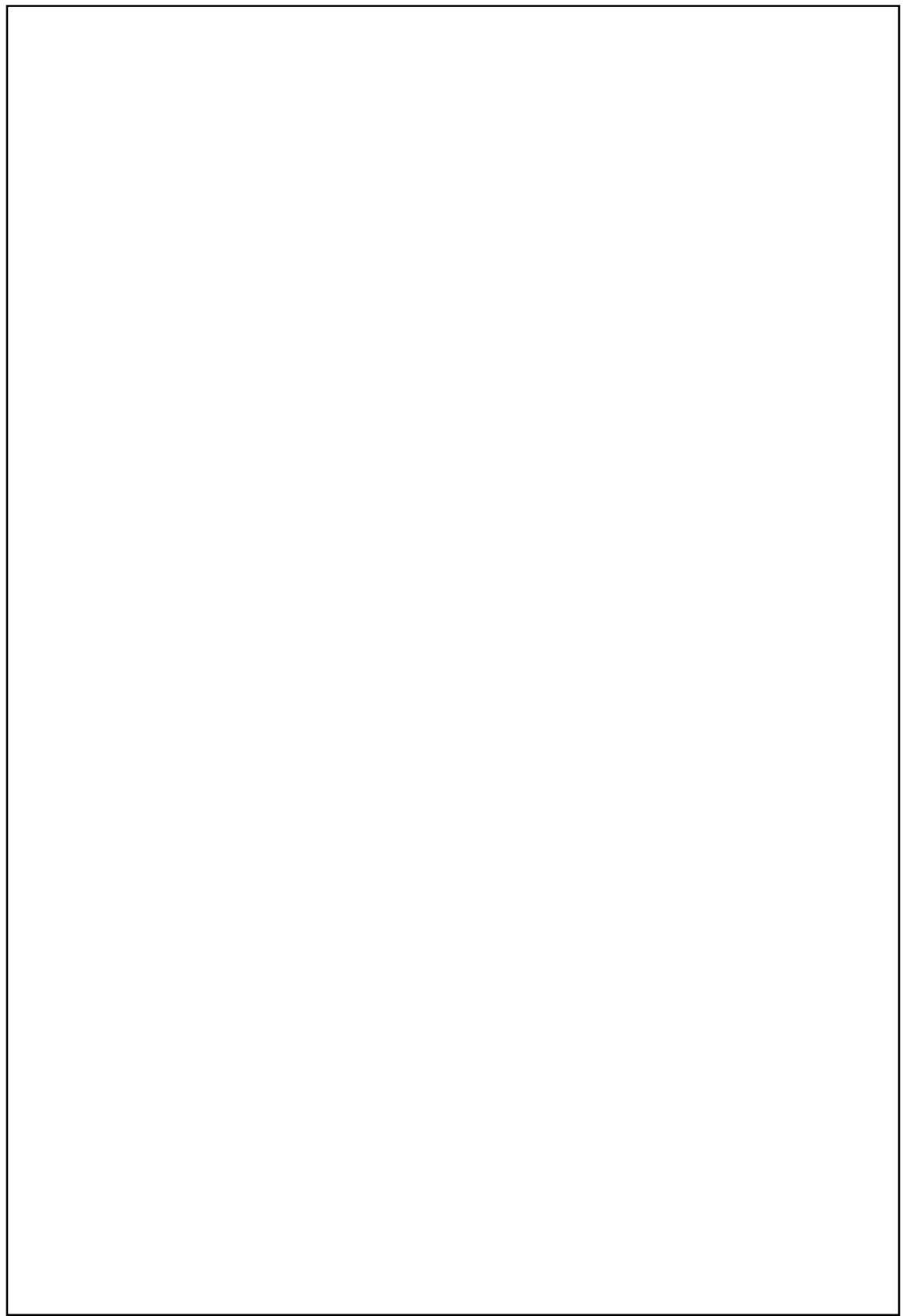




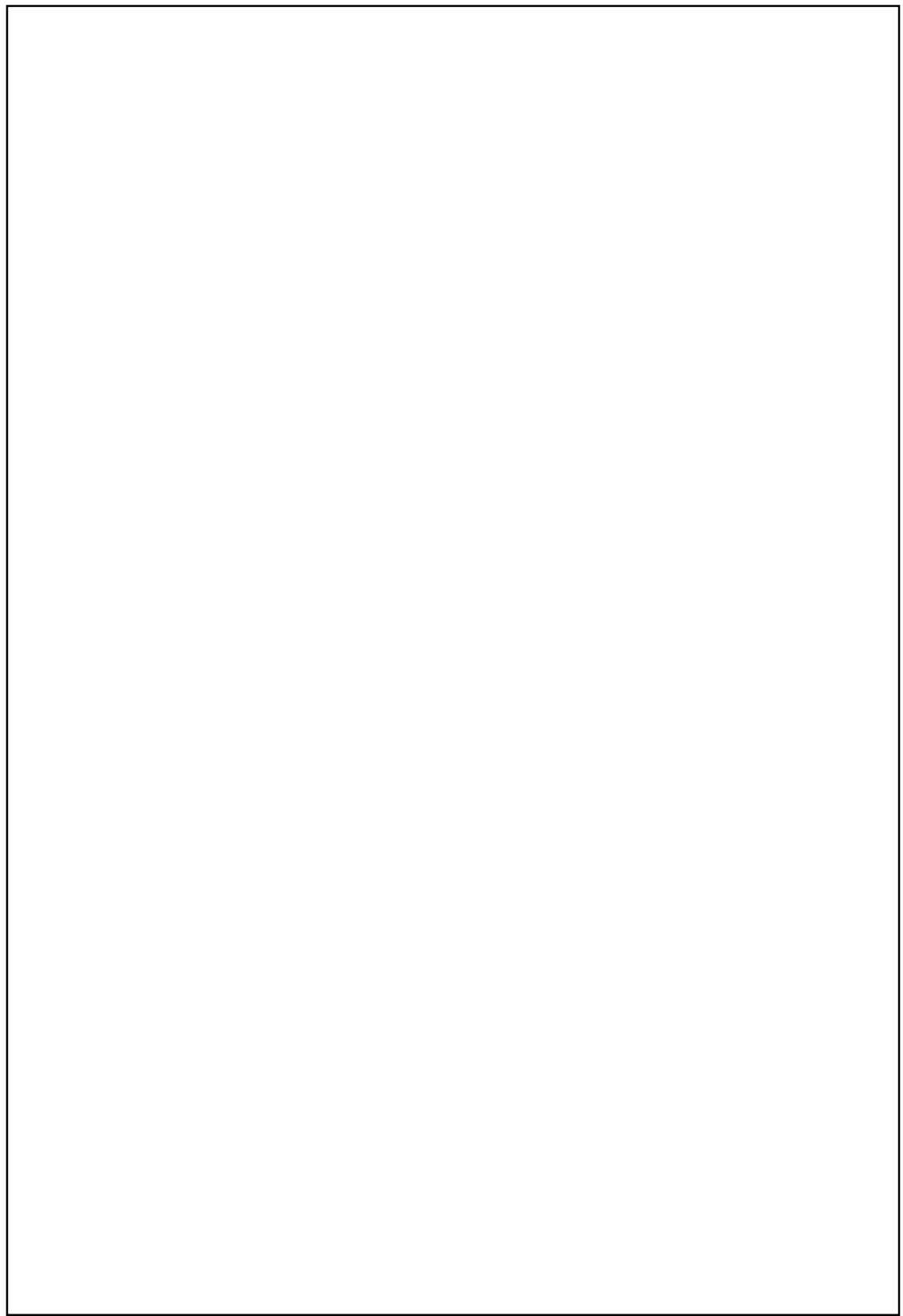
# SUMÁRIO

---

I - Doutrina .....	13
II - Jurisprudência .....	47
III - Índice Sistemático .....	327
IV - Índice Analítico .....	331



**DOUTRINA**



## SEGURANÇA JURÍDICA: VALORES E EXPRESSÕES OBJETIVAS<sup>1</sup>

*“O primeiro elemento que a simples existência do Direito comporta para a segurança é, por conseguinte, a certeza: os membros da sociedade sabem o que os espera, podendo prever os efeitos das suas condutas e das condutas de terceiros, sabendo antecipadamente com aquilo que podem contar na planificação da sua actuação pessoal, profissional e social. Neste sentido, como já tem sido sustentado (cfr. MARCELO CAETANO, **O Respeito...**, p. 17, ‘uma lei, mesmo quando seja má, é preferível à ausência de lei nos casos em que da sua falta resulte o capricho nas resoluções da autoridade e a incerteza dos direitos dos indivíduos’. Pode-se concluir, por tudo isto, que a simples existência de normas jurídicas, quaisquer que elas sejam, constitui sempre uma primeira garantia de segurança na sociedade: comporta certeza, isto é, previsibilidade de condutas e de conseqüências ou efeitos jurídicos.”* (OTERO, PAULO. Lições de Introdução ao Estudo do Direito – I volume – 1º Tomo. Lisboa. Pedro Ferreira – Artes Gráficas. 1998, p. 188)<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> **HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS**. Juiz Federal; Juiz da Turma Nacional de Uniformização em Brasília; Juiz da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco; Professor da Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco e Universidade Católica de Pernambuco (Adjunto); Doutorado pela Faculdade de Direito de Lisboa (Clássica); Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco; Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco e pela Faculdade de Direito de Lisboa (Clássica) – Equivalência; Ex-Procurador do Estado de Pernambuco e do Município do Recife. Página Pessoal na Internet: [www.ourem.cjb.net](http://www.ourem.cjb.net).

<sup>2</sup> Em suas Lições de Introdução ao Estudo do Direito, I Volume, 1º Tomo, PAULO OTERO diz, naquilo que denomina de *Nota Prévia*, à p. 11: “Saber leis é fácil, basta que se saiba ler o jornal oficial ou, mesmo não sabendo ler, que se tenha boa memória de ouvir a leitura feita por terceiros. Ser jurista é mais

Inicialmente, peço que se imagine um pai zeloso que procura ter uma residência tranqüila e segura para a sua esposa e os seus filhos.

Se esta é a sua intenção, ele, provavelmente, adotará algumas providências: gradeará a sua casa, colocará fechaduras mais consistentes, não esquecerá portas e janelas abertas etc.

Pois bem, se assim o é com o cidadão comum, nada mais natural que também o Estado preocupe-se com a adoção de medidas de modo a tornar mais objetivo este seu desejo de segurança.

O Estado também deverá tomar as providências necessárias; ou melhor, deverá ir tomando as providências, pois esta é uma tarefa que não se esgota.

É como raciocínio. Se a segurança é um instrumento para a realização da justiça, e esta é um objetivo ideal, cada vez mais o Estado deve desenvolver a síntese entre o binômio certeza-segurança<sup>3</sup> e o binômio justiça-ordem.

Há uma relação de complementariedade entre a segurança e a justiça.

Assim, se estes são valores que se completam, jamais poderão ser reduzidos um ao outro.

Insista-se nisto, pois é preciso complementar o campo subjetivo com a objetividade.

---

*difícil: jurista é aquele que pensa sobre a lei. Como dizia CELSO, 'saber as leis não é conhecer as suas palavras, antes é compreender-lhes o sentido e os efeitos' (D. 1, 3, 17). Introduzir alguém no estudo do Direito é, conseqüentemente, e antes de mais nada, 'implantar' no estudante do 1º ano as sementes de uma atitude reflexiva sobre o universo do Direito."*

<sup>3</sup> Disse MIGUEL REALE, em sua Teoria Tridimensional do Direito – situação atual. Obra citada, ps. 86-87: "É a razão pela qual TEÓFILO CAVALCANTI FILHO, na monografia que dedicou ao problema segurança, sentiu a necessidade de estudar a 'segurança' concomitantemente com a 'certeza', a primeira atinente mais ao aspecto subjetivo, a segunda mais pertinente ao aspecto objetivo do problema. Certeza e segurança, embora não se confundam, são valores que imediatamente se implicam, pois, de maneira mediata, todos os valores se correlacionam (...)." A obra indicada é TEÓFILO CAVALCANTI FILHO. A Segurança no Direito. São Paulo. 1964.

Daí, tal como o pai do exemplo que apresentei adotou o seu conjunto de providências instrumentais, também o Estado deve exercer o seu poder de síntese, servindo-se dele para atingir os seus fins.

Não basta a intenção. É preciso objetivá-la.

Mas, quais as formas que o Estado vem adotando no interesse de tornar a segurança algo mais próximo do possível?

Antes de responder a esta pergunta, é preciso que se esclareça que novas formas podem surgir e as já existentes podem ser aperfeiçoadas. Os modelos jurídicos sofrem com o processo temporal.

Nem o sentimento de segurança é algo estático, como também não é estática a justiça; nem tampouco as providências objetivas instrumentais o são.

Diz MIGUEL REALE, em sua Teoria Tridimensional (obra citada, ps. 87), que o homem é dotado de um certo *espírito de revolta*, pois, sendo livre, tem um impulso por mudar. Defender a estaticidade seria propugnar pela insegurança, dado a impossibilidade de inovação.

Eis, novamente, o jusfilósofo: *“(...) a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina ‘espírito de revolta’”.*

Quanto ao espírito de revolta, ou ao fato de o ser humano apresentar-se como um eterno insatisfeito, parece-me que, em torno disto, há algum senso comum.

Mas, é possível que se esteja perguntando sobre quais são estas referências que o Estado utiliza para objetivar este seu sentimento de segurança.

Isto será objeto do que escreverei em edições posteriores. Por enquanto, lanço alguns indícios do que falo.

Imagine-se que o Estado, que deve se submeter às normas que produz, determine:

1. Ele nada fará senão quando autorizado por lei, que precisa ser aprovada pelos representantes do povo, que serão eleitos pelo próprio povo.
2. Ele não cobrará tributos senão no ano subsequente ao da lei instituidora, ou ao daquela que aumentou a carga impositiva.
3. Ele não aplicará a lei nova a situações passadas, acaso isto implique em prejuízo para o cidadão.
4. Ele cumprirá as decisões judiciais que não mais estejam passíveis de recurso.
5. Ele assegurará o cumprimento dos contratos celebrados nos termos da lei.
6. Ele não penalizará ninguém, senão quando o comportamento estiver tipificado em lei anterior.
7. Ele cumprirá os procedimentos fixados nas leis processuais, não estabelecendo privilégios.
8. Ele cumprirá a Constituição, etc.

Este processo de constante evolução faz-me lembrar do que disse PAULO MANUEL OTERO, em seu Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional<sup>4</sup>, ao concluir a sua exposição sobre *Estado de Direito e princípio da legalidade*.

---

<sup>4</sup> A Constituição da República Portuguesa de abril de 1976, atualizada pelas quatro Revisões Constitucionais até setembro de 1997, prevê, em seu art. 282, entre os *efeitos da declaração da inconstitucionalidade ou da ilegalidade*, nos itens 3 e 4, a ressalva dos casos julgados nestes termos: “3. Ficam ressaltados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional, *quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido*. 4. *Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs. 1 e 2*”.

É o que dizem estes dois itens: “1. *A declaração de inconstitucionalidade ou de*



Ali, ele relata o movimento ampliativo de fiscalização e controle do Estado, abrindo-se novas portas à sindicabilidade jurisdicional.

Contemplando desde o Estado liberal, e indo até o Estado Social de Direito, toma em conta a figura do relativo controle dos atos do Poder.

É o que falou: *“Em suma, pode dizer-se que o Estado liberal trouxe consigo uma nova concepção de controlo do poder político, sujeitando os actos administrativos a diferentes processos de fiscalização da sua legalidade, independentemente do respectivo autor. Em simultâneo, o princípio da legalidade passou a assumir intuítos limitativos e legitimadores da acção administrativa, desempenhando ainda uma função garantística das posições jurídicas subjectivas dos administrados. Por seu lado, o Estado Social de Direito, além de alargar as áreas da actividade administrativa sujeitas ao controlo jurisdicional da sua legalidade, vem conferir a todos os administrados um direito fundamental à fiscalização jurisdicional da actividade administrativa: o direito de recurso contencioso.”*<sup>5</sup>

Como se vê, o conjunto de medidas (expressões objetivas)<sup>6</sup> que possibilitam a concretização do sentimento de segurança é algo que ainda está sendo construído. Não é estático, ficando aberto a novas formulações.

Nas edições posteriores desta Revista, embora não tendo a

---

*ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.”*

<sup>5</sup> OTERO. PAULO. Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional. Lisboa. LEX Edições Jurídicas. 1993, p. 25.

<sup>6</sup> Enquanto os valores são verificados segundo critérios de intuição emocional, as expressões objetivas podem ter os seus cumprimentos comprovados, dando menores margens a dúvidas.

pretensão de ser exaustivo, exemplificarei as providências instrumentais que pretendem objetivar a segurança como um meio de fazer justiça.

Por enquanto, discorro sobre o princípio da legalidade.

## **SEGURANÇA JURÍDICA E LEGALIDADE**

### **NOÇÕES INTRODUTÓRIAS**

*“As mais significativas concepções sobre o Estado e o Direito projectam-se necessariamente em diversos entendimentos do que seja (ou deva ser) a lei. Recordem-se, assim, nos últimos séculos: - lei, ordenação da razão (S. TOMÁS DE AQUINO, e, de certo modo, ainda SUAREZ); - a lei, vontade do soberano (HOBBS), - a lei, garantia da liberdade civil e da propriedade (LOCKE); - a lei ligada à divisão do poder e ao equilíbrio das instituições (MONTESQUIEU); - a lei, expressão da vontade geral (ROSSEAU); - a lei, vontade racional (KANT); - a lei, instrumento para a utilidade e a felicidade geral (BENTHAM); - a lei, manifestação imediata do poder soberano (AUSTIN); - a lei, instrumento do domínio de classe (MARX, ENGELS); - a lei, escalão de normas imediatamente a seguir à Constituição (KELSEN); - o conceito político de lei (SCHMITT). Mas a problemática da lei insere-se na problemática geral do poder. Com o conteúdo da lei contendem a organização da sociedade e do poder de a governar.”* (MIRANDA, JORGE. Manual de Direito Constitucional. Tomo V – Actividade constitucional do Estado. Coimbra. Coimbra Editora, LDA. 1997, p. 125)<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Neste Tomo V do seu Manual de Direito Constitucional (1997), JORGE MIRANDA acrescenta, na p. 126: “Não é por acaso que LOCKE considera o poder legislativo o poder primordial por ser ele que determina as diferentes

Até aqui, muito já se falou sobre este assunto, enfatizando a necessidade de o intérprete não desprezar a norma, principalmente a constitucional, alçando vãos em direção a outras alternativas.

Bem ao contrário, pois quanto mais ele conhecer o ordenamento jurídico que aplica, melhor. Afinal, mesmo que, aparentemente, ele só esteja fazendo incidir uma única norma; no seu ato de aplicação, deve haver o compromisso com todo o ordenamento.

É tal como uma esfera em contato com uma mesa plana. O ponto de contato entre a esfera e a mesa pode ser um só, mas a mesa suporta todo o peso da esfera.

Note-se, então, uma importante advertência. Concluir deste modo não se trata apenas de um valor, mas da fixação de uma providência objetiva.

A segurança, um valor, é instrumentalizada por uma expressão objetiva, que é a legalidade.

Assim, o seu cumprimento passa a poder ser provado dentro de limites mais estritos, dando margem a um menor número de dúvidas.

Daí, ser fundamental que a Constituição não seja vista como uma espécie de “*Constituição patrícia*” (os patrícios eram os aristocratas proprietários de terras na antiga Roma – formavam a camada social dominante), que traria, em seu próprio interior, margens a contra-argumentos que inviabilizam as conquistas das camadas sociais menos favorecidas.

A segurança e a legalidade, que é uma sua expressão objeti-

---

*formas de governo. Nem é por acaso que, recusando embora a separação de poderes, Rosseau admite a distinção entre função legislativa e função executiva, sustentando que aquela é a única soberana. Ou que, pelo contrário, Montesquieu a pretende limitar.”* Pessoalmente, entendo que seja preciso distinguir entre a ilusão sobre como os homens deveriam ser, e a constatação de como o homem realmente é, elaborando-se soluções políticas que detenham um potencial concreto de funcionamento. Provavelmente, a virtude não seja monopólio do povo, enquanto a corrupção econômica e moral das camadas de elite (populismo). Há uma espécie de mixagem entre qualidades e defeitos em todas as esferas, e daí a importância de facilitar o fluxo social e a alternância no governo das comunidades organizadas.

va, são, elas próprias, instrumentos da justiça.

Em um Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição do Brasil), deve a lei estar a serviço da redução das *desigualdades sociais e econômicas*, não devendo esta previsão constitucional confundir-se com uma forma oca, onde cabe tudo; especialmente, os privilégios dos grupos ou elites politicamente influentes.

Sem a tentativa de se tornar iguais os cidadãos, termina por haver uma relação entre inferiores e superiores, onde os primeiros, simplesmente, sujeitam-se.

A interpretação da lei não deve ser sinônimo de indiferença. A imparcialidade também não. É um comando constitucional a redução das desigualdades sociais (art. 3º, inc. III, da Constituição do Brasil). No Brasil, este é um objetivo fundamental da República (art. 3º, “caput”).

Enfim, a lei deve estar a serviço da segurança, da liberdade, da igualdade. Tudo isto se operando mediante a lei.

A Lei Constitucional fixa limites que o legislador não pode ultrapassar.

Em outras palavras, legislar também é aplicar a Constituição.

Na Constituição do Brasil, o princípio da legalidade encontra-se presente de maneira explícita, e também implícita. E, às vezes, o silêncio<sup>8</sup> fala tão ou mais alto, considerando as circunstâncias que o envolvem.

De maneira expressa, é forçoso citar alguns artigos. São eles:

*“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a in-*

---

<sup>8</sup> Quem cala não consente nem dissente, pois isto dependerá das circunstâncias. Um exemplo disto é a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. É o seu art. 40: “Quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação de pedido formulado, o não atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo.”

*violabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*(...)*

*II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”*

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”

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

I- exigir ou aumentar tributo sem **lei** que o estabeleça;”

São outras tantas as oportunidades em que se faz referência expressa à legalidade, apontando estas apenas como exemplificativas.

De fato, discute-se sobre a adequabilidade da repetição. Alguns podem ver esta técnica repetitiva como algo inútil.

No entanto, é preciso observar o contexto do Brasil, e de sua sociedade, que ainda se mantém ansiosa por preservar direitos que, melancolicamente, não acredita que sejam concretizados.

Demonstração do que digo são as *medidas provisórias*, onde, mesmo alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram o excesso, mas o Poder Judiciário pouco fez, na prática, para contê-lo. É o caso, por exemplo, da instituição e da majoração de tributos por esta via, onde não são incomuns as discordâncias individuais de alguns Ministros do mais Alto Tribunal, que, no entanto, dizem ceder ao entendimento do Plenário.<sup>9</sup>

Além do mais, em um passado recente, fatos pretéritos foram

---

<sup>9</sup> No *site* do Supremo Tribunal Federal ([www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)) , surgiu a seguinte Manchete: “Data: 09.11.99. Hora: 14 h. CELSO DE MELLO fala do uso excessivo de medidas provisórias pelo Governo. (...) a utilização indiscriminada e as

atingidos, por exemplo, com a utilização dos chamados empréstimos compulsórios.

Sobre isto, destacou PAULO DE BARROS CARVALHO a respeito da forma grosseira como o princípio constitucional da irretroatividade das leis vinha sendo descumprido, pelo Poder Público impositivo, na seara dos empréstimos compulsórios.

Eis o Autor: *“Com efeito, o enunciado normativo que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, conhecido como princípio da irretroatividade das leis, não vinha sendo, é bom que se reconheça, impedimento suficientemente forte para obstar certas iniciativas de entidades tributantes, em especial a União, no sentido de atingir fatos passados, já consumados no tempo, debaixo de plexos normativos segundo os quais os administrados orientaram a direção de seus negócios. Tranqüilos, na confiança de que tais eventos se encontravam sob o pálio daquele magno*

---

*sucessivas reedições de medidas provisórias ‘não podem transformar-se em instrumento de imposição normativa da vontade unipessoal do Presidente da República, exacerbando-se, desse modo, o componente autoritário de que se acham inquestionavelmente impregnados esses atos executivos com força de lei. (...) de 05 de outubro de 88 até o dia 31 passado, o Governo Federal editou e reeditou 4.026 medidas provisórias, média de 366 medidas provisórias por mês. Desse total, o Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO foi responsável por 3.223 medidas provisórias, de acordo com o levantamento divulgado pelo Senado. Para o Ministro CELSO DE MELLO, os dados evidenciam que os Presidentes JOSÉ SARNEY, FERNANDO COLLOR, ITAMAR FRANCO e FERNANDO HENRIQUE legislaram quase duas vezes mais do que o próprio Congresso Nacional. No seu Despacho, o Ministro defendeu a necessidade de o Governo definir as matérias que não podem constituir objeto de disciplinação jurídica por medidas provisórias, de maneira que o Presidente diminua a sua intervenção no trabalho do Legislativo. Ele acha que essa intervenção ‘suprime a possibilidade de prévia discussão parlamentar de matérias que devem estar ordinariamente sujeitas ao poder decisório do Congresso Nacional’. (...) Apesar de considerar que a criação e a majoração de tributos são matérias de competência exclusiva do Congresso, o Ministro CELSO DE MELLO não conheceu do recurso extraordinário apresentado pela Transportadora Urano Ltda contra a União Federal. No seu Despacho, o Ministro observou que a orientação jurisprudencial firmada pelo Plenário do próprio Supremo Tribunal Federal é no sentido de reconhecer a possibilidade jurídico-constitucional de o Presidente da República instituir ou majorar tributos mediante a edição de medida provisória.”*

*princípio, foram surpreendidos por grosseiras exações, que assumiram o nome de empréstimos compulsórios.*"<sup>10</sup>

## **MEDIDAS PROVISÓRIAS<sup>11</sup>**

*"A jurisprudência vem lapidando esse instituto, insculpindo-lhe o formato preciso. (...) Sem dúvida é de se aperfeiçoar o texto (constitucional), contudo, parece-nos que a raiz do mal não está nas leis em si, mas na sua efetiva execução e na consciência de sua obediência."* (SZKLAROWSKY, LEON FREJDA. *Medidas Provisórias*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1991, p. 11)

Voltando às medidas provisórias, a Constituição brasileira, de outubro de 1988, assim dispôs sobre elas em seu texto originário:

*"Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Parágrafo Único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes."*<sup>12</sup> (Texto originário)

---

<sup>10</sup> CARVALHO, PAULO DE BARROS. *Curso de Direito Tributário – nos termos da Constituição Federal de 1988*. 4ª ed., atualizada de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo. Editora Saraiva. 1991, ps. 99-100.

<sup>11</sup> A regulamentação jurídica apontada é a original do Texto de 1988. Atualmente, há uma nova regulamentação para as medidas provisórias brasileiras (Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001).

<sup>12</sup> A Constituição da República italiana, em seu art. 77, dispõe: "Art. 77. O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, promulgar decretos que tenham valor de lei ordinária. Quando, em casos extraordinários de necessidade

Diante destas medidas, acirra-se uma forte polêmica, no Brasil, em torno da segurança jurídica e da sua forma de manifestar-se pela expressão da legalidade; especialmente em matéria tributária.

Em uma outra oportunidade, pretendo, ainda mais, detalhar este assunto. Por enquanto, apresento os seus contornos, particularmente no campo tributário.

Como se pode verificar, nos termos do art. 62, a medida provisória tem, entre as suas características básicas, a *urgência*.

Ora, um dos limites constitucionais fixados para o Estado tributar o cidadão é o da anterioridade (espera pelo ano subsequente – regra geral).

Diz a Constituição sobre a anterioridade, em seu art. 150, inc. III, al. “b”: “Art. 150. *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III- cobrar tributos: (...) b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou*”.

Ocorre que o exercício financeiro, nos termos da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 (*Diário Oficial da União de 23 de março de 1964, estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal*<sup>13</sup>), é o ano civil, como diz o

---

*e de urgência, o Governo adota, sob a sua responsabilidade, medidas provisórias, com força de lei, deve apresentá-las no mesmo dia para a conversão às Câmaras que, mesmo dissolvidas, são especialmente convocadas a se reunirem no prazo de cinco dias. Os decretos perdem eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias a partir da sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regulamentar com lei as relações jurídicas surgidas com base nos decretos não convertidos.*”

<sup>13</sup> Constituição do Brasil. “Art. 24. *Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I- direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; (...) § 1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.*”. Diz o art. 30, inc. III: “Art. 30. *Compete aos Municípios: (...) III- instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;*”



seu art. 34. É o art. 34: “DO EXERCÍCIO FINANCEIRO (arts. 34 a 39). Art. 34. *O exercício financeiro coincidirá com o ano civil. (...)*”

Logo, surge a questão da impossibilidade de se compatibilizar a urgência, que é uma característica constitucional da medida provisória, com a exigência, também constitucional, de se esperar o próximo ano para instituir ou aumentar o tributo (anterioridade).

Assim, é voz corrente, na doutrina nacional<sup>14</sup>, a conclusão de que a regra é a de que os tributos não devam ser urgentes; e, portanto, não possam ser viabilizados por medidas provisórias.

Porém, há exceções constitucionais à falta de urgência do tributo.

Mas é preciso reconhecer que, quando a Constituição do Brasil afirma que a lei de diretrizes orçamentárias deve orientar a elaboração da lei orçamentária anual, dispondo sobre as alterações na legislação tributária (art. 165, § 2º), deixa claro que, em matéria tributária, há a necessidade de um planejamento tanto do Estado, quanto também das empresas privadas, que não podem (assim como o cidadão comum) ser surpreendidas com abruptas inovações legislativas.

Entre as exceções a que me refiro, uma delas está no próprio art. 150, e diz respeito a quatro impostos. Uma outra encontra-se no art. 149, e diz respeito aos empréstimos compulsórios. E, finalmente, há a figura dos impostos de guerra, ou extraordinários no art. 154, inc. II (*observação: todos os dispositivos citados são da Constituição do Brasil*).

Veja-se o que eles dizem:

“Art. 148. *A União, mediante lei complementar*<sup>15</sup>,

---

<sup>14</sup> Ver MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI. Revista de Direito Tributário – 47. Princípio da praticabilidade do Direito Tributário (Segurança Jurídica e Tributação), ps. 166 e ss.

<sup>15</sup> De acordo com a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, atual art. 62, § 1º, inc. III, é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar. Contudo, o próprio art. 62, § 1º, inc. I, al. “d”, ressalva desta previsão o art. 167, § 3º, que dispõe sobre a abertura de crédito extraordinário nas hipóteses de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

*poderá instituir **empréstimos compulsórios**: I- para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II- no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o princípio da anterioridade (art. 150, III, “b”).* *Parágrafo Único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição. (...)*

*Art. 150. (...) § 1º. A vedação da anterioridade tributária (inc. III, “b”), não se aplica aos impostos previstos nos artigos 153, I, II, IV e V (são os impostos da União Federal sobre a **importação de produtos estrangeiros; sobre a exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; sobre produtos industrializados e sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários**); e*

*Art. 154, II (são os impostos de guerra) Art. 154. A União poderá instituir: (...) II- na iminência ou no caso de guerra externa, **impostos extraordinários**, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessando as causas de sua criação.” (Grifei)*

Procurando dizer tudo isto de maneira direta. A anterioridade tributária sofre exceções constitucionais, entre elas estão os impostos de guerra, os impostos regulatórios externos (importação e exportação), o imposto sobre produtos industrializados e o imposto sobre operações financeiras.

Ocorre que, nos casos dos impostos de guerra, não há impedimento para a medida provisória, dado a significativa relevância e urgência da situação. Não se trata de zona de fronteira.

Quanto aos demais, parece-me desnecessária a utilização da medida provisória, pois basta ver o art. 153, § 1º, da Constituição do Brasil, que faculta ao Poder Executivo a alteração das alíquotas (e não mais base de cálculo, como previa o art. 97, inc. IV, do

Código Tributário Nacional<sup>16</sup>), que poderá se utilizar dos decretos (art. 84, inc. IV)<sup>17</sup>, desde que dentro dos limites (mínimo e máximo) fixados pela lei geral.

Restariam, então, os empréstimos compulsórios, disciplinados no art. 148, da Constituição do Brasil.

Note-se que, aqui, a exigência de lei é expressa. E a lei exigida é a complementar<sup>18</sup>, que tem quórum qualificado de maioria absoluta<sup>19</sup>.

Com isto, desde a redação originária, havia aqueles que defendiam que, por ter a medida provisória força de lei (art. 62), estaria vedado a ela o campo reservado às leis complementares, pois as medidas provisórias poderiam, apenas, atuar na seara das leis ordinárias. Atualmente, a vedação de edição de medidas provisórias sobre matéria de lei complementar é expressa no art. 62, § 1º, inc. III (Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001). Observe-se, entretanto, o mesmo art. 62, § 1º, inc. I, al. “d”, quando ressalva

---

<sup>16</sup> Código Tributário Nacional. “Art. 97. *Somente a lei pode estabelecer: (...) IV- a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 (já havia sido revogado pelo Decreto lei nº 406, de 31.12.68 e tratava da circulação de mercadorias) e 65;*” Estes artigos referem-se ao imposto sobre a importação, sobre a exportação, sobre a transmissão de bens imóveis, sobre operações de crédito, câmbio e seguros e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários.

<sup>17</sup> Constituição do Brasil. “Art. 84. *Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV- sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;*” (grifei).

<sup>18</sup> Sobre o tema “hierarquia da lei complementar”, destaco as palavras de PAULO DE BARROS CARVALHO, onde, socorrendo-se do magistério de SOUTO MAIOR BORGES, esclarece que estas leis não são necessariamente superiores às leis ordinárias. É a Constituição que indica se a matéria lhe é ou não reservada. Se o for, em face de mandamento constitucional nesta direção, não caberá à lei ordinária invadir-lhe o espaço que lhe é próprio. Ver CARVALHO, PAULO DE BARROS. Curso de Direito Tributário – nos termos da Constituição Federal de 1988. 4ª ed. Atualizada de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo. Editora Saraiva. 1991, ps. 135-136.

<sup>19</sup> Constituição do Brasil. “Art. 69. *As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.*”

das vedações o art. 167, § 3º, que dispõe sobre a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

Além disto, quando a Constituição do Brasil registrou que não deveria ser objeto de delegação ao Executivo as matérias inerentes à lei complementar<sup>20</sup>, estaria, também aí, fixando mais um impedimento para as medidas provisórias.

A base disto estava na argumentação de que, quando a Constituição do Brasil quis falar em lei complementar, ela o fez expressamente.

Logo, como no art. 62, que trata das medidas provisórias, ela assim não procedeu, a conclusão seria pela impossibilidade de sua utilização em matéria reservada constitucionalmente à lei complementar.

Ocorre que, se assim o fosse em relação à medida provisória, também o deveria ser em relação às demais situações constitucionais, onde o termo *lei* vem desacompanhado da expressão *complementar*.

Mas não é isto o que ocorre, pois o próprio art. 5º, inc. II, que consigna o princípio da liberdade, vem grafado da seguinte maneira: “Art. 5º. (...) II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”.

Ora, quer me parecer evidente que, na expressão *lei* ali utiliza-

---

<sup>20</sup> Constituição do Brasil. “Art. 68. *As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar (...)*” (grifei). Vide, também, o art. 62, § 1º, inc. I, al. “d” que ressalva das vedações às medidas provisórias o art. 167, § 3º, que dispõe sobre a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública. De onde concluo pela possibilidade de utilização de medidas provisórias para a instituição de empréstimo compulsório fundado nestas causas (art. 148, inc. I, da Constituição brasileira de outubro de 1988).

da, cabia entender lei ordinária, e também lei complementar. Seria um tanto absurdo imaginar o contrário, pois estaria permitindo a Constituição o descumprimento das leis complementares, exatamente aquelas que têm um quórum qualificado, tal como foi visto.

Enfim, com a antipatia não se interpreta, mas apenas se ataca.

Por tudo isto, em minha visão, era possível, em face da redação originária do Diploma Constitucional, a utilização da medida provisória em matéria tributária em alguns casos excepcionais, a saber:

a) impostos de guerra;

b) empréstimo compulsório para o qual a Constituição do Brasil não veiculou a obediência ao princípio da anterioridade, ou seja, em casos de despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública e de guerra externa ou sua iminência. Lembrando, aqui, que o art. 148 da Constituição de outubro de 1988, exige lei complementar para a instituição de empréstimo compulsório.

Portanto, foi constituída uma situação bem peculiar pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, porquanto da vedação da edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar (art. 62, § 1º, inc. III). Assim, não caberia mais a utilização de medida provisória em se tratando de empréstimo compulsório, embora destacada a relevância e a urgência? Creio que ainda caiba, por força da ressalva feita pelo art. 62, § 1º, inc. I, al, “d”, que faz remessa ao art. 167, § 3º, dispositivo que regulamenta a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

Sobre a exceção à anterioridade, e como argumento de reforço ao que digo, lembro um antigo adágio que ensina que, ao se incluir um, exclui-se o outro<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Sobre os brocardos jurídicos, disse CARLOS MAXIMILIANO: “*Na alvorada do século XI, Burcardo, Bispo de Worms, organizou uma coleção de cânones, que adquiriram grande autoridade, e foram impressos em Colônia, em 1548, e, em Paris, em 1550. Granjeou fama aquele repositório, sob o título de **Decretum***”

Ora, se, em nossa Constituição, incluiu-se, expressamente, o princípio da anterioridade na hipótese normativa do inc. II, é porque não era preciso observá-la no inc. I, do art. 148.

E, ainda, é de destacar que as hipóteses do inc. I dizem respeito à guerra e calamidade, que são situações urgentes e relevantes.

Acaso fosse preciso observar o princípio da anterioridade nestas circunstâncias, quando o empréstimo fosse cobrado, já se haveria perdido a guerra, ou a calamidade já teria feito um enorme estrago.

Sei que este assunto é bastante polêmico, e a qualquer conclusão que se chegue, dificilmente, haverá a unanimidade.

Também por isto, e em face das várias implicações que deste tema poderão decorrer, consagrarei, em um outro espaço, um tratamento mais minudente.

Quanto à utilização da medida provisória, em matéria penal, parece imperioso concordar com FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, em seus Princípios Básicos de Direito Penal, quando afirma que não pode haver a instituição de crime ou pena (direito penal e processual penal), nem tampouco a agravação das mesmas, por esta via. Além do mais, é imperativo que se evitem os abusos.

---

**Burchardi.** *Eram os cânones dispostos em títulos e reduzidos a regras e máximas; na prática lhes chamavam burcardos, a princípio; dali resultou a corrutela brocardos, que se estendeu, em todo o campo do Direito Civil, aos preceitos gerais e aos aforismos extraídos da jurisprudência e dos escritos dos intérpretes. Os brocardos parecem fadados a passar, com certos condutores de homens, do exagerado prestígio à injusta impopularidade. A sua citação, diurna outrora, vai-se tornando cada vez menos freqüente; rareiam, talvez, os entusiastas, à medida que surgiam desdenhosos e opositores. Àquelas regras de Direito, muito breves e formuladas, quase sempre em latim, os antigos chamavam de axiomas, vocábulo destinado, em Matemática, a designar as proposições evidentes por si mesmas, que dispensam esclarecimentos e demonstrações.(...) Outros mestres julgam eternos os brocardos, por serem a própria razão natural escrita; ao invés de homenagem ao progresso, acham insânia mudá-los ou repeli-los; pois esclarecem, iluminam, guiam: são raios divinos." Hermenêutica e Aplicação do Direito. 9ª ed/2ª tiragem. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1981, ps. 239-240.*

São estas as suas palavras em torno do caráter quase ilimitado de criação de novas figuras típicas, e o que isto representaria contra a liberdade em seus diferentes matizes, precipuamente contra a liberdade de locomoção.

É o Autor: “A Constituição de 1988, no art. 62, substitui o decreto-lei pela medida provisória, sem tradição no direito brasileiro, e não estabeleceu, de modo expresso, os limites objetivos para a edição desta última, exigindo apenas ‘relevância e urgência, requisitos genéricos e pouco confiáveis. (Ora, a medida provisória, por não ser lei, antes de sua aprovação pelo Congresso, não pode instituir crime ou pena criminal (inciso XXXIX)<sup>22</sup> (...) Sendo assim, não se faz necessária muita acuidade para perceber que a criação de figuras penais e até a simples agravação de penas através de medida provisória poderiam prestar-se para coisas desta natureza: a) extirpação da liberdade de ir e vir, através da prisão em flagrante por crimes recém-criados, por medidas provisórias; b) extirpação da inviolabilidade da residência e do sigilo da correspondência, nas mesmas hipóteses, pondo por terra as garantias dos incisos XV, XI e XII, já que a possibilidade de criação de tipos penais novos é quase ilimitada.”

E, continua o ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, relatando a sua preocupação com o exagero e o abuso na utilização do instituto das medidas provisórias, realçando as atrocidades que, infelizmente, foram cometidas a título de cumprimento de alguns decretos-leis, uma versão antiga e agressiva das “leis do Executivo brasileiro”.

Nas suas exatas palavras: “Aos brasileiros que, nos dias de hoje, assistem atônitos à edição em série dessas medidas provisórias, é bom lembrar que, por decreto-lei, já tivemos ‘leis’ de segurança nacional, o que poderá sugerir, a qualquer momento, uma tentativa de recaída nessa linha de orientação, desta feita obviamente por ‘medida provisória’”.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Constituição do Brasil. “Art. 5º. (...) XXXIX- não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”.

<sup>23</sup> TOLEDO, FRANCISCO DE ASSIS. Princípios Básicos de Direito Penal. 5ª ed., São Paulo. Editora Saraiva. 1994, ps. 24-25.

Aliada a estes argumentos, veio a Reforma Constitucional de setembro de 2001 que, no art. 62, § 1º, inc. I, al. “b”, veda a edição de medidas provisórias sobre matéria de direito penal, processual penal e processual civil.

## **HIERARQUIA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS E COMPLEMENTARES. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA.**

Como uma forma de fixação de segurança, no Brasil, certamente um tema mereceu, e ainda merece, destaque, conforme as implicações jurisprudenciais que relatarei após a explicação do assunto a que me refiro.

Trata-se de saber se a “*lei complementar*” detém hierarquia sobre a “*lei ordinária*”.

Há aqueles que pensam que sim.

Basicamente, são dois os motivos que apresentam:

1. o quórum de aprovação da lei complementar é superior ao da lei ordinária.

Sobre a lei ordinária, dispõe o art. 47, do Texto Constitucional: “Título IV. DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES. Capítulo I – DO PODER LEGISLATIVO. Seção I - DO CONGRESSO NACIONAL. (...) Art. 47. *Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.*”

Sobre a lei complementar, dispõe o art. 69, do Texto Constitucional: “Art. 69. *As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.*”

2. o dispositivo constitucional que se refere ao processo legislativo traz as leis complementares logo abaixo das Emendas Constitucionais, deixando as leis ordinárias para depois.

É o art. 59 da Constituição do Brasil que trata das Disposições Gerais do processo legislativo, e tem a seguinte redação: “Art. 59. *O processo legislativo compreende a elaboração de: I- emendas à Constituição; II- leis complementares; III- leis ordinárias; IV- leis delegadas; V- medidas provisórias; VI- decretos legislativos; VII- resoluções. Parágrafo Único. Lei Complementar disporá sobre a*



*elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”*

Pessoalmente, não me perfilho entre aqueles que defendem esta hierarquia, pelo menos com base nestes dois fundamentos.<sup>24</sup>

O motivo para esta tomada de posição é o de que considero que se a Constituição atribui um assunto para a seara da lei ordinária, e, mesmo assim, o legislador dispõe mediante lei complementar, a matéria não deixará, por isto, de estar reservada à lei ordinária.

Logo, atendendo à própria Constituição, esta lei havida, formalmente, como complementar, pode ser, perfeitamente, alterável por lei ordinária.

O cerne da questão, portanto, não é o de se a lei complementar mantém hierarquia sobre a ordinária; mas o de que os espaços fixados constitucionalmente devem ser observados pelo legislador inferior.

Do que até aqui foi dito, retiro duas conclusões:

1. se a Constituição atribui um assunto para a lei ordinária, e o mesmo é tratado por lei complementar, esta deverá ser havida como se lei ordinária fosse, podendo ser modificada pela via ordinária, sem restrição de quórum.
2. se a Constituição atribui um assunto para a lei complementar, e o mesmo é tratado por lei ordinária, esta deverá ser havida como inconstitucional.

Evidentemente que, do ponto de vista estritamente formal, a partir da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998 (e de outras que a sucedam e que tenham a mesma natureza), que regulamenta o Parágrafo Único do art. 59 da Constituição do Brasil,

---

<sup>24</sup> De fato, pragmaticamente, é enganoso pensar que o quórum qualificado seja uma nítida dificuldade de empeco. Por vezes, e sobre um mesmo assunto, pode ser mais difícil aprovar uma lei ordinária do que uma Emenda Constitucional. Exemplífico. Certas matérias estão na vala da competência privativa para a iniciativa de encaminhamento de projetos de lei. Logo, se a autoridade competente não a encaminha, não adianta possuir o quórum parlamentar necessário, simplesmente porque o projeto de lei não será encaminhado.

de outubro de 1988, havendo surgido a disciplina nacional para a confecção legislativa, as normas elencadas, no art. 59, inclusive as leis complementares e as ordinárias, devem se submeter aos predicamentos fixados.

Não se trata, portanto, de hierarquia quanto ao conteúdo, mas de uma necessidade de uniformização da técnica formal de legislar.

Embora não utilizando os mesmos argumentos, disponibilizo, para o leitor, PAULO DE BARROS CARVALHO, que assim se manifestou, com o apoio de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, sobre o tema da hierarquia da lei complementar, ressaltando que não é a topologia normativa, nem tampouco o mero procedimento que transforma *acordos dilatários* práticos em estruturas normativas hierarquizadas.

Eis o filósofo-tributarista: *“É excelente instrumento de legislação nacional, alcançando, conjunta ou isoladamente, a esfera jurídica das pessoas políticas de direito constitucional interno. Talvez por isso seja freqüente o magistério de que as leis complementares desfrutem de supremacia hierárquica relativamente às leis ordinárias, quer pela posição que ocupam na lista do art. 59 (CF), vindo logo abaixo das emendas à Constituição, quer pelo regime de aprovação mais severo a que se reporta o art. 69 (CF). Foi JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES (Lei Complementar Tributária, Revista dos Tribunais, 1975, p. 54 e s.) quem pôs a descoberto as erronias dessa tese, baseada, rudimentarmente, na topologia do enunciado legal e no procedimento legislativo preconizado para a edição dessas normas. Com argumentos sólidos, demonstrou que as leis complementares não exibem fisionomia unitária que propicie, em breve juízo, uma definição de sua superioridade nos escalões do sistema. De seguida, propõe critério recolhido na Teoria Geral do Direito, para discernir as leis complementares em duas espécies: a) aquelas que fundamentam a validade de outros atos normativos; b) as que realizam sua missão constitucional independentemente da edição de outras normas.”*

E o mesmo autor arremata que é a própria Constituição que define a existência, caso a caso, da hierarquia entre as normas a ela subalternas: *“Trazendo essa diretriz para o setor que nos inte-*

*ressa, ganha outro aspecto a questão da hierarquia, tornando legítimo asseverar que, em alguns casos, a lei complementar subordina a lei ordinária, enquanto noutros descabem considerações de supremacia nos níveis do ordenamento, uma vez que tanto as complementares como as ordinárias extratam seu conteúdo diretamente do texto constitucional.*"<sup>25</sup>

No entanto, diante da Constituição do Brasil, de outubro de 1988, fez questão de frisar a vinculação de todas as normas do sistema à estrutura construtiva da norma prevista no Parágrafo Único do art. 59 do Texto Constitucional: "Quanto à hierarquia da lei complementar é que devemos registrar a novidade, pois, assim que forem editados os preceitos a que alude o parágrafo único do art. 59, a lei ordinária e as que lhe forem equiparadas ficarão a ela submetidas, sob o ângulo formal. No que tange ao conteúdo, permanece tudo como antes."<sup>26</sup>

O dispositivo mencionado diz o seguinte: "*Art. 59. (...) Parágrafo Único. Lei Complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.*"

Esta lei já existe. É a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998.

Cabe, então, aproveitar esta oportunidade e apresentar três das mais importantes questões levadas ao Poder Judiciário brasileiro sobre este assunto.

Duas delas suscitam a questão de uma lei ordinária válida, de acordo com a Constituição antecedente, vir a ser recepcionada como lei complementar, de acordo com a nova Constituição, deixando de poder sofrer, por isto, alteração por lei ordinária.

São as questões cogitadas: a discussão sobre o Programa

---

<sup>25</sup> A referência a este trecho já foi feita em nota de rodapé anterior, quando se discutira se era possível as medidas provisórias serem utilizadas em matéria própria às leis complementares. CARVALHO, PAULO DE BARROS. Curso de Direito Tributário, 4ª ed., 1991, obra citada, ps. 134-136.

<sup>26</sup> CARVALHO, PAULO DE BARROS. Curso de Direito Tributário, 4 ed., 1991, obra citada, p. 140.

de Integração Social (PIS); a polêmica sobre a quebra do sigilo bancário e a natureza jurídica da lei do Código Tributário Nacional.

Apresentarei arestos sobre cada um destes temas. O critério de seleção foi o da clareza de exposição do problema. (*Observação*: como se poderá constatar, ainda está muito em voga, no Judiciário nacional, o entendimento da existência de hierarquia entre a lei complementar e a ordinária).

### 1. Programa de Integração Social.

Aqui, o Tribunal concluiu no sentido de que a Constituição anterior do Brasil não exigia lei complementar para tratar deste assunto. No entanto, em face do entendimento dominante na época, optou-se por ela. Ocorre que a mesma foi alterada como se fosse lei ordinária, suscitando o problema da hierarquia e da pertinência constitucional deste procedimento.

É a Decisão, que, até hoje, no início de um novo século, ainda vem servindo de precedente para o deslinde das demandas judiciais remanescentes neste tema:

*“A edição de lei complementar só é inafastável quando a Constituição expressamente prevê. O Programa de Integração Social foi criado para atender mandamento constitucional, constante do art. 165, inc. V, da Constituição de 1967, redação da Emenda nº 01/69. Ora, tal dispositivo constitucional – art. 165 – exigia, para a implementação dos direitos nele mencionados, a existência de lei, não de lei complementar. A criação do PIS, via lei complementar, a de nº 07/70, deveu-se a entendimento, dominante à época, de sua edição, de que a contribuição para o aludido programa tinha natureza jurídica de tributo. Assim, para que não fosse desatendido o comando do art. 62, § 2º., da Constituição então vigente, editou-se a mesma. Porém, com a vigência da Emenda Constitucional nº 08/77, a contribuição para o PIS deixou de se revestir de tal natureza, como reiteradamente entendeu o colendo Supremo Tribunal Federal. Nestas condições, a denominada Lei Complementar nº 07/70 perdeu esta hierarquia, de-*

*vendo-se ter a mesma como lei ordinária. Ora, se passou a ter a hierarquia de lei ordinária, é possível a sua alteração pela via do decreto-lei, técnica de expressão da ordem jurídica então vigente, de igual posição, como seguidamente entendeu a jurisprudência. Inocorrente, desta forma, lesão ao princípio da hierarquia das leis. A expressão 'finanças públicas', empregada no inc. II do art. 55 da Constituição revogada, não tem uma conotação restritiva, no sentido de que se refere, exclusivamente, aos recursos monetários administrados pelo Estado em seu próprio interesse. No Estado moderno, a expressão também abarca aquela soma de dinheiro que o Estado administra, por expressa disposição de lei, mas que só mediatamente é do seu interesse. O Programa de Integração Social visa assegurar aos trabalhadores a participação no lucro das empresas, que será maior na medida em que for crescente o desenvolvimento econômico nacional. Ora, tal crescimento implementa-se através de planos nacionais de desenvolvimento que, aplicando os recursos obtidos com a contribuição para o PIS, provocará o crescimento deste. Refere-se ele, pois, a um aspecto de macroeconomia, afetador do desenvolvimento nacional e, via de consequência, dizendo respeito às finanças públicas, cujo regramento era possível, na ordem constitucional então vigente, por meio de decreto-lei. Arguição de inconstitucionalidade em Apelação de Mandado de Segurança nº 400200, 1989, Rio Grande do Sul, Pleno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. DJ 14.11.90, p. 27126. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, p. 54. Relator para o Acórdão Juiz PAIM FALCÃO. Decisão por maioria”.*

## 2. Sigilo bancário.

Aqui, além de haver uma discussão sobre o princípio do devido processo legal, concluiu-se que uma lei ordinária válida, de acordo com o sistema constitucional anterior, poderá, perfeitamente,

vir a ser recepcionada como lei complementar, de acordo com o novo ordenamento encimado pela nova Constituição; não podendo, daí, vir a sofrer alteração por lei ordinária.

É a Decisão:

*“A Lei nº 4.595/64, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ter força de lei complementar, não podendo ser alterada pela Lei nº 8.021/90, ordinária, e, pois, de hierarquia inferior. No entanto, se assim não for, não basta o início do procedimento fiscal, fazendo-se necessário que se observe o princípio constitucional do devido processo legal. A simples menção da abertura do procedimento fiscal, sem a comprovação de que o contribuinte sequer teria sido cientificado de sua deflagração, importa em exonerar a instituição financeira do dever de fornecer as informações solicitadas pela autoridade fiscal, abrigando-se na proteção do sigilo bancário. Remessa de Ofício nº 3105940, 1994, São Paulo. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma. DJ 31.10.95, p. 75041. Relatora Juíza LUCIA FIGUEIREDO. Unânime.”*

Ocorre que o tema do sigilo bancário e as polêmicas em torno dele, receberam importante revigoramento com a política brasileira de combate à sonegação de tributos; o que implicaria dizer, acaso haja sucesso nesta iniciativa, que a carga tributária daqueles que atualmente já pagam os seus tributos regularmente pode vir a baixar, pelo singelo motivo de que *se todos pagam*, é possível reduzir a carga tributária individual, sem prejuízo da carga tributária geral, não inviabilizando as necessárias despesas do Estado.

Foi a Lei Complementar nº 105, de 10.01.2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, a revitalizadora das discussões; pois, no ponto de vista dos que por ela propugnam, na verdade não se estaria quebrando sigilo algum; mas apenas repassando dados das instituições financeiras para a Fazenda Pública; e, também ela, deveria guardar o respectivo sigilo.

Assim, haveria apenas uma transferência de sigilo. Dos ban-

cos para a Fazenda. Uma transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal.

### 3. Código Tributário Nacional.

O Código Tributário Nacional foi votado como lei ordinária, pois assim se permitia no ordenamento encabeçado pela Constituição de setembro de 1946. Ocorre que foi recepcionado como lei complementar pela Constituição de janeiro de 1967, não cabendo mais alterá-lo pela via ordinária, mas tão-somente pela complementar.

Esta questão suscitou grande interesse, pois o Código Tributário Nacional é de 25 de outubro de 1966, tendo advindo, logo a seguir, uma nova Constituição.

Se a conclusão não fosse afirmativa pela sua recepção, haveria a necessidade de um novo Código.

A Decisão que vai a seguir não é a que primeiro consagrou o entendimento da recepção, mas esclarece o ocorrido, ao analisar outra importante discussão, que foi a da validade da contribuição sobre os lucros das empresas.

O Acórdão, em suma, registra que, mesmo uma lei votada como se ordinária fosse (Código Tributário Nacional), mas recepcionada por um novo sistema constitucional que lhe atribui o jaez de complementar, não pode vir a ser regularmente modificada pela via da legislatura ordinária, simplesmente porque, se assim se fizesse, restaria descumprido o novo comando constitucional:

*“Reconhecido ser o Código Tributário Nacional lei ordinária, mas com força de lei complementar, configura-se hipótese de inconstitucionalidade, e não de ilegalidade, já que usurpada competência reservada pelo Texto Maior àquele diploma. Precedentes do extinto Tribunal Federal de Recursos no julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 89825/Rio Grande do Sul e do Colendo Supremo Tribunal Federal na apreciação do Recurso Extraordinário nº 101084/Paraná. Questão preliminar que, por maioria, é rejeitada. Estabelecendo o art. 35 da Lei nº 7.713/88 que os lucros das pessoas jurídicas, ainda não distribuídos, sofrerão tributação na fonte*

*pelo imposto de renda viola o disposto no art. 43 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), posto que cria nova hipótese de fato gerador, diversa das previstas em texto de maior hierarquia. Em assim estabelecendo, o texto – art. 35 da Lei nº 7.713/88 – violentou o princípio da hierarquia das leis, constitucionalmente estabelecido no art. 59 da Lei Maior. Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação de Mandado de Segurança nº 404947, 1991, Rio Grande do Sul. Pleno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. DJ 16.09.92, p. 28541. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região vol. 12, p. 40. Relator Juiz PAIM FALCÃO. Decisão por maioria.”*

## **AINDA SOBRE A IMPORTÂNCIA DA LEI**

*“Uma Constituição escrita – e assim tenho enfatizado em diversas decisões proferidas nesta Suprema Corte – não configura mera peça jurídica, nem representa simples estrutura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos Povos e das Nações. A Constituição reflete um documento político-jurídico da maior importância, sob cujo império protegem-se as liberdades e impede-se a opressão governamental. A Constituição é a lei fundamental do Estado. Nela repousam os fundamentos da ordem normativa instaurada pela comunidade estatal. A normatividade subordinante que dela emerge atua como pressuposto de validade e de eficácia de todas as decisões emanadas do Poder Público. O estatuto constitucional, na pluralidade dos fins a que se acha vocacionado, reflete o momento culminante da instauração de uma ordem normativa revestida do mais elevado grau de positividade jurídica.”(Trecho do Discurso proferido pelo Ministro CELSO DE MELLO, na solenidade de sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal realizada em Brasília/Distrito Federal, no dia 22 de maio de 1997).*



Por tudo o que vem sendo estudado quanto à legalidade, é pertinente a preocupação demonstrada pelo Ministro CELSO DE MELLO, que, na condição de Presidente do Supremo Tribunal Federal, fez registrar a sua indignação a respeito da impunidade dos crimes transnacionais<sup>27</sup>, falando sobre a ausência de efetiva reação estatal ao desrespeito sistemático das leis. Raciocina o Ministro, dizendo que o descumprimento das leis reduz a autoridade do direito e leva ao descrédito as instituições.

Ora, se é assim, no plano internacional, com a mesma força e indignação, certamente, o será no plano interno.

São as palavras do Ministro, indicando que o hábito de descumprimento normativo acarreta a indignação e a indiferença das populações e leva à derrocada a autoridade do direito, ferindo a própria dignidade de cada um e de todos: *“a existência da impunidade dos crimes transnacionais e a recusa de cooperação na repressão internacional a esses gravíssimos delitos constituem sinal visível de que o Estado não está sendo capaz de realizar plenamente uma das funções para as quais foi instituído. A ausência de efetiva reação estatal ao desrespeito sistemático das leis, por parte daqueles que atuam no âmbito de organizações criminosas transnacionais, traduz omissão que frustra a autoridade do Direito, que desprestigia o interesse público, que gera o descrédito das instituições e que compromete o princípio da solidariedade internacional na repressão incondicional aos delitos que ofendem a*

---

<sup>27</sup> Um dos caminhos de combate à ação internacional criminosa é a permuta de informações, relativizando o sigilo. Seguindo esta linha de raciocínio, cito duas recentes leis brasileiras: a) Lei nº 10.174, de 09 de janeiro de 2001, art. 1: *“A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores.”*; b) Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, alterando o art. 199, do Código Tributário Nacional: *“A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.”*

*consciência universal e o sentimento de decência e dignidade dos povos. Por isso mesmo, a impunidade representa preocupante fator de estímulo à delinqüência, gerando, no espírito do cidadão honesto, o sentimento de justa indignação contra a indiferença ética do Estado, que se revela incapaz ou destituído de vontade política para punir aqueles que transgridem as leis penais.”<sup>28</sup>*

As palavras são fortes, tal como recomenda a gravidade da situação que se constitui com o desrespeito às leis.

A opção pelo abandono da lei é extremamente perigosa. Imagine-se se outras categorias, como, por exemplo, a dos militares (Forças Armadas), viessem a se filiar ao “*direito alternativo*”, partindo para a conclusão de desconsiderar o direito legislado.

Tenho comigo que, ao contrário do que alguns possam imaginar, grande parte dos problemas jurídicos, que, atualmente, assolam o Poder Judiciário, inclusive o Supremo Tribunal Federal, não são aqueles provenientes dos leigos, mas os decorrentes daqueles que têm conhecimento jurídico e deveriam chegar, por si sós, a um consenso.

Esta é a minha insistência: a forma democrática de viabilizar a segurança é a lei, que precisa atender aos limites constitucionais.

Em verdade, há quem acredite que a maior entre as manifestações políticas do Estado é a função de elaborar a lei<sup>29</sup>, pois, tanto a função executiva quanto a judiciária não seriam mais do que de aplicação legal.

Neste quadrante, é de se concordar com HANS KELSEN, que, em sua Teoria Geral do Direito e do Estado, sob o título “Independência dos Juízes”<sup>30</sup>, aponta a similitude entre estas duas funções

---

<sup>28</sup> O texto foi extraído do noticiário do próprio Supremo Tribunal Federal ([www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)), veiculado aos 05 de dezembro de 1998, com o título: *Íntegra do pronunciamento do Ministro CELSO DE MELLO aos participantes do X Congresso Interamericano do Ministério Público – Parte 4.*

<sup>29</sup> Entre as leis, tenho como de especial destaque a Lei Orçamentária.

<sup>30</sup> KELSEN, HANS. Teoria General del Derecho y del Estado. Tradução de EDUARDO GARCIA MAYNEZ. 2ª ed., revisada. México, Editora Imprenta Universitária. 1958, p. 326.

(*executiva/judiciária*), atribuindo a razões históricas a existência das diversas denominações.

Enfim, a lei é um instrumento assecuratório de liberdade, e assim foi reconhecida, por exemplo, no art. 6º da *Declaração de Direitos de 1789*, que diz: “*A liberdade consiste no poder de fazer tudo o que não ofende outrem; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites além daqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo destes mesmos direitos. Estes limites não podem ser estabelecidos senão pela lei.*” (Grifei)

Poder-se-ia pensar que esta afirmação – a lei como um instrumento assecuratório de liberdade – apenas teria incidência para o particular, onde o princípio da legalidade termina por ser resumido na frase “*pode fazer tudo, desde que a lei não proíba*”, e não em relação ao exercício das atividades próprias à Administração Pública, onde a frase seria “*só é permitido fazer aquilo que a lei determina*”.

Ocorre que, tanto na afirmação de que se pode fazer tudo, desde que a lei não proíba; quanto, também, na afirmação de que só é possível fazer aquilo que a lei determina, encontra-se o mesmo espírito, o mesmo fim.

O objetivo é um só, ou seja, o de evitar imposições sem base legal. Assim, o administrador público e o juiz não devem ser avisados como senhores que podem fazer tudo, porquanto sejam servidores da lei.

E não basta atender à legalidade, desvirtuando-a através de interpretações de conveniência e oportunidade. É preciso conformá-la à moralidade e à finalidade administrativas.

Ou, como diz HELY LOPES MEIRELLES, em seu *Direito Administrativo* (obra citada, 15ª ed., ps. 78-79): “*Cumprir simplesmente a lei na frieza do seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do direito e da moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais.*”

Foi neste sentido que o art. 37, da atual Constituição da República Federativa do Brasil, que trata da Administração Pública, ane-

xou, ao princípio da legalidade, princípios como o da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência.

Isto porque não basta a segurança pela aplicação da lei. É necessário que se busque a interpretação que melhor atenda aos interesses sociais.

São tentativas constantes de se fixar expressões objetivas para a realização dos valores.

Feitos todos estes comentários sobre o princípio da legalidade, especialmente verificado no contexto do Brasil, é necessário continuar demonstrando os critérios permeadores das providências objetivas que demarcam o princípio da segurança jurídica.

Antes disto, no entanto, peço que se observe o quanto é importante a estabilidade legislativa. Por vezes, passa-se anos construindo uma jurisprudência sobre uma matéria polêmica, e, quando a mesma começa a dar sinais de pacificação, vem o legislador e a altera, começando tudo de novo.

Também quanto à jurisprudência, embora não haja direito adquirido à manutenção da mesma - pois até a súmula pode ser revista -, na medida em que revela o direito na prática, proclamando uma interpretação como assente, é de ser alterada, se este for o caso, com cautela<sup>31</sup>.

Enfim, a lei e o tempo será o nosso próximo objeto de análise (vide bibliografia em [www.ourem.cjb.net](http://www.ourem.cjb.net) <sup>32</sup>).

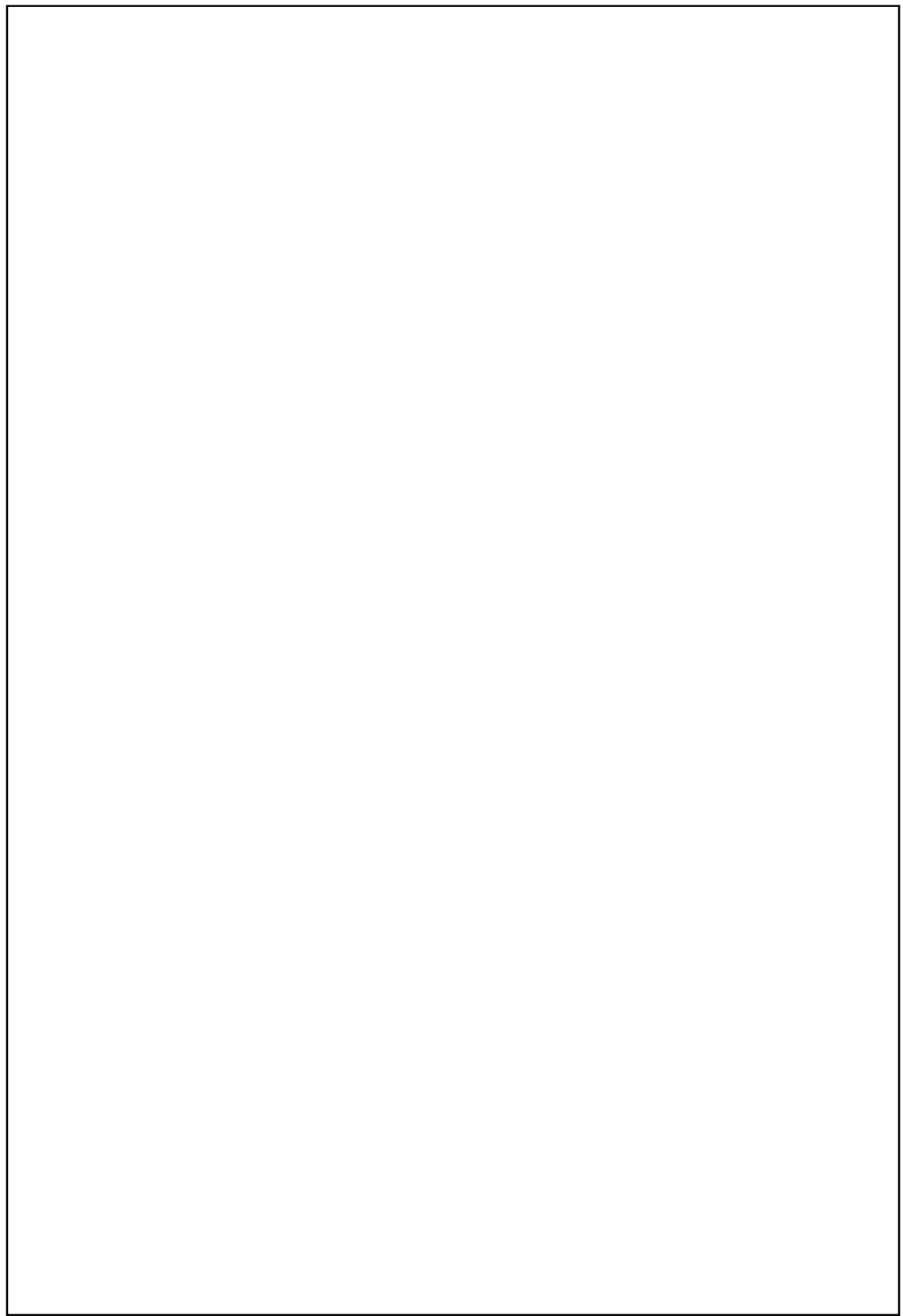
---

<sup>31</sup> Entre as Súmulas do Supremo Tribunal Federal, aponto uma que foi cancelada e outra que vem sofrendo abrandamentos pelo Superior Tribunal de Justiça. A cancelada é a de nº 301. Era a Súmula nº 301: "Por crime de responsabilidade, o procedimento penal contra prefeito municipal fica condicionado ao seu afastamento do cargo por *impeachment*, ou à cessação do exercício por outro motivo." Aquela que vem sendo abrandada pelo Superior Tribunal de Justiça é a de nº 621. É a Súmula nº 621: "Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis." Quanto a esta última, ver o Boletim de Jurisprudência nº 27/92, p. 73, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

<sup>32</sup> Pela extensão das fontes utilizadas, vide Bibliografia em [www.ourem.cjb.net](http://www.ourem.cjb.net).

**JURISPRUDÊNCIA**

---



## **AÇÃO RESCISÓRIA Nº 3.963-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA  
Parte Autora: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC  
Partes Rés: MARIA DE FÁTIMA GONÇALVES LEITE E OUTROS  
Advs./Procs.: DRS. DAURIAN VAN MARSEN FARENA E OUTROS (PARTE A) E MANUEL GUIMARÃES SILVA NETO (PARTE R)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. ABSORÇÃO DE VANTAGEM. PLANO DE CARGOS E CARREIRAS. LEGALIDADE.**

**- Acórdão que restabelece vantagem pessoal nominalmente identificável a qual fora absorvida por Plano de Cargos e Carreiras viola literal dispositivo de lei.**

**- Desde que observada a garantia constitucional da irredutibilidade dos vencimentos, lei nova pode regular as relações jurídicas havidas entre os servidores públicos e a Administração, extinguindo, reduzindo ou criando vantagens, bem como determinando reenquadramentos, transformações ou reclassificações de cargos.**

**- Pedido procedente.**

### **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, por maioria, julgar procedente o pedido, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 16 de junho de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de ação rescisória proposta pela Universidade Federal do Ceará - UFC, com base no art. 485, V, do CPC, objetivando a desconstituição de acórdão proferido, por unanimidade, pela egrégia Terceira Turma deste Tribunal Regional Federal, na Apelação em Mandado de Segurança nº 63.113-CE, que, em voto da lavra do eminente Desembargador Federal Ridalvo Costa, assegurara aos réus o direito ao restabelecimento da vantagem pessoal nominalmente identificada, criada pelo Decreto nº 95.689, de 26.01.1988.

O acórdão rescindendo está assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. VANTAGEM PESSOAL. CANCELAMENTO. DIREITO ADQUIRIDO.

Mandado de segurança visando ao restabelecimento da vantagem nominalmente identificável, de que trata o Decreto nº 95.689/88, que regulamentou a reclassificação das funções gratificadas do PUCRCE, da Lei nº 7.596/87.

Direito adquirido ao recebimento da vantagem concedida de maneira regular. Inexistência de qualquer norma posterior proibitiva, suspendendo o pagamento.”

Alega a autora que a instauração do Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos, pela Lei nº 7.596/87, com a revogação de todas as normas anteriores, implicou completa transformação da sistemática remuneratória dos cargos efetivos e empregos permanentes, como também das funções de confiança, que passaram a integrar o PUCRCE, prevendo que, a partir do enquadramento do servidor no referido Plano, cessaria a percepção de qualquer retribuição nele não expressamente prevista.

Ocorre que, diante da possibilidade da transformação trazer indesejável decréscimo salarial para os servidores atingidos, o



Poder Executivo editou o Decreto nº 95.689/88, cujo art. 5º, § 2º, dispõe: “Na hipótese de a remuneração referente à categoria funcional e nível, considerada para efeito de enquadramento, ser superior à resultante da reclassificação dos servidores no Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos, ser-lhe-á assegurada diferença individual, como vantagem pessoal nominalmente identificável.”

Todavia, destaca a Universidade, os diplomas legais já mencionados foram novamente alterados, com o advento da Lei nº 7.923, de 12.12.89, dispondo que os valores previstos no PUCR-CE encontravam-se, a partir de então, absorvidos nos novos valores trazidos pela novel norma.

Assim, o ato administrativo reclamado fora adotado em conformidade com a Lei Federal nº 7.923/89. É que, na verdade, a Universidade, apesar da edição do citado diploma legal, não providenciou de imediato a cessação do pagamento das vantagens pessoais nominalmente identificáveis, mas isso por uma ilegalidade na conduta do administrador que deixou de dar cumprimento à norma. Entretanto, tal ato pode e deve ser revisto a qualquer tempo, sem necessidade de procedimento administrativo prévio. Esse é o entendimento defendido pela autora da rescisória.

Apresentam contestação os réus Maria de Fátima Gonçalves Leite, Luis Alberto Rodrigues e Ivonilde Mendes Falcão Reis, pugnando pela improcedência do pedido, ao argumento de que não existe qualquer violação a literal disposição de lei no acórdão que ratificara o pleito dos ora réus, na medida em que a supressão da vantagem fora procedida de forma arbitrária, não sendo assegurado aos servidores o contraditório e a ampla defesa, corolários do devido processo legal. Por último, invocam a aplicação da Súmula 343 do STF.

A Procuradoria Regional da República pugna pela improcedência do pedido rescisório.

Ao eminente Revisor.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (Relator):

A questão a ser apreciada consiste em saber se poderia a Universidade Federal do Ceará suprimir dos vencimentos dos réus a vantagem pessoal prevista no art. 5º, § 2º, do Decreto nº 95.689/88.

Note-se que, com a criação do Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos pela Lei nº 7.596/97, foi transformada a sistemática remuneratória dos cargos efetivos e empregos permanentes, assim como as funções de confiança, passando a integrar o PUCRCE, restando estabelecido no § 4º do art. 3º da referida norma, que “a partir do enquadramento do servidor no Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos cessará a percepção de qualquer retribuição nele não expressamente prevista”.

Por outro lado, foi editado o Decreto nº 95.689/88, cujo art. 5º e seus parágrafos, resguardando a possibilidade de haver decréscimo salarial para os servidores atingidos, assim dispunham:

“Art. 5º. Cessa, a partir de 1º de janeiro de 1988, o pagamento de qualquer remuneração ou vantagem que vinham sendo percebidas em conformidade com o Plano único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos, instituído na conformidade da Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, alcançado pelo disposto no art. 3º e seguintes da Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987.

§ 1º Publicado o ato de reclassificação dos servidores a que ser refere este artigo, as respectivas instituições de ensino procederão ao encontro de contas entre a remuneração efetivamente paga e a que passaram a fazer jus, no período compreendido entre 1º de abril de 1987 e a data de publicação do mesmo ato.

§ 2º Na hipótese de a remuneração referente à categoria funcional e nível, considerada para efeito de enquadramento, ser superior à resultante da reclas-

sificação do servidor no Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos, ser-lhe-á assegurada diferença individual, como vantagem pessoal nominalmente identificável.”

Entretanto, adveio a Lei nº 7.923, de 12 de dezembro de 1989, estabelecendo a remuneração dos servidores, evidenciando as rubricas que foram absorvidas pelas novos valores vencimentais. Eis o teor da norma:

“Art. 2º - Em decorrência do disposto nesta Lei, a remuneração dos servidores civis efetivos do Poder Executivo, da Administração Direta, nos extintos Territórios, nas Autarquias, excluídas as em regime especial, e nas instituições federais de ensino beneficiadas pelo art. 3º da Lei 7.596, de 10 de abril de 1987, é a fixada nas Tabelas dos Anexos I a XIX desta lei.

.....  
§ 2º A partir de 1º de novembro de 1989, ficam **absorvidas pelas remunerações constantes das Tabelas anexas a esta Lei as gratificações, auxílios, abonos, adicionais, indenizações e quaisquer outras retribuições que estiverem sendo percebidas pelos servidores alcançados por este artigo.**” (Grifo nosso)

Ainda no que diz respeito às funções de confiança, a Lei nº 8.216, de 13 de agosto de 1991, no seu art. 3º, previu o seguinte:

“Art. 3º - Os valores de vencimentos dos servidores beneficiados pelo art. 3º da Lei nº 7.956, de 10 de abril de 1987, e dos Cargos de Direção e Funções Gratificadas, de que trata a Lei nº 8.168, de 16 de janeiro de 1991, são os constantes dos Anexos III a VI desta Lei.”

Tem-se que a Administração Pública, observados os limites ditados pela Constituição Federal, atua de modo discricionário ao instituir o regime jurídico de seus agentes e ao elaborar novos Planos de Cargos e Carreiras. Portanto, uma lei nova pode regular as relações jurídicas havidas entre os servidores públicos e a Admi-

nistração, extinguindo, reduzindo ou criando vantagens, bem como determinando reenquadramentos, transformações ou reclassificações de cargos, desde que observada a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, mesmo porque o regime estatutário que rege as relações jurídicas entre o servidor público e a Administração não tem natureza contratual, o que afasta a idéia de imutabilidade das situações jurídicas.

Como se sabe, nas relações contratuais, direitos e obrigações recíprocos, constituídos nos termos e no momento em que fora avençado, são inalteráveis, unilateralmente, e passam a integrar de imediato o patrimônio jurídico das partes envolvidas, aí sim, gerando, desde logo, direitos adquiridos em relação a eles. Diferentemente, na função pública, composta sob a égide estatutária, o Estado, ressalvadas as disposições constitucionais impeditivas, deterá o poder de alterar, legislativamente, o regime jurídico de seus servidores, inexistindo a garantia de que sempre continuarão disciplinados pelas disposições vigentes quando do seu ingresso. Nesse panorama, benefícios e vantagens, previstos anteriormente, podem ser posteriormente suprimidos. Bem por isto, os direitos que deles derivem **não** se incorporam ao patrimônio jurídico do servidor (rotulando-se como direitos adquiridos), do mesmo modo que nele se agregariam caso se tratasse de uma relação contratual.

De outro lado, diante da seqüência normativa, elencada inicialmente, não resta dúvida de que a supressão imputada aos servidores foi o resultado da necessária conduta administrativa de modo a consagrar a submissão da Administração ao cânone da legalidade. Ao agir em consonância com a lei que lhe serviu de arrimo, a Universidade Federal do Ceará interferiu apenas para cumprir o seu dever.

Com efeito, não houve ilegalidade ou abuso de poder, como sustentam os réus na contestação. Na verdade, houve o cumprimento do dever. Também não foi arbitrária a supressão, vez que amparada em dispositivo legal. Ainda, quanto à inexistência de devido processo legal, via de regra, entendendo que, pretendendo a Administração Pública suprimir uma vantagem que entenda estar sendo indevidamente paga aos seus servidores, não se faz necessária a instauração de processo administrativo em que sejam

observados o contraditório e a ampla defesa. Não há, na hipótese, qualquer dúvida fática a superar, portanto não vislumbro a imprescindibilidade do procedimento reclamado, haja vista que à Administração cabe cumprir a lei.

De irregularidade não se cuida quando a nova legislação que disciplina a remuneração dos servidores absorveu antigas vantagens para observar os dispositivos legais. Enfim, se a nova lei determinou um novo plano de cargos e salário, não há que se cogitar da continuação do pagamento de vantagem por ele absorvida.

O fato da Universidade não ter, de imediato, procedido à absorção prevista na lei, não significa que está impedida de fazê-lo oportunamente. Não há que se falar em preclusão administrativa mesmo porque a Administração Pública tem o poder-dever de rever seus próprios atos, anulando os ilegais e revogando os inconvenientes. Para tanto, não tinha prazo. Entretanto, não se ignora o advento da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), que fixou o prazo decadencial de 05 (cinco) anos para anulação de ato que tenha gerado efeitos favoráveis aos destinatários (art. 54). Entretanto, essa norma não alcança a hipótese vertente porque editada posteriormente ao ajuizamento da ação. Assim, improsperável a intercorrência da prescrição.

Convém, finalmente, reiterar que a Universidade Federal do Ceará, observando o princípio da autotutela administrativa, manejara prerrogativa intrínseca à Administração Pública ao exercitar seu “poder-dever” no trato da coisa pública.

Com essas considerações, julgo procedente o pedido da ação rescisória para desconstituir o acórdão de que se cuida e, em sede de novo julgamento, dar provimento à apelação da UFC e à remessa, denegando a segurança impetrada.

Condeno os réus em honorários advocatícios que fixo em R\$ 300,00 (trezentos reais).

É como voto.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 52.083-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA  
Agravante: UNIÃO  
Agravado: JOSÉ SIMPLÍCIO DA SILVA  
Adv./Proc.: DRA. SYLVIA FÁTIMA CAVALCANTI DE CARVALHO DA FONTE (AGRDO.)

**EMENTA: EXECUÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. APRESENTAÇÃO DE FICHAS FINANCEIRAS DOS INSTITUIDORES DE PENSÃO. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. FAZENDA PÚBLICA. DESCABIMENTO.**

**- A natureza das astreintes e sua finalidade de influir no ânimo do devedor a torna instrumento incompatível com as execuções contra a Fazenda Pública.**

**- Agravo de instrumento provido.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicada, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 16 de março de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

### RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Insurge-se a União Federal contra decisão interlocutória de fls. 39 que, em sede de execução, mandou citar a agravante para cumprir a obrigação de fazer, contida no título executivo, no prazo de 10 (dez) dias, bem como fixou em R\$ 200,00 (duzentos reais) a mul-

ta pecuniária por dia de atraso no cumprimento da obrigação exequendo.

A obrigação de fazer consiste na concessão do direito à cumulação de pensão de ex-combatente com o benefício previdenciário.

Pugna pela reforma da decisão monocrática sustentando, em síntese, a impossibilidade de aplicação da multa diária inserta no artigo 644 do CPC contra a Fazenda Pública.

O agravo de instrumento foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Regularmente intimada, a parte agravada não contraminutou.

É o relatório.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (Relator):

A questão que aqui se disputa versa sobre o cabimento das *astreintes* contra a Fazenda Pública para constrangê-la ao cumprimento de obrigação de fazer.

É certo que a decisão adotada pelo magistrado de primeiro grau não se pode ter como desarrazoada, até porque se coloca em consonância com respeitáveis opiniões.

A tese oposta, porém, além de contar com maior número de seguidores, me parece a que melhor se adequa ao sistema jurídico brasileiro.

Ressalte-se, de logo, que o assunto não encontra resposta direta em dispositivo legal, dado que aqueles que prevêm as *astreintes* não descem ao detalhe de prescrevê-la ou vedá-la quando em jogo o cumprimento de obrigações pelo poder público. A solução, portanto, há de ser buscada no exame da essência do instituto, perscrutando-lhe a finalidade e o sentido.

A fixação de multa diária tem o nítido objetivo de constranger o devedor a cumprir a obrigação. Visa minar-lhe a resistência, afastar a teimosia, dobrar-lhe a têmpera. Pressupõe, portanto, o ânimo de resistir ao cumprimento da obrigação e ânimo, resistência, tei-

mosia, são atributos das pessoas físicas.

Condenada a pessoa a cumprir obrigação de fazer, máxime as personalíssimas (pintar um quadro, dar uma aula, etc.), é lícito ao juiz que não pode forçar o devedor a movimentar-se fisicamente no sentido de fazer o que o comando da sentença lhe determinou, e porque não é dado ao Estado juiz, salvo nas lides penais, agir com violência, mesmo que dirigida à obtenção de resultado justo, prescreveu a lei o uso de coação que vise o dito “órgão mais sensível do corpo humano, a saber, o bolso”.

Não tem as *astreintes* o sentido punitivo, dado que este é alcançado pelos juros moratórios e pela multa comum. A incidência repetida e cumulativa das *astreintes* lhe denunciam a destinação. Também não guardam relação com eventual recomposição do patrimônio do devedor desfalcado com o atraso, objetivo de que cuidam os juros remuneratórios, as indenizações, a correção monetária e outros.

Definida a finalidade e a natureza das *astreintes*, fácil é de ver-se seu descabimento quando em jogo o cumprimento de obrigação pelo Estado, principalmente quando o cumprimento exige recursos financeiros nem sempre existentes. Houvesse, na hipótese, a demonstração de que o descumprimento decorre de má vontade do administrador e penso defensável a tese da aplicação de multa ao desidioso. Mas disso não se cogita.

A fixação da multa, sobre ser imprópria, eis que não está em jogo a influência psicológica no ânimo da administração, que de resto nem ânimo tem, é inútil, porquanto as dificuldades que determinavam o descumprimento não desaparecem com a punição. O que se tem verificado é a repercussão das multas em estranha e indevida transferência de recursos públicos para os particulares. Efetivamente executadas ao final as multas, quando a administração venha a finalmente cumprir a obrigação, dar-se-á enriquecimento sem causa do exequente em detrimento da coletividade, posto que os recursos públicos são recursos de todos e de cada um. Os valores objeto das multa se retiram da receita tributária que financiaria serviços e obras públicas.

A meu sentir, a fixação da multa funciona na prática para minimizar a revolta do juiz, irresignado com impotência da Justiça em



tornar efetivos seus comando a tempo e modo e consolar o vencedor, injuriado com o atraso em receber o bem de vida que a decisão judicial lhe assegurou.

É gravíssimo o problema e o Judiciário tem que ser dotado de mecanismos eficazes para assegurar o cumprimento das sentenças. Este é um dos maiores desafios do Judiciário. A multa, porém, nem é eficaz, nem justa, nem encontra base no sistema jurídico vigente.

Por isso mesmo, pedindo vênias antecipadas aos que divergem deste entendimento, dou provimento ao agravo de instrumento, para afastar a multa diária fixada pela decisão hostilizada.

É como voto.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 55.144-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO  
Agravante: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE - UFS  
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Advs./Procs.: DRS. PAULO CELSO RÊGO LEO E OUTROS  
(AGRTE.)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. DESTITUIÇÃO DE REITOR QUE SE APOSENTOU NO DECORRER DE SEU SEGUNDO MANDATO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESCABIMENTO.***

***- Agravo de instrumento intentado contra decisão que, em sede de ação civil pública, deferiu medida liminar para determinar a imediata destituição do Reitor da universidade recorrente de seu cargo, em razão de sua aposentadoria ter ocorrido no decorrer do seu segundo mandato.***

***- Descabido se invocar a competência do STF para apreciar a presente demanda, eis que o ato impugnado – aposentação do mandatário máximo da instituição de ensino agravante e sua permanência no cargo de Reitor – não é da alçada***

*do Presidente da República.*

*- A propositura da ação em referência apresenta-se, ao menos neste exame prefacial, impertinente, pois – configurando a ação civil pública evidente exceção aos princípios da iniciativa das partes e do dispositivo – apenas tem cabimento nas hipóteses taxativamente previstas no art. 1º da Lei nº 7.347/85, que não se verificam na espécie.*

*- Ainda que se invocasse o cabimento da ação em comento com o escopo de se tutelar o interesse público, não se poderia olvidar de demonstrar que o ato impugnado estava a violar interesses transindividuais concernentes a sujeitos indeterminados, como se dá, v.g., nas relações de consumo, na tutela ao meio ambiente e ao patrimônio cultural do País, o que não foi feito na hipótese.*

*- Ademais, in casu, a destituição do reitor de seu cargo nos últimos meses de seu mandato representa uma ameaça maior ao interesse público que a sua manutenção, por implicar interrupção de uma política de gestão que vem sendo desenvolvida em universidade pública por mais de 7 anos.*

*- Agravo de instrumento provido. Agravo regimental prejudicado.*

### **ACÓRDÃO**

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

Recife, 1º de julho de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Desafia-se por agravo de instrumento decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara/SE que, nos autos da Ação Civil Pública nº 2004.85.00.0445-3, concedeu medida liminar para determinar a destituição do Sr. José Fernandes de Lima do cargo de Reitor da Universidade Federal de Sergipe, ora recorrente.

A ação em referência foi proposta pelo Ministério Público Federal, sob a alegação de que o Reitor da universidade agravante não mais poderia continuar exercendo as funções inerentes ao referido cargo, porquanto havia se aposentado no exercício de seu segundo mandato, desligando-se, por conseguinte, dos quadros funcionais daquela instituição de ensino superior. Apontou que a sua permanência no cargo em questão estaria a ferir os arts. 37, V, da Constituição Federal, 16, I, parágrafo único, da Lei nº 9.192/95, e 1º, I, do Decreto nº 1.916/96.

O insigne Julgador monocrático acolheu a tese esposada na ação que subjaz a este agravo de instrumento, entendendo que professor aposentado não poderia ser investido na condição de Reitor ou mesmo permanecer no exercício desse cargo, já que não é mais ocupante de cargo público.

Irresignada com esse *decisum*, a agravante intenta o presente recurso, apontando, preliminarmente, a incompetência do juízo para analisar a demanda, já que, incumbindo ao Presidente da República nomear e destituir reitores de seus cargos, a competência para apreciar o litígio seria do Supremo Tribunal Federal, a teor do que estatui o art. 102, I, d, da Constituição Federal.

No mérito, sustenta que, se o professor preencheu, quando da investidura no cargo em questão, os requisitos previstos em lei, não poderia ser destituído do cargo em momento posterior, mormente porque a legislação aplicável ao caso não exige a permanência dessas exigências no decorrer do mandato.

Às fls. 138/140, deferi o pedido de efeito suspensivo ao recurso, por entender que o interesse em questão não parece viabilizar a propositura de ação civil pública.

Contra essa decisão, o Ministério Público Federal maneja agravo regimental, ao argumento de que é parte legítima para atuar na defesa do patrimônio público e dos princípios constitucionais da administração pública, dentre os quais, o da legalidade e o da moralidade. Acrescenta que não se pode olvidar que a atuação do MPF no caso em questão deve-se à ilegalidade na permanência de servidor em cargo público eletivo de Reitor de universidade pública, que, em seu entender, desperta o controle jurisdicional da legalidade dessa ocupação.

Por fim, alega que não são plausíveis as alegações da recorrente, pois os requisitos necessários ao desempenho de um mandato eletivo devem se fazer presentes durante todo o período estipulado para o seu exercício.

Não foi apresentada contraminuta no decêndio legal.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Rechaço, desde logo, a alegação da agravante de que a competência para apreciar a presente demanda seria do excelso Pretório, pois o ato impugnado – aposentação do mandatário máximo da instituição de ensino recorrente e sua permanência no cargo de Reitor – não é da alçada do Presidente da República. Apenas seria competente a Corte Suprema se o ato vergastado fosse a nomeação ou mesmo a recondução do Sr. José Fernandes de Lima ao cargo em questão, eis que estes atos, a teor do que dispõem os arts. 16, I, da Lei nº 9.192/95, e 23 do Estatuto da UFS, são de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo Federal.

Superada a preliminar aventada pela recorrente e restando patente a competência da Justiça Federal para analisar a quizila (art. 109, I, da CF/88), passo ao exame da questão.

Ao apreciar o pedido de efeito suspensivo ao recurso, assim me pronunciei (fls. 138/140):

“Vislumbro a relevante fundamentação do recurso.

No ordenamento jurídico vigente, a ação civil pública viabiliza o exercício do direito de ação pelo Ministério Público, entidade ou pessoa jurídica determinada em lei, quando se tenha por propósito a proteção do patrimônio social ou cultural, do meio ambiente, dos direitos do consumidor, da ordem econômica, urbanística e da economia popular e, por fim, de outros interesses difusos e coletivos.

Com efeito, pela natureza que ostenta – ação de conhecimento de caráter condenatório que representa uma intervenção do Estado na ordem jurídica –, a ação civil pública apenas pode ser utilizada nos casos expressamente previstos em *numerus clausus* no art. 1º da Lei 7.347/85, notadamente porque representa uma exceção aos princípios da iniciativa da parte e do dispositivo, vigentes no processo civil brasileiro.

Ao menos neste exame prefacial – típico das tutelas de urgência –, não consigo enquadrar a situação versada nos autos em quaisquer das hipóteses suso transcritas, especialmente porque não há notícias de que o ato que se pretende desconstituir tenha causado lesão ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio cultural, à ordem urbanística e econômica, à economia popular, nem tampouco a qualquer interesse difuso ou coletivo, conforme restará a seguir explanado.

Por outro lado, reconheço que, fazendo-se uma interpretação extensiva das normas contidas naquele dispositivo legal, poder-se-ia chegar à conclusão de que ao *Parquet* é dado propor ação civil pública quando reste patente a afronta a interesses públicos, que, pela sua natureza, tenham especial abrangência ou repercussão social.

Decerto, talvez tenha sido essa a ilação a que chegou o Ministério Público Federal quando da propositura da ação civil pública em referência, já que afirma, em sua peça exordial, que a situação versada nos autos, supostamente irregular, afetaria a forma

como é conduzida a organização do ensino superior, acarretando danos à sociedade como um todo. Todavia, consoante defende Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>1</sup>, 'o objeto tutelado na Lei nº 7.347/85 não é propriamente o interesse público (nesse sentido de interesse de todos à boa gestão de valores socialmente relevantes, como a saúde, a segurança, a **educação** etc), e sim o interesse metaindividual concernente a sujeitos indeterminados, como se dá nas relações de consumo, na tutela ao meio ambiente e ao patrimônio cultural do País'. Por certo, o mero ajuizamento da ação com o propósito genérico de proteger a sociedade não ensejaria o cabimento da ação civil pública, mormente quando não se verifica, tal como se demonstrará mais adiante, o dano que vem sendo causado a interesses transindividuais.

Ademais, cumpre ressaltar que esse interesse público que legitima a propositura da ação civil pública deve ser observado com temperamentos, especialmente quando se cuida de hipóteses em que a desconstituição do ato impugnado na ação pode representar uma ameaça maior ao interesse público do que a sua manutenção. Essa é a situação tratada nos autos, em que a destituição do Reitor de seu cargo poderia acarretar prejuízos irreparáveis às atividades administrativas da própria universidade, interrompendo uma política de gestão que vem sendo implementada por mais de 7 (sete) anos.

Além disso, o ato de aposentação do Reitor ocorreu desde 10/10/2001 (cf. fls. 124), de forma que, a princípio, mostra-se temerário o seu afastamento do cargo nos últimos meses de seu mandato, notadamente porque não há notícias nos autos de quaisquer irregularidades ou atos de improbidade admi-

---

<sup>1</sup> *In Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, 8ª ed, 2002, p. 54.

nistrava de sua autoria que viessem reforçar a necessidade imperiosa de sua imediata destituição da função que vem desempenhando.

Corroborando o entendimento ora esposado, transcrevo excerto da doutrina de Rogério Lauria Tucci: 'O MP somente pode utilizar o importante instrumento de tutela de interesses públicos e sociais relevantes nos casos expressamente previstos em lei. E, mesmo assim, dada a excepcionalidade de sua atuação, mediante a ação civil pública, quando, a par do suporte legal, seja oportuna e conveniente a sua propositura, que deverá concretizar-se objetivamente (...)'.<sup>2</sup>

Com essas considerações, **defiro** o pedido de efeito suspensivo ao recurso.”

Adoto, por razões de decidir, os mesmos fundamentos expostos no ato judicial suso transcrito. É que, por configurar evidente exceção ao princípio da iniciativa das partes – na medida em que se concede, por seu intermédio, legitimidade a determinados entes públicos para que atuem na defesa de interesses que não lhes são próprios –, a ação civil pública apenas tem cabimento nas hipóteses taxativamente previstas no art. 1º da Lei nº 7.347/85.

Como no caso em análise não se vislumbra, ao menos neste exame prefacial permitido em sede de agravo de instrumento, a ofensa a quaisquer dos interesses protegidos no referido dispositivo legal – eis que a situação que se pretende desconstituir não está, ao que parece, causando danos ao patrimônio público, social e cultural, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou econômica ou mesmo a interesses difusos ou coletivos –, apresenta-se descabida a propositura da ação em questão.

Entendo não ser oportuna a invocação aos princípios que regem a Administração Pública, notadamente o da legalidade e o da moralidade, para se defender o cabimento da ação em debate, pois a violação a esses princípios, insculpidos no art. 37, *caput*,

---

<sup>2</sup> Ação Civil Pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público, *in* Ajuris 56, p. 49.

da Lei Magna, apenas ensejaria a sua admissibilidade se patente a presença de atos ímprobos ou mesmo se restassem transgredidos quaisquer dos interesses protegidos no preceito legal em referência, o que não é o caso dos autos.

Reconheço, em contrapartida, que, em se realizando uma interpretação extensiva da norma contida no art. 1º da Lei nº 7.347/85, poder-se-ia chegar à ilação de que a ofensa a interesses públicos – que, pela sua essência, tenham peculiar repercussão social – renderia ensanchas à aceitabilidade da ação em debate, tal qual parece ter ocorrido *in casu*. Entrementes, não é qualquer interesse público que é objeto de tutela pela Lei nº 7.347/85, mas sim o interesse transindividual concernente a número indeterminado de pessoas, como se verifica, *v.g.*, na tutela ao meio ambiente.

Na espécie, o Ministério Público Federal, ao que se observa, propôs a ação em debate sob o argumento de que o ato supostamente irregular estaria a afrontar o modo como é conduzida a organização do ensino superior, acarretando, por conseguinte, danos à sociedade como um todo (cf. fls. 22). A meu ver, porém, esta não seria hipótese que encontra amparo na legislação em referência, porquanto o ajuizamento de ação civil pública com o propósito genérico de proteger a sociedade em sua totalidade não enseja o cabimento da ação em questão, notadamente quando não resta caracterizado, *in concreto*, o dano que vem sendo causado a interesses metaindividuais.

Além disso, quando a ação civil pública tem por escopo a proteção de interesses públicos, deve-se perquirir se a desconstituição do ato que motivou o seu ajuizamento não causaria danos de maior monta ao interesse público supostamente tutelado que a sua manutenção, pois, em assim ocorrendo, a pretensão buscada com a sua propositura se esvaziaria por completo. Essa é a situação debatida nos autos em referência, eis que o afastamento do Reitor de seu cargo acarretaria prejuízos irreparáveis às atividades administrativas da universidade, por fazer cessar abruptamente a forma como vem sendo gerida, por mais de 7 (sete) anos, a instituição de ensino recorrente.

Demais, deve-se ter em vista que a destituição do Reitor de seu cargo nos últimos meses de seu mandato – que, evidencio,



findará em novembro do ano em curso – apresenta-se precipitada, especialmente porque, em que pese o seu ato de aposentação ter-se verificado desde 10/10/2001, não há notícias nos autos do cometimento de quaisquer atos irregulares ou ímprobos que viessem demonstrar a necessidade impreterível de seu afastamento imediato da função que vem desempenhando por longos anos.

Por estas razões, não restando caracterizada a aparência do bom direito do MPF, dou provimento ao agravo de instrumento e julgo prejudicado o agravo regimental, revogando a liminar concedida pelo douto Juiz Federal da 3ª Vara/SE nos autos da ação em referência.

É como voto.

### **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 46.697-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Agravante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF  
Agravado: AUDEMARO NOVAIS CALHEIROS  
Advs./Procs.: DRS. EVERALDO JOSE LYRA DE ALMEIDA E OUTROS (AGRTE.) E ANTHONY FERNANDES OLIVEIRA LIMA (AGRDO.)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CHAMAMENTO AO PROCESSO. CITAÇÃO DE TERCEIRO NÃO DETERMINADA PELO JUÍZO. DESENTRANHAMENTO DA CONTESTAÇÃO. A DISCUSSÃO ACERCA DO INGRESSO E DA LEGITIMIDADE DE TERCEIRO EM SEDE RECURSAL É IMPRÓPRIA, POIS EXORBITA OS LIMITES DA DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO INOMINADO IMPROVIDO.***

### **ACÓRDÃO**

Vistos etc, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento ao agravo inominado, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e no-

tas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 3 de fevereiro de 2004 (data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

A Caixa Econômica Federal agravou inominadamente contra decisão da lavra do ilustre Desembargador Federal José Batista de Almeida Filho, que denegou efeito suspensivo ao agravo de instrumento, formulado com objetivo de reverter decisão do juiz monocrático que determinou o desentranhamento da contestação apresentada pela EMGEA (Empresa Gestora de Ativos), por entendê-la como terceiro estranho à relação processual, vez que não fora citada.

Alega a agravante que por meio de instrumento particular de cessão de crédito, cedeu à EMGEA diversos créditos imobiliários (acrescidos dos acessórios), dentre os quais o que figura como objeto da presente demanda. Esclarece que o contrato de cessão teve por base o art. 9º da MP n.º 2.196-1, de 28 de junho de 2001. Assim, sustenta que a EMGEA passou à condição de credora do crédito discutido nos autos, adquirindo, por conseguinte, legitimidade para atuar como ré na ação.

É o relatório.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Mantenho o entendimento do ilustre Desembargador Federal Dr. José Batista de Almeida Filho (fls. 52/53), que entendeu pela não inclusão da empresa EMGEA na relação processual:

“A legitimidade ou não da EMGEA para figurar na relação processual como parte não foi matéria tratada na decisão

impugnada, que versou apenas acerca da manutenção ou não nos autos da inoportuna contestação apresentada pela novel empresa, que não comungava da relação processual inicialmente proposta pelo autor da demanda, tampouco para o seu ingresso se fez uso de quaisquer dos institutos processuais a respeito da intervenção de terceiros, o que efetivamente não se coaduna com as normas processuais em vigor, cabendo ao juiz impedir tal ato.

Não houve, portanto, trato a respeito da legitimidade *ad causam* da EMGEA ou da CEF, e a discussão sobre esta matéria é imprópria ao presente instrumento, pois exorbita os limites da decisão impugnada.

Apesar de ser hábito do atual Governo, à semelhança das Agências Reguladoras, é até mesmo duvidosa a criação da sobredita empresa por meio de Medida Provisória, cuja finalidade, por definição constitucional, é a de regular matérias de caráter relevante e urgente, sendo suscetível de ser infirmada desde o início pelo Congresso Nacional a qualquer momento, dentro do prazo em que deve apreciá-las. Daí a lapidar lição do festejado administrativista Celso Antonio B. de Mello sobre a matéria, que assim assinala:

‘Importa, ademais, que as medidas provisórias não contenham em si providências incompatíveis com sua natureza efêmera, precária e de eficácia suscetível de ser suprimida retroativamente, *ab initio*. Disto decorre que através delas não se pode pretender mais do que o indispensável para o atendimento do resultado que as justifica. Logo, não podem extinguir situações ou relações jurídicas cuja suspensão bastaria para assegurar o benefício ou impedir o malefício que, em caráter emergencial, é necessário obviar de imediato. Assim também, e por igual razão, não podem ser extintos órgãos ou pessoas administrativas, já que supressão é ato de caráter definitivo, excedente, pois, da índole precária inerente a medidas que o próprio texto denomina de provisórias. Em suma – e nisto reside sua caracte-

rística essencial -, as medidas em apreço nada mais podem representar senão providências indispensáveis para enfrentar situações emergentes, anômalas, excepcionais, que demandariam solução imediata até que o Congresso delibere sobre o assunto e lhes dê a disciplina adequada, caso julgue que efetivamente reclamam tratamento próprio e específico. Note-se que o Legislativo é que é credenciado para aferir conclusivamente sobre a conveniência da adoção das medidas e o teor delas. (Mello, Celso Antonio Bandeira, Curso de Direito Administrativo, ed. Malheiros, 14ª ed. 2002)'.

A despeito de afirmar que 'a EMGEA comparece ao presente feito representada pela Caixa Econômica Federal' (fls. 08), a inusitada e juridicamente questionável representação prevista no art. 11 da MP 2196-3, de 24/09/01, se possível, não autoriza a agravante defender, em nome próprio, os interesses de sua 'representada', Empresa Gestora de Ativos (EMGEA), uma vez que a personalidade jurídica desta não se confunde com a daquela.

Em conclusão, o princípio da instrumentalidade não deve ser visto como meio para que as partes possam, ao seu bel prazer, decidir sobre o momento e forma adequados de ingressar na relação processual, sob pena de se instalar no processo incontornável desordem. De tal sorte, prejuízo algum traz à agravante a observância, pela EMGEA, do regular procedimento de ingresso na relação instaurada; antes, em prol delas mesmas é que tais normas devem ser observadas.

Indefiro o pedido de efeito suspensivo requestado".

Com estas considerações, nego provimento ao agravo inominado.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO  
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 56.532-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
Agravante: TNL PCS S/A  
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Advogados: DRS. CARLOS KOCH CARVALHO NETO E OUTROS (AGTRE.)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. TELECOMUNICAÇÕES. TELEFONIA CELULAR. FALTA DE LOJAS DE ATENDIMENTO AO CLIENTE. PREJUÍZOS AO CONSUMIDOR. OCORRÊNCIA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.***

***- Ação civil pública que objetiva a criação por parte da concessionária do serviço público de lojas de atendimento aos usuários, ao invés da prestação pela forma "Call-Center".***

***- A Resolução nº 316, de 27 de setembro de 2002, que regulamenta o serviço móvel pessoal – SMP –, no Capítulo IV, do Atendimento aos Usuários, em seu art. 82, determina expressamente que "A prestadora deve tornar disponível o acesso telefônico gratuito a setor de informação e de atendimento ao usuário, bem como divulgar os endereços dos postos de atendimento públicos".***

***- A inexistência de postos de atendimento ao público configura, inequivocamente, prejuízo ao usuário, de modo a possibilitar além do ajuizamento da ação civil pública, a manutenção da decisão agravada, apenas com a ressalva que os postos de atendimento público não seriam somente e especificamente, para os fins de rescisão contratual, mas de quaisquer questões ligadas à prestação dos serviços pela agravante.***

- *Ausência prima facie de motivos a ensejar a reforma pretendida pela ora agravante.*
- *Agravo regimental improvido.*

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Segunda 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, 24 de agosto de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão de minha lavra, na qual deneguei o efeito suspensivo ao agravo. Insurge-se TNL PCS S/A, alegando que não é prestadora de serviço móvel celular – SMC, e que sim opera apenas como serviço móvel pessoal – SMP, recebendo disciplinamento legal diverso; com serviço de atendimento ao cliente, denominado “call center”, alega ainda que tal sistema é eficiente e sem demoras, e que substitui bem as “deficientes” lojas de atendimento aos clientes, no agravo regimental de pág. 228, pugnando pela reforma do mesmo, para suspender os efeitos da decisão.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Cuida-se de agravo regimental contra decisão da minha lavra, na qual deneguei o efeito suspensivo requerido ao presente agravo. Insurge-se TNL PCS S/A, alegando, em síntese, que não é prestadora de serviço móvel celular – SMC, e que sim opera apenas

como serviço móvel pessoal – SMP, recebendo disciplinamento legal diverso; com serviço de atendimento ao cliente, denominado “call center”, alega ainda que tal sistema é eficiente e sem demoras, e que substitui bem as “deficientes” lojas de atendimento aos clientes, no agravo regimental de pág. 228, pugnano afinal pela reforma da decisão agravada.

Assim se houve a decisão agravada, *in verbis*:

“Rh.

Não se identificando, ao mesmo *prima facie*, hipótese que autoriza negar-se seguimento ao presente recurso (art.557, CPC), o recebo.

Cuida-se de agravo de instrumento contra decisão do MM. Juiz Federal Agapito Machado, da 4ª Vara/CE, que na Ação Civil Pública nº 2004.81.00.009881-5, deferiu a liminar requerida, determinando à TNL PCS S/A que: ‘I) instale pontos com fins exclusivos de rescisão contratual com atendimento pessoal, além do sistema “call center”, fornecendo aos consumidores comprovantes do pleito de rescisão, bem como, dê publicidade ao serviço ora posto à disposição dos consumidores; II) comprove documentalmente o cumprimento da medida antecipatória, no prazo de 10 dias’, fixando, ao final, a multa diária de R\$ 10.000,00, no caso de descumprimento desta decisão, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.”

Sustenta a TNL PCS S/A, agravante, em suas razões de agravo, a inteira improcedência das razões declinadas pelo *Parquet*, em síntese, pelos seguintes fatos:

a) equívoco nas premissas adotadas para o deferimento da liminar, argüindo que:

- na verdade, a agravante não é exploradora do serviço móvel celular (SMC) regida pelo Decreto 2.056/96, e sim exploradora do serviço móvel pessoal (SMP) regida pela Resolução 316/2002 da ANATEL;
- jamais possuiu lojas de atendimento, sendo todos os tipos de serviços de assistência aos usuários prestados, sempre, via atendimento telefônico, pelo

sistema *call center*, assessorados por supervisores e gerentes, daí porque não houve qualquer alteração a forma de atendimento, sendo o Juiz singular induzido ao erro;

- por jamais ter tido lojas de atendimento aos usuários, estes, ao celebrarem seus contratos com a Operadora agravante, já estavam cientes de que o atendimento era feito pela forma *call center*; razão pela qual jamais vendeu aos seus clientes um serviço que tivesse como característica secundária o atendimento pessoal em lojas destinadas a esta finalidade;

- inexistente nos autos onde mora o despacho agravado qualquer prova da ineficiência do sistema de atendimento *call center*;

b) inexistência de obrigação legal que determine a instalação de postos de atendimento aos usuários, e ainda, que nenhuma das condições impostas pelo legislador como necessárias à qualificação de um serviço como adequado foi desrespeitada pela agravante;

c) que somente por meio de prova pericial, medições, auditorias etc., poderia comprovar a alegada ineficácia do sistema;

d) que a única diferença do sistema *call center* em relação ao sistema de postos é que naquele sistema o usuário não estaria vendo a face do atendente, sendo todas as demais questões passíveis de serem resolvidas via telefone, com a vantagem de que o usuário não precisaria abandonar o seu lar ou o seu trabalho, nem mesmo necessitaria enfrentar filas para receber um atendimento absolutamente idêntico àquele dispensado através do *call center*;

e) que as ligações para a Central de Atendimento da agravante são inteiramente gratuitas;

f) que todos os contratos telefônicos recebidos na Central de Atendimento são rigorosa e minuciosamente registrados e fornecidos números de protocolo aos usuários;



g) que o atendimento *call center* é imensamente mais célere e imensamente mais adequado às pessoas de idade avançada, humildes e de reduzido poder aquisitivo;

h) que a agravante envia à ANATEL, mensalmente, os dados referentes aos indicadores de qualidade no atendimento aos usuários, cujas metas a serem obedecidas foram estipuladas pela própria Agência Reguladora, acrescentando que vem cumprindo com margem de eficiência as metas referentes às respostas, em até 5 dias úteis, das reclamações solicitadas pelos usuários em 98,91% dos casos, quando a exigência de atendimento às reclamações é de 95%;

i) que o sistema de atendimento utilizado pela agravante é objeto de periódicas auditorias por parte da INMETRO.

Requerida a concessão de efeito suspensivo ao presente agravo, cumpre analisar a presença de seus requisitos autorizadores.

É de inicialmente ressaltar-se, independentemente do denunciado na inicial da ação civil pública que em tese embasou o despacho ora agravado que, no tocante à qualidade do serviço de atendimento, a própria agravante junta aos autos documentos que, em princípio, atestam a boa qualidade do serviço por ela prestado, devendo a matéria ensejar dilação probatória de modo a chegar-se a uma conclusão quanto a tal descumprimento.

Entretanto, de uma leitura da Resolução nº 316, de 27 de setembro de 2002, que regulamenta o serviço móvel pessoal – SMP -, verifica-se expressamente do Capítulo IV, Do Atendimento aos usuários, em seu art. 82, que “A prestadora deve tornar disponível o acesso telefônico gratuito a setor de informação e de atendimento ao usuário, **bem como** divulgar os endereços dos postos de atendimento públicos”. (Destaquei)

Na verdade, a obrigação da prestadora de serviço não é especificamente, como se entendeu no despacho agravado, de criar postos específicos tão-só para atender pedidos de rescisão contratual, mas sim, diante do universo dos serviços prestados pela agravante ao usuário, atender toda e qualquer reclamação atinente a tal serviço, inclusive a própria rescisão do contrato de prestação de serviços, e por tal atendimento há, da parte da prestadora de serviços, a necessidade de disponibilizar os meios necessários a tal fim, isto, logicamente, com a qualidade e eficiência necessárias e adequadas, principalmente em termos dos avanços de comunicações da atualidade, dentre os quais, inegavelmente, está o serviço do *call center*, através da própria atualização dos serviços da Internet e, aos que assim desejarem e necessitarem, o acesso direto aos servidores da agravante, através dos postos de atendimento falados no art. 82 da mencionada Resolução 316/2002, vale dizer, a escolha do meio de acesso a ser utilizado, cabe unicamente ao usuário, de conformidade com sua conveniência e necessidade. Assim sendo, independentemente, pois, da discussão acerca da eficiência ou não na prestação de serviços, de plano, constata-se pelas próprias afirmações da agravante que “A agravante não alterou a forma de atendimento aos seus usuários, que sempre foram atendimentos por meio de sistema telefônico (*call center*)”. E ainda quando afirma a agravante, textualmente, “ora, diante de tão absurda afirmação, pode-se concluir que o Juízo *a quo* foi induzido a erro, vez que a TNL PCS, em momento algum, impôs, de forma abrupta, sinônimo de súbita (‘que ocorre subitâneo’, Dicionário Aurélio – Século XXI), o fechamento das lojas de atendimento ao público, haja vista que, em momento algum, as instalou”. E, por fim, que “esta autorizatária jamais possuiu postos de atendimento pessoal e direto...” Exatamente em tais afirmações, constata-se, por

outro lado, a contradição da agravante quanto à forma de cancelamento contratual a pedido do usuário, como se lê das informações prestadas pelo agravante ao Representante do Ministério Público Federal, fls. 106, *in fine*, no tocante ao processo de rescisão contratual objetivado por quaisquer clientes da agravante, que: “A fim de que efetue esta rescisão contratual, o cliente poderá solicitar o cancelamento através do Oi Atende, ao ligar para o número 144 de seu próprio celular, ou ao ligar para o número 0800-2818801, de qualquer telefone fixo ou celular de outra operadora. Tal atendimento (Oi Atende) funciona 24 horas por dia. Pode o usuário, **ainda**, se dirigir a qualquer loja franquiada Oi, na qual as orientações necessárias para o cancelamento serão fornecidas. Em todas as formas de solicitação de cancelamento o cliente receberá um número de protocolo para acompanhamento do serviço.”

E não se diga, a exemplo da TIM, nas informações de fls. 170, que “o cliente que comparece a um Centro TIM (loja própria) com a intenção de cancelar seu contrato encontrará, à sua disposição, linha direta de acesso ao *Call Center* e um funcionário da empresa, devidamente preparado para esclarecer quaisquer dúvidas a respeito desse serviço” que tal serviço supriria o atendimento pessoal público, vez que o mesmo não ocorre, tendo em vista que esteja o cliente na “loja própria” continua sendo atendido pelo sistema *Call Center*, contrário, portanto, ao que estabelece o art. 82 à Resolução 316/2002.

Assim sendo, se por um lado, necessária a dilação probatória a dirimir a questão acerca da ineficiência da prestação do serviço autorizado, por outro lado, inquestionável resta o descumprimento por parte da agravante do disposto no art. 82 da mencionada Resolução, o que por si só já demonstra o descumprimento da autorização PVCP/SPV nº 001/2001 – ANATEL, que em sua cláusula 8.1, estabelece constituir direitos e deveres dos usuários aqueles es-

tabelecidos na LGT e na **regulamentação** (destaquei) sem prejuízo dos direitos previstos na Lei 8.078/90, nos casos por ela regulados, o que por si só já demonstra o prejuízo do usuário, a possibilitar além do ajuizamento da ação civil pública onde reside o despacho agravado, bem como a manutenção da decisão agravada, apenas com a ressalva que os postos de atendimento público não seriam, tão-somente, especificamente para os fins de rescisão contratual, mas de quaisquer questões ligadas à prestação dos serviços pela agravante.

Tais observações as faço, não identificando o *fumus bonis juris* a embasar o pedido, e entendendo irreparável a decisão agravada, denegar o efeito suspensivo requerido.

Dê-se ciência de todo teor deste despacho ao juiz de primeiro grau, oficiando-se-lhe, inclusive, para informar, no prazo de 10(dez) dias, nos termos do artigo 527, I, do CPC. Intime-se o agravado, nos termos do artigo 527, III, do CPC, para que o mesmo apresente a sua resposta ao agravo, no prazo de 10(dez) dias. Facultando-lhe juntar cópias das peças que entender convenientes. Cumpra-se. P.I. 29 de junho de 2004. Desembargador Federal Petrucio Ferreira, Relator”

Acrescenta, por oportuno, as razões anteriormente já apontadas no despacho agravado jurisprudência do egrégio do Tribunal Regional Federal da 4ª Região sobre a matéria.

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. COMPETÊNCIA. TELECOMUNICAÇÕES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFEITOS DA DECISÃO. FECHAMENTO DE POSTOS E LOJAS DE ATENDIMENTO. PREJUÍZOS AOS CONSUMIDORES. MARCO REFERENCIAL DA REABERTURA.

– AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.”

(TRF-4ª REGIÃO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – 103. UF: RS. ÓRGÃO JULGADOR; 3ª TURMA. DJU

19/02/2003. RELATORA: JUÍZA MARGA INGE BARTH  
TESSLER.)

Diante do exposto, as razões articuladas pela agravante não demonstram a existência de motivos que ensejem a reforma da decisão agravada. Desta feita, tendo como razão de decidir os fundamentos já apresentados, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

### **APELAÇÃO CÍVEL Nº 155.985-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-  
LIANO  
Apelantes: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO RIO  
GRANDE DO NORTE - CREMERN, ASSOCIAÇÃO  
MÉDICA DO RIO GRANDE DO NORTE - AMRN,  
MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E MINISTÉRIO  
PÚBLICO FEDERAL  
Apelados: OS MESMOS  
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ DANIEL DINIZ E OUTROS E VALDERI-  
CE NÓBREGADA SILVA

***EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MP. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFESA DOS CONSUMIDORES DE SERVIÇOS MÉDICOS DAS EMPRESAS QUE COMERCIALIZAM PLANOS DE SAÚDE. RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. POSSIBILIDADE.***

***- O Parquet tem legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública em favor dos consumidores dos serviços médicos prestados pelas empresas que comercializam planos de saúde. Preliminar rejeitada.***

***- Legitimidade passiva da Autarquia Federal e da Associação para figurar na lide. Preliminares rejeitadas.***

**- Impossibilidade de se negar vigência ao § 5º do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, que permite o litisconsórcio facultativo do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual, pois se tal norma está em vigor e não foi suprimida do texto da Lei nº 7.347/85. Reintegração do Ministério Público Estadual à lide.**

**- Descabimento da aplicação de sanção, de cunho ético, ao médico que cobrar preços inferiores aos inseridos na Lista de Procedimentos Médicos/96 – LPM/96.**

**- Infração à ordem econômica. Prejuízo à livre iniciativa dos médicos, à livre concorrência, e aos consumidores dos serviços de saúde.**

**- Preliminares rejeitadas. Apelação dos Ministérios Público Federal e Estadual provida, Apelações do CREMERN e do AMRN e Remessa Oficial, tida por interposta, improvidas.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento à apelação dos Ministérios Público Federal e Estadual, negar provimento à apelação do CREMERN e à apelação da AMRN e à remessa oficial, tida por interposta, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 3 de junho de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelações Cíveis interpostas pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Norte – CREMERN, Associação Médica do Rio Grande do Norte – AMRN, Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual, em face de sentença que, nos autos de ação civil pública, determinou a exclusão do Ministério Público Estadual da relação processual, rejeitou as preliminares suscitadas pelos réus e julgou procedente a pretensão deduzida pelo Ministério Público, impondo ao CREMERN e à AMRN obrigação de não fazer, tornando defesa a coação ou aplicação de punições disciplinares aos médicos, associações e empresas que cobrem pelas consultas e procedimentos médicos aos usuários de plano de saúde, valores inferiores aos estabelecidos na Lista de Procedimentos Médicos/96 (LPM/96) ou em qualquer outro instrumento assemelhado, bem como condenou os réus ao pagamento das custas, despesas e honorários advocatícios, arbitrados estes, em face da complexidade da causa e o caráter da pretensão, no valor correspondente a R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Foi interposto agravo de instrumento pelo CREMERN da r. decisão, no que tange à determinação para que a Autarquia Federal se abstinhasse da prática de ato tendente a punir os médicos, as associações e empresas médicas que resolvam prestar serviços à população por preços inferiores aos fixados na Lista de Procedimentos Médicos 96. O douto Juiz federal determinou, ainda, de ofício, a citação da AMRN para participar da relação processual, na qualidade de litisconsorte. Foi indeferido o efeito suspensivo ao recurso (fls. 150/152).

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE prestou Informações às fls. 165/174.

Sustenta o CREMERN, na Apelação, em preliminar, que o Ministério Público não tem legitimidade para, como substituto de usuários de planos de saúde, pedir tutela jurisdicional em favor de médicos, contra suposta coação de órgão incumbido de fiscalização do exercício da medicina. No mérito, alega a Autarquia Federal que as Resoluções impugnadas foram baixadas com base no Código de Ética Médica aprovado pela Resolução CFM nº 1246/88. Aduz, ainda, que a Resolução nº 001/97 está baseada no art. 97, e a Resolução nº 004/97, no art. 78.

Assevera a AMRN, no Apelo, em preliminar, a ilegitimidade do Ministério Público para promover Ação Civil Pública na defesa de interesses sociais e individuais disponíveis e a ilegitimidade passiva da Associação para figurar no plano passivo da contenda. No mérito, afirma que não infringiu nenhuma conduta maculadora da ordem econômica, pois apenas lutou pelos direitos e interesses de sua classe, sem jamais querer obrigar o aumento das consultas e procedimentos médicos, mas sim querendo apresentar um referencial que se ajustasse aos interesses de ambas as partes, ou seja, médicos e planos de saúde, de forma a evitar a concorrência desleal entre os diversos planos de saúde existentes.

Sustentam os Ministérios Públicos Federal e Estadual, no recurso, que está em pleno vigor o dispositivo da Lei de Ação Civil Pública que permite o litisconsórcio ativo facultativo entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual. Afirmam, ainda, que as partes rés no feito, cuja sentença originou o presente recurso, não se insurgiram quanto à atuação em litisconsórcio, dos Autores/Recorrentes. Requerem, por fim, a reintegração do Ministério Público Estadual à demanda.

Contra-razões interpostas pelo Ministério Público Federal à apelação da AMRN, às fls. 340/344.

A AMRN e o CREMERN não apresentaram contra-razões à apelação interposta pelos Ministérios Públicos Federal e Estadual.

Remessa oficial tida por interposta.

Os autos foram a mim redistribuídos em razão da aposentadoria do Desembargador Relator.

É o relatório.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Por primeiro, passo à análise das preliminares suscitadas.

Analiso a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público para ajuizar ação civil pública no caso de interesses individuais homogêneos, e a rechaço.



Estou em que o *Parquet* tem legitimidade para tal interpor tal ação em favor dos consumidores dos serviços médicos prestados pelas empresas que comercializam planos de saúde. Justifico. Objetivam os Autores/Apelantes impedir que tais usuários sejam prejudicados com a imposição da Lista de Procedimentos Médicos 96 – LPM/96, visto que a não adoção, pelas empresas que comercializam os planos de saúde, das quantias descritas em tal Lista, poderá ter, como consequência, a paralisação do atendimento aos usuários de tais planos, visto que os médicos se sentirão temerosos de trabalhar por valores diferentes dos que constam na LPM/96, em face da possibilidade de serem punidos eticamente pelo CREMERN.

No presente caso, o direito dos usuários dos planos de saúde se apresenta indisponível e revestido de interesse social, posto que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, consoante preconiza a Constituição Federal, no seu art. 196.

Quadra transcrever, a propósito, o seguinte aresto:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Ação coletiva. Ministério Público. Legitimidade. Interesses individuais homogêneos. Plano de saúde. Reajuste da mensalidade. UNIMED.

O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição.

Reajuste de prestações de Plano de Saúde (UNIMED). Art. 82, I, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Precedentes. Recurso conhecido e provido.” (STJ, RESP nº 177965/PR, 4ª Turma, julg. em 18/05/1999, DJ de 23/08/1999, p. 317, Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar).

Passo ao exame da preliminar de ilegitimidade passiva do CREMERN para atuar no presente feito, que se imbrica com o mérito, e a afasto.

Estou em que a Autarquia Federal, ao expedir a Resolução nº 004/97 (que acatou como legítimo o pleito da classe médica frente à empresa AGMED, e reconheceu tal movimento como “movimento

de classe”), legitimou, como bem aduziram os Autores, procedimentos éticos contra os profissionais que cobrem preços abaixo das quantias indicadas na Lista de Procedimentos Médicos 96 – LPM/96. Destarte, vislumbro a legitimidade desta Autarquia para figurar na contenda.

Examino a preliminar de ilegitimidade passiva da AMRN para figurar na lide e a rechaço. Assevera a Recorrente que só o CREMERN deveria estar no pólo passivo da presente relação, posto que o mesmo foi quem expediu as Resoluções ora em exame. Não concordo com tal asserção. Tenho que a referida Associação, ao tentar implantar a Lista de Procedimentos Médicos 96 – LPM/96, como base de remuneração mínima para os procedimentos médicos, é legitimada para figurar na lide, pois o feito gravita em derredor de tal Lista.

De outra sorte, não conheço do argumento da AMRN no sentido de que a Associação Médica Brasileira – AMB, é quem tem competência para editar a LPM, posto que tal asserção não foi ventilada no primeiro grau de jurisdição, e seu exame por esta Corte importaria em supressão de instância.

Superados os empecos de ordem processual, passo ao exame do mérito.

Analiso a apelação interposta pelos Ministérios Públicos Federal e Estadual. O cerne do recurso alude à irresignação dos Autores no que concerne à exclusão do Ministério Público Estadual da lide. Pugnam os mesmos pela reintegração, ao feito, do Ministério Público Estadual.

Em que pese a argumentação do ilustre Juiz Federal, estou em que não há que se negar vigência ao § 5º do art. 5º da Lei de ação civil pública, que permite o litisconsórcio facultativo do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual, pois se tal norma está em vigor e não foi suprimida do texto da Lei nº 7.347/85.

Corroborando o entendimento aqui exposto, já se manifestou a jurisprudência:

“PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL – POSSIBI-

LIDADE - § 5º, DO ART. 5º DA LEI 7.347/85 – INOCORRÊNCIA DE VETO – PLENO VIGOR.

1. O veto presidencial aos arts. 82, § 3, e 92, § único, do CDC, não atingiu o § 5º, do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública. Não há veto implícito.

2. Ainda que o dispositivo não estivesse em vigor, o litisconsórcio facultativo seria possível sempre que as circunstâncias do caso o recomendassem (CPC, art. 46). O litisconsórcio é instrumento de Economia Processual.

3. O Ministério Público é órgão uno e indivisível, antes de ser evitada, a atuação conjunta deve ser estimulada. As divisões existentes na Instituição não obstam trabalhos coligados.

4. É possível o litisconsórcio facultativo entre órgãos do Ministério Público federal e estadual/distrital.

5. Recurso provido.” (STJ, RESP nº 382659/RS, 1ª Turma, julg. em 02/12/2003, DJ de 19/12/2003, p. 322, Ministro Relator Humberto Gomes de Barros).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LITISCONSÓRCIO. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL. AUSÊNCIA DE DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ATRIBUA O JULGAMENTO À JUSTIÇA ESTADUAL. PARCIAL PROVIMENTO.

1. Os artigos 111 e 113 do Código de Defesa do Consumidor incluíram no art. 5º da Lei nº 7.347/85, o inciso II e os §§4º, 5º e 6º, na atual redação da referida legislação, que a despeito das posições doutrinárias em contrário, não foram objeto de veto presidencial, como inclusive, já foi afirmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Resp nº 213.947/MG.

2. Com fulcro em tal entendimento, não há superfetação de atribuições entre os Ministérios Públicos, sendo cabível a pretendida assistência litisconsorcial.

3. A competência para o julgamento da ação civil

pública em casos como o que se examina, é da Justiça Federal, especialmente, após o cancelamento da Súmula 183/STJ.

4. Agravo parcialmente provido para admitir a hipótese do litisconsórcio entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público estadual.” (TRF 1ª Região, AG nº 01001356249/GO, 5ª Turma, julg. em 22/10/2001, *DJ* de 16/11/2001, p. 251, Relatora Juíza Selene Maria de Almeida).

Destarte, estou em que a r. sentença merece reforma no que tange à exclusão do Ministério Público Estadual, que não deve prevalecer, devendo o mesmo ser reintegrado ao pólo ativo da presente lide.

Passo ao exame, de forma conjunta, das apelações interpostas pelo CREMERN, pela AMRN, e da remessa oficial, tida por interposta.

Para facilitar o acompanhamento do raciocínio, transcrevo excerto da r. decisão:

“76. – Analisando o mérito do tema trazido a debate no presente processo, observa-se que a pretensão deduzida é no sentido de impedir que o **CREMERN** e **AMRN** imponham a cobrança de honorários nos valores mínimos estipulados na LPM/96, possibilitando, assim, que os serviços médicos sejam realizados por quantias inferiores, sem o receio de serem passíveis, os profissionais que assim agirem, de nenhuma sanção ética.

(...)

78. - O que está na discussão nos presentes autos, ao contrário do que possa parecer, não é o fato de a **ASSOCIAÇÃO MÉDICA DO RIO GRANDE DO NORTE** poder, ou não, elaborar uma tabela de honorários médicos, prevendo valores mínimos e máximos a serem cobrados pelos profissionais que atuam nessa área. Não é essa a questão.

79. - O que se debate é a imperatividade dessa tabela de honorários, de modo que o seu descumprimento

mento conduza à aplicação de algum tipo de sanção ao profissional da Medicina. Estabelecer os parâmetros dos valores que são considerados razoáveis para os serviços médicos é salutar, não havendo, nesse procedimento, nenhuma censura a ser aplicada.

80. - Agora, estabelecer os parâmetros e, caso algum profissional da Medicina preste o serviço médico por valor inferior, impor sanção por esse fato, é coisa bastante diferente.

81. - Na prática, com a Resolução nº 004/97, do **CREMERN**, o que se viabilizou foi a aplicação da sanção, de cunho ético, ao profissional médico que não praticar os preços insertos na Lista de Procedimentos Médicos/96, editado pela **AMRN**.” (fls. 254) (...)

“89. - No *caput* do art. 21 da Lei 8.884/94 está dito, sem tirar nem pôr, que **“As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica”**, daí porque, quando, no inciso II, define como tipo infração à ordem econômica o fato de **“obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”**, não há impedimento de incluir, nessa categoria, o agir do CREMERN e da AMRN quanto à imposição de honorários médicos mínimos, a despeito de a conduta por eles praticadas não se confundir com a mercancia. O que importa, repita-se, para caracterizar a infração, não é a forma, mas sim o efeito proveeniente do ato praticado.” (fl. 256)

Subscrevo os doutos fundamentos acima transcritos e destaco que a atuação do CREMERN, consistente em editar a Resolução nº 004/97, alicerçou e chancelou a atuação do AMRN, consistente em impor a Lista de Procedimentos Médicos 1996.

Quadra salientar que tal imposição pode ser considerada como infração à ordem econômica, na medida em que impõe um “*refe-*

*rencial mínimo para o Estado do RN, em consonância com a recente resolução nº 001/97 do CREMERN de 25/02/97 (em anexo)” (fls. 51/52). De outra sorte, a Resolução nº 001/97 do CREMERN, preconizou serem eticamente reprováveis os acordos entre médicos, médicos e empresas, empresas e associações e outros que promovam a redução de honorários profissionais, cominando ao descumprimento de tal Resolução o enquadramento, dos Diretores Técnicos e dos representantes das associações, nos termos do Código de Ética Médica, e sujeitando as empresas respectivas ao cancelamento de seus registros no CREMERN.*

Ora, um referencial mínimo imperativo leva à uniformização dos preços cobrados pela categoria médica, com evidente prejuízo para os usuários dos serviços de saúde, além do que a livre iniciativa dos médicos é tolhida, visto que os mesmos ficam receosos de serem penalizados pelo seu órgão de classe. Verifico, ainda, que há gravame para a livre concorrência.

De outra banda, não tem procedência o argumento do CREMERN no sentido de que as Resoluções impugnadas foram baixadas com base no Código de Ética Médica, ou seja, a Resolução nº 001/97 estaria baseada no art. 97, e a Resolução nº 004/97, no art. 78.

Estou em que tais Resoluções não estão em consonância com os referidos artigos, pois o art. 97 veda ao médico reter, a qualquer pretexto, remuneração de médicos e outros profissionais, e o art. 78 veda ao médico posicionar-se contrariamente a movimentos legítimos da categoria médica, com a finalidade de obter vantagens.

Cotejando o art. 97 com a Resolução nº 001/97, que preconizou serem eticamente reprováveis os acordos entre médicos, médicos e empresas, empresas e associações e outros que promovam a redução de honorários profissionais, cominando ao descumprimento de tal Resolução o enquadramento, dos Diretores Técnicos e dos representantes das associações, nos termos do Código de Ética Médica, e sujeitando as empresas respectivas ao cancelamento de seus registros no CREMERN, verifica-se que a mesma não está consoante com os parâmetros previstos no referido artigo.

De outra sorte, comparando o que dispõe o art. 78 ao conteúdo versado na Resolução nº 004/97 (que acatou como legítimo o

pleito da classe médica frente à empresa AGMED, e reconheceu tal movimento como movimento de classe), verifica-se que tal Resolução extrapolou os limites do artigo ora citado, pois corroborou a atuação da AMRN.

Impende salientar, por derradeiro, que não subsiste a asserção da AMRN no sentido de que não está impondo a LPM, pois nos autos consta, como já referido acima, um documento acostado às fls. 51/52, que, em princípio, pode levar ao entendimento de que realmente há uma imposição da referida LPM, tanto por parte da Associação como por parte do CREMERN.

Por força da remessa oficial, analiso a condenação no que concerne aos honorários advocatícios, que foram fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Tenho que tal quantia é razoável, em vista do grau de dificuldade que a causa envolve.

Isto posto, dou provimento à apelação dos Ministérios Públicos Federal e Estadual, nego provimento à apelação do CREMERN, à apelação da AMRN, e à remessa oficial, tida por interposta.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 270.867-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO (CONVOCADO)  
Apelante: MARCUS ROBERTO GUIMARÃES SALGADO  
Apelada: UNIÃO  
Advogados: DRS. LEIDSON MEIRA E RARAIS E OUTROS (APTE.)

***EMENTA: ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. ATO DISCRICIONÁRIO. PUNIÇÃO EXCESSIVA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ANULAÇÃO DO ATO DE DEMISSÃO. POSSIBILIDADE. - Hipótese em que policial rodoviário federal, demitido por ter disparado acidentalmente sua arma contra motoqueiro que trafegava próximo***

*ao posto policial onde fazia plantão, pugna por sua reintegração ao cargo por entender excessiva a penalidade que lhe fora aplicada.*

*- As sanções disciplinares, como qualquer espécie de penalidade imposta ao indivíduo pelas mãos do Estado, devem possuir conotação lógica entre a reprimenda e a transgressão cometida.*

*- É possível ao Poder Judiciário a verificação da discricionariedade a partir de limitações postas em princípios como a razoabilidade e a proporcionalidade.*

*- A razoabilidade, ao agir como limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que eles sejam adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo que o ato atenda a sua finalidade pública específica, contribuindo de modo eficaz para que ela seja atingida.*

*- Ao mesmo tempo em que o Judiciário não pode dizer, de modo substitutivo, como o julgador deveria ter julgado ou agido, deve emitir juízo principiológico e finalístico de como não deveria ter julgado ou agido, já que necessariamente a sua discricção deveria estar jungida pelos princípios que regem o atuar em sede de Administração Pública.*

*- Considerando todas as circunstâncias em que ocorreu o fato (hora avançada, atitude suspeita dos motoqueiros, alerta prévio de um caminho-neiro), pode-se afirmar que a atuação do policial, ao empunhar a arma quando da aproximação das motos, estava dentro do que se poderia esperar.*

*- Verificada a existência de desproporção na aplicação da pena disciplinar, deve ser declarada sua invalidade, já que se trata de ato nulo.*

*- Apelação provida.*

## **ACÓRDÃO**

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª região, à unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do



relatório, voto e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 21 de outubro de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO -  
Relator Convocado

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO (Convocado):

Trata-se de apelação contra sentença que, ao julgar ação ordinária, entendeu pela improcedência do pleito, negando a possibilidade de reintegração do apelante nos quadros da Polícia Rodoviária Federal.

Em sua peça de resistência, traz o apelante, em preliminar, a supressão da fase processual, já que haveria a necessidade de oitiva de testemunhas para o deslinde da questão, não sendo aceitável a aplicação do artigo 330, I do CPC, buscando a anulação da sentença. Em segunda preliminar invoca a revelia da União pela perda do prazo de contestação.

No mérito, busca o apelante a sua reintegração ao cargo de policial rodoviário federal, sendo certo que afirma que a discricionariedade é abraçada pelo administrador de acordo com a sua conveniência. Destaca que cabe ao administrador cumprir, acatar ou referendar o que a legalidade lhe impõe. Afirma que a Administração somente poderia ter escolhido um único caminho: o da legalidade, não havendo possibilidade de escolha.

Salienta que o Judiciário não pode abdicar de sua missão institucional, devendo apreciar o ato administrativo, já que a Administração não tem a última palavra no assunto.

Lembra que, ao interpor mandado de segurança contra o ato, mesmo tendo o STF entendido que a via escolhida deveria ser a ação ordinária, dois de seus Ministros chegaram a conceder a segurança, afastando a demissão ocorrida.

Pede então a reforma da sentença com o imediato retorno do apelante ao cargo público em questão.

Em contra-razões, a União afirma que os aspectos fáticos da controvérsia, objeto do processo, estão demonstrados pela prova documental existente nos autos. Destaca que a contestação da união foi apresentada tempestivamente, e não após o prazo legal. Saliencia que as argumentações colacionadas pelo apelante não devem prosperar, lembrando que a graduação de penas administrativas é ato discricionário do Poder Público, não sendo possível ao Judiciário tolher a escolha da pena aplicável. Pede a manutenção da sentença.

É o relatório.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO (Relator Convocado):

Cuida-se de apelação contra sentença que, em ação ordinária, julgou improcedente o pedido, negando assim a possibilidade de reintegração do requerente nos quadros da Polícia Rodoviária Federal.

A peça recursal traz à baila duas preliminares, sendo que a primeira delas diz respeito a possível supressão de fase processual, por não ter a MM. Juíza Federal determinado a oitiva das partes e de testemunhas, julgando o feito com base no artigo 330, I, do CPC.

Note-se que, às fls. 434, as partes foram intimadas para especificar provas, tendo a defesa tomado ciência de tal despacho em fls 434v, na data de 02.05.2000. Não havendo qualquer manifestação, a matéria tornou-se preclusa.

Assim, nega-se a preliminar invocada.

No que pertine à entrega da contestação da União fora do prazo legal, com a conseqüente necessidade de decretação da revelia, há que se destacar o fato de que, na forma do artigo 320, II, da legislação processual civil, a revelia não produzirá efeitos para os entes públicos ali nominados, se acaso estivermos frente a direitos indisponíveis, como aqueles que se apresentam no presente caso. Deixa-se de acolher pois tal preliminar.

Em relação ao mérito, deve-se salientar que o apelante era

Policial Rodoviário Federal, tendo sido demitido por ter disparado sua arma e atingindo de modo acidental um motoqueiro que trafegava próximo ao Posto Policial onde fazia seu plantão.

Os fatos ocorreram na zero hora e trinta minutos do dia 02.05.1996. Naquele momento, enquanto exercia suas funções de Policial Rodoviário Federal, no Posto do Município de São Mamede/PB, desfechou um tiro contra Paulo Roberto Guedes de Andrade Segundo, causando-lhe as lesões descritas no laudo de fls 305 dos autos.

Foi então aberto processo administrativo, fls 264, em 08 de maio de 1996, que, após ouvir as testemunhas elencadas às fls. 277, quais sejam, os ocupantes das motos, além da vítima, do apelante e do Policial Rodoviário Federal Rogério Carneiro de Moraes, concluiu pela necessidade de punição, na forma do artigo 132, VII da lei 8112/90, fls. 377/379. O requerente foi então demitido por ato do Exmo Sr. Presidente da República, fls 419.

A apelação destaca que não houve a devida proporcionalidade entre os fatos ocorridos e a pena aplicada. Assim, requer a anulação do referido ato.

O artigo 5º, incisos LIV e LV da Carta Federal de 1988 é exatamente o nascedouro da regra geral aplicável ao processo administrativo, inserindo-se no rol dos direitos e garantias fundamentais. O contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes qualificam o agir estatal no âmbito da processualidade.

Saliente-se que a análise do feito administrativo juntado ao processo que tramitou na 4ª Vara Federal, Subseção de Campina Grande, teve seus atos adequados aos ditames da lei 8112/90, havendo a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Por outro lado, cabe-nos então destacar que as sanções disciplinares, como qualquer espécie de penalidade imposta ao indivíduo pelas mãos do Estado, devem, sem sombra de dúvida, possuir conotação lógica entre a reprimenda e a transgressão cometida. Com razão, deve existir equivalência entre o fato e a punição.

Assim, recorda-se o princípio da razoabilidade. Lembre-se de que, na esteira do pensamento de Carmem Lúcia Antunes Rocha,

o princípio é o verbo<sup>1</sup>, é a base fundante de todo o sistema jurídico de Direito Público.

Dentro dessa ótica, é cabível afirmar-se que, seguindo o referido princípio, há que existir uma justa dosimetria, na aplicação das penalidades, no âmbito da Administração Pública.

Sob tal prisma, há que se analisar a existência da devida proporção entre os fatos trazidos à baila, no processo administrativo, e a pena aplicada ao apelante.

Não se diga, por outro lado, que a questão foge à análise do Poder Judiciário por encontrar-se sob o pálio da discricionariedade.

A doutrina pátria costuma conceituar o ato discricionário em oposição ao ato vinculado. No dizer da ilustre Professora e Des. Fed. aposentada do e. TRF 3ª região Lúcia Valle de Figueiredo<sup>2</sup> *“Consoante entendemos, a discricionariedade consiste na competência-dever de o administrador; no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critério da razoabilidade e afastado de seus próprios standards ou ideologias - portanto dentro do critério da razoabilidade geral- dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma”*.

Realmente, existem limitações à discricionariedade que são percebidas de imediato, bastando a confrontação da atitude do administrador com a lei, assim possível de modo fácil a verificação da competência e da forma.

Outros aspectos não são visíveis em uma simples confrontação, estando presentes, no instante em que a norma legal especifica os motivos ou fins com o emprego de noções com mais de um significado, que poderíamos chamar de conceitos indeterminados.

Sob tal ótica é que cabível o controle do Poder Judiciário, veri-

---

<sup>1</sup> Antunes Rocha, Carmem Lúcia. Princípios da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey 1994.

<sup>2</sup> Figueiredo, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros 1998.

ficando-se a discricionariedade a partir de limitações postas em princípios como a razoabilidade e a proporcionalidade.

A razoabilidade, ao agir como limite à discricção, na avaliação dos motivos, exige que eles sejam adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo que o ato atenda a sua finalidade pública específica, contribuindo de modo eficaz para que ela seja atingida.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>3</sup>, *“Nada há de surpreendente, então, em que o controle dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, entenda-se necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio – e de resto, fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito”*.

Assim, passamos a análise de eventual não proporcionalidade entre a pena aplicada e os fatos que deram ensejo à abertura de processo administrativo.

Eis que, segundo consta dos relatos juntados aos autos, fls. 313, 319 e 317, no dia primeiro de maio de 1995, ocorria uma festa na cidade de Santa Luzia, Estado da Paraíba, tendo a vítima e seus colegas decidido ir ao evento dirigindo motos. Para chegarem à referida cidade decidiram utilizar um desvio, não passando pelo Posto Rodoviário da cidade de São Mamede, já que não possuíam habilitação para dirigir veículos, além de estarem sem capacetes.

Exatamente quando do retorno da aludida festa, por volta da zero hora do mesmo dia, ao receberem a informação de que os Policiais do Posto já citado, não se encontravam detendo os veículos, resolveram utilizar a rodovia.

Entendo plausível mencionar trechos dos depoimentos relacionados aos autos, destacando também o parecer de fls. 391/397 do Ministério Público Federal junto à Vara Federal da Subseção de Campina Grande.

---

<sup>3</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros 2002

Deste modo, menciono excerto da narrativa do Policial Rogério Carneiro de Moraes, fls 346/349, *“Que, em dado momento por volta de 0 hora e 30 minutos, o declarante foi abordar um veículo de grande porte que vinha no sentido Santa Luiza São Mamede e estacionara na faixa do desvio, logo após a guarita, e após a abordagem o veículo saiu e o declarante recuou de costas para olhar a carga e sinalização traseira do citado veículo, quando de repente ouviu um barulho, com motos acelerando, avistando então um veículo fiat uno que vinha no sentido Santa Luzia e passava pelo posto bem devagarinho, tendo o declarante mandado os mesmos seguirem em frente.”*

E ainda, *“... que naquela ocasião avistou as motos que estavam com a meia luz acesa e tentavam fazer a manobra para retornarem para Santa Luzia, chegando até a passar por cima de um dos canteiros, por outro lado avistou o patrulheiro Salgado correr para cima do canteiro, pois as motos vinham em sua direção e como tentava fazer a manobra houve choque de ambos. Que na ocasião da colisão houve um barulho abafado e percebeu que Salgado estava de arma na mão, tendo se desequilibrado para não cair, que os motoqueiros foram embora na maior velocidade.”*

Por sua vez, uma das testemunhas de nome Valmir, que estava sendo transportado por Helder, especifica os seguintes fatos,

*“...que o veículo que passou foi um fiat de cor preta não identificado pelo depoente e passou pelo posto sem ser abordado pelos patrulheiros, momento em que Maxweel e Elder conduziram as motos de faróis acesos devagar para passarem pelo Posto, e quando estavam acerca de cem metros avistaram os dois patrulheiros fardados, devido ao coleite luminoso que usavam, sendo que os mesmos estavam posicionados no canteiro em frente para o posto, por outro lado o posto estava interditado com cones luminosos e quem estivesse vindo de Santa Luzia teria que passar no desvio, indo para a parte calçada em frente ao posto rodoviário, mesmo assim continuaram em frente e quando estavam acerca de quarenta metros, avistaram o patrulheiro fazendo sinal para parar com a lanterna e se posicio-*

*naram no meio da passagem dos veículos em frente à guarita, momento em que sacaram os revólveres; que continuaram em frente e acerca de vinte e cinco metros de distância dos patrulheiros, seus colegas começaram a gritar para voltarem, momento em que quando começaram a freiar as motos para fazer a manobra e retornar era cerca de vinte metros dos patrulheiros; que a moto conduzida por Helder e na qual viajava o depoente teve condições de fazer a manobra rápido e seguir em frente, voltando para Santa Luzia, ao passo que Maxwell não tendo espaço chegou a subir o canteiro da outra mão de direção, justamente onde é feita a abordagem de parada de caminhão quando Maxwell descia do canteiro para a pista com a moto, um dos patrulheiros correu em direção dos mesmos de arma em punho, enquanto o outro patrulheiro apontava o revólver para o depoente e seu amigo que já seguia em frente; que o depoente e Helder ficavam gritando para Maxwell vir rápido, foi quando avistaram o patrulheiro fazer um gesto com a mão armada em direção do garupa da moto de Maxwell, de início pensaram que o mesmo havia agarrado na camisa do garupa Paulo Roberto, pois o patrulheiro estava a apenas um metro de distância, porém ouviram um disparo de arma de fogo.”*

Note-se que o Policial Rogério afirmou que ainda não possuía a farda e a arma, estando então de colete para identificação.

Lembramos então o laudo de exame de corpo de delito, fls. 305/305v, como bem ressaltado pelo Exmo Sr. Procurador da República, em atuação em Campina Grande, fls. 394, “*contém elemento objetivo de especial relevo, para testar os relatos das circunstâncias que cercaram o disparo da arma de fogo*”. Especifica o referido laudo que “*trata-se de ferimento de entrada do projétil, situado no terço inferior do braço esquerdo*”. Em relação à trajetória da bala, “*em horizontal, penetrando na cavidade torácica pelo hemitórax esquerdo, na altura da sétima costela e na linha axilar anterior.*”

Salienta então o parecer ministerial já citado, *“É necessário alinhar alguns traços subjetivos que os autos revelam nas personagens desse episódio. De um lado, dois policiais no meio de tráfego intensificado pela festa na cidade de Santa Luzia. Mais atividade, mais tensão na expectativa de incidentes agravada pelo aviso de um caminhoneiro.” Tal aviso mencionava duas motos com faróis apagados e com dois ocupantes em cada uma girando em atividade suspeita.*

Continua o parecer: *“De outro lado, rapazes temerosos diante da possibilidade de sofrerem a apreensão de suas motos, além de outras conseqüências, pois sabiam que estavam transitando por rodovia federal em situação irregular”.*

Ademais, trazem-se à baila ainda trechos do relatório final da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar da Polícia Rodoviária Federal: *“agiu precipitadamente quando sacou de sua arma que engatilhada veio a disparar, ferindo um dos motoqueiros, no momento em que corria para o lado direito da pista tentando defender-se de ser atropelado pela moto(fls 377/379)”.*

E ainda, *“... Erraram os motoqueiros ao se aproximarem do PRF com atitudes suspeitas, chegando até a subir em um dos canteiros existentes na frente do Posto Rodoviário.”*

O parecer ministerial bem colocou a questão ao destacar, fls 396, *“ Caso o condutor ou passageiro de uma moto, nas mesmas circunstâncias que cercam o presente caso, estivesse preparado para atirar no policial, este teria sido facilmente alvejado e sua reação, fosse ainda possível, teria sido considerada tardia e lenta.”*

Sob os aspectos aqui colacionados, verifica-se que a sua atuação estava dentro do esperado. A razoabilidade, trazendo a necessidade de coerência entre o ilícito e a sua sanção, define-se como elemento de integração da extensão da legalidade do ato disciplinar.

Ora, ao analisar o Judiciário a existência de desproporção na aplicação da pena disciplinar, deverá declarar a sua invalidade, já que é ele nulo.

Trago ainda à colação a lembrança do artigo 2º da lei 9784/99 que destaca que *“A Administração Pública obedecerá dentre ou-*



*tros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança pública interesse público e eficiência.”*

Eis que, em havendo determinação legal para seu cumprimento, o ato que fugir aos comandos normativos deverá ser apreciado pelo Poder Judiciário, e se acaso constatado eventual quebra da legalidade, deverá o ato ser extirpado do mundo jurídico.

O c. STF, ao entender pela possibilidade de revisão de determinados pressupostos do ato administrativo, assim estabeleceu<sup>4</sup>, *“O Poder Administrativo não exerce função judicante, e não pode, pois, ainda que baseado em provas formalmente perfeitas, decretar, em última análise, que teve razão o Estado ou o funcionário. Essa competência será atribuída ao Poder Judiciário. ...Uma vez que pode o funcionário, demitido por inquérito administrativo, trazer o caso ao Poder Judiciário – este ponto é pacífico e tranqüilo, não oferece qualquer contestação – e se o Poder Judiciário pode e deve, para julgar, pesar as provas, rastrear-las e sopesá-las, terá que verificar se a motivação do ato administrativo é justa ou injusta.”*

Sob a questão, trago à colação o seguinte aresto deste Tribunal,

**“ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE ATO DE DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. PRESUNÇÃO DE CONDUTA ILÍCITA. PUNIÇÃO EXCESSIVA. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.**

- A análise dos aspectos da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade de decisão administrativa que pune o servidor público com a perda de seu cargo não significa invasão do Poder Judiciário no aspecto do mérito do ato.

- É dever do Magistrado proceder a uma acurada análise do caso concreto, com o fito de verificar se o administrador público, ao concluir processo administrativo aplicando a mais severa das penas ao servidor, agiu dentro dos limites da discricionariedade

---

<sup>4</sup> Ministro Orosimbo Nonato, Revista de Direito Administrativo, vol. III, pág 69-90

que lhe são assegurados, ou se, por acaso, ultrapassou as fronteiras do razoável e do proporcional.

- A punição de demissão, aplicada ao servidor, fundamentada em situação hipotética de favorecimento a uma determinada empresa, sem a existência de qualquer comprovação fática ou jurídica do alegado, revela-se como não razoável, desproporcional e excessiva, merecendo a anulação, com a consequente reintegração ao cargo.

- Apelação improvida.

- Remessa oficial improvida”.

(AC 295309-CE DJU 24.04.2003, Rel. Des. Fed. Ivan Lira de Carvalho Convocado).

Note-se que, ao mesmo tempo em que o Judiciário não pode dizer, de modo substitutivo, como o julgador deveria ter julgado ou agido, deve emitir juízo principiológico e finalístico de como não deveria ter julgado ou agido, já que necessariamente a sua discricção deveria estar jungida pelos princípios que regem o atuar em sede de Administração Pública.

Como bem lembrado por Juarez Freitas<sup>5</sup>, “... o merecimento pode e deve continuar a ser visto no sentido habitual; contudo, desde que bem entendido, jamais deverá servir de biombo para que esquivem os controladores dos seus deveres para com a efetividade dos princípios na íntegra. A discricionariedade, por outro lado, não desponta como uma vinculação menos intensa. Trata-se apenas de expediente operacional, fruto da opção do legislador, destinado a otimizar a prática administrativa, impondo deveres até maiores de motivar as escolhas assumidas com probidade e correção técnica.”

Sob os fundamentos aqui esposados, acolho o pleito do apelante, dando provimento à apelação, inclusive no que tange ao pagamento dos atrasados.

É como voto.

---

<sup>5</sup> Freitas, Juarez. Estudos de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros.1995.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 316.067-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO  
Apelante: WALDECY FERNANDES PINTO  
Apelada: UNIÃO  
Advs./Procs.: DRS. NILZARDO CARNEIRO LEÃO E OUTROS  
(APTE.)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL E CIVIL. ERRO JUDICIÁRIO. ABSOLVIÇÃO EM REVISÃO CRIMINAL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE SEM CULPA. EXISTÊNCIA.**

*- O ordenamento jurídico brasileiro adota a tese da responsabilidade do Estado, sem necessidade de aferição de culpa nos casos de erro judiciário. Inteligência do Art. 5º, LXXV da CF/88.*

*- A condenação, e posterior absolvição, em sede de revisão criminal caracteriza o que o legislador constituinte chamou de erro judiciário, que não indica má-fé ou culpa do magistrado.*

*- A condenação criminal injusta é ato potencialmente lesivo e provoca dor, angústia e mácula no bom nome e respeitabilidade social.*

*- Indenização que, no caso de erro judiciário, não tem por fito a punição do Estado, mas sim a reparação e alento à vítima, devendo tomar por base a extensão dos danos causados.*

*- Condenação no valor de R\$ 100.000,00 que se demonstra razoável para o caso.*

*- Apelação provida.*

### **ACÓRDÃO**

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

Recife, 19 de agosto de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de apelação manejada pelo particular com o intuito de modificar sentença de primeiro grau que julgou improcedente ação de indenização por danos morais em virtude de erro judiciário.

Alega o apelante que houve erro judiciário comprovado pela condenação e posterior absolvição do mesmo em revisão criminal onde ficou demonstrada sua inocência. Aduz que, por isso, deve o mesmo ser indenizado pelos prejuízos morais que sofreu.

Em contra-razões ao recurso alega a União que a responsabilização do Estado por atos do Poder Judiciário deve ser vista com reservas e que o erro judiciário somente se caracteriza quando há dolo ou culpa do magistrado ou dos agentes envolvidos no processo.

Em mesa para julgamento.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

O ponto central da lide se refere à questão de se a reforma de sentença por revisão criminal é espécie do conceito mais geral de “erro judicial” previsto no artigo 5º, LXXV da Constituição. A sentença de primeira instância, contra a qual se apela, interpretou de forma restritiva o conceito de “erro judicial”, identificando-o com os casos em que o agente público (magistrado) dolosa ou culposamente provoca a condenação. Não me parece ser este o melhor entendimento para o caso.

O problema é que a interpretação que aparece na sentença está muito mais voltada a perquirir sobre a culpa do Estado, como forma de verificar a ocorrência do “erro judicial”. Destarte, somente em caso de culpa ou dolo dos agentes públicos, caber-se-ia falar em erro indenizável. Contudo, não parece ser esta a interpre-

tação mais plausível. Para que se analise bem o caso, é de se verificar o que o CPP prevê a respeito da revisão criminal e da possibilidade de indenização:

“Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma **justa indenização pelos prejuízos sofridos**.

§ 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o estado, se o tiver sido pela respectiva justiça”.

O que se percebe, pois, é que, na própria revisão criminal, já se pode reconhecer o direito à indenização pelos prejuízos sofridos numa condenação. Tal indenização está voltada ao conceito de “prejuízo” e não ao conceito de “punição”, ou seja, o dispositivo constitucional e o legal têm finalidade de reparar prejuízos, e não de punir o Estado. Assim é que a responsabilidade está, aqui, pragmaticamente centrada nas conseqüências da decisão judicial posteriormente reformada, e não nas causas que a geraram. Por isso, a responsabilidade por erro judicial, prevista tanto na Constituição quanto no CPP é do tipo de responsabilidade sem culpa, somente se admitindo irresponsabilidade se comprovada culpa da vítima.

Este é o entendimento mais recente do Col. STJ:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ERRO JUDICIAL – APLICAÇÃO DO ARTIGO 630 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – EXCEÇÃO PREVISTA NO PARÁGRAFO 2º – NÃO OCORRENTE – O condenado que, posteriormente, é absolvido em revisão criminal, **faz jus à indenização**, ressalvado os casos em que o erro ou a injustiça proceder de ato ou falta imputada ao próprio condenado. Agravo improvido”. (STJ – AGA 415834 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 30.09.2002).

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. ERRO JUDICIÁRIO. DIREITO À JUSTA INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS SOFRIDOS. **É devida indenização uma vez demons-**

**trado erro judiciário ex vi art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal e art. 630 do CPP.** *In casu*, restaram devidamente comprovados **os prejuízos sofridos pelo recorrente**, razão pela qual não há óbice a uma justa indenização. Recurso provido. (STJ - RESP – 253674 - SP - QUINTA TURMA Data da decisão: 04/03/2004 - DJ DATA:14/06/2004 PÁGINA: 264 Relator(a) FELIX FISCHER)

Assim, à pergunta: “toda revisão criminal gera indenização?”, responde-se que não. Mas tão-somente devido aos casos em que a própria vítima (acusado) esconde provas ou confessa o crime para inocentar outrem, donde estaria configurada a culpa da vítima. Por conseguinte, entende-se que o constituinte de 1988 inscreveu no rol das chamadas franquias democráticas uma regra expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário sem a necessidade de se perquirir acerca da culpa. (Vide STJ – RESP 427560 – TO – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 30.09.2002).

A Constituição reconhece expressa e especificamente que o erro judicial, ou seja, a condenação posteriormente modificada em revisão criminal, é fato potencialmente lesivo à honra e à dignidade humanas. São evidentes os prejuízos sofridos numa condenação criminal. A repulsa da comunidade recai totalmente sobre o apenado.

O “erro” previsto na Constituição não quer indicar que o direito admita distinções entre certo e errado como se estivéssemos diante de situações de aferição uma “verdade” ou “certeza” absolutas. Como sendo discurso ético, prático, o direito admite valorações diferentes dos fatos em análise, o que provoca a inevitável divergência entre instâncias judiciais.

O “erro judicial” significa, portanto, tão-somente o fato de um determinado Tribunal, com a competência que a Constituição lhe confere, entender o caso de forma diferente do que antes fora entendido, desconstituindo a decisão anterior, e produzindo outra com maior plausibilidade diante da comunidade jurídica que legitima o órgão jurisdicional. Assim sendo, a procedência de uma revisão criminal caracteriza justamente o que o texto normativo chama de

“erro”, não se querendo indicar com isso que o magistrado teria agido de má-fé ou mesmo culposamente.

Destarte, o que o ordenamento quer, não é punir o Estado, mas preservar a dignidade de quem sofreu as conseqüências de uma condenação, quando, posteriormente, demonstra-se que referida condenação não foi a decisão mais plausível para o caso analisado. Decisões modificadas em revisão criminal podem ser decisões tomadas com esmero, dedicação e atenção por parte magistrado. Mas, quando uma aferição posterior, e mais detida, demonstra que a decisão dantes tomada não fora a mais plausível, pois interpretou os fatos de forma equivocada, deve o Estado indenizar o prejudicado.

Este Tribunal Regional também já se pronunciou neste sentido, o que se demonstra pela ementa parcialmente transcrita abaixo:

“CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ATOS DO PODER JUDICIÁRIO. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. No âmbito do direito público, o ordenamento jurídico pátrio adota a tese da responsabilidade objetiva do Estado por erro judiciário, sendo o direito à indenização por dano moral uma garantia constitucional (Art. 5º, V E LXXV, CF/88). (TRF5 - AC - 287787: PE - Quarta Turma - Data da decisão: 15/04/2003 - DJ - Data: 21/07/2003 - Página: 325 Relator(a) Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria)

Basta o resultado. E o resultado está comprovado pela modificação da decisão em sede de revisão criminal, com a absolvição daquele que antes fora condenado. O caso concreto bem demonstra que se tratou de um “erro” a condenação do apelante, ao se constatar que a própria autoria do delito não ficou configurada. O Reitor fora responsabilizado, antes, pela participação em esquema de desvio de verbas, pois teria assinado a documentação que comprovara a fraude. A decisão da revisão criminal pautou-se, justamente, no argumento segundo o qual o Reitor não poderia ter sido responsabilizado pelas várias assinaturas que fizera, pois pre-

sumia a honestidade dos agentes públicos que o assessoravam.

Sem, obviamente, entrar no mérito da questão penal, percebe-se que a revisão criminal retirou o apelante da cadeia criminal, reconhecendo que sua condenação fora equivocada, pois os fatos, reinterpretados, demonstraram que o apelante não fora responsável pelos fatos que embasaram a ação penal.

O fato de ter havido documento novo, que proporcionou a absolvição, não serve para retirar a responsabilidade estatal, já que, como visto, não se está perguntando sobre a eventual negligência na análise dos fatos. O que o documento emanado do Tribunal de Contas trouxe, foi a possibilidade de nova interpretação dos fatos anteriormente já debatidos, donde, ao final, fora constatado o erro antes cometido.

No que se refere à prisão preventiva, também tem razão o apelante. Veja-se o que o STJ decidiu sobre o caso<sup>1</sup>:

**“PROCESSO CIVIL – ERRO JUDICIÁRIO – ART. 5º, LXXV, DA CF – PRISÃO PROCESSUAL – POSTERIOR ABSOLVIÇÃO – INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – 1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5º, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização. 2. Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à ima-**

---

<sup>1</sup> Decisões semelhantes em tribunais estaduais: “A responsabilidade do estado por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada no art. 5º, LXXV, da Constituição Federal. Se esta prisão reflete nas atividades laborativas do paciente e provoca-lhe dano moral, é lhe devida uma recompensa indenizatória pelo sofrimento vivenciado”. (TJBA – AC 22.410-4/00 – (16.186) – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Raymundo Carvalho – J. 21.02.2001); “Danos morais decorrentes da prisão cautelar indevida. Entendimento dos preceitos constitucionais (artigo 5º, inciso LXXV e 37, § 6º). Afastada preliminar de nulidade de sentença. Recurso provido, em parte”. (TJSP – AC 084.338-5/5 – 7ª CDPúb. – Rel. Des. Sérgio Pitombo – J. 21.05.2001)



gem, mercê de afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna. **A absolvição futura revela da ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos (*notoria non egent probationem*).** 3. O pedido de indenização por danos decorrentes de restrição ilegal à liberdade, inclui o “dano moral”, que *in casu*, dispensa prova de sua existência pela inequívocidade da ilegalidade da prisão, duradoura por nove meses. Pedido implícito, encartado na pretensão às “perdas e danos”. Inexistência de afronta ao dogma da congruência (arts. 2º, 128 e 460, do CPC). 4. A norma jurídica inviolável no pedido não integra a *causa petendi*. **‘O constituinte de 1988, dando especial relevo e magnitude ao *status lebertatis*, inscreveu no rol das chamadas franquias democráticas uma regra expressa que obriga o Estado a indenizar a condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado pela sentença (CF, art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes a de quem submetido à prisão processual e posteriormente absolvido.’** 5. A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica na valoração da proporcionalidade do *quantum* e na capacidade econômica do sucumbente. 6. Recurso Especial desprovido”. (STJ – RESP 427560 – TO – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 30.09.2002).

A prisão preventiva de alguém que vem posteriormente a ser absolvido em revisão criminal configura justamente o resultado reprovável que a lei e a constituição querem reparar. Não se trata, frise-se, de aferir a culpa de quem proferiu a decisão, o que só seria útil numa tentativa de responsabilização funcional das autoridades envolvidas, não sendo este o caso.

Quanto à alegada atuação “reprovável” do Ministério Público no processo de condenação não existe razão ao apelante. Não há provas nos autos de qualquer tipo de ardil ou violação às normas

de conduta ética ou profissional por parte dos Procuradores da República, pelo que tal alegação não pode ser considerada suporte fático para incidência das normas indenizatórias, bem como não deve servir para aferição do valor da indenização a ser fixada.

Configurados estão, portanto, o erro judicial e a prisão indevida, como atos potencialmente danosos e passíveis de sofrer a incidência das normas indenizatórias do sistema jurídico.

Resta atentar, agora, para a fixação do valor da indenização pelos danos morais sofridos. Como bem se sabe, não há que se perguntar sobre a prova do dano, já que isso remete a caracteres “internos” como a dor, vergonha e humilhação. Todavia, os fatos trazidos aos autos, analisados objetivamente, têm o condão de demonstrar a potencialidade danosa do evento e de suas conseqüências.

Assim, provadas estão a condenação e prisão injustas, o que, por si só, já bastam a causar dor e consternação. Todavia, no caso presente, as conseqüências que daí decorreram servem para se aferir a extensão do dano e para ajudar na visualização do melhor arbitramento para o caso.

O fato é que o apelante é homem de reputação ilibada, constando entre os documentos acostados, comprovações de sua atuação acadêmica e profissional, dotando o mesmo de um reconhecimento amplo na comunidade, daí porque a condenação em processo crime o colocou em situação vexatória, fulminando sua honra objetiva.

A publicidade que o fato tomou lhe foi deveras prejudicial, dada a extensão que seu nome detinha perante os meios acadêmicos e profissionais da área em que trabalha. Ademais, o cargo de professor submete seu ocupante à exposição pública permanente, pelo que a publicidade negativa de uma condenação mancha o bom nome e a reputação que uma função como este exige.

Tem-se, ainda, que o posto que o autor ocupava é daqueles em que se requer confiança máxima, por conseguinte, uma condenação criminal por peculato, abala qualquer relação de confiabilidade e coloca o cidadão em posição insustentável perante a sociedade e o meio em que vive. Frise-se que o caso atingiu reper-

cussão nacional, com divulgação de notícias por jornais com distribuição por todo país. Não se quer com isto julgar a responsabilidade da imprensa, mas tão-somente destacar a extensão do dano causado à imagem do apelante.

A situação em que o apelante se encontra é irreversível, posto que a mácula pública é algo impossível de ser apagada. Mas não é este o objetivo da reparação aqui pretendida. Tão pouco é seu objetivo a punição do Estado. Trata-se de uma mera reparação pecuniária, que visa a atenuar o sofrimento e recuperar o sentido de justiça pela diminuição das conseqüências nefastas de uma condenação criminal injusta.

Assim, busca-se um parâmetro para, a partir daí, fixar-se um valor que seja razoável diante de tais circunstâncias. Tal valor não pode ser tão alto que propicie enriquecimento sem causa, nem tão ínfimo que se torne inócuo ao fim a que se propõe.

Nesse sentido, o parâmetro a ser utilizado aqui é o do valor correspondente ao desvio de verbas pelo qual o apelante foi acusado na ação criminal. Tal quantia é de Cr\$ 3.641.083.489,00 que, atualizada, corresponde a R\$ 842.124,79.

Utilizando-se tal valor como parâmetro, entendi inicialmente que 10% (dez por cento) dessa quantia seria bastante razoável para a compensação pelos danos causados ao apelante. Todavia, os debates travados quando do julgamento me convenceram de que a quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) reflete melhor a repercussão do dano sofrido pelo apelante.

Diante do exposto, dou provimento à apelação para, modificando a sentença de primeiro grau, condenar a União ao pagamento de indenização por danos morais, a qual arbitro em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigida monetariamente a partir da publicação do acórdão, e acrescida de juros em 06% ao ano, contados a partir da data da citação. Condeno-a, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios em 10% do valor da condenação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 319.130-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA  
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Apeladas: ANATEL - AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, BSE S/A E TELPE CELULAR S/A  
Repte.: PROCURADORIA GERAL FEDERAL (1ª APDA.)  
Advs./Procs.: DRS. CARLOS SUPLICY DE FIGUEIREDO FORBES E NOBERTO JOSÉ LOPES DA SILVA E OUTROS (APDAS.)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. HABILITAÇÃO DE LINHA. CONDICIONAMENTO À INEXISTÊNCIA DE RESTRIÇÃO DE CRÉDITO.***

***-Os serviços de telecomunicações são públicos, ainda que prestados sob as regras do regime privado instituído na Lei nº 9.472/97.***

***-É vedado às concessionárias de serviço de telefonia móvel condicionar a habilitação de linha no plano básico à inexistência de restrição creditícia e à apresentação de comprovantes de crédito em nome do interessado.***

***-Procedência do pedido e condenação da ANATEL à indenização dos prejuízos decorrentes de sua omissão.***

### **ACÓRDÃO**

Vistos etc., 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 julgamento.

Recife, 12 de agosto de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

O Ministério Público Federal interpõe apelação da sentença do MM. Juiz Federal Substituto da 10ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco que julgou improcedente pretensão deduzida em ação civil pública para impedir as empresas BSE S/A e TELPE CELULAR S/A de condicionarem a habilitação de linha telefônica celular no plano básico à inexistência de restrição creditícia e à apresentação de comprovantes de crédito em nome do interessado e compelir a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações a fiscalizar e coibir tal prática.

Discordando dos fundamentos da sentença, entende que o fato de ser o serviço de telefonia celular prestado em regime privado não autoriza práticas discriminatórias, nem a tanto pode levar a proteção à atividade empresarial, sendo dever do Poder Público garantir a todos acesso às telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade – fls. 851-858.

Em contra-razões, reafirma a ANATEL sua ilegitimidade passiva, a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e a inviabilidade da ação civil pública. Nega, outrossim, qualquer omissão de sua parte, compartilhando, inclusive, das mesmas preocupações do autor, tanto que só admite a recusa de habilitação de linha telefônica no caso de o interessado se encontrar em débito com a própria prestadora – fls. 879-887.

A BSE S/A também apresentou contra-razões, sustentando a ilegitimidade do Ministério Público Federal para agir em defesa de direitos individuais disponíveis e a sujeição dos serviços de telefonia móvel celular ao regime privado, inspirado na livre iniciativa e na mínima intervenção estatal, e no qual não subsiste os deveres de universalização e continuidade, próprios do regime público a que estão subordinados os serviços de telefonia fixa. Nada vê, portanto, de irregular na exigência de garantia para habilitação de equipamento no plano básico (pós-pago), cujas peculiaridades de pagamento importariam autêntica concessão de crédito – fls. 889-907.

Neste mesmo sentido, assevera a TELPE CELULAR S/A, não

condicionar a habilitação no plano básico de telefonia móvel à prévia consulta aos cadastros de crédito, embora considere prática compatível com o regime privado – fls. 909-912.

É o relatório.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

Para o ordenamento jurídico brasileiro, qualquer atividade fornecida ao mercado de consumo mediante remuneração, desde que não decorrente de vínculo trabalhista, deve observância ao assim denominado Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 3º, § 2º).

Neste contexto, inegavelmente se insere a prestação de serviço de telefonia móvel a que se dedicam as apeladas BSE S/A e Telpe Celular S/A.

As normas estabelecidas no referido código são “de ordem pública e interesse social” e se destinam à proteção não apenas de quem efetivamente adquire produto ou serviço como destinatário final, mas de todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais relacionadas ao produto ou serviço oferecido (Lei nº 8.078/90, arts. 1º, 2º e 29).

Na inicial questiona-se, fundamentalmente, o comportamento das concessionárias de serviço de telefonia móvel ao condicionarem a habilitação de linha celular no plano básico à inexistência de restrição creditícia e à apresentação de comprovantes de crédito em nome do interessado.

Conforme apurado em inquérito civil oportunamente instaurado, não se trata de atos isolados mais de prática generalizada endereçada a todos que almejam tornar-se assinantes do plano básico de telefonia celular, cuja principal característica reside no fato de o pagamento dos serviços ser posterior à respectiva prestação.

O interesse preponderante em discussão, portanto, não é o de indivíduos perfeitamente identificados, mas o de todo um grupo de pessoas indeterminadas, ainda que determináveis, ligadas aos prestadores de serviço de telefonia por um vínculo nascido direta-

mente da lei disciplinadora das relações de consumo.

Tais características descrevem autêntico interesse coletivo, passível de proteção pela via da ação civil pública, estando para tanto legitimado o Ministério Público (CDC, arts. 81, II, e 82, I c/c arts. 129, III da CF/88).

Não resta dúvida que eventual acolhimento da pretensão inicial facilitará o acesso dos consumidores ao plano básico de telefonia celular, com tarifas notoriamente mais baixas que as praticadas nos chamados planos alternativos. Patentes, portanto, a utilidade do provimento jurisdicional perseguido e o interesse processual do autor.

A presença da ANATEL no pólo passivo da demanda justifica-se em função dos pedidos de condenação em obrigação de dar e fazer contra ela deduzidos, revelando-se nítida na contestação e nas contra-razões a resistência daquela autarquia à pretensão inicial, apesar das medidas corretivas que adotou ao tomar conhecimento das denúncias do Ministério Público.

Evidente, outrossim, a partir da presença da ANATEL, a competência da Justiça Federal para julgar a lide.

Superadas as questões preliminares, no mais, impõe-se realçar constituírem as telecomunicações serviço público afeto à União (CF/88, art. 21, XI).

Seria engano pensar que a Lei nº 9.472/97 haja instituído serviço privado de telecomunicações.

O que fez foi estabelecer um regime jurídico mais rígido, dito público, para o serviços de telecomunicações nos quais prevalece o interesse da coletividade na sua prestação, a ele contrapondo um regime mais brando, denominado privado, não por ser esta a sua natureza, mas porque privado é o interesse preponderante nos serviços a ele sujeitos.

Dentro da ampla, mas não ilimitada, liberdade que dispõe o prestador desta última categoria de serviços, encontra-se, indubitavelmente, o de negar crédito financeiro a quem, a seu ver, não o mereça.

Como crédito financeiro, porém, não se pode entender a fa-

culdade que dispõe o usuário do plano básico de telefonia de só pagar pelos serviços após a respectiva prestação e o conseqüente faturamento.

Não há nisto financiamento algum; apenas uma regra contratual de pagamento, adequada ao tipo de serviço prestado.

O pretense crédito a que aludem as apeladas compartilha da mesma natureza daquele que desfruta o cliente de um restaurante para comer o que e o quanto quiser e só pagar após julgar-se satisfeito. Da mesma forma, o assinante do plano básico de telefonia móvel tem o direito de só pagar pelas ligações efetivamente realizadas durante certo período de apuração.

O risco econômico daí advindo é inerente ao negócio e dele não se podem eximir as operadoras apeladas, até porque conhecido ao tempo das licitações das quais decorrem seus direitos e deveres, enquanto concessionárias do Serviço Móvel Celular (SMC).

Nesta qualidade, com efeito, as empresas apeladas assumiram perante o Poder Concedente o compromisso de oferecer aos interessados, independente de sua condição econômica, plano de serviço básico de telefonia celular, remunerado em função de conta de serviço oportunamente emitida (Norma 23/96, subitem 13.1).

Comprometeram-se, ainda, mesmo com relação a este plano básico, a “prestar serviço adequado ao pleno atendimento das necessidades dos usuários de forma a satisfazer as condições de regularidade, continuidade, (...) generalidade”, “assim entendida a disponibilidade do serviço a todos os usuários, sem discriminação” (Cláusulas Décima Primeira e Décima Segunda dos Contratos de Concessão) fls. 276-277 e 717-718.

Por sua vez, dispõe a Norma Geral de Telecomunicações NGT 20/96:

“6.17.1. É vedado à Concessionária de SMC, a qualquer tempo, deixar de ofertar o Plano de Serviço Básico a assinantes ou interessados no serviço.

6.17.2. É vedada à Concessionária de SMC a oferta de Planos de Serviço Alternativos quando da impossibilidade, por qualquer motivo, da oferta do Plano de Serviço Básico.



6.17. 3. É vedado à Concessionária de SMC impor ao assinante ou interessado no serviço a aceitação de Plano de Serviço Alternativo.”

Coerentemente, a legislação não erige qualquer condição de ordem econômica para que o virtual interessado se torne assinante do plano de serviço básico. Pelo contrário, reconhece-lhe, expressamente o direito “de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza” e o “de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço” (Lei nº 9.472/97, art. 3º, I e III).

Em complemento, atribui ao Poder Público o dever de “garantir, a toda a população o acesso às telecomunicações, a tarifa e preços razoáveis, em condições adequadas” (Lei nº 9.472/97, art. 2º, I).

Confia, ainda, à ANATEL o poder de “adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras” e, especialmente, “reprimir infrações dos direitos dos usuários” (Lei nº 9.472/97, art. 19, XVIII).

Neste propósito, a referida agência reguladora, por meio da sua Superintendência de Serviços Privados, chegou a expedir, em 12/11/98, o Ofício-Circular nº 15/98, notificando as concessionárias do Serviço Móvel Celular de que “não existe sustentação legal para que uma Prestadora de qualquer serviço de telecomunicações, negue-se a firmar contrato de assinatura com um interessado cujo nome esteja registrado, em serviços de proteção ao crédito, por razões de dívidas contraídas com outras entidades que não a própria Operadora” – fls. 776.

Passados mais de três anos desta notificação, as empresas apeladas continuavam a restringir o acesso de usuários ao plano básico de serviços, nenhum indício existindo, até o momento, de que hajam mudado de comportamento.

No inquérito civil instaurado pelo Ministério Público Federal, os empregados da BSE S/A foram unânimes em declarar que a assinatura do plano básico oferecido pela empresa é precedido de consulta ao SERASA e ao SPC e que “havendo algum registro em

qualquer destes bancos de dados, a habilitação não pode ser feita pelo sistema pós-pago e o próprio atendente já sugere ao cliente o sistema pré-pago”. Também “é exigido do cliente um comprovante de crédito, ou seja, cartão do banco ou cartão de crédito, não podendo ser nem conta poupança, nem conta salário” – fls. 179-182.

Já os empregados da Telpo Celular S/A em linhas gerais, asseveraram não ser exigido comprovante de crédito para habilitação no plano básico e “se há restrições com o SERASA e SPC é sugerido o sistema pré-pago, mas se o cliente insistir é feito o pós-pago” – fl. 186.

Só após o ajuizamento da ação civil pública é que a ANATEL se deu conta de que o ofício-circular nº 15/98 não estava sendo observado pelas empresas apeladas.

Com flagrante atraso, decidiu-se por instaurar, em 12/09/02, “processo de apuração de descumprimento de obrigações”, sendo, entretanto, desconhecido seu desfecho – fls. 814.

Não resta dúvida de que o comportamento das empresas apeladas não condiz com a legislação aplicável nem com os compromissos voluntariamente assumidos em função a assinatura do contrato de concessão. Por seu turno, a conduta da ANATEL esteve muito aquém do esperado, revelando-se apática no seu dever de fiscalizar e omissa no de punir as infrações cometidas pelas concessionárias.

À vista disso, dou provimento à apelação para julgar procedente a pretensão do Ministério Público, tal como formulada na inicial, ficando as empresas BSE S/A e Telpo Celular S/A impedidas de condicionarem a habilitação de linha celular no plano de serviço básico à apresentação de comprovantes de crédito ou à inexistência de restrição creditícia em nome do interessado, salvo a relacionada a dívida com a própria concessionária, e a ANATEL obrigada a fiscalizar e coibir práticas desta ordem e ao pagamento de indenização, de acordo com o art. 95 do CDC, pelos danos causados aos consumidores que se habilitarem, a ser apurada em liquidação por artigos.

Determino, ainda, a inversão do ônus da sucumbência.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 323.574-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Apelantes: JINALDA BARRETO ANDRADE E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF  
Apelados: OS MESMOS  
Advogados: DRS. ANA SIMEI TEIXEIRA NERY E OUTROS E MARCELO DUTRA VICTOR E OUTROS

**EMENTA: CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. TR COMO FATOR DE CORREÇÃO. PRESTAÇÕES. PES. OBSERVÂNCIA. FORMA DE AMORTIZAÇÃO. COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PREVISÃO CONTRATUAL. AUSÊNCIA. URV. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE.**

**- Em matéria como a dos autos, desde que haja pedido expresso, a solução a ser adotada, para eliminar a disparidade entre os reajustamentos e a marcha do saldo devedor, é a utilização irrestrita do Plano de Equivalência Salarial, também no que tange à recomposição dos valores deste, tornando-se acessível a sua solvabilidade, sem que subsista qualquer resíduo ao final do longo prazo de pagamento da dívida.**

**- Hipótese em que restou determinada pelo juízo a quo, acolhendo pedido da parte autora, a aplicação do INPC na revisão do cálculo das prestações e do saldo devedor.**

**- Uma vez que o INPC é superior à TR, para que não haja prejuízo ao mutuário e em respeito ao princípio dispositivo, há de se aplicar, in casu, a Taxa Referencial como indexador contratual.**

**- Tendo a contadoria do juízo apurado um saldo favorável à demandante no tocante à aplicação do Plano de Equivalência Salarial na correção dos encargos mensais, correta a sentença monocrática na determinação de sua observância pela CEF.**

**- Inexiste ilegalidade no sistema de amortização**

**que, após o transcurso do mês, reajusta monetariamente o débito, deduzindo, posteriormente, a parcela paga, nos mesmos moldes do procedimento verificado quando do saque de conta poupança.**

**- Indevida a cobrança do CES quando omissa o contrato.**

**- A URV, no período de março a junho de 1994, fora utilizada como verdadeiro padrão monetário, a ser seguida em todas as obrigações, de modo que a sua incidência sobre as prestações do SFH não causou prejuízo ao(s) autor(es), haja vista que os seus rendimentos também variaram com base no referido índice.**

**- Apelações parcialmente 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 parcial provimento às apelações, nos termos do Relatório, do Voto do Relator e das Notas Taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 3 de agosto de 2004 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de apelações interpostas contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido autoral, nos seguintes termos: revisão do cálculo do saldo devedor do contrato, usando, para tanto, o INPC, deles extirpando excessos provocados pela adoção da TR, bem como das prestações, determinando a aplicação do Plano de Equivalência Salarial.

O demandante pugna, em seu apelo, para que seja deduzido o valor da parcela paga, antes da correção do saldo devedor; que a cobrança do coeficiente de equivalência salarial é indevida, tanto porque não consta no contrato, como também por falta de amparo legal; que, na conversão de cruzeiro real para URV, não haveria porque existir reajuste e sim apenas a mudança.

A CEF sustenta que não se mostra possível o reajuste do saldo devedor por outro índice que não o da caderneta de poupança, em razão de o mesmo não ser inconstitucional, bem como pelo fato de ter sido o convencionado pelas partes. Aduz também que nunca descumpriu o contrato e que a declaração acostada aos autos não contém todos os aumentos salariais do mutuário, principalmente os anteriores a setembro/88 e que os honorários periciais deverão ser custeados pela demandante, já que a perícia realizada não foi considerada pelo juízo.

Contra-razões.

É o relatório.

## VOTO

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

A matéria aqui devolvida consiste em saber se é viável a substituição da TR pelo INPC, na correção do saldo devedor; se houve descumprimento do Plano de Equivalência Salarial; se deve haver a observância do CES, bem como a aplicação da URV no reajuste da prestação e se é correta a forma de amortização utilizada no saldo devedor.

Em casos símiles, já tive oportunidade de perfilhar o entendimento de que inexistiriam óbices à aplicação da Taxa Referencial (TR) a título de atualização monetária, numa homenagem aos ditames contratuais, à Lei nº 8.177/91 e, principalmente, à orientação emanada do Colendo STF que, quando do julgamento da ADIN nº 493-DF, não a expungiu do universo jurídico, considerando cabível a sua utilização enquanto critério de reposição das perdas inflacionárias.

Todavia, realizando uma análise mais acurada do tema, verifico que esse mecanismo de correção, no âmbito do SFH, é impró-

prio, pois lhe desvirtua a finalidade, que não é o lucro, a rentabilidade dos investimentos, mas sim o incentivo à aquisição da moradia própria através de planos de pagamento razoáveis, que conduzam à liquidação dos contratos no prazo acordado, sem prejudicar a subsistência de sua clientela, cujas obrigações não podem se dilatar infinitamente, num compasso de progressão geométrica.

Sendo esta a essência idealizada para o Sistema, não podem ser considerados corretos os contratos ali realizados, cujos efeitos não se coadunam com as diretrizes daquele, por terem caminhado a passos largos em direção à excessiva onerosidade da obrigação desses indivíduos.

Em matéria como a dos autos, desde que haja pedido expreso, entendo que a solução mais eficaz para se evitar a disparidade entre os reajustamentos e a marcha do saldo devedor, é a adoção ilimitada do Plano de Equivalência Salarial, no que tange à recomposição dos valores deste, tornando-se acessível a sua solvabilidade, sem que subsista qualquer resíduo ao final do longo prazo de pagamento da dívida, o que, conseqüentemente, demanda a invalidação da cláusula que preveja a quitação de qualquer montante, apurado como remanescente, após a regular amortização de todas as prestações pactuadas.

A brilhante ilação do Des. Federal Francisco Cavalcanti, extraída do percuciente estudo que desenvolvera em relação ao enredo posto nos autos dos Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 177.362/SE, indica quão impreterível é tal medida, sendo irreprocháveis e merecedores de reprodução os seus fundamentos:

“(…) Ora, é público e notório que há grande diferença em relação aos percentuais de reajuste dos saldos devedores de empréstimos e os reajustes de remuneração dos mutuários empregados. Cotejando-se, *exempli gratia*, qualquer índice financeiro com os reajustes salariais (quando ocorrentes) nos últimos anos, ver-se-á gritante disparidade. Até mesmo o modesto índice da caderneta de poupança torna-se elevado quando cotejado com os reajustes salariais.

Nas situações destacadas, objeto de comento nos

Tribunais, tem-se constatado que as dívidas dos mutuários tendem à infinitude, situação, por si somente, causadora de inquietação, proveniente esta da idéia do desalojamento de inúmeras famílias consumidas pela impossibilidade de pagamento de saldo devedor em montante igual ou superior ao do imóvel que ocupam, e que acreditavam estar sendo quitado a cada prestação. (...)

Acerca da matéria, recentemente, foi noticiada na imprensa a decisão proferida pela Terceira Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que determinou a aplicação de um único índice de correção tanto para as prestações mensais, como para o saldo devedor. Definiu, o STJ, nos autos do RESP 335171/SC – acórdão ainda não publicado -, cujo Relator foi o Ministro Carlos Alberto Direito, que tanto o saldo devedor, como as prestações mensais deverão ser reajustadas de acordo com o aumento salarial do mutuário. A unificação dos indexadores permite uma evolução do débito de forma mais consentânea com a situação fática vivenciada pelos mutuários, fazendo desaparecer ou amenizar a figura do resíduo. Além disso, apresenta maior adequação com as finalidades pretendidas pelo SFH. (...)

Considerando que os mutuários, como assalariados ou servidores públicos, têm sua capacidade de pagar definida pelo valor dos salários que percebem, salários que não progridem mensalmente segundo índices financeiros, não há como se exigir do mutuário capacidade de solver um montante que, seguindo as cadernetas de poupança, se expande em maior velocidade e proporção que os salários. Exemplificando numericamente a questão, os Procuradores da República André de Carvalho Ramos e Duciran Van Marsen Farena citam o caso de um mutuário que *‘num prazo de aproximadamente 4 anos pagou 47 prestações (R\$28.478,24) do mútuo feito (R\$25.100,55) de um total de 187 parcelas. Tendo sido pago por volta de 35% das parcelas devidas,*

*ainda deve cerca de 221% do valor inicial mutuado, ou seja, R\$ 80.587,36'. É patente que a garantia contratual da equivalência salarial não se realiza – restando a correspondente previsão normativa esvaziada – quando, a despeito da correção das prestações se verificar pela variação salarial, o saldo devedor avança por critérios financeiros díspares e de acentuada oscilação, sobretudo em condições inflacionárias.*

É certo que, ao lado dos entendimentos jurisprudenciais favoráveis aos mutuários excessivamente onerados com o encaminhamento dos contratos habitacionais, não são raros – muito ao contrário – os precedentes fundados na formação consentida do vínculo contratual, pela adesão voluntária do mutuário às cláusulas do negócio jurídico. Assim, consoante o segundo posicionamento, aderindo, o mutuário, ao contrato, presumida a aceitação de suas cláusulas, não haveria como se permitir o descumprimento posterior fundado na inexecutabilidade do negócio (*pacta sunt servanda*). De igual modo, contudo, é também certo que os Tribunais têm reconhecido certas situações em que, por motivo de onerosidade excessiva para uma das partes contratantes, não se mostra razoável insistir na execução de contrato em sua feição originária.

Nesse sentido e a título de exemplificação e cotejo, não se pode olvidar a compreensão consagrada quando o julgamento de ações revisionais de contratos de aquisição de veículos, calcadas, as pretensões revisionais, na crise cambial verificada no ano de 1999. (...)

Considerando, comparativamente, o valor (entendido como nível de relevância social) dos bens envolvidos – veículo (...) e moradia (...), não se mostra razoável admitir a possibilidade de revisão contratual por motivo de inexecutabilidade, no caso dos ajustes de compra de automóveis, não a acatando na hipótese de contratos firmados com vistas à aquisi-



ção da casa própria. (...)

Não se pode desconsiderar, ainda, que o mutuário possui direito à informação, sobretudo no momento inicial da formação do contrato, no período preparativo do perfazimento do vínculo contratual. Não se diga, simplesmente, que ao assinar o contrato de mútuo, o promitente comprador se fez ciente e condescendente em relação a todas as cláusulas ali fixadas. Se, por um lado, poder-se-ia entender que o contrato de mútuo, como contrato de adesão (em oposição ao contrato paritário), tem características próprias – dentre as quais, a inexistência de discussão acerca das cláusulas do contrato, cuja fixação fica a cargo unicamente de um dos contratantes –, por outro lado, é possível asseverar, de igual modo, que a generalidade do contrato de mútuo, cuja cópia descansa nos autos, e especialmente a escassez de esclarecimentos no lançamento de informações essenciais e determinantes do contrato, agredem o direito de informação do mutuário, nesse ponto particularmente equiparado ao consumidor.

O laconismo com que são postos temas complexos do cerne do contrato, como é o caso do sistema de amortização, bem como a pouca preocupação da Instituição Financeira com a orientação do particular, geram inequivocamente uma deficiência na compreensão nítida, pelo mutuário, dos efeitos que decorrerão do negócio jurídico. Ao lado dessa insuficiência, caminha a expectativa da aquisição da casa própria, esperança fundada – consoante se depreende da leitura do contrato de mútuo em comento (...): **a uma**, na certeza de que o aumento das prestações apenas acontecerá em caso de acréscimo dos salários; **a duas**, na convicção de que a correção do débito acompanhará a realidade por ele vivenciada, na medida em que se garante, nas tratativas e nas campanhas governamentais, um ‘equilíbrio’ contratual, uma proporcionalidade entre a renda do mutuário e o valor financiado; **a três**, na idéia

de que, com o adimplemento periódico e contínuo das obrigações, não haverá saldo devedor ou será ele de menor monta, haja vista que, nos termos da literalidade do contrato, o saldo devedor é reputado contingente ('eventual saldo devedor' ...).

Não há como se conceber, ademais, a celebração de contrato por mutuário sabedor da inexecuibilidade posterior do ajuste por inadimplência de suas obrigações de devedor. *'Se o pré-requisito para um assalariado candidatar-se à aquisição de imóvel residencial pelo SFH era ter uma evolução salarial compatível com os rendimentos das aplicações financeiras, isso deveria ter ficado claro na lei e no contrato'*. A tais razões se acresça o fato de que o contrato de mútuo tipifica-se como contrato comutativo, na medida em que, no momento do aperfeiçoamento do ajuste, há certeza das partes contratantes quanto às prestações a que fazem jus e no concernente às obrigações que decorrem da avença. *'Na idéia de comutatividade se insere, de um certo modo, a de equivalência das prestações. Porque é normal que, nas convenções de intuito lucrativo, cada parte só consinta num sacrifício, se aquilo que obtém em troca lhe for equivalente'*.

Ademais, sublinhe-se que o mutuário não pode ser penalizado por equívocos cometidos pela instituição financeira no planejamento do sistema habitacional. Se as prestações não foram corretamente prognosticadas em suficiência à solvabilidade do preço contratado no prazo ajustado; se a forma de exercitação do sistema de correção/amortização adotado implica sempre na geração de um elevado saldo devedor, que contratualmente é enunciado como eventual, mas alcança patamares equivalentes ou mesmo superiores ao valor do imóvel objeto do contrato; e, finalmente, se esses equívocos ou deficiências de programação afrontam o escopo do sistema financeiro da habitação, não é razoável imputar ao mutuário a responsabilidade pelos ônus que daí

decorrem, quando para eles não concorreu, nem acreditou na sua ocorrência.

Não é aceitável a imputação ao mutuário de todos os riscos que envolvem o negócio jurídico firmado, enquanto a instituição financeira fica salvaguardada de contínuas oscilações da economia e dos índices financeiros (...)

Tais asseverações repercutem na cláusula que impõe, ao termo do prazo de amortização, pagamento de resíduo. (...)

A cláusula de resíduo, da forma como atualmente evolui o saldo devedor, transforma mesmo o contrato de mútuo/compra e venda em contrato de aluguel perpétuo, haja vista que, não tendo o mutuário como saldar o débito residual, perderá o imóvel que acreditava estar adquirindo a cada prestação adimplida. Considerando a finalidade do contrato de mútuo, que consiste na transferência da propriedade do bem imóvel ao mutuário, restaria, o referido tipo contratual, descaracterizado diante da insolvabilidade crescente imputada ao prestamista, insolvência que implicará na não transferência da propriedade da coisa fungível.(...)

Acredito, em verdade, que a cláusula de resíduo não evita a exacerbação das prestações, mas apenas transfere a exacerbação – não autorizada pela regra da equivalência salarial – ao saldo devedor, sem que o mutuário tenha compreensão desse deslocamento.

Realce-se que, diante da função social atribuída ao Sistema Financeiro de Habitação, escudada mesmo no direito à moradia e no fato de não se buscar, pela via do sistema, lucro imobiliário, não seria razoável exigir-se do mutuário preço de mercado. Se devesse valer a regra de mercado, concernente à iniciativa privada, o sistema financeiro de habitação não encontraria justificativa de existir. (...)

De igual modo, não há como se gasalhar afirmação de que o SFH se destruiria frente à exclusão da cláusula

sula de pagamento de resíduo, tendo em conta que eventual diferença, ao final do contrato cujas prestações contratadas tenham sido adimplidas, é de ser absorvida pelo Tesouro Nacional, em virtude da responsabilidade social do Estado.”

*In casu*, a parte demandante pleiteia a substituição do índice aplicado (TR) pelo INPC (fl. 09). É de se destacar que o indexador indicado pelos suplicantes, e concedido pelo juízo *a quo*, traz-lhes, em verdade, prejuízo de monta, a teor do quadro comparativo abaixo, colhido do *site* <http://www.portalbrasil.eti.br>:

<b>ANO</b>	<b>INPC</b>	<b>TR</b>
<b>2002</b>	14,74	2,80
<b>2001</b>	9,44	2,28
<b>2000</b>	5,27	2,09
<b>1999</b>	8,43	5,72

Assim, em razão disto e ante a impossibilidade de ser concedida a equivalência salarial, em homenagem ao princípio dispositivo, há de ser mantida a TR na correção do saldo devedor, admitindo-a como fator de correção.

No que diz respeito à observância do Plano de Equivalência Salarial na correção das prestações mensais, correta a sentença monocrática quando determinou a aplicação daquele, já que a contadoria do juízo, com base nos documentos acostados aos autos, constatou uma diferença, favorável ao demandante, entre o valor efetivamente pago e o devido (fls. 141/142), o que solidifica o pleito da exordial, no tocante a tal aspecto.

Quanto ao sistema de amortização, entendo que, transcorrido o lapso temporal mensal, é imperiosa a atualização automática do saldo devedor para, em seguida, haver a amortização da dívida.

A propósito, vale transcrever excerto elucidativo, extraído de uma peça contestatória da CEF, em processo análogo, que referencia o posicionamento desta Relatoria, *in verbis*:

“(...) *Mutatis mutandis*, basta fazer um paralelo com as cadernetas de poupança: no caso de retirada de valores da conta (saque) no mesmo dia do aniversário da conta, não seria justo deduzir a retirada antes de atualizado o saldo; quer dizer, deve-se corrigir o saldo da poupança para após deduzir eventuais retiradas; caso contrário haveria o enriquecimento sem causa, ou ilícito, da instituição financeira.(...)”.

Verifico, ademais, que o comando insculpido no art. 6º, ‘c’, da Lei nº 4.380/64, não tem aplicação obrigatória.

Tal preceito fixa a aplicação do referido sistema de abate das prestações apenas aos contratos que satisfaçam às condições ali estabelecidas, não tendo sido essa, no entanto, a sistemática adotada pelas partes, objeto do contrato ora impugnado.

Quanto à cobrança do coeficiente de equiparação salarial, apesar de sua legalidade, atualmente respaldada pela Lei 8.692/93, o contrato não prevê a sua aplicação, contrariamente ao entendimento monocrático (fl. 213), o que foi detectado pelo perito judicial (fl. 137), pelo que indevida sua cobrança.

Relativamente à pretensão da demandante quanto à exclusão da URV, como índice de reajuste das prestações, verifico que o pleito autoral não merece prosperar.

Com efeito, durante a vigência da URV todas as obrigações expressas em moeda corrente foram convertidas para tal índice.

Nesse panorama, é de se questionar se houve, com essa conduta, desequilíbrio contratual. A resposta se afigura negativa. Isto porque a obrigação de pagar salário, recíproca do direito ao seu recebimento, também por encontrar-se expressa no padrão monetária da época, fora convertida para URV, variando, diariamente, nos mesmos percentuais da prestação.

Nesse sentido, sedimentou-se o entendimento jurisprudencial, nos termos do seguinte precedente do eg. Superior Tribunal de Justiça:

“SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. CLÁUSULA DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. PES. JUSTIÇA

CONTRATUAL. MAJORADO O SALÁRIO DO MUTUÁRIO, A QUALQUER TÍTULO, EM NÍVEL INSTITUCIONAL OU LEGAL, IMPÕE-SE A EQUIVALÊNCIA. MODIFICAÇÃO DO PADRÃO MONETÁRIO. ALTERAÇÃO QUANTITATIVA DO SALÁRIO PELA URV. INFLUÊNCIA NA PRESTAÇÃO. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO, PORQUANTO A MOEDA DO SALÁRIO É A MOEDA DO CONTRATO. RESOLUÇÃO DO BANCO CENTRAL DETERMINANDO O REPASSE ÀS PRESTAÇÕES DOS PERCENTUAIS DE REAJUSTE CORRESPONDENTE À VARIAÇÃO EM CRUZEIROS REAIS VERIFICADA NOS SALÁRIOS.

1. A norma que institui novo padrão monetário é de ordem pública e eficácia plena e imediata, conjurando alegação de ofensa ao ato jurídico perfeito ou ao direito adquirido que obstem a sua aplicação.

2. As resoluções que se adstringem a essas normas e que regulam as relações jurídicas sobre as quais incide o novel padrão monetário, têm a mesma eficácia das regras originárias.

3. Plano de Equivalência Salarial. Resolução nº 2.059/94 amparada pelo permissivo do § 1º, do art. 16, da Lei nº 8.880/94. A resolução que determina que o mesmo percentual acrescido, decorrente da conversão dos salários em URV, seja repassado às prestações, não malfere o Plano de Equivalência Salarial mas antes prestigia a regra de justiça contratual que impõe o 'equilíbrio econômico-financeiro do vínculo'.

4. O E. STJ, à luz desses princípios tem assentado que a Lei nº 8.004/90 estabeleceu que qualquer aumento, individual ou institucional, que se incorpore aos ganhos do mutuário, devem refletir no valor das prestações [RESP nº 150.426/CE, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* de 09.10.2000] para preservar a equação econômico-financeira do pactuado [RESP nº 194.086/BA, Rel. Min. Peçanha Martins, *DJ* de 26.03.2001].(...)

8. Recurso especial provido." (1ª T., REsp. 394671/PR, rel. Min. Luiz Fux, DJU 16.12.2002, p. 252).

Vale conferir, ainda, os seguintes julgados: TRF-5ª R., 2ª, AC 144.314/PE, rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima (substituto), DJU 20.08.99, p. 677; TRF 4ª R., 4ª T., AG 0401063670-3/PR, rel. Juiz José Germano da Silva, DJU 27.01.1999, p. 595.

Em face da sucumbência recíproca já determinada pelo juízo monocrático, não poderá a demandada arcar sozinha com a condenação nos honorários periciais, uma vez que tal despesa será rateada proporcionalmente entre as partes (art. 21, *caput*, do CPC).

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação da parte autora para afastar a cobrança do coeficiente de equiparação salarial e à apelação da CEF, a fim de excluir da condenação a atualização do saldo devedor pelo INPC, julgando improcedente o pedido de exclusão da TR na correção do referido saldo, determinando, ainda, entre as partes, o rateio proporcional das despesas periciais.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 326.015-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelado: ANTÔNIO JOSÉ DA SILVA  
Advogados: DRS. CARLA MENDONÇA DIAS ALVES DA SILVA E OUTROS (APTE.) E JOSÉ AUGUSTO ALVES DE OLIVEIRA (APDO.)

***EMENTA: CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. APOSENTADORIA. REGRA DE TRANSIÇÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS.***

***- Antes da vigência da Lei nº 9.032/95, o desempenho das atividades sujeitas a ruído excessivo,***

***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.***

***- Com a entrada em vigor daquele diploma legal (que deu nova redação ao § 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.***

***- O Decreto nº 3.048/99, que regulamentou a Lei nº 9.711/98, em seu art. 70, § único, assegurou, aos que exerceram atividade constante do Anexo IV do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 2.172/97, o direito à conversão até 28.05.98.***

***- Hipótese em que o autor não contava com tempo necessário para a concessão da aposentadoria proporcional antes da vigência da EC nº 20, não caracterizando direito adquirido. Inserido na regra de transição, perfectibilizou os requisitos exigidos.***

***- Apelação e remessa oficial parcialmente 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 parcial provimento à apelação 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, 17 de agosto de 2004 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator



## RELATÓRIO

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de apelação e remessa oficial de sentença da lavra do MM. Juiz Federal da 5ª Vara-PE que, nos autos de ação ordinária, julgou procedente o pedido deduzido na inicial, para condenar o INSS a conceder a aposentadoria proporcional, com efeito a partir do requerimento administrativo.

O apelante alega, em síntese, que o autor não faz jus à aplicação do fator de conversão de 1.4 quanto ao tempo de serviço laborado na Cia Atlantic, de modo que, *in casu*, inexistente direito à obtenção do pretendido benefício.

Contra-razões.

É o relatório.

## VOTO

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

A matéria aqui discutida diz respeito ao reconhecimento do tempo de serviço especial prestado pelo autor, para fins de aposentadoria.

O primeiro ponto a ser analisado, no entanto, é a natureza da atividade exercida pelo apelado.

Na legislação previdenciária, a contagem de tempo de serviço para fins de aposentadoria especial, instituída pela Lei nº 3.807/60, era regulada pelo Decreto nº 53.831/64, que elencava atividades insalubres/perigosas, sujeita à aposentadoria aos 25 anos de serviço.

Foi então editado o Decreto nº 62.755/68, que, a par de revogar o Decreto nº 53.831/64, previu a apresentação de um projeto de regulamentação da aposentadoria especial, no prazo de 30 (trinta) dias, pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social (art. 2º).

Essa regulamentação ocorreu com o Decreto nº 63.230/68, que, no entanto, em seu art. 6º, resguardou o direito à aposentadoria especial, nos termos da legislação anterior, aos segurados que,

em 22 de maio de 1968, houvessem completado o tempo de serviço previsto para a respectiva aposentadoria.

Tal garantia veio a ser expressa também na Lei nº 5.527, de 08 de novembro de 1968, que, em seu art. 1º, dispôs:

“Art. 1º As categorias profissionais que até 22 de maio de 1968 faziam jus à aposentadoria de que trata o artigo 31 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, em sua primitiva redação e na forma do Decreto nº 53.831, de 24 de março de 1964, mas que foram excluídas do benefício por força da nova regulamentação aprovada pelo Decreto nº 63.230, de 10 de setembro de 1968, conservarão direito a esse benefício nas condições de tempo de serviço e de idade vigentes naquela data.”

A norma em comento foi repetida no Decreto nº 83.080, em 24 de janeiro de 1979, art. 64, nos seguintes termos:

“Art. 64. Na forma do disposto no artigo 1º da Lei nº 5.527, de 8 de novembro de 1968, as categorias profissionais que até 22 de maio de 1968 faziam jus à aposentadoria de que trata o artigo 31 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, na sua redação primitiva e na forma do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, mas que foram excluídas do benefício por força da nova regulamentação aprovada pelo Decreto nº 63.230, de 10 de setembro de 1968, conservam o direito a esse benefício nas condições de tempo de serviço e idade vigentes em 22 de maio de 1968.”

Posteriormente, foi editado o Decreto nº 611/92, que regulamentou a Lei nº 8.213/91, o qual expressamente ripristinou a eficácia jurídica do anexo do referido Decreto nº 53.831/64, ao estabelecer, em seu art. 292:

“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.”

Destarte, tendo ressurgido no mundo jurídico o anexo do Decreto nº 53.831/64, resta evidenciada a natureza insalubre/perigosa das atividades ali elencadas, mormente quando há prova idônea nesse sentido, como é o caso dos autos, haja vista os laudos periciais de fls. 26 (24.04.81 a 19.07.91) e 28 (27.09.93 a 31.03.94 / 09.08.94 a 27.10.95), que atestam o desenvolvimento de atividades que demandam a exposição de ruídos com intensidade superior a 90 decibéis.

No período de 01.06.72 a 01.08.74 (fl. 21), o autor não trouxe à colação prova capaz de atestar a veracidade das suas alegações, visto que não há documentos idôneos à comprovação da insalubridade que lhe acometia.

Constatada a sujeição do segurado a condições especiais de trabalho, cumpre indagar a possibilidade da conversão do período, a bem de seu aproveitamento para o cálculo do valor da aposentadoria pretendida.

Ressalte-se que apenas o segurado da Previdência Social que tenha laborado efetivamente na atividade considerada penosa, perigosa ou insalubre, durante o lapso previsto, é que faz jus à aposentadoria especial. Não obstante, é assegurado ao trabalhador a contagem do referido tempo, acrescido de fator de correção, na hipótese de mudança para atividade comum, como forma de compensar o desgaste sofrido no desempenho da atividade nociva à saúde.

Sobre o tema, assim leciona Wladimir Novaes Filho (Conversão de tempo de serviço especial em comum na contagem recíproca de tempo de serviço, *in* Temas Atuais de Previdência Social, coord. Wladimir Novaes Martinez, São Paulo: LTR, 1998, p. 297):

“(...) a atividade especial vale mais do que a comum para a contagem de tempo de serviço, por isso, o mecanismo da conversão de tempo de serviço é importante, evitando-se injustiças, com quem sofreu desgastes ou corre riscos em seu trabalho.”

Ocorre que o § 5º, do artigo 57, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, assim dispôs:

“§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.”

Referido dispositivo foi revogado pela Medida Provisória nº 1.663-10 (convertida na Lei nº 9.711), de 28 de maio de 1998. Nada obstante, a MP nº 1.663-13 (reedição da 1.663-10), no seu art. 28, possibilitou, em homenagem ao princípio constitucional do direito adquirido, a conversão ora postulada, desde que o segurado tenha trabalhado anteriormente em condição especial, *in verbis*:

“Art 28. O Poder Executivo estabelecerá critérios para a conversão do tempo de trabalho exercido até 28 de maio de 1998, sob condições especiais que sejam prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos termos dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 1991, na redação dada pelas Leis nº 9.032, de 28 de abril de 1995, e 9.528, de 10 de dezembro de 1997, e de seu regulamento, em tempo de trabalho exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha implementado percentual do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria especial, conforme estabelecido em regulamento.”

Posteriormente, o Decreto nº 3.048/99, que regulamentou a Lei nº 9.711/98, estabeleceu, em seu art. 70, parágrafo único, o seguinte:

“Parágrafo único. O tempo de trabalho exercido até 05 de março de 1997, com efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes constantes do Quadro Anexo ao Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e do Anexo I do Decreto nº 83.080, de

24 de janeiro de 1979, e até 28 de maio de 1998, constantes do Anexo IV do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997, será somado, após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha completado, até as referidas datas, pelo menos vinte por cento do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria, observada a seguinte tabela.(...)"

Assim, restando patente que o autor exerceu atividades previstas no Quadro Anexo dos Decretos nºs 53.831/64 (código 1.1.6), 83.080/79 (código 1.1.5) e 2.172/97 (código 2.0.1), possui o mesmo o direito de obter a conversão apenas do período de 24.04.81 a 19.07.91, 27.09.93 a 31.03.94 e 09.08.94 a 27.10.95 (fls. 26 e 28).

Desta forma, após a utilização do fator de conversão de 1.4, tal lapso dá um total de 16 anos, 9 meses e 03 dias, que somados ao tempo comum trabalhado em 06.01.68 a 04.12.68, 06.03.69 a 31.03.69, 10.05.69 a 31.05.72, 01.06.72 a 01.08.74, 01.04.76 a 31.12.76, 04.04.77 a 30.07.80, 14.04.81 a 23.04.81, 01.03.96 a 31.08.98, 01.11.98 a 15.12.98 (fls. 40/42, 14/17) resultarão em 29 anos, 8 meses e 11 dias, insuficiente à concessão da aposentadoria proporcional (30 anos) antes da vigência da EC nº 20, de 16/12/98.

Ocorre que o art. 9º da supracitada modificação constitucional assim determinou, *in verbis*:

"Art. 9º Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:

I - contar com cinqüenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

e  
(...)

§ 1º O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do *caput*, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;”

Assim, as pessoas que não adquiriram o direito à aposentadoria proporcional antes da EC nº 20, ressalvado o direito de opção pela nova regra, terão de atender, cumulativamente, os requisitos acima citados. No caso dos autos, contar com 53 anos de idade e tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de 30 anos e um período adicional também chamado de pedágio (alínea 'b').

Observando que faltava ao autor, em 16/12/1998, para atingir os 30 anos de contribuição, o tempo de 3 meses e 19 dias, o seu pedágio seria de 01 mês e 14 dias.

Desta forma, para o demandante se enquadrar no período de transição acima estabelecido, deve o mesmo contar com 53 anos de idade e tempo de contribuição de 30 anos, 01 mês e 14 dias.

Adicionando os períodos de 16.12.98 a 30.04.99 e 01.07.01 a 01.08.01 (5 meses e 16 dias, ver fls. 41 e 42) ao tempo exercido até a EC nº 20/98 (29 anos, 8 meses e 11 dias), totalizará em 30 anos, 01 mês e 27 dias, restando cumprido o determinado no § 1º, I, do referido dispositivo legal.

No tocante à exigência da idade, constato que, igualmente, o autor satisfaz tal requisito, uma vez que o mesmo completou 53 anos em 16/05/2001 (ver fls. 12 e 13).

Com estas considerações, dou parcial provimento à apelação

e à remessa oficial, apenas para excluir da condenação o direito à aplicação do fator de conversão de 1,4 sobre o tempo de serviço compreendido no período de 01.06.72 a 01/08/74.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 329.055-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Apelante: FAZENDA NACIONAL  
Apelados: MILTON JORGE PEREIRA E CÔNJUGE  
Advs./Procs.: DRS. ANA LÉLIA LACERDA LIMA ROCHA E OUTROS (APDO.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO DE PENHORA. BOA-FÉ DO ADQUIRENTE. BEM DE FAMÍLIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCOS.**

*- A penhora, para valer contra terceiro, precisa estar devidamente registrada. Jurisprudência firmada nos tribunais, que levou a criação da Lei 8.953/94, a qual introduziu o § 4º ao art. 659 do CPC, tornando expressa a exigência. (REsp 112.445/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 21/08/2000, p. 106).*

*- Somente após o registro é que se pode falar em fraude à execução, salvo se aquele que alegar a fraude provar que o terceiro estava de má-fé. A demonstração desta última pressupõe ato de efetiva constrição judicial ou atos reipersecutórios vinculados a imóvel, para que as modificações na ordem patrimonial configurem a fraude.*

*- In casu, entendendo estar comprovado que o compromisso de compra e venda e a transferência foram celebrados antes do registro da penhora, pois, na ocasião do registro da escritura pública de venda, o imóvel estava liberado de quaisquer*

***ônus. Não há caracterização, portanto, de fraude à execução por no momento do compromisso particular não existir a constrição, principalmente se não existem indícios de que o terceiro tinha conhecimento dela, merecendo ser protegido o direito pessoal do promissário-comprador.***  
***- Tratando-se o imóvel de bem de família, logo, absolutamente impenhorável, conforme as disposições da Lei 8.009/90, deve o mesmo ficar à salvo da constrição judicial pretendida pela apelante.***  
***- Cabível a condenação da Fazenda Nacional em honorários advocatícios, como fixado.***  
***- Apelação improvida.***

## **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 à apelação, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 2 de setembro de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de apelação contra sentença que julgou procedente o pedido formulado pelos ora apelados em sede de embargos de terceiro, objetivando o cancelamento da penhora incidente sobre o imóvel descrito às fls. 07 dos autos, no auto de penhora de fls. 12 da Execução Fiscal nº 00.0001977-1, movida pela Fazenda Nacional contra a Metalnox Comércio e Representações Ltda.

Em razões de apelação, aduz a recorrente que a alienação notificada nos autos foi fraudulenta, tendo em vista que o ajuiza-



mento da execução fiscal data de 10/09/81 e o imóvel foi adquirido pelos embargantes em 08/10/91. Afirma que não ficou provado que o referido bem era de família, trazendo aos autos tão somente certidão do Cartório de Registro Geral de Imóveis de Olinda, fato que não impede os apelados de possuírem bens imóveis em outros municípios. Alega que não merece prosperar a boa-fé alegada pelos embargantes, visto que não tomaram as cautelas necessárias ao adquirir o imóvel objeto da controvérsia. Argumenta, por fim, que não se poderia condenar a Fazenda Nacional em honorários advocatícios, pois agiu de boa-fé, visto que o Sr. Jorge do Vale Pereira Filho, representante legal da executada, era proprietário do bem à época do ajuizamento da Ação Fiscal. Requer, ao final, a reforma da sentença, ou, que seja relevada a condenação em honorários advocatícios.

Nas contra-razões, os recorridos afirmam que não merece reforma a sentença, pois é evidente a inexistência de fraude à execução e também que o bem imóvel se encontra albergado pela Lei 8.009/90.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

O Código de Processo Civil, no art. 593, prevê três situações de constituição da fraude à execução, por alienação ou oneração de bens.

*“Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:*

*I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real;*

*II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;*

*III – nos demais casos expressos em lei”.*

Nesses outros casos de fraude de execução, a que se refere o inciso III, um dos mais discutidos é o referente à alienação de bens penhorados.

Primeiramente cabe dizer que a questão do registro da penhora para que esta tivesse validade em relação a terceiros ensejou acirrados debates. Embora a doutrina afirmasse o efeito *erga omnes* da penhora como ato de coerção processual, a Lei 8.953/94, ao introduzir o § 4º no art. 659, do CPC, tornou obrigatório o registro e sintonizou-se com a Lei 6.015/73, a qual já previa o registro – art. 167 – como obrigatório – art. 169. (REsp 112.445/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 21/08/2000, p. 106).

Conseqüentemente, a partir de 1994, o registro da penhora não é mais um requisito de validade e, sim, um requisito de eficácia para oponibilidade contra terceiros de boa-fé.

Referindo-se à execução fiscal, com o surgimento da Lei 6.830/80, os arts. 7º, IV e 14, I, reforçaram a obrigatoriedade do registro da penhora.

Disso decorre que somente após o registro é que se pode falar em fraude à execução, salvo se aquele que alegar a fraude provar que o terceiro estava de má-fé. A demonstração desta última pressupõe ato de efetiva constrição judicial ou atos reipersecutórios vinculados a imóvel, para que as modificações na ordem patrimonial configurem a fraude.

Como bem ensina o Min. Luiz Fux, citando o livro Curso de Direito Processual Civil, *“hodiernamente, a lei exige o registro da penhora, quando imóvel o bem constrito. A novel exigência visa à proteção do terceiro de boa-fé, e não é ato essencial à formalização da constrição judicial; por isso o registro não cria prioridade na fase de pagamento, penhora e depósito. Entretanto, a moderna exigência do registro altera a tradicional concepção da fraude de execução; por isso, somente a alienação posterior ao registro é que caracteriza a figura em exame. Trata-se de uma exceção criada pela própria lei, sem que se possa argumentar que a execução em si é uma demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência e, por isso, a hipótese estaria enquadrada no inciso II do art. 593 do CPC. A referida exegese esbarraria na inequívoca ratio legis que exsurgiu com o nítido objetivo de proteger terceiros adquirentes. Assim, não se pode mais afirmar que quem compra do penhorado o faz em fraude de execução. ‘É preciso verificar se a aquisição precedeu ou sucedeu o registro da penhora’. Em caso*

*de aquisição, por parte do comprador, insciente do processo não se declara a fraude, cabendo ao exeqüente substituir o bem penhorado. Neste passo, a reforma consagrou, no nosso sistema, aquilo que de há muito se preconiza nos matizes europeus.” (REsp 388121/SC, DJ 07/10/02, p. 190).*

Pelo que se deduz dos autos, embora os ora apelados tenham adquirido o imóvel em 08/10/91; a execução fiscal ter sido proposta em 10/09/81, e às fls. 12 dos autos principais existir um auto de penhora e depósito, datado de 20/09/82, do qual consta o bem objeto dos presentes embargos de terceiro, no momento da aquisição o imóvel estava livre de quaisquer ônus reais, conforme faz prova o documento de fls. 07, dos embargos.

Diante da omissão no registro imobiliário da penhora do imóvel objeto da presente controvérsia, cabia ao Exeqüente a prova de que o terceiro que adquiriu o imóvel penhorado tinha o conhecimento do ajuizamento de execuções fiscais movidas contra o devedor e que este agiu de má-fé, mas os elementos constantes nos autos indicam que os embargantes, ora apelados, agiram de boa-fé, sendo tal fato, inclusive, reconhecido pela própria Fazenda Nacional quando assim se pronunciou, ao contestar os embargos de terceiro, *in verbis*: “não há, nos autos, qualquer indício de que os Embargantes soubessem da existência de processo de execução contra o vendedor do imóvel, responsável tributário pelos débitos da empresa executada, uma vez que, quando os Embargantes adquiriram o imóvel objeto dos embargos, encontrava-se pendente, nesse Juízo, ação de execução fiscal proposta 10 anos antes da compra e venda, contra o devedor-vendedor”.

É que, não havendo, no cartório imobiliário, nenhum registro da existência da ação, não se pode imputar ao adquirente nenhuma obrigação de ter ciência desse fato, sendo até impossível disso com segurança ele saber, por isso mesmo não lhe cabe provar a sua ignorância quanto a tanto, pois a sua boa-fé, que é presumida, há de ser preservada, até prova em contrário. Assim, a presunção de licitude da alienação milita em favor do comprador. Entendimento contrário geraria intransigibilidade nos atos negociais, conspiraria contra o comércio jurídico e atingiria a mais não poder a confiabilidade nos registros públicos. (REsp 235201, Rel Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 11/11/02, p. 220)

A jurisprudência do egrégio STJ é pacífica no sentido de que é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro, conforme entendimento consolidado na Súmula 84.

Se há de se prestigiar, frise-se, sem sombra de dúvida, o terceiro possuidor e adquirente de boa-fé quando a penhora recair sobre imóvel objeto de execução fiscal não mais pertencente ao devedor, uma vez que houve a transferência, embora não de maneira formal, tanto mais há de se prestigiar quando essa transferência foi formalizada, no caso perante o 1º Tabelionato e Registro Geral de Imóveis de Olinda-PE, e principalmente quando o registro da penhora for posterior a ela, como o foi aqui, conforme informa a própria Exeqüente, à fl. 31: “às fls. 126 há um ofício do registro Geral de Imóveis de Olinda, datado de 09/06/95, comunicando a efetivação do registro da penhora do imóvel questionado”.

*In casu*, entendo estar comprovado que o compromisso de compra e venda e a transferência foram celebrados antes do registro da penhora, pois, na ocasião do registro da escritura pública de venda, o imóvel estava liberado de quaisquer ônus. Não há caracterização, portanto, de fraude à execução por no momento do compromisso particular não existir a constrição, principalmente se não existem indícios de que o terceiro tinha conhecimento dela, merecendo ser protegido o direito pessoal do promissário-comprador.

Ainda que superados os argumentos acima defendidos, a favor dos embargantes teríamos, outrossim, as disposições da Lei 8.009/90. Entendo, como bem disse o Des. Fed. Sérgio Feltrin Correa, que o comando insculpido no art. 184 do Código Tributário Nacional não veda a impenhorabilidade advinda da qualidade de bem de família, criada por aquele aludido diploma legal. (TRF 2, AC 165601, DJU 22/02/01, p. 118/174).

Também, compartilho com o entendimento do juízo monocrático de que “não elide a alegação de bem de família o fato de quem se põe ao abrigo dela possuir outros imóveis ou mesmo residir em outro imóvel alugado, consoante se infere do parágrafo único do art. 5º da Lei 8.009/90.

Por fim, quanto aos honorários advocatícios, cabível é a condenação da União no ônus da sucumbência, conforme a seguinte decisão:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DESPROVIDO DE REGISTRO. SÚMULA Nº 84 DO STJ. CONTRATO CELEBRADO ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CONFIGURADA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA.

I - ‘É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro’ (Súmula nº 84/STJ).

II - Comprovando-se que o compromisso de compra e venda foi celebrado antes do ajuizamento da execução fiscal, ainda que o registro seja posterior, o contrato é suficiente para provar a posse, admitindo-se os embargos de terceiro para ser afastada a constrição incidente sobre o imóvel em comento.

III - A condenação em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência. Por disposição legal, os ônus dos honorários cabem ao vencido na demanda (artigo 20, do Código de Processo Civil). A boa-fé ou a averiguação do fato de se ter dado, ou não, causa à demanda, só têm lugar quando não é possível se identificar a parte vencida na relação processual.

IV - Agravo regimental improvido.” (AGRESP 507767, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 20/10/03, p. 212)

Ante ao exposto, nego provimento à apelação, mantendo-se a sentença em todos os seus termos.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 332.399-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO CAVALCANTE  
Apelante: SÉRGIO IVAN DA SILVA  
Apelado: COMPANHIA ENERGÉTICA DE PERNAMBUCO S/A - CELPE  
Parte Ré: UNIÃO  
Advs./Procs.: DRS. JURANDIR FERNANDES FERREIRA E OUTROS (APTE.) E RICARDO OLIVEIRA LIRA E OUTROS (APDO.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. RACIONAMENTO DE ENERGIA. RELEVANTE INTERESSE PÚBLICO. RECONHECIMENTO PELO STF. ADC 9. DANOS MORAIS POR CORTE DE ENERGIA ELÉTRICA NO PERÍODO DE 72 HORAS. INCABIMENTO. REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PROCEDÊNCIA.**

*- O racionamento emergencial de energia, cuja constitucionalidade foi reconhecida com efeitos vinculantes pelo STF na ADC nº 9, ocorreu em decorrência de relevante interesse público.*

*- Com certeza, tal procedimento causou dissabores a todos os brasileiros, mas foi necessário para evitar um colapso total do sistema energético. Diante da supremacia do interesse público sobre o particular, impôs-se à população um excepcional ônus de economizar energia elétrica, porém é preciso diferenciar o efetivo dano moral dos problemas que ocorreram com todas as pessoas.*

*- Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para cada réus, e reduzidos para R\$ 500,00 (quinhentos reais para cada um dos réus).*

*- Apelação parcialmente provida apenas para reduzir os honorários advocatícios para o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) em favor de cada um dos réus.*

## ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 1º de julho de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

Sérgio Ivan da Silva ajuizou ação ordinária contra a União e a CELPE almejando a revisão da meta do consumo de energia elétrica estabelecido por força do Plano de Racionamento estabelecido pelo Medida Provisória nº 2.152/01 e indenização por danos morais.

O MM. Juiz *a quo* reconheceu a perda do objeto em relação ao pedido de revisão das metas de consumo de energia elétrica por haver sido extinto o racionamento de energia elétrica e julgou improcedente o pedido de danos morais.

Em suas razões de apelo ao autor assim argumentou: “É verdade que o pedido de revisão de metas perdeu o seu objeto, face a cessação do programa de economia de energia elétrica. Todavia, subsistiu o dano moral, que, *data vênica*, é flagrante no caso em tela. As recorridas cortaram o fornecimento de energia elétrica quando pendia decisão sobre pedido de revisão de metas, de maneira que o referido corte foi indevido, causando grandes transtornos ao Recorrente e, por conseguinte, danos morais (fls. 126) e requereu a condenação da Parte Ré nos danos morais e assim não entendendo este Tribunal, requereu a reforma da Sentença,

arbitrando os honorários advocatícios em um salário mínimo para cada parte. (fls. 128)”

Em sede de contra-razões a CELPE aduz que “se a imagem do apelante foi realmente abalada, foi por única e exclusiva responsabilidade sua, ao não respeitar as normas então vigentes sobre o Plano de Racionamento de Energia Elétrica e por desprezar profundamente a comunidade, que conjuminava esforços para evitar a falta de energia.” (fls. 141)

Após contra-razões, vieram os autos a esta Corte, sendo-me conclusos por distribuição.

É o relatório.

### VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

No caso em tela o apelante ajuizou Ação Ordinária contra a CELPE e a União, objetivando a revisão de meta de consumo de energia elétrica, em razão do plano de racionamento elétrico, determinado pela Medida Provisória nº 2.152/01, e ainda, indenização por danos morais.

O MM. Juiz *a quo* reconheceu a perda de objeto em relação ao pedido de revisão de metas de consumo de energia elétrica e julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais, condenando o Apelante-autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), para cada um dos réus.

O Autor pretende a reforma quando a indenização por danos morais, bem como a redução do *quantum* dos honorários advocatícios.

O MM. Juiz *a quo* julgou irreparavelmente quando fundamentou sua decisão assim:

*“É evidente a improcedência da pretensão. O racionamento emergencial de energia, cuja constitucionalidade foi reconhecida com efeitos vinculantes pelo STF na ADC nº 9, ocorreu em decorrência de relevante interesse público.*



*Com certeza, tal procedimento causou dissabores a todos os brasileiros, mas foi necessário para evitar um colapso total do sistema energético. Diante da supremacia do interesse público sobre o particular, impôs-se à população um excepcional ônus de economizar energia elétrica, porém é preciso diferenciar o efetivo dano moral dos problemas que ocorreram com todas as pessoas – até mesmo por um fim nessa verdadeira indústria em que se transformou a indenização por dano moral.” (fls. 121)*

Não foi outro o entendimento do STF quando do julgamento da ADC 9/DF:

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORMENTE REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 E 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFAÇÃO.

1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão mercedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação de serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores /cessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no art. 175, III da Constituição Federal. 2. **Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção**

**de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se moderadamente de uma energia que se apresenta incontestavelmente como escassa.**

**3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do serviço da solidariedade social mínima , assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º).**

**4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente.**

(STF, ADC 9, Rel. p/acórdão Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno)

Assim, denota-se como legítimo em tempo de escassez de energia elétrica o racionamento do consumo para que todos possam se beneficiar, não só os particulares, mas também as escolas, os hospitais, enfim, os serviços públicos em geral, que não podem sofrer no seu atendimento solução de continuidade dos serviços prestados à população.

Quanto aos honorários advocatícios arbitrados no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) em benefício de cada um dos réus, dou parcial provimento à apelação para reduzir para R\$ 500,00 (quinhentos reais) a cada um dos réus.

Com essas considerações e atento aos precedentes, mantenho a sentença e dou parcial provimento à apelação, apenas para reduzir os honorários advocatícios.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 333.828-SE**

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI  
Apelantes: ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E  
TELEGRAFOS E OUTRO  
Apelado: LASER SERVICE LTDA.  
Assistente: UNIÃO  
Advs./Procs.: DRS. PEDRO GOMES DE MELO E OUTROS  
(APTES.) E VERONICA PINTO LIMA (APDO.)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MONOPÓLIO POSTAL. ECT. ATIVIDADE PRESTADA PELA UNIÃO COM EXCLUSIVIDADE. ART. 21, X, DA CARTA MAGNA. DECRETO-LEI 509 DE 20/03/69. LEI Nº 6.538/78. ENTREGA DE CARTÕES DE CRÉDITOS E FATURAS. EMPRESA PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE. DOCUMENTOS BANCÁRIOS E TÍTULOS DE CRÉDITO. CARTA. VIOLAÇÃO AO MONOPÓLIO POSTAL DA UNIÃO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

*- O serviço postal é monopólio da União, exercido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.*

*- A pretensão de querer atribuir à norma legal (Código Postal) o monopólio postal da União é equivocada. O serviço postal, desde o período colonial incumbia ao Estado. Desde a 1ª República, a atividade de correios e telégrafos era estatal, para este fim existindo desde a década de trinta, do século XX, o Departamento dos Correios e Telégrafos inserido na estrutura do Ministério de Viação e Obras Públicas (Decretos com força de Lei nºs 20.859, de 26/12/1931; e, 21.380, de 10/10/1932).*

*- A Constituição de 1946 foi expressa acerca do monopólio postal da União (art. 5º, XI).*

*- A tradicional competência exclusiva da União*

*se manteve tanto na Constituição de 1967, quanto na E.C. nº 01/69 (art. 8º, XII), também, aí, tratando a Constituição da atividade de telecomunicações, separadamente da atividade postal.*

*- Na vigência dessa Constituição houve a extinção do DCT (órgão público) e a criação pelo Decreto-Lei nº 509, de 20/03/69, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, com um regramento jurídico diferenciado das demais empresas públicas, por explorar um monopólio da União. A Constituição de 1988, em seu art. 21, manteve essa atividade como monopólio da União, não prevendo, como o fez em relação às atividades de telecomunicação, nem mesmo a concessão para particulares.*

*- Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.*

*- O Supremo Tribunal Federal, de fato, reconheceu expressamente a recepção do Decreto nº 509/69 pela Constituição Federal de 1988.*

*- “(...) o sistema constitucional brasileiro de 1967, 1969 e 1988, com já vinha de antes, tem, expressamente, o serviço postal como da competência da União. É por decisão constitucional, um serviço que integra os ‘fins do Estado’. É por isso e por opção positivada na norma constitucional, um serviço público. E, como tal, não consiste, por força da opção constitucional, em ‘exploração de atividade econômica’ do setor privado, pressuposto para a incidência da regra constitucional de equiparação. É o caso da ECT.”  
Excerto do voto do MD. Ministro Nelson Jobim, quando do julgamento pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº 220.906-9 DF.*

*- A Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978 estatui em seu art. 9º que, “são explorados pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais: I - recebimento, transporte e entre-*

*ga, no território nacional e a expedição para o exterior, de carta e cartão postal”.*

*- A Constituição de 1988 recepcionou a legislação anterior, mantendo o monopólio da União sobre o serviço postal, ex vi, do art. 21, X. Incontroverso, assim, que a Carta Magna acolheu o acervo normativo anterior, atribuindo, dessa forma, à União a atividade postal, com exclusividade.*

*- O serviço postal e o correio aéreo nacional estão enquadrados como serviço público da competência exclusiva da União, não podendo, serem executados por particulares.*

*- O art. 177 da Lei Maior trata apenas de exceção à livre iniciativa privada, isto é, serviços de natureza privada que o Constituinte excluiu do domínio dos particulares. Defender o contrário implicaria assegurar aos particulares tudo o que está previsto no art. 21 da Constituição, como a emissão de moeda e a declaração de guerra, hipótese totalmente descabida. Ademais, o parágrafo único do art. 170 da Lei Maior dispõe que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Ficou estabelecida a possibilidade de, através de lei ordinária, declarar-se uma atividade econômica como de monopólio estatal, donde se conclui, outrossim, que a Lei nº 6.538/78 foi recepcionada pela Constituição de 1988.*

*- O art. 47 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978 é manifesto ao conceituar a carta como objeto de correspondência, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.*

*- Não há que se alegar estar a correspondência comercial bancária excluída do monopólio, por-*

*quanto, por determinação expressa do Código de Defesa do Consumidor, documentos bancários devem, obrigatoriamente, ser remetido ao destinatário, lacrados, enquadrando-se, ainda por esta razão, no significado de carta para os efeitos legais.*

*- A tese de que os documentos bancários e títulos de crédito constituem carta tem dado fundamento a várias decisões do Superior Tribunal de Justiça, nas quais, se reconhece que a distribuição de tais documentos bancários e títulos de crédito, aqui se incluindo a atividade da apelada, integra o monopólio postal da União.*

*- “(...) a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que documentos bancários e títulos de crédito constituem carta, cuja distribuição só pode ser explorada pela União Federal”. AGRESP 434399 / PR ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2002/0053809-5 Fonte DJ DATA:31/03/2003 PG:00155 Relator Min. LUIZ FUX (1122) Data da Decisão 11/03/2003.*

*- Precedentes diversos dos Tribunais Regionais Federais pátrios.*

*- Pelo provimento da remessa oficial e das apelações da ECT e da UNIÃO.*

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os presentes autos, DECIDE a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à remessa oficial e às apelações da ECT e da União, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 8 de junho de 2004 (data do julgamento).

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI:

Trata-se de apelações cíveis interpostas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT e pela União contra sentença que julgou extinto o processo com julgamento do mérito, rejeitando o pedido da primeira apelante de “declarar a prestação de serviço praticado pela ré como ilegal e à obrigação de não fazer consistente na paralisação dos serviços que violem o monopólio postal”, por entender que a Carta Magna enumera taxativamente os monopólios da União, não fazendo alusão ao serviço postal.

Em razões de apelação, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT requereu, inicialmente, seja atribuído efeito suspensivo ao presente recurso. Defendeu, em seguida, a sua legitimidade ativa. Sustentou ser a detentora do monopólio postal previsto na Constituição Federal, art. 21, X, Decreto-Lei 509/69 e na Lei Federal nº 6.538/78. Argumentou que “a outorga legal conferida à ECT foi confirmada pela Carta Magna vigente, ao estabelecer ser da competência da União a manutenção do serviço postal e do correio aéreo nacional (art. 21, inciso X), pois sendo a ECT uma empresa pública federal com capital constituído integralmente pela União (artigo 6º, *caput*, Decreto-Lei 509/69)”. Asseverou que “o Supremo Tribunal Federal, decidiu que foi recepcionado pela atual Constituição Federal o Decreto-Lei 509/69, e nesse mesmo Decreto-Lei fica claro que o monopólio postal da União existe e está sob a guarda da Empresa Pública Federal”. Ressaltou existir projeto de lei tramitando na Câmara dos Deputados, o qual visa à abertura à iniciativa privada dos serviços hoje tidos como monopólio postal da União. Realçou, demais disso, que já havia na Constituição Federal de 1946, previsão acerca da exclusividade da prestação do serviço postal. Invocou precedentes jurisprudenciais e doutrina. Ao final, requereu o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença *a quo*, pleiteou, ainda, seja dado conhecimento da presente apelação a Advocacia Geral da União, por ser sua intervenção imprescindível no feito, nos termos do art. 5º da Lei nº 9.469/97.

A União também apelou da sentença alegando, em síntese, que em relação ao serviço postal, a Constituição Federal não fez

qualquer menção a acerca da possibilidade de exploração indireta mediante permissão ou concessão, constituindo, assim, segundo alega, a dita atividade, monopólio do Estado Federal que somente pode ser delegada a empresa estatal instituída para tal fim, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, na forma do art. 2º da Lei nº 6.538, de 22/06/1978 e dos arts. 1º e 2º do Decreto-Lei nº 509, de 20/03/1969. Salientou, no que tange ao argumento de que a lei e o decreto referidos não teriam sido recepcionados pela Constituição, que diversos Tribunais Regionais Federais e até mesmo o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, já reconheceram a recepção. Acrescentou que “o monopólio do serviço postal se enquadra perfeitamente na norma disposta no art. 173, eis que constitui serviço público necessário ao imperativo de segurança nacional, o qual foi minuciosamente assim definido pela Lei nº 6.538/78 e Decreto-Lei 509/69, em estrita obediência ao dispositivo constitucional retro”. Citou precedentes e por fim, requereu o provimento do recurso.

Contra-razões da apelada às fls. 199/203, pela manutenção da sentença.

Duplo grau obrigatório, em face da assistência litisconsorcial da União.

Vieram os autos conclusos por distribuição.

Dispensada a revisão. Inclua-se em pauta.

**É o relatório.**

## **VOTO**

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI (Relator):

Como ensaiado no relatório, cuida-se de apelações cíveis interpostas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT e pela União contra sentença que julgou extinto o processo com julgamento do mérito, rejeitando o pedido da primeira apelante de “declarar a prestação de serviço praticado pela ré como ilegal e à obrigação de não fazer consistente na paralisação dos serviços que violem o monopólio postal”, por entender que a Carta Magna enumera taxativamente os monopólios da União, não fazendo alusão ao serviço postal.



A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, ora apelante, defende ser a detentora do monopólio postal previsto na Constituição Federal, art. 21, X, Decreto-Lei 509/69 e na Lei Federal nº 6.538/78. A ré, Laser Service, de outra parte, sustenta que não está violando o monopólio postal, porquanto não se enquadra no conceito de carta a entrega de cartões de crédito do Hiper Bompreço. O MM. Juiz Federal entendeu, por sua vez, que *“A Carta Magna, no art. 177, enumera, taxativamente, os monopólios da União, inexistindo, neste comando, qualquer alusão ao serviço postal”*. Fundamentou, em seguida, que *“Ao dispor que compete à União manter o serviço postal, a Carta Maior, em momento algum, exige que tal atividade seja prestada em regime de monopólio”*.

A atribuição do efeito suspensivo ao presente recurso já foi apreciada e deferida pelo MM. Juiz Federal *a quo*.

A legitimidade ativa da apelante, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, nos termos em que posta nos presentes autos, se confunde com o mérito da demanda, o qual passo, então, a apreciar.

A pretensão de querer atribuir à norma legal (Código Postal) o monopólio postal da União é equivocada.

O serviço postal, desde o período colonial incumbia ao Estado. Sem pretender fazer um retrospecto centenário, recordaria que desde a 1ª República, a atividade de correios e telégrafos era estatal, para este fim existindo desde a década de trinta, do século XX, o Departamento dos Correios e Telégrafos inserido na estrutura do Ministério de Viação e Obras Públicas (Decretos com força de Lei nºs 20.859, de 26/12/1931; e, 21.380, de 10/10/1932)<sup>1</sup>. A Constituição de 1946 foi expressa acerca do monopólio postal da União (art. 5º, XI), justificando-o Eduardo Espíndola, nos seguintes termos:

*“O serviço de correios e telégrafos e assim igualmente o de radiocomunicação são atribuídos à*

---

<sup>1</sup> Cavalcanti, Themistocles Brandão. *Instituição de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1936. p.685.

*União. Em todas as federações a administração dos correios, vias postais, comunicações telegráficas etc., como serviços que se estendem a todo território nacional e transpõem as fronteiras, pertencem à União, determinando até pela importância de sua influência nas relações internacionais, acordos e convenções como a União Postal Universal e a União Postal das Américas e Espanha”.*<sup>2</sup>

A tradicional competência exclusiva da União se manteve tanto na Constituição de 1967, quanto na E.C. nº 01/69 (art. 8º, XII), também, aí, tratando a Constituição da atividade de telecomunicações, separadamente da atividade postal. Sobre esta última, bem lecionava Pontes de Miranda, *litteris*:

*“É de competência da União, e somente dela, manter o serviço postal e o correio aéreo nacional. A Constituição de 1891, art. 34, 15, aludia a ‘legislar sobre o correio e telégrafos nacionais’. A Constituição de 1934, art. 5º, VII falou de ‘manter o serviço de correios’. Assim a Constituição de 1937, art. 15, VI.*

*Correio, significa, no texto, posta, serviço de transporte de cartas encomendas postais, entendendo-se por encomendas postais as que se equiparam às cartas. (...) O cerne do conceito está nas cartas missivas: cartas, escritos, mensagens fechadas, instituem serviço postal, e tem esse de pertencer à União”.*<sup>3</sup>

Na vigência dessa Constituição houve a extinção do DCT (órgão público) e a criação pelo Decreto-lei nº 509, de 20/03/69, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, com um regimento jurídico diferenciado das demais empresas públicas, por explorar um monopólio da União.

---

<sup>2</sup> Espíndola, Eduardo. *A Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. p.171.

<sup>3</sup> Pontes de Miranda, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1967, c/a Emenda nº I, de 1969*. Tomo II. São Paulo: RT, 2ª ed., 1973. p. 36.

A Constituição de 1988, em seu art. 21, manteve essa atividade como monopólio da União, não prevendo, como o fez em relação às atividades de telecomunicação, nem mesmo a concessão para particulares.

Reproduzo, aqui, por pertinente, excerto do voto vista do MD. Ministro Nelson Jobim, quando do julgamento pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº 220.906-9 DF, *ipsis verbis*:

*“(…)*

*Incluir, ou não, determinada atividade no campo de serviço público, é uma opção política, que se realiza na histórica.*

*Em alguns casos, por ideologia.*

*Em outros, por conveniência econômica ou operacional.*

*Em todos os casos, decorre da extensão dada, em determinado momento da história de uma sociedade, ao conceito dos “fins do Estado” e da forma de os realizar.*

*Tudo dependerá das respostas que forem dadas às três questões de JOSEPH E. STIGLITZ:*

*“- O que o Estado deve financiar?*

*- O que o Estado deve produzir?*

*- O que não deve o Estado nem financiar, nem produzir, e deve limitar-se a regular?” (in Princípios de Direito Administrativo, p. 82, RT, 5ª ed.)*

*É preciso CIRNE LIMA:*

*‘A definição do que seja, ou não, serviço público pode, entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e, quando não explícita, há de ter-se como suposta no texto daquela. A lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público, terá de ser contrastada com a definição, expressa ou suposta pela Constituição’. (in Pareceres de Direito Público, p. 122, Sulina, 1963)*

*No caso em exame, o sistema constitucional brasi-*

*leiro de 1967, 1969 e 1988, com já vinha de antes, tem, expressamente, o serviço postal como da competência da União.*

*É por decisão constitucional, um serviço que integra os 'fins do Estado'.*

*É por isso e por opção positivada na norma constitucional, um serviço público.*

*E, como tal, não consiste, por força da opção constitucional, em 'exploração de atividade econômica' do setor privado, pressuposto para a incidência da regra constitucional de equiparação.*

*É o caso da ECT.*

*No debate da sessão do dia 10 de dezembro de 1998, VELLOSO, na linha do que já afirmara em outro lugar (Seminário sobre o 'Regime jurídico das empresas estatais', realizado em 09/03/1987, pela Associação dos dirigentes em Empresas Públicas, in RDP 83, p. 151/152), insistiu em ver, no caso, empresa pública prestadora de serviço público, que não exerce atividade econômica.*

*Em sendo assim, não se aplicava à ECT o disposto no § 2º do art. 163 da CF de 1967.*

*O art. 12, do DL 509/69 era constitucional.*

*Foi ele recebido pela EC 1/69.*

*O § 3º do art. 170 reproduziu a regra de 1967.*

*O mesmo se passa com a Constituição de 1988, quer na versão original do art. 173, quer com a redação dada pela EC 19/98.*

*Os privilégios concedidos à ECT eram e continuam sendo conforme os textos constitucionais de 1967, 1969, 1988 e 1998.*

*Resta uma objeção.*

*Refiro-me ao argumento de MARCO AURÉLIO, sobre ser o 'envolvimento de bens públicos' a razão de adoção do sistema de precatórios (CF, art. 100).*

*Volto a RUY CIRNE LIMA.*

*O Professor, quanto à relação de bens e administração pública, faz, com base no Código Civil, a dis-*

tinção entre:

- a) 'bens de domínio público' (CC, art. 66, I);
- b) 'bens do patrimônio administrativo' (CC, art. 66, II); e
- c) 'bens do patrimônio fiscal' (CC, art. 66, III).

*CIRNE LIMA* chama de 'bens do patrimônio administrativo, aos bens patrimoniais indisponíveis, os quais, somente por estarem aplicados a serviço ou estabelecimento administrativo, é que se tornam, indisponíveis'.

Denomina de 'bens do patrimônio fiscal, aos bens patrimoniais disponíveis, os quais, também, somente por estarem destinados a serem vendidos, permutados ou explorados economicamente ..., é que são declarados disponíveis' (ob. cit. p. 74).

Os bens do ECT participam da atividade administrativa da União.

São aplicados aos seus serviços postais.

A impenhorabilidade dos bens que integram o patrimônio administrativo 'funda-se ...', no dizer ainda de *CIRNE LIMA*, 'em que o conceito moderno de Estado não comporta que o interesse patrimonial de um cidadão determine a apreensão e a alienação de bens aplicados ao proveito comum da coletividade' (Ob. Cit. , p. 80).

No mesmo sentido, *GERALDO ATALIBA*:

'... a indisponibilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade dos bens públicos são formas de proteção aos fins a que eles servem. E alcançam as pessoas administrativas, inclusive sob a forma de empresa' (Patrimônio Administrativo - Empresas estatais delegadas de serviço público - Regime de seus bens - Execução de sua dívidas, in RTDP 7/21).

A afetação desses bens ao serviço público é a pedra de toque da questão.

Resta o problema da execução da ECT.

*MOREIRA ALVES, no debate, dá a solução.*

*Deve-se dar uma interpretação conforme ao art. 100 da CF, para submeter as execuções contra ECT ao regime de precatório.*

*A solução é esta porque os bens da ECT integram aquilo que CIRNE LIMA denominou de 'bens do patrimônio administrativo'.*

O Supremo Tribunal Federal, de fato, reconheceu expressamente a recepção do Decreto nº 509/69 pela Constituição Federal de 1988. Corroborando tal assertiva, é de se observar os precedentes do STF que se seguem, *ipsis verbis*:

*“RE 230161 AgR / CE - CEARÁ  
AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO*

*Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA*

*Julgamento: 17/04/2001*

*Órgão Julgador: Segunda Turma*

*Publicação: DJ DATA-10-08-01 PP-00015 EMENT  
VOL-02038-03 PP-00581*

*EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Penhora. 3. Recepção, pela Constituição Federal de 1988, do Decreto-lei n.º 509/69. Extensão à ECT dos privilégios da Fazenda Pública. 4. Impenhorabilidade dos bens. Execução por meio de precatório. 5. Precedente: RE n.º 220.906, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Plenário, sessão de 17.11.2000. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.*

*Observação*

*Votação: Unânime.*

*Resultado: Desprovido”.*

*“RE 229961 / MG - MINAS GERAIS  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO*

*Relator(a): Min. MOREIRA ALVES*

*Julgamento: 12/12/2000*

*Órgão Julgador: Primeira Turma*

*Publicação: DJ DATA-02-03-2001 PP-00013  
EMENT VOL-02021-02 PP-00309*

*EMENTA: - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Execução. - Recentemente, ao terminar o julgamento do RE 220.906 que versava a mesma questão, o Plenário desta Corte decidiu que foi recebido pela atual Constituição o Decreto-lei n. 509/69, que estendeu à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos os privilégios conferidos à Fazenda Pública, dentre os quais o da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, devendo a execução contra ela fazer-se mediante precatório, sob pena de ofensa ao disposto no artigo 100 da Carta Magna. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido.*

*Observação*

*Votação: unânime.*

*Resultado: conhecido e provido.*

*Acórdão citado: RE-220906".*

*“RE 220906 / DF - DISTRITO FEDERAL  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO*

*Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA*

*Julgamento: 16/11/2000*

*Órgão Julgador: Tribunal Pleno*

*Publicação: DJ DATA-14-11-2002 PP-00015 EMENT  
VOL-02091-03 PP-00430*

*EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO.OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que*

*submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido.*

*Observação*

*Votação: por maioria, vencido os Mins. Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.*

*Resultado: provido”.*

Reconhecendo, outrossim, o monopólio postal da União, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça. Confira-se, a propósito, os seguintes julgados:

*“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
RESP 390728 / GO ; RECURSO ESPECIAL  
2001/0183117-6 Fonte DJ DATA:15/12/2003  
PG:00188*

*Relator Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS  
(1096)*

*Data da Decisão 18/11/2003*

*Orgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA*

*Ementa*

*ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - **ATIVIDADE POSTAL - SERVIÇO PÚBLICO PRIVATIVO DA UNIÃO** - LEI Nº 6.538/78 - TÍTULOS DE CRÉDITO - CONCEITO - CARTA - MONOPÓLIO DA UNIÃO - ATIPICIDADE - REPARAÇÃO CIVIL - ART. 1.525 DO CC.*

*1. Os precedentes do STJ dizem que títulos de crédito estão inseridos no conceito de carta com **distribuição sob monopólio da União**.*

*2. No juízo criminal, o reconhecimento da incoerência do fato ou da não-autoria elide a reparação*



civil por ato ilícito. A atipicidade da conduta não afasta a responsabilidade civil (CC/1916, art. 1.525).

3. Recurso improvido.

*Decisão*

*Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator". (Destques acrescidos)*

*"SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
AGA 398182 / PA ; AGRAVO REGIMENTAL NO  
AGRAVO DE INSTRUMENTO 2001/0093799-7  
Fonte DJ DATA:16/06/2003 PG:00282  
Relator Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS  
(1094)*

*Data da Decisão 15/05/2003*

*Orgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA*

*Ementa*

**ADMINISTRATIVO. SERVIÇO POSTAL. MONOPÓLIO ESTATAL (LEI N. 6.538/78). CENTRAIS ELÉTRICAS DO PARÁ S/A - CELPA. PRESTADORA DE SERVIÇOS À CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. ENTREGA DE CONTAS DE CONSUMO DE LUZ, ÁGUA E GÁS: INCOMPATIBILIDADE COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA.**

*I - A exceção conferida às concessionárias de serviço público (Dec. n. 83.858/79), na entrega de contas de consumo de Luz, água e gás, está em compatibilidade com a legislação de regência. Contudo, face à legislação, não lhes é outorgada a possibilidade de contratação de empresas particulares para a entrega de contas de consumo de luz, água e gás.  
II - Agravo regimental improvido.*

*Decisão*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Votaram com o Relator os Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha. Presidiu o julgamento a Exma. Sra. Ministra Eliana Calmon". (Grito nosso)*

**"SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
RESP 192566 / PR ; RECURSO ESPECIAL  
1998/0078068-8**

*Fonte DJ DATA:30/08/1999 PG:00058*

*Relator Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110)*

*Data da Decisão 14/06/1999*

*Orgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA*

*Ementa*

**ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIÇO POSTAL. EMPRESA PARTICULAR. ENTREGA DOMICILIAR DE CONTA DE ENERGIA ELÉTRICA. MONOPÓLIO. ECT. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS NS. 282 E 356-STF. INCIDÊNCIA. DÍSSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.**

*I. A ausência de prequestionamento no acórdão da questão federal ventilada no recurso especial impede o seu conhecimento. Aplicação das Súmulas ns. 282 e 356 do STF.*

*II. Divergência jurisprudencial não demonstrada, seja por desservir a tanto aresto paradigma da mesma Corte, seja porquanto faltou o confronto analítico, a par de as decisões paradigmáticas, citadas com falhas e equívocos de identificação, além de transcritas apenas pela ementa, também não traduzirem exata identidade com o caso em julgamento.*

*III. Recurso especial não conhecido.*

*Decisão*

*Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.*

*Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann e Francisco Peçanha Martins. Custas, como de lei". (Negritos que não constam do original)*

Sobreleva transcrever, ademais, excerto da Exposição de Motivos do projeto da Lei Geral do Sistema Nacional de Correios (EMI nº 89/MC/MF/MOG, de 30 de junho de 1999), extraído do site do Ministério das Comunicações, no qual se faz relato sobre a história do serviço postal no Brasil, *verbis*:

*"(...)*

*A proposta de lei que ora apresentamos a Vossa Excelência, dada a amplitude das inovações nela contidas e a profundidade das transformações nas bases do mercado postal, representa a segunda grande transformação ocorrida na história recente do setor postal brasileiro, três décadas após a grande mudança ocorrida no ano 1969, com a transformação do antigo Departamento de Correios e Telégrafos na atual Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.*

#### *I. Breve Histórico do Setor no Brasil*

##### *1. De 1500 a 1969*

*Os serviços de correios brasileiros nasceram com o próprio Brasil, no ano de 1500, quando Pero Vaz de Caminha, escrivão da frota de Cabral, relata ao Rei de Portugal, por meio de uma carta de 27 páginas, o descobrimento de uma nova terra.*

*Apesar do significado histórico daquele acontecimento, eternizado na história brasileira, os primeiros registros dos esforços de organização de um*

*serviço regular de correios em nosso país datam do ano de 1663, ocasião em que foi oficialmente instituído o Serviço Postal no Brasil, com o objetivo de possibilitar a comunicação entre Portugal e o então Brasil Colônia. Mais de um século depois, no ano de 1798, foram criados os Correios Marítimos, que instituíram o serviço regular entre Brasil e Portugal.*

*Posteriormente, no ano de 1801, são registradas as primeiras preocupações de maior expansão dos serviços para as localidades do interior da Colônia, quando foi criado o serviço de registrados para o interior e estabelecida a fixação de taxas, de acordo com as distâncias.*

*Com a vinda do Príncipe D. João VI para a Colônia, no ano de 1808, o serviço postal ganha novo impulso de desenvolvimento. Nesse ano foi aprovado o Regulamento Provisional da Administração Geral dos Correios da Coroa e Província do Rio de Janeiro, que constituiu o primeiro Regulamento Postal do Brasil.*

*Nos anos seguintes - 1809 a 1820 - ocorre uma grande expansão do serviço postal, período em que a comunicação postal foi estendida a várias províncias. Em 1817 é instituído um correio regular entre São Paulo e o Rio Grande do Sul e, em 1820, um correio regular com Minas Gerais e Mato Grosso.*

*Se no descobrimento da Colônia os correios já estavam presentes, no nascimento do país os serviços postais também não poderiam se fazer ausentes. Alguns anos depois, precisamente no dia 7 de setembro de 1822, Paulo Bregaro, considerado o primeiro carteiro do Brasil, entrega mensagem a D. Pedro I, às margens do Riacho do Ipiranga, ocasião em que o Príncipe Regente declara a Independência do Brasil em relação ao Reino de Portugal.*

*Após a Independência, ocorreu nova fase desenvolvimentista dos serviços postais. Em 1829, por*

*determinação de D. Pedro I, foi levada a efeito uma reorganização dos serviços postais, que resultou na criação da Administração dos Correios, cujos serviços passaram a estar presentes também em todas as capitanias das províncias brasileiras.*

*Em 1831, D. Pedro I abdicou do trono em favor de seu filho D. Pedro II, que teria papel de destaque na promoção do desenvolvimento dos serviços postais, sobretudo pela adoção de novas tarifas e pela introdução do sistema de pagamento antecipado dos portes por intermédio de papel selado.*

*Em 1º de agosto de 1843, foram emitidos os primeiros selos postais brasileiros, denominados olhos-de-boi, nos valores 30, 60 e 90 réis. Tais selos são considerados a segunda emissão filatélica na história postal do mundo, precedida apenas pela do selo Penny Black, lançado pelo serviço postal da Inglaterra.*

*Após a criação do selo postal, novos melhoramentos foram efetuados e, um ano depois, em 1844, entrou em vigor um novo regulamento postal que fixou taxas distintas para as vias marítimas e terrestres e instituiu o Quadro de Carteiros do Correio da Coroa - para os quais passou a ser obrigatório o uso de uniforme - e o sistema de Distritos Postais, o que possibilitaria a entrega domiciliária de correspondências, seguida, logo no ano de 1845, da instalação das primeiras caixas de coleta do Império, nas vias públicas do Rio de Janeiro.*

*O ano de 1852 marca a instalação do telégrafo no Brasil, ocasião em que foi realizada a primeira ligação oficial por intermédio do novo meio de comunicação, entre o Quartel-General do Exército, no Rio de Janeiro, e a Quinta da Boa Vista.*

*A já existente administração dos Correios Terrestres e Marítimos foi vinculada à Secretaria do Estado dos Negócios da Agricultura, Comércio e Obras*

*Públicas, criada no ano de 1861. Em 1865, foi criado o Serviço de Vales Postais, possibilitando a remessa de valores entre as diferentes localidades do país.*

*Em 1877, o Brasil adere ao Tratado relativo à criação da União Geral dos Correios, celebrado em Berna, Suíça, em 1874, a qual, em 1879, veio a se transformar na União Postal Universal, ainda hoje atuante como agência especializada da Organização das Nações Unidas para o setor postal no mundo.*

*Logo após a proclamação da República, no ano de 1890, a Repartição Postal passa ao Ministério da Instrução Pública, Correios e Telégrafos. Entretanto, em 1893, foi criado o Ministério da Indústria, Viação e Obras Públicas, ao qual ficaram subordinados os Correios e Telégrafos.*

*O Brasil iniciou o serviço de “colis-postaux” (encomendas internacionais) em 1900 e, logo no ano seguinte, 1901, é iniciada a emissão de vales postais internacionais, permitindo a remessa e o recebimento de valores para outros países.*

*Uma nova modalidade de serviço postal-telegráfico foi inaugurada em 1911, a Pneumática. Tal serviço constituiu uma espécie de serviço de mensageria urbana em que correspondências eram colocadas dentro de uma espécie de projétil e, por meio de pressão de ar, lançadas em dutos subterrâneos entre estações do serviço.*

*O advento da aviação permitiu aos Correios o aprimoramento dos serviços. Em 1921 foi iniciado o transporte de malas postais por via aérea no país e, em 1923, foi transportada a primeira Mala Aérea Internacional.*

*O uso de máquinas de franquear correspondência iniciou-se em 1924, ano em que também foi introduzido o serviço de “Expressos Internacionais”.*

*Em 1927, iniciou-se o transporte de correspondência por via aérea regular entre a América do Sul e a Europa. A título de experiência, em 24 de novembro de 1927, foi recebida, no Rio de Janeiro, a primeira mala aérea, de Natal, conduzida pelo avião n.º 606, da CGA.*

*Alguns anos mais tarde, em 1931, foi criado o Departamento de Correios e Telégrafos (DCT), dividido em 41 regiões e subordinado ao Ministério da Viação e Obras Públicas.*

*A preocupação com o treinamento dos recursos humanos determinou a criação, no ano de 1934, da Escola de Aperfeiçoamento dos Correios e Telégrafos, destinada à capacitação técnica de seu corpo funcional. Neste mesmo ano foi iniciado o uso de um dos primeiros sistemas de triagem mecanizada no mundo, por meio da máquina de triagem denominada "TRANSORMA".*

*O DCT seria reestruturado em 1936, fazendo com que as Administrações de Correios passassem a denominar-se Diretorias Regionais e fosse criado o Correio Aéreo Militar, que deu origem ao Correio Aéreo Nacional, em 1941.*

*Essa nova estrutura de Departamento da Administração Pública Direta trouxe uma série de vantagens para os Correios e promoveu seu desenvolvimento e o DCT passou, mais tarde, a constituir o Quadro III do Ministério da Viação e Obras Públicas, situação que permaneceu até a criação da ECT.*

*Em 1967 foi criado o Ministério das Comunicações que, a partir de 1968, recebe em sua estrutura o já existente Departamento de Correios e Telégrafos - DCT, o qual, em 20 de março de 1969, por meio do Decreto-Lei n.º 509, é transformado na empresa pública Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT.*

## *2. De 1969 a 1999*

*O setor postal brasileiro passou por sua última grande transformação no ano de 1969, quando o então Departamento de Correios e Telégrafos - DCT, foi sucedido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. As principais razões que levaram a tal feito foram a baixa qualidade dos serviços prestados pelo DCT e o seu modelo de gestão de baixa eficiência.*

*Nessa ocasião os serviços postais eram de má qualidade, pois não havia o cumprimento dos prazos de entrega estabelecidos. Os usuários dos serviços não tinham garantias sequer da entrega das cartas e encomendas ao destinatário final, quanto mais da entrega em prazos razoáveis.*

*A gestão do DCT, Departamento do Ministério das Comunicações, era realizada sob diversas restrições administrativas e fortes injunções políticas. Por essas razões, não era possível um gerenciamento eficiente e eficaz dos recursos sob sua responsabilidade. O serviço postal era altamente deficitário e somente sobrevivia graças a subvenções oriundas do Tesouro Nacional.*

*Naquele momento, a transformação de departamento para o novo modelo de empresa pública, em que o Estado mantinha sob sua propriedade e controle 100% do capital, permitiu ao serviço postal alcançar um novo patamar de possibilidades de gestão, garantindo-lhe condições essenciais para que ocorresse a primeira grande transformação no serviço postal brasileiro.*

*A partir de então, a ECT envolveu-se em um amplo e profundo trabalho de renovação. Dentre as principais transformações ocorridas, na década seguinte, podemos citar:*

*- a mudança do regime jurídico de seus servidores, que deixaram a condição de estatutários para o re-*



*gime das normas trabalhistas da CLT;*

*- redução de custos administrativos e operacionais;*

*- estabelecimento de padrões objetivos de qualidade; foi quando surgiu o conceito de "D+1", significando o compromisso de entrega de cartas no dia seguinte ao da postagem;*

*- criação da Rede Postal Aérea Noturna - RPN - composta por um conjunto de linhas para o transporte aéreo de objetos postais, operadas por aeronaves das principais empresas aéreas brasileiras, cuja operação permitiu garantir o novo padrão de qualidade dos serviços;*

*- criação da Rede Postal Fluvial da Amazônia, formada por uma frota de embarcações fluviais que promovem a integração da região norte por meio do serviço postal regular;*

*- investimentos na reconstrução da infra-estrutura operacional, como construção de centros operacionais, renovação da frota de veículos e aporte de máquinas de triagem automática;*

*- criação do Código de Endereçamento Postal - CEP;*

*- amplo esforço de formação, treinamento e atualização dos empregados;*

*- criação de novos serviços, como o SEDEX;*

*- expansão da rede de agências de correios e de caixas de coleta;*

*- introdução do sistema de franquia para expansão da rede de agências.*

*Durante a década de 80, tal mudança, já consolidada, revelou-se como uma decisão acertada, pois, a partir das novas condições propiciadas pelo modelo de empresa pública, a ECT pôde construir um sólido conceito de confiabilidade junto à sociedade*

*brasileira. Se antes o padrão dos serviços postados chegou a constar do anedotário popular, não só a qualidade passou a representar um conceito sólido junto aos usuários dos diversos serviços, como também a própria imagem institucional da empresa cresceu junto à sociedade, chegando a ser apontada por diversos institutos de pesquisa como a empresa de maior credibilidade junto à sociedade.*

*A partir daí a ECT foi redescoberta como agente da ação governamental, uma vez que, dada à sua grande capilaridade no território nacional, a Empresa mantém contato diário com milhões de brasileiros que acessam seus pontos de atendimento ou que recebem a visita domiciliar dos seus carteiros.*

*Nesse contexto, a ECT vem operando como uma entidade prestadora de serviços públicos junto à população, especialmente nos segmentos de menores rendas, prestando serviços que, embora não tragam em sua natureza o caráter postal, usufruem da infra-estrutura construída para alcançar pessoas e localidades, em muitas circunstâncias, não atingíveis por outras estruturas de serviço público. Como exemplo podemos citar o pagamento de benefícios previdenciários em localidades sem agência bancária, a distribuição de livros escolares, a distribuição de medicamentos e o recebimento de pedidos de documentação oficial, como CPF e Passaporte.*

*Desde a sua criação, a ECT preocupa-se em desenvolver o sistema postal e telegráfico do país e incorporar os avanços tecnológicos surgidos ao longo das últimas três décadas. Isso fez com que o Correio no Brasil atingisse a posição de um dos mais respeitados do mundo em termos de qualidade operacional.*

*A ECT, detentora da maior cadeia de lojas de atendimento no país, atinge os pontos mais remotos e torna acessível, a toda a população brasileira, um*

*extenso leque de produtos e serviços.*

*Desde 1995, O PASTE, - Programa de Recuperação e Ampliação do Sistema de Telecomunicações e do Sistema Postal - vem introduzindo na ECT vários projetos de modernização tecnológica, entre os quais a Mecanização Postal, a Automação da Rede de Atendimento, o Rastreamento Eletrônico de Objetos e o Sistema de Auto-atendimento.*

## *II. Contexto Atual*

### *1. O Cenário Internacional*

#### *1.1. O Setor Postal no Mundo*

*Historicamente, a atividade postal foi estruturada em todos os países sob a forma de prestação direta ou indireta pelo próprio Estado, oferecendo serviços à sociedade em um regime de monopólio abrangente, o qual constituía obstáculo à atuação de empresas privadas no mercado.*

*Em função da ausência de desafios de mercado, os Correios do mundo operaram por muito tempo sem grande ênfase nas necessidades de seus clientes, os quais eram entendidos como mero receptores dos serviços oferecidos. Como exemplo dessa postura podemos citar o algoritmo de estabelecimento dos padrões de qualidade dos serviços: tais padrões eram mais influenciados pelas possibilidades técnicas e operacionais do provedor de serviço do que propriamente pela necessidade do usuário. O elemento custo não era ponderado adequadamente nas decisões gerenciais, o que explica grande parte do crônico desequilíbrio econômico, em considerável número de administrações postais no mundo. (...)"*

Resta claro, conseqüentemente, que a Constituição de 1988 recepcionou a legislação anterior, mantendo o monopólio da União sobre o serviço postal, *ex vi*, do art. 21, X. Incontroverso, assim,

que a Carta Magna acolheu o acervo normativo anterior, atribuindo, dessa forma, à União a atividade postal, com exclusividade.

Em um estudo comparado do sistema postal, verifica-se que na União Européia sempre existiu o monopólio postal. Observa-se, ainda, que os países membros da União Européia tem caminhado para a abertura do mercado postal, no que tange às encomendas postais que excedam 100 gramas (3,5 ounces) ou que custe mais do que três vezes o preço da carta comum (*As of this year, all member countries in the European Union have opened their postal markets for mail weighing more than 3.5 ounces or costing more than three times the price of a standard letter*)<sup>4</sup>.

Na Itália, por exemplo, há inclusive um Ministério dos Correios, *Ministerio delle poste e delle telecomunicazioni*. (*Libro primo, Titolo I do Códice di Diritto Costituzionale ed Amministrativo*).

Nos Estados Unidos é evidente, outrossim, o monopólio postal. Nada obstante, autoridades encetaram discussões acerca da extinção do monopólio do USPS (United States Postal Service), a partir de 2003. É o que se extrai de precedente (UNITED STATES POSTAL SERVICE v. FLAMINGO INDUSTRIES - USA LTD. ET. AL.) da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no qual se declarou que o aludido USPS é parte do Governo dos EUA e portanto, não está submetido ao controle pelas leis antitrustes. Revela, demais disso, que assim como o antigo Departamento dos Correios (*old Post Office Department*), o novo serviço postal, haja vista seu monopólio (*monopoly over the carriage of letters*), não está sujeito às leis antitrustes, eis que não está a parte do Governo dos Estados Unidos, mas o integra. (*Held: The Postal Service is not subject to antitrust liability. In both form and function, it is not a separate antitrust person from the United States but is part of the Government, and so is not controlled by the antitrust laws.(...) the Postal Service retains its monopoly over the carriage of letters, and the power to authorize postal inspectors to search for, seize, and forfeit mail matter transported in violation of the monopoly.(...)*)

---

<sup>4</sup> GAIN - The portal to the graphic arts industry. <http://www.gain.net/gov-affairs/postal/service.html>

*Further, the Postal Service's predecessor, the Post Office Department, had nonpostal lines of business, such as money orders and postal savings accounts. Cullinan 84-85, 107. As a Cabinet agency, the old Post Office Department was not subject to the antitrust laws. The new Postal Service's lines of business beyond the scope of its mail monopoly and universal service obligation do not show it is separate from the Government under the antitrust laws. The Postal Service, in both form and function, is not a separate antitrust person from the United States. It is part of the Government of the United States and so is not controlled by the antitrust laws).<sup>5</sup>*

Entendo que o serviço postal e o correio aéreo nacional estão enquadrados como serviço público da competência exclusiva da União, não podendo, serem executados por particulares. Há os que defendem, entretanto, por não estar o serviço postal incluído no rol do art. 177 da Lei Maior, poderia ser a atividade executada por particulares. Penso que tal dispositivo trata apenas de exceção à livre iniciativa privada, isto é, serviços de natureza privada que o Constituinte excluiu do domínio dos particulares. Defender o contrário implicaria assegurar aos particulares tudo o que está previsto no art. 21 da Constituição, como a emissão de moeda e a declaração de guerra, hipótese totalmente descabida.

Ademais, o parágrafo único do art. 170 da Lei Maior dispõe que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Ficou estabelecida a possibilidade de, através de lei ordinária, declarar-se uma atividade econômica como de monopólio estatal, donde se conclui, outrossim, que a Lei nº 6.538/78 foi recepcionada pela Constituição de 1988.

A alegação da apelada de não estar violando o monopólio postal, porquanto não se enquadra no conceito de carta, a entrega de cartões de crédito, merece análise.

---

<sup>5</sup> Suprema Corte dos Estados Unidos da América. UNITED STATES POSTAL SERVICE v. FLAMINGO INDUSTRIES (USA) LTD. ET. AL. Decisão de 25/02/2004. nº 02-1290. <http://www.supremecourtus.gov>.

Insta observar, no pertinente, a Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978 estatui em seu art. 9º:

*Art. 9º São explorados pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:*

*I- recebimento, transporte e entrega, no território nacional e a expedição para o exterior, de carta e cartão postal.*

*(...)*

No art. 47 do mesmo diploma legal, encontra-se a conceituação de carta e de cartão postal, *in verbis*:

*“CARTA - objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.*

*CARTÃO-POSTAL - objeto de correspondência, de material consistente, sem envoltório, contendo mensagem e endereço”.* (Destques que não constam do original)

*In casu*, a apelada argumenta que “o serviço prestado pela demandada constitui entrega de cartões de crédito do Hiperbompreço, não se enquadrando no conceito de carta prevista no art. 47 da Lei 5.358/78 (sic)”.

Razão não assiste, entretentes, a apelada. O art. 47 da citada Lei nº Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978 é manifesto ao conceituar a carta como *objeto de correspondência, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário*. É o que, aliás, já esclarecia o Professor Pontes de Miranda, cujos valiosos ensinamentos mais uma vez adoto, para o qual, “*correio, significa, posta, serviço de transporte de cartas e encomendas postais as que se equiparam às cartas*”<sup>6</sup>.

Acresça-se que, não há se aduzir estar a correspondência

---

<sup>6</sup>Ob. Cit. p.36.

comercial bancária excluída do monopólio, porquanto, por determinação expressa do Código de Defesa do Consumidor, documentos bancários devem, obrigatoriamente, ser remetido ao destinatário, lacrados, enquadrando-se, ainda por esta razão, no significado de carta para os efeitos legais.

A tese de que os documentos bancários e títulos de crédito constituem carta tem dado fundamento a várias decisões do Superior Tribunal de Justiça, nas quais, se reconhece que a distribuição de tais documentos bancários e títulos de crédito, aqui se incluindo a atividade da apelada, integra o monopólio postal da União. Essa colenda Corte tem, reiteradamente, se pronunciado, no sentido de que documentos bancários e títulos de crédito constituem carta, cuja distribuição só pode ser explorada pela União Federal.

Nesse sentido, colaciono, as seguintes decisões do colendo Superior Tribunal de Justiça, *ad litteram*:

*“STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 65354  
Processo: 199500220270 UF: DF Órgão Julgador:  
SEGUNDA TURMA Data da decisão: 14/06/1995  
Documento: STJ000091480  
Fonte DJ DATA:07/08/1995 PÁGINA:23033  
Relator(a)HÉLIO MOSIMANN  
Decisão POR VOTAÇÃO UNÂNIME, CONHECER  
DO RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO.*

*Ementa*

**ADMINISTRATIVO. MONOPÓLIO POSTAL. ECT. VIOLAÇÃO. LEI N. 6.538/78, DOCUMENTOS BANCÁRIOS E TÍTULOS DE CRÉDITO CONSTITUEM CARTA, CUJA DISTRIBUIÇÃO E EXPLORADA PELA UNIÃO (ECT) EM REGIME DE MONOPÓLIO.**

*Data Publicação 07/08/1995” (Negrito nosso)*

*“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
AGRESP 434399 / PR ; AGRAVO REGIMENTAL  
NO RECURSO ESPECIAL 2002/0053809-5  
Fonte DJ DATA:31/03/2003 PG:00155  
Relator Min. LUIZ FUX (1122)*

*Data da Decisão 11/03/2003*

*Orgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA*

*Ementa*

**ADMINISTRATIVO - AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - MONOPÓLIO DA ATIVIDADE POSTAL - FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL INATACADO - SÚMULA 126/STJ - PRECEDENTES DA CORTE.**

1. *Fundando-se o acórdão recorrido na alegada recepção pela Carta Federal, de legislação supostamente malferida, sustentando as razões de decidir no art. 21 inciso X e 177 da Constituição Federal, revela-se inequívoca a incidência da Súmula 126 desta Corte em razão da não impugnação de fundamento constitucional suficiente para manutenção do aresto recorrido.*

2. ***Deveras, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que documentos bancários e títulos de crédito constituem carta, cuja distribuição só pode ser explorada pela União Federal.***

3. *Precedentes.*

4. *Agravo regimental improvido.*

*Decisão*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros". (Destques acrescidos)*

***"SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA***

***RESP 39690 / DF; RECURSO ESPECIAL***

***1993/0028659-5 Fonte DJ DATA:20/04/1998***

***PG:00065***



LEXSTJ VOL.: 00109 PG:00048

Relator Min. ADHEMAR MACIEL (1099)

Data da Decisão 24/03/1998

Orgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Ementa

**ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIÇO POSTAL (ART. 8º, XII, DA CF/69). MONOPÓLIO ESTATAL (LEI 6.538/78). EMPRESA PRIVADA PRESTADORA DE SERVIÇOS. ENTREGA DE TÍTULOS DE CRÉDITO, CONTAS DE CONSUMO DE LUZ, ÁGUA E GÁS: INCOMPATIBILIDADE COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO NÃO CONHECIDO.**

Decisão

**POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECER DO RECURSO".** (Negrito nosso)

"SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESP 65354 / DF ; RECURSO ESPECIAL

1995/0022027-0 Fonte DJ DATA:07/08/1995

PG:23033

Relator Min. HÉLIO MOSIMANN (1093)

Data da Decisão 14/06/1995

Orgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Ementa

**ADMINISTRATIVO. MONOPÓLIO POSTAL. ECT. VIOLAÇÃO. LEI Nº 6.538/78, DOCUMENTOS BANCÁRIOS E TÍTULOS DE CRÉDITO CONSTITUEM CARTA, CUJA DISTRIBUIÇÃO E EXPLORADA PELA UNIÃO (ECT) EM REGIME DE MONOPÓLIO.**

Decisão

**POR VOTAÇÃO UNÂNIME, CONHECER DO RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO".** (Grifei)

"SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESP 4653 / RS ; RECURSO ESPECIAL

1990/0008155-6 Fonte DJ DATA:01/08/1994

PG:18605

RSTJ VOL.:00063 PG:00202

RT VOL.:00709 PG:00188

Relator Min. AMÉRICO LUZ (0272)

Data da Decisão 06/06/1994

Orgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Ementa

**ADMINISTRATIVO. MONOPÓLIO POSTAL. LEI 6538/78. - DOCUMENTOS BANCÁRIOS E TÍTULOS DE CRÉDITO CONSTITUEM CARTA, DECORRENDO DAÍ QUE SUA DISTRIBUIÇÃO INTEGRAL O MONOPÓLIO POSTAL DO ESTADO. PRECEDENTES.**

*Decisão*

**POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECER DO RECURSO".** (Destques que não constam do original)

Por oportuno, é de se observar excerto do voto do Ministro Américo Luz, Relator do Recurso Especial nº 4653-0/RS:

*"(...) Como já ressaltado, a lei definiu carta 'como objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário'. (Lei nº 6538/78, art. 47). Portanto, toda e qualquer mensagem ou correspondência que contenha os elementos descritos no referido dispositivo é carta, para os efeitos legais, estando o seu recebimento, transporte e entrega submetido ao regime de monopólio em todo o território nacional (Lei nº 6538/78, art. 9º, I).*

*(...)*

*Não há dúvidas de que os referidos avisos, como qualquer outra carta de cobrança, estão abrangidos pelo conceito de carta fixado no art. 47, da Lei 6538/78. E, dentro da sistemática adotada pelo diploma legal em apreço, inexistente diferença entre os valores emitidos pelos concessionários de serviço público, e as cartas de cobrança encaminhadas pelas em-*

*presas comerciais em geral. Aludida atividade é exercida, evidentemente, de forma habitual e sistemática, tendo inequívoco caráter comercial e lucrativo.*

*De resto, ainda que se pudesse admitir a compatibilidade do preceito contido no art. 17, alínea “n”, do Decreto nº 83858/79, com a disposição constante do art. 9º, § 2º, alínea “b”, da Lei 6538/78, afigurasse-se imperioso reconhecer que a transferência da execução dessa atividade específica a terceiros, através de contratos de prestação de serviço, afronta radicalmente a regra nele expressa”.*

Abraçando a tese ora sufragada, registra-se diversos precedentes dos Tribunais Regionais Federais pátrios, litteris:

*‘TRF - PRIMEIRA REGIÃO*

*Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 38000044870*

*Processo: 199938000044870 UF: MG Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 22/09/2003 Documento: TRF100161017*

*Fonte DJ DATA: 09/02/2004 PÁGINA: 40*

*Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA*

*Decisão A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e julgou prejudicada a remessa.*

*Ementa*

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POSTAIS. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. MONOPÓLIO ESTATAL. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL VIGENTE.****

*(...)2. Compete exclusivamente à União Federal manter o serviço postal e o correio aéreo nacional, os quais são explorados, em regime de monopólio, pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, conforme dispõem o Decreto-Lei nº 509/69,*

art. 2º, I, e a Lei nº 6.538/78, art. 2º, caput, ambos recepcionados pela ordem constitucional vigente. Precedentes do TRF/1ª Região.

3. *Apelação improvida. Remessa oficial prejudicada.*

*Data Publicação 09/02/2004". (Negrito nosso)*

*"TRF - PRIMEIRA REGIÃO*

*Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 01000438261*

*Processo: 199901000438261 UF: GO Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA SUPLEMENTAR*

*Data da decisão: 11/12/2003 Documento: TRF100158738*

*Fonte DJ DATA: 29/01/2004 PÁGINA: 108*

*Relator(a) JUIZ FEDERAL LEÃO APARECIDO ALVES (CONV.)*

*Decisão A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação.*

*Ementa*

**MONOPÓLIO POSTAL. DOCUMENTOS BANCÁRIOS E TÍTULOS DE CRÉDITO. CONCEITO DE CARTA (LEI 6.538/78, ART. 47). ENQUADRAMENTO.**

**1. Os documentos bancários e os títulos de crédito enquadram-se no conceito de carta, previsto no artigo 47 da Lei 6.538/78, constituindo, portanto, o transporte respectivo, monopólio da Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) (Carta Magna, art. 21, X). Precedentes desta Corte e do STJ.**

**2. Apelação a que se nega provimento.**

*Data Publicação 29/01/2004" (Destques que não constam do original)*

*"TRF - PRIMEIRA REGIÃO*

*Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 01000026877*

*Processo: 199801000026877 UF: RO Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA SUPLEMENTAR*

Data da decisão: 18/09/2003 Documento: TRF100155910

Fonte DJ DATA: 16/10/2003 PÁGINA: 136

Relator(a) JUIZ FEDERAL WILSON ALVES DE SOUZA (CONV.)

Decisão A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso e à remessa oficial.

*Ementa*

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. VIOLAÇÃO AO MONOPÓLIO POSTAL DA UNIÃO. SERVIÇO DE ENTREGA DE CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA. LICITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CF/88, ARTIGO 21, X. LEI Nº 6.538/78.

**1. O serviço postal é monopólio da União, exercido pela Empresa Brasileira de Correios, nos termos do artigo 21, X, da Constituição Federal e 9º da Lei nº 6.538/78, não podendo, por isso, ser explorado por empresas particulares.**

*omissis.*

4. Apelação e remessa oficial improvidas.

Data Publicação 16/10/2003" (Destques acrescidos)

"TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO

Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL - 346716

Processo: 200004010666965 UF: PR

Órgão Julgador: QUARTA TURMA

Data da decisão: 08/11/2001 Documento: TRF400082425

Fonte DJU DATA:16/01/2002 PÁGINA: 920 DJU DATA:16/01/2002

Relator(a) JUIZ SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA

Decisão A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

*Ementa*

ADMINISTRATIVO. **QUEBRA DO MONOPÓLIO**

**POSTAL DA UNIÃO. ENTREGA DE BLOQUETES DE COBRANÇA DE TÍTULOS POR EMPRESA PRIVADA. ART. 21, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO. DL 509/69. LEI 6538/78.**

1. A Constituição Federal de 1988 recepcionou e manteve o monopólio da União sobre o serviço postal. CF, art. 21, X.

2. Não prejudica a exclusividade da União o fato de o monopólio postal não estar previsto no artigo 177 da Constituição porque esta norma trata apenas de exceção à livre iniciativa privada e não de serviços públicos.

3. **Consoante cediça jurisprudência, a entrega de títulos de crédito para aceite e/ou de bloquetes bancários de cobrança equiparam-se a carta, para fins de remessa de documentos, estando submetidos ao monopólio postal da União.**

omissis

5. *Apelação improvida.*

*Data Publicação 16/01/2002" (Grifos que não constam do original)*

**"TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO**

**Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL - 425386**

**Processo: 200104010411839 UF: PR**

**Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA**

**Data da decisão: 30/10/2001 Documento: TRF400082288**

**Fonte DJU DATA:14/11/2001 PÁGINA: 915 DJU DATA:14/11/2001**

**Relator(a) JUÍZA MARGA INGE BARTH TESSLER  
Decisão A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO.**

**Ementa**

**ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SERVIÇO POSTAL. MONOPÓLIO DA UNIÃO.**

1. Mantida a sentença que julgou procedente o pedido e considerou nula a licitação do Banco do Estado do Paraná para "Contratação de Serviços para

*Entrega de Títulos de Crédito a Descoberto para Aceite no Estado do Paraná e São Paulo (...)", pois trata-se de serviço postal, cuja manutenção é da competência exclusiva da União, nos termos do art. 21, X, da Constituição.*

*Omissis*

*3. Apelação improvida.*

*Data Publicação 14/11/2001".(Destaques nossos)*

Não há que se alegar, de outra parte, que seria possível a entrega de encomendas postais por particulares, em face da franquia dos Correios. De ressaltar que franquia não se confunde com concessão. No caso dos franqueados dos Correios, os serviços prestados pelos mesmos são por conta e risco dos próprios Correios, inclusive com atuação limitada pelo Tribunal de Contas da União.

Em face do exposto, **dou provimento à remessa oficial e às apelações da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT e da União (Assistente Litisconsorcial)**, para reformar a sentença. Condeno a apelada em custas processuais e em honorários advocatícios, em favor das apelantes, estes arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

**É o meu voto.**

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 334.141-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO  
Apelante: UNIÃO  
Apelado: NEZITA GAMA DE OLIVEIRA  
Adv./Proc.: DR. MARCOS AUGUSTO DE ARAÚJO

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL. LEI 8.112/90. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS-DC Nº 25. - Não há ausência do interesse de agir quando a Ré, na resposta, nega o direito vindicado.**

**- A alegação de impossibilidade jurídica do pedido confunde-se com o mérito da lide. Inexistência de vedação legal expressa à pretensão autoral, de sorte a exigir a extinção do processo sem exame do mérito.**

**- A sociedade de fato existente entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação.**

**- A inexistência de regra que contemple a possibilidade da percepção do benefício da pensão por morte, por companheiro(a) homossexual de servidor público falecido, não pode ser considerada como obstáculo para o reconhecimento da existência de um fato notório, para o qual a proteção jurídica é reclamada.**

**- Mesmo que se pudesse entender que a Lei nº 8.112/90 não contemplaria a situação da Autora, se o sistema geral de previdência do País cogita de hipótese similar - IN nº 25-INSS, que estabelece os procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual -, em respeito ao princípio isonômico, deve-se aplicar aos servidores públicos federais, por analogia, as disposições desse ato normativo.**

**- A exigência de designação expressa pelo servidor, visa tão-somente facilitar a comprovação, junto à administração do órgão competente, da vontade do falecido servidor. Sua ausência não importa em impedimento à concessão do benefício, se confirmada essa vontade por outros meios idôneos de prova.**

**- Comprovada a união estável da Autora com a segurada falecida, bem como sua dependência econômica em relação à mesma, e tendo-se por superada a questão relativa à ausência de desig-**



***nação, cumpre que se reconheça em favor dela o direito à obtenção da pensão requerida. Precedentes. Preliminares rejeitadas. Apelação e remessa oficial improvidas.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento à Apelação e à Remessa Oficial, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 17 de junho de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Cuida-se de Ação Ordinária ajuizada por Nezita Gama de Oliveira contra a União, no fito de obter provimento judicial que lhe reconheça o direito à percepção do benefício previdenciário da pensão por morte, em razão do falecimento de sua companheira Maria Arlete de Oliveira.

A Requerente sustenta fazer jus ao benefício pleiteado, porquanto manteve uma relação conjugal estável com a falecida, por mais de 22 (vinte e dois) anos, período durante o qual restou evidenciado para todas as pessoas com as quais conviviam que elas formavam um casal homossexual e, como de ordinário em qualquer relacionamento familiar, ambas constituíram um patrimônio comum e contribuíram, na medida de suas possibilidades, para a formação do mesmo.

Diz, também, que, não obstante a comprovação da condição de segurada da companheira falecida, da união estável que manti-

nam e da dependência econômica existente em relação àquela, a Administração lhe negou o benefício.

A União contestou arguindo, preliminarmente, a falta de interesse de agir, ante a inexistência de requerimento administrativo, e a impossibilidade jurídica do pedido.

No mérito, aduz a ausência de designação da Promovente, pela falecida, como dependente, além de não restar comprovada a ocorrência de união estável, o que impossibilita o enquadramento da situação dos autos à hipótese prevista no art. 217, da Lei nº 8.112/90.

Realizada a audiência para oitiva das testemunhas arroladas pela Autora, todas afirmaram a existência do relacionamento estável que havia entre a Autora/Apelada e a falecida, nos mesmos moldes de um casal, situação que perdurou por mais de 20 (vinte) anos - fls. 43/47.

O magistrado singular rechaçou as preliminares e julgou procedente a pretensão exordial, fundamentado em que, no atual estágio da sociedade, não se pode negar a existência de pessoas que, embora do mesmo sexo, mantêm relação amorosa entre si, convivendo sob o mesmo teto, com duração prolongada no tempo, enquadrando-se, portanto, na concepção de entidade familiar, de modo que aquela que sobrevive faz jus à percepção de pensão por morte deixada pelo(a) companheiro(a) tal como sói ocorrer em face das demais relações amorosas estáveis.

A União apela renovando os termos da contestação. As contra-razões foram ofertadas – fls. 71/74.

Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório.

Os autos foram a mim redistribuídos, em razão da aposentadoria do Desembargador-Relator.

É o relatório.

## **VOTO**

O DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Esclareço, por primeiro, e sem me delongar sobre a questão,

que as preliminares suscitadas pela Ré, em sua contestação, e renovadas agora na Apelação, foram corretamente enfrentadas pelo julgador singular, o qual assim se pronunciou:

*“As preliminares suscitadas pela União não merecem prosperar. A primeira, de ausência de interesse de agir, em compasso com a doutrina e a jurisprudência, resta prejudicada, quando, no mérito da resposta, a ré nega o direito vindicado, circunstância que se verificou na hipótese aqui tratada. A segunda, de impossibilidade jurídica do pedido, em verdade, trata-se de questão de mérito que deve, por conseguinte, ser analisada como tal, como adiante se fará.”*

Tal entendimento consoa com o que vem sendo sufragado por esta colenda Corte, como demonstram as seguintes ementas:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. PRETENSÃO RESISTIDA. INTERESSE DE AGIR. CARÊNCIA. DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO. RECONHECIMENTO JURÍDICO DO PEDIDO. DIREITO AO PAGAMENTO DOS ATRASADOS.

- Desnecessidade de prévio requerimento administrativo como pressuposto para a caracterização do interesse de agir processual, se a contestação enfrentou o mérito.

.....  
(TRF – 5ª Região. AC 296880-CE. Processo: 200205000173008. Relator Desembargador Federal Ridalvo Costa – 3ª Turma. Data da decisão: 11/09/2003)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL ELEITA. REJEIÇÃO. ART. 515, PARÁGRAFO 3º, CPC. PENSÃO POR MORTE. BENEFICIÁRIO. GUARDA NÃO COMPROVADA. PESSOA DESIGNADA. EXPECTATIVA

## DE DIREITO.

1. Versando a matéria debatida nos autos acerca da existência ou não de relação jurídica, é justificável o manejo da Ação Declaratória, nos precisos termos do art. 4º do Estatuto Processual Civil.

2. Consoante doutrina gabaritada, a possibilidade jurídica do pedido deve ser aferida diante da ‘permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor’. Preliminar rejeitada.

.....  
6. Apelação improvida”.

(TRF – 5ª Região. AC 301171-CE. Processo: 200205990011962. Relator Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria – 4ª Turma. Data da decisão: 17/06/2003)

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. INEXISTÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PENSÃO POR MORTE. RETIFICAÇÃO DA RENDA MENSAL. ART. 75 DA LEI Nº 8.213/91. LEI Nº 9032/95. APLICAÇÃO DESSE DISPOSITIVO ÀS REALIDADES PRÉ-EXISTENTES. INCIDÊNCIA IMEDIATA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- A inexistência de pedido administrativo prévio não caracteriza falta de interesse de agir, uma das condições indispensáveis à propositura de ação judicial. Precedentes jurisprudenciais.

- Não há que se alegar falta de interesse de agir pela ausência de provas das alegações apresentadas pelas autoras se o Instituto réu reconhece não ter aplicado aos benefícios, por terem sido concedidos anteriormente à Carta Magna de 1988, o comando normativo previsto no art. 75, da Lei nº 8213/91, posteriormente alterado pela Lei nº 9032/95.

.....  
- Adequação da verba honorária aos termos da súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça. Preliminar de interesse de agir rejeitada. Apelação improvida e Remessa Oficial tida por interposta parcialmente provida”.

(TRF – 5ª Região. AC 188845-AL. Processo: 9905522530. Relator Desembargador Federal Jose Maria Lucena – 1ª Turma. Data da decisão: 10/10/2002)

Rejeito, pois, as preliminares e passo à análise do mérito.

Defende a Recorrente não ser possível à Administração conceder à Autora o benefício pretendido, sob pena de afrontar o disposto no art. 217, I, a, da Lei nº 8.112/90 c/c o art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

Diz, ainda, que, para que a companheira ou o companheiro de servidor ou servidora faça jus à pensão, é necessário que o instituidor do benefício a/o inscreva como seu dependente perante o órgão ao qual é vinculado – o que, no caso em tela, não ocorreu, e, nos termos da legislação mencionada, que se comprove a união estável e que esta seja integrada por homem e mulher.

Não se me afigura que a tese da Recorrente deva prosperar.

Inicialmente, vale transcrever o que estabelece o art. 217, inciso I, alínea c, da Lei nº 8.112/90 - Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos, *in verbis*:

“Art. 217. São beneficiários das pensões:

I - vitalícia:

.....

c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;”

No caso em tela, objetiva-se que seja reconhecido à(ao) companheira(o) homossexual os mesmos direitos já assegurados à(ao) companheira(o) heterossexual.

Então, vejamos.

A concepção de união estável, tal como referida na Carta Mag-

na, no art. 226, § 3º, não abrangeria, em princípio, a relação convivencial entre pessoas do mesmo sexo; porém a sociedade de fato, existente entre eles, reclama e merece tratamento igual ao conferido às uniões heterossexuais, em virtude da existência de princípios constitucionais que desautorizam qualquer forma de discriminação e asseguram a promoção do bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A realidade social dos dias que correm, em permanente e acelerada transformação, revela a existência de pessoas do mesmo sexo que convivem na condição de companheiros. Apesar de não existir regra que contemple tal situação, a lacuna normativa não pode ser considerada como obstáculo para o reconhecimento da existência de um fato notório, para o qual, a proteção jurídica é reclamada.

Nesse compasso é que, por força de decisão judicial (Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0), o INSS fez editar a Instrução Normativa INSS/DC nº 25, de 7 de junho de 2000, estabelecendo procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual, nos seguintes termos:

“Art. 2º - A pensão por morte e o auxílio-reclusão requeridos por companheiro ou companheira homossexual, reger-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da IN INSS/DC nº 20, de 18.05.2000.

**Art. 3º - A comprovação da união estável e dependência econômica far-se-á através dos seguintes documentos:**

**I - declaração de 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 e**

**existência de sociedade ou comunhão nos 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.” (Grifos nossos)**

Por conseguinte, mesmo que se pudesse entender que a Lei nº 8.112/90 não contempla a situação versada nos autos, o que importaria em se incorrer em inaceitável e antijurídica discriminação sexual, se o sistema geral de previdência do País cogita de hipótese similar, em observância ao princípio isonômico, deve-se aplicar aos servidores públicos federais, por analogia, o disposto na indigitada Instrução Normativa.

Na vasta documentação acostada ao processado, observa-se que de fato existiu uma relação estável de natureza afetiva entre a Autora e a falecida (conta bancária conjunta, testamento, mesmo domicílio, etc.) restando, destarte, comprovado que ela satisfaz vários dos requisitos exigidos para a concessão do bene-

fício vindicado, inclusive a muitos daqueles que, por si só, são bastante à comprovação da vida em comum e da dependência econômica, como preconiza o citado art. 4º, do ato normativo acima transcrito.

Cumpre, ainda, assinalar que, de acordo com o entendimento sufragado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, a exigência de designação expressa pelo servidor, visa tão-somente facilitar a comprovação, junto à administração do órgão competente, da vontade do falecido servidor, **e sua ausência não importa em impedimento à concessão do benefício, se comprovada essa vontade por outros meios idôneos de prova.** Confira-se:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FALECIDO. PENSÃO. COMPANHEIRA. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO EXPRESSA. PREQUESTIONAMENTO. EXAME DE PROVA. RECURSO ESPECIAL.

1. Não se admite o Recurso Especial se os dispositivos tidos como violados não foram ventilados no Acórdão recorrido, nem foram opostos Embargos Declaratórios para suprir a referida omissão.

2. ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’ (Súmula 07/STJ).

**3. A exigência de designação expressa pelo servidor, nos termos da Lei 8.112/90, art. 217, I, c, visa tão-somente facilitar a comprovação, junto à administração do órgão competente, da vontade do falecido servidor em indicar o companheiro ou companheira como beneficiário da pensão por morte; sua ausência não importa, entretanto, a não concessão do benefício, se comprovada a união estável por outros meios idôneos de prova.**

4. Recurso Especial não conhecido.”

(STJ. RESP 236980-RN. Processo: 199900996291. Relator Ministro Edson Vidigal – 5ª Turma. Data da decisão: 13/09/2000) (Grifei)

Comprovada a união estável da Autora com a segurada faleci-



da, bem como sua dependência econômica em relação à mesma, e tendo-se por superada a questão relativa à ausência de designação, forçoso é se reconhecer em favor dela o direito à obtenção da pensão pleiteada.

Corroborando esse entendimento, destaco os seguintes precedentes:

**“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL.**

I. O Autor comprovou uma vida em comum com o falecido segurado, mantendo conta bancária conjunta, além da aquisição de bens, tais como veículo e imóveis em seus nomes, por mais de vinte anos.

II. 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 transformação por que passa a sociedade.

III. Compete ao juiz o preenchimento das lacunas da lei, para adequá-la à realidade social, descabendo, na concessão da pensão por morte a companheiro ou companheira homossexual qualquer discriminação em virtude da opção sexual do indivíduo, sob pena de violação dos artigos 3º, inciso IV e 5º, inciso I, da Constituição Federal.

IV. Tutela antecipada concedida.

V. O artigo 226, §3º, da Constituição Federal não regula pensão previdenciária inserindo-se no capítulo da família.

VI. Apelação e remessa necessária improvidas”.

(TRF – 2ª Região. AC 323577-RJ. Processo: 200251010007770. Relatora Juíza Tânia Heine – 3ª Turma. Data da decisão: 03/06/2003)

**“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 artigos 3º, IV, e 5º, aboliram 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 nº 8.213/91.

6. Estando comprovada a qualidade de segurado do *de cuius*, 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 1.415/96).

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”.

(TRF – 4ª Região. AC 349785-RS. Processo: 200004010736438. Relator Juiz Nylson Paim de Abreu – 6ª Turma. Data da decisão: 21/11/2000)

“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 IGUALDADE E DA LIBERDADE INDIVIDUAL. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE DISTINÇÃO EM RAZÃO DO SEXO. COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E VIDA EM COMUM. DEFERIMENTO.

I. 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.

II. 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*.

III. 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 cuius*, sem qualquer vedação expressa a que estes sejam do mesmo sexo.

IV. O artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, esgrimido pela Autarquia apelante como norma proibitiva ao reconhecimento do direito à pensão em comen-

to, cuida especificamente da família e das relações de casamento, não visando a regular matéria previdenciária que é tratada em capítulo próprio da Lex Mater.

V. A Constituição Federal erigiu o princípio da igualdade com postulado fundamental, com aplicação específica em relação a proteção referente a discriminações quanto ao gênero, consoante o disposto nos artigos 3<sup>a</sup>, inciso IV, 5<sup>o</sup>, inciso I, e 7<sup>o</sup>, inciso XXX, todos da carta magna, sendo, por isso, vedadas distinções de qualquer natureza, em razão da opção sexual do indivíduo.

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

VII. Exhaustivamente 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.

VIII. 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.

IX. 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 con-

denação.

X. Apelação e Remessa improvidas”.

(TRF – 5ª Região. AC 238842-RN. Processo: 200005000579892. Relatora Desembargadora Federal Margarida Cantarelli – 1ª Turma. Data da decisão: 30/08/2001)

Esforçado nessas razões, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

### **APELAÇÃO CÍVEL Nº 336.518-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE  
Apelante: INFRAERO – EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA  
Advogados: DRS. ANTÔNIO ALEXANDRE DE MEDEIROS E OUTROS (APTE.) E ADELMAR AZEVEDO REGIS E OUTROS  
Apelado: ANTÔNIO DE PÁDUA LOPES PIRES DE FREITAS

***EMENTA: CONSTITUCIONAL E RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. DIMINUIÇÃO DA AUDIÇÃO EM ACIDENTE DE TRABALHO. FUNÇÃO EXERCIDA PRÓXIMA AS TURBINAS DAS AERONAVES. DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA. INDENIZAÇÃO.***

***O Autor foi acometido de doença de perda auditiva, tendo sido ocasionada por sons agudos (turbinas de avião) de alta intensidade no ambiente de trabalho onde exercia suas atividades. Reconhece-se pela perícia realizada a ocorrência de doença profissional, em razão do local onde o Autor exercia suas atividades funcionais. Assim estando presentes os elementos configuradores do direito requerido, quais sejam: (a) a perda auditiva do Autor; (b) a causa da doença devida-***

**mente diagnosticada provocada por sons agudos de alta intensidade); c) dano Moral configurado pelo constrangimento do A. em razão da perda auditiva; e (d) nexos de causalidade entre a conduta da R. e os danos demonstrados, faz jus o suplicante a indenização por danos morais, na forma do Art. 5º, inciso V, da CF/88 que estabelece que “é assegurado o direito (...) da indenização por dano material, moral ou a imagem.”**

**- A CF/88 no seu art. 37, inciso XIX, § 6º, reza que As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou de culpa.**

**- Fixo como valor da indenização pelos danos morais cometidos ao promovente por ter sua audição diminuída em decorrência de haver trabalhado em sala próxima ao aeroporto, em decorrência do barulho das turbinas dos aviões, para posteriormente ser despedido sem justa causa o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).**

**- Apelação da INFRAERO parcialmente provida.**

### **ACÓRDÃO**

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

Custas, como de lei.

Recife, 1º de julho de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍ-  
DE CAVALCANTE:

Antônio de Pádua Lopes Pires de Freitas ajuizou ação repara-  
tória de danos morais decorrentes de doença profissional do tra-  
balho contra a empresa denominada INFRAERO – Empresa Bra-  
sileira de Infraestrutura Aeroportuária.

Alega o autor que:

“O Autor ingressou aos serviços da empresa ré em data de 28.11.77, para exercer a função de encarregado do setor e gerente de operações, segurança e manutenção, passando, a partir de 1995, a exercer atividades burocráticas e apoio administrativo na seção de manutenção, especificamente no cargo de assistente de serviços aeroportuários, cujas atribuições se encontram especificadas em anexo, quando foi dispensado pela Ré sem justa causa, em data de 26.02.99.

O Autor laborava na empresa ré no setor operacional do Aeroporto, exposto diariamente a níveis não permissíveis de ruído diário devido a proximidade do pátio do aeroporto, ficando a sala de trabalho do autor a apenas 30 metros do pátio do aeroporto, onde há a circulação das aeronaves, sempre ruidosas e com alta pressão sonora, de forma contínua, sendo certo de que a empresa jamais se preocupou em atenuar ou eliminar completamente os índices de ruído, deixando, dessa forma, seus funcionários expostos às condições insatisfatórias de trabalho, o que levou o autor a apresentar **Disacusia Neurosensorial Bilateral**, isto é, portador de surdez profissional (...) a sua gerente regional administrativa, recomenda a mudança do autor para outro local de trabalho. No ato da admissão, segundo afirma, gozava de plena capacidade física e mental. Ocorre que, desde o ano de 1995, o Autor começou a sentir problemas auditivos, e, mesmo tendo procurado o

serviço médico da empresa, o problema persistiu causando fortes dores no conduto auditivo, sendo certo que, após tratamentos paliativos, era sempre recolocado na mesma função e ritmo de trabalho, o que cada vez mais agravou a sua doença, (...) contra-riando o disposto na NR-1, item 1.7, “C”, alínea I, II, III e IV da Portaria 3.214 de 08.06.78, Lei nº 6.514/77 do Ministério do Trabalho, adquirindo assim a doença profissional da qual é portador”.

Requer:

“Que esta ação seja julgada procedente *in totum* com a condenação da empresa Ré no valor de R\$ 203.000,00 (duzentos e três mil reais).

O Autor anexa documento do INSS que recebe auxílio-acidente às fls. 10.

Folha de função das atividades do Autor na INFRAERO às fls. 11/13.

Comunicação de Acidente de Trabalho às fls.15.

Atestado de Saúde ocupacional às fls. 16/17.

Perícia do CREA fls. 21/26.

O Autor passou a receber auxílio-acidente. (fls. 43/44)

Contestação da INFRAERO às fls. 54/67.

Impugnação a contestação às fls. 136/141.

Impugnação do valor da causa pela INFRAERO (fls. 143/144); o Juiz fixou o valor da causa no valor de R\$ 203.000,00 (duzentos e três mil reais).

Embargos de declaração rejeitados às fls. 145/146.

O MM. Juiz sentenciante deferiu perícia médica em face da doença alegada pelo autor (fls. 179).

Audiência de Instrução e Julgamentos em que o MM. Juiz intimou as partes para a realização da perícia (fls. 180) e ouviu como testemunha MARTA ELIANE PINHEIRO BEZERRA (fls. 181/182).

A INFRAERO formulou os quesitos para as questões da perícia (fls. 195/196)”.

O Autor Antônio de Pádua Lopes Pires de Freitas informou que prescinde da prova pericial (perícia médica), assim como o depoi-



mento pessoal da representante da empresa ré, por entender que já existe nos autos prova pericial suficiente para comprovar a perda auditiva sofrida pelo autor.(fls. 198)

Audiência de Instrução e Julgamento em o MM. Juiz *a quo* em que deferiu a desistência da oitiva do representante legal da R. INFRAERO e quanto a petição da INFRAERO manteve a designação de perícia médica. (fls. 202).

Perícia realizada às fls. 208/212.

A INFRAERO se manifestou sobre o laudo pericial requerendo nova perícia. (fls. 223/225).

A INFRAERO novamente renova o pedido de nova perícia. (fls. 226)

O MM. Juiz monocrático sentenciou às fls. 229/235, com o seguinte *decisum*:

“Isto posto, fundamentado na CF, art. 5º, V, demais legislação e jurisprudência referidas, julgo parcialmente procedente o pedido para condenar a r. INFRAERO – EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA a pagar ao A. ANTÔNIO DE PÁDUA LOPES PIRES DE FREITAS indenização de 50 ( cinqüenta) vezes o valor da última remuneração (salário+ adicionais a qualquer título)”.

A INFRAERO interpôs embargos de declaração, alegando cerceamento de defesa por não ter sido deferida nova perícia, havendo sido cerceado o seu direito de defesa, com ofensa ao art. 5º, LV e art. 93, inciso IX, CF/88 e que sejam supridas contradições e omissões, para prequestionamento da matéria. (fls. 246/248).

O ilustre MM. Juiz fundamentou que “*a perícia judicial nos autos (fls. 208/212) é suficiente para o deslinde da questão, não havendo assim cerceamento de defesa*”, quanto as demais alegações constituem matérias evidentemente abrangidas pela decisão de mérito, de forma a inexistir omissão ou contradição.” (fls. 250/251)

Em sua apelação, a INFRAERO alegou que no mérito a improcedência da ação por não ter a ora recorrente concorrido com

nenhum ato, ação ou omissão contra a Autora, além de ausentes também a vinculação, nexo causal, dolo ou culpa, havendo afastado todos os pressupostos legais inerentes a responsabilidade civil erroneamente imputada à mesma. (fls. 254/262).

Nos termos das contra-razões (fls. 266/271), alega o autor que, no desempenho do seu labor, esteve exposto a ruídos não permisíveis, causando-lhe Disacusia Neurosensorial Bilateral, surdez profissional, pleiteando indenização por danos morais, pela incapacidade parcial para exercer o seu ofício, razão pela qual foi demitido sem justa causa.

Após contra-razões, vieram os autos a esta Corte, sendo-me conclusos por distribuição.

É o relatório.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

O Autor propôs ação de Reparação Civil por Danos Morais sob a alegação de que ingressou aos serviços da empresa Ré, em data de 28.11.77, para exercer a função de encarregado do setor e gerente de operações, segurança e manutenção, passando, a partir de 1995, a exercer atividades burocráticas de apoio administrativo, quando foi dispensado sem justa causa, em data de 26.02.99.

Que laborava, na empresa Ré, no setor operacional do aeroporto, diariamente a níveis não permissíveis de ruído diário, ficando a sala de trabalho do autor a apenas 30 metros do pátio do aeroporto, onde há circulação de aeronaves, sempre ruidosas e com alta pressão sonora, de forma contínua, sendo certo que a empresa jamais se preocupou em atenuar ou eliminar completamente os índices de ruído, deixando dessa forma seus funcionários expostos às condições insatisfatórias de trabalho, que levou o autor a apresentar Disacusia Neusensorial Bilateral, isto é, portador de surdez profissional.

I) Juntou extrato trimestral do INSS às fls. 10.

II) Anexou documento de sua folha de função onde descrevia

as suas atividades em apertada síntese (fls. 11):

a) Inspecionar pistas e pátios de manobras, determinando re-manejamento de equipes e instruindo o pessoal sobre procedimentos e tarefas.

b) Controlar fluxo de embarque e desembarque de passageiros, bagagens e cargas.

c) Inspecionar condições de operações de pistas, pátio de manobra e estacionamento de aeronaves, observando irregularidades no balizamento, táxi e estacionamento de aviões e limpeza e conservação de áreas de utilização.

III) Em comunicado pela Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária (fls. 14), no comunicado NT N° 022/SBJP (JPAF) 26/02/99, consta o desligamento do Autor da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária, por demissão sem justa causa, com o seguinte teor:

“Na oportunidade, fica V. S<sup>a</sup>. convocado para comparecer a Delegacia Regional do Trabalho – DRT/PB, no dia 05.03.98 às 14:00 h, munido da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS para homologação da Rescisão do contrato de Trabalho – RCT.

IV) Na Comunicação de Acidente de Trabalho, às fls. 15, “Trabalhando próximo ao ruído atingindo a audição”.

V) A Médica do Trabalho do CEMO – Cons. De Eng. De Seg. e Medicina Ocupacional, forneceu o seguinte atestado de saúde ocupacional (fls. 16):

“Inapto CID n° 388.1, para exercer a atividade de gerente de operações Seg. e Manutenção, estando apto para exercer outra atividade na empresa.”

16.03.1995

Maria Antonieta Torquato de Farias.

Médica do Trabalho – CRM n° 955.

VI) A INFRAERO-Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária, vinculada ao Ministério da Aeronáutica, traz a seguinte observação (fls. 17):

“Deverá exercer suas atividades em local não ruidoso, caso haja intercorrência de ruído acima de 85 dBA deverá utilizar obrigatoriamente o abafador tipo concha ou plug.”

VII) A INFRAERO, por intermédio, na Superintendência Regional de Recife(fl's 18):

“Após avaliação técnica do possível agravamento da perda auditiva do assistente de serviços aeroportuários ANTÔNIO DE PÁDUA LOPES D. FREITAS – MAT.: 70.003-51, somos de parecer favorável que o mesmo não deverá se expor a ruído acima de 85 dB(A).

VIII) Em perícia realizada pelo CREA (fl's. 21/26), chegou às seguintes conclusões:

a) no caso em questão, mesmo com o uso de protetor auricular, este não conseguiu neutralizar o agente insalubre, visto que foi dada uma CAT pelo médico da empresa, onde o mesmo diz que o reclamante teve perda auditiva e em outro documento da reclamada sugere a transferência do reclamante para outro local de trabalho em virtude do reclamante já não poder trabalhar em ambientes com ruídos acima de 85 dB.(...)

b) O reclamante usa protetores auriculares tipo concha, os mesmos tem CA de aprovação do Ministério do Trabalho. Observa-se que os EPIs não satisfazem as necessidade do trabalho em questão, visto que o reclamante adquiriu doença profissional.

c) A reclamada obriga seus funcionários usarem protetores auriculares, mas no caso em questão só o uso deste tipo de EPI não neutraliza a insalubridade existente.

Ass. FABIO VINICIUS FERREIRA NUNES BARBOSA

ENG. SEG. DO TRABALHO – CREA-PB Nº 4.298-D

Quanto a matéria probatória a perícia do Juízo, em que ape-

nas o representante da INFRAERO apresentou suas questões, todavia o conjunto probatório foi contundente em favor do autor:

**PERÍCIA MÉDICA:** (fls. 208/211)

Quesitos formulados pela INFRAERO e respondidos pelo Dr. PAULO NEIVA, perito do Juízo:

Pergunta. O Autor apresenta diminuição da acuidade auditiva? Caso afirmativo, de que tipo?

Resposta . **Sim, Disacusia neurosensorial com trauma acústico associado.**

Pergunta. Caso haja a referida alteração da audição, há como se afirmar indubitavelmente a causa ou as causas das mesmas?

Resposta. **A disacusia neurosensorial juntamente com o trauma acústico tem a etiologia de lesão neurosensorial coclear, ocasionado por sons agudos de alta intensidade.**

Pergunta. Já que está comprovado o fornecimento do protetor auditivo na empresa, tal disacusia poderia vir de outras fontes de ruído tal como lazer, música, trânsito, arma de fogo, etc?

Resposta: **Lazer. Não; Música, só de alta intensidade e constante; Uso de Arma de fogo, Sim, mas sem protetor de modo intenso.**

(...)

Pergunta. Existe algum trabalho científico que identifique, na população urbana, exposta ao ruído e outros fatores existentes em uma metrópole, qual a prevalência, ou seja, o número de casos, de disacusia neuro sensorial existentes?

Resposta: **Existem vários trabalhos a este respeito, mas as hipóteses diagnósticas como diagnósticos que são feitos, dependem muito da intensidade dos sons emitidos e a sensibilidade de cada indivíduo isoladamente. Em medicina nada pode ser comparativo generalizado.**

Pergunta: De acordo com a Lei nº 8.213/91, art. 132, parágrafo 1º, alínea “c”, o INSS considerou o autor como incapaz para o trabalho?

Resposta: **O Autor não deve trabalhar mais em ambientes ruidosos, porque o ruído é letal para a sua audição e o mesmo apresenta tinitos no ouvido direito e esquerdo quando está em lugar tranqüilo.**

(...)

Conseqüentemente, estão presentes os elementos configuradores do direito adquirido, quais sejam (a) a perda auditiva do A.; (b) a cauda da doença devidamente diagnosticada (sons agudos de alta intensidade); (c) dano moral configurado pelo constrangimento do A. (fls. 208/211) em razão da perda auditiva; e o nexo de causalidade entre a conduta da R. e os danos demonstrados.

Induvidosamente, a lesão (perda auditiva) acarretou prejuízo ao A., em vista de seus efeitos irreversíveis, sendo, portanto, obrigação da R. indenizar.

A CF/88, no seu art. 37, inciso XIX, § 6º, reza que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou de culpa”.

Diante do conjunto probatório, não há como deixar de reconhecer que a diminuição da audição do Autor se deveu a exposição dos ruídos das turbinas das aeronaves próximas ao local de seu trabalho, levando-lhe inclusive a ser despedido sem justa causa, razão pela qual condeno a INFRAERO – EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA a pagar ao A. ANTÔNIO DE PÁDUA LOPES PIRES DE FREITAS indenização no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a contar da data da demissão, com correção monetária e juros moratórios.

Dou parcial provimento à apelação da INFRAERO.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 339.783-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelada: EMÍLIA ANTÔNIA DA CONCEIÇÃO  
Adv./Def.: DRS. JUSSARA MARIA LEITE LEAL E PAIVA E  
OUTROS (APTE.) E DARCI LEOCÁDIA COELHO  
GOUVEIA (APDA.)

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. GENITORA DE FALECIDO SEGURADO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA CONSTATADA ADMINISTRATIVAMENTE NO ÂMBITO DO INSS. CONTROVÉRSIA QUE SE CINGE AO TERMO A QUO ATINENTE ÀS PARCELAS ATRASADAS. PROCESSO ADMINISTRATIVO ENCETADO EM PERÍODO QUE NÃO ULTRAPASSOU 30 (TRINTA) DIAS DA DATA DO ÓBITO CUJA COMPOSIÇÃO ESTAVA APTA AO RECONHECIMENTO DO PEDIDO. DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE PENSÃO POR MORTE REALIZADO EM MOMENTO POSTERIOR À DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DIREITO AO PERCEBIMENTO DAS PARCELAS PRETÉRITAS A PARTIR DA DATA DO ÓBITO ATÉ O EFETIVO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO EM TELA.**

**- O benefício de pensão por morte é devido para genitora de falecido segurado, desde que comprovada a sua dependência econômica com o de cujus, o que se verifica nos presentes autos, consoante consigna a tessitura do processo administrativo junto à autarquia previdenciária.**

**- Ponto controverso adstrito ao reconhecimento do termo inicial a fim de apuração das parcelas pretéritas cujo termo inicial é a data do óbito, pois o mesmo fora interposto após o falecimento do ex-segurado, não ultrapassando os 30 (trinta) dias da ocorrência da morte, em consonância com o que dispõe o art. 74, inciso I, da**

**Lei nº 8.213/1991.**

**- Apelação e remessa oficial 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 nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 1º de julho de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

O caso é de ação ordinária ajuizada contra o INSS cujo objetivo é o reconhecimento do direito da demandante às parcelas pretéritas decorrentes do reconhecimento ao benefício de pensão por morte, a partir do óbito, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora.

Foi deferido o benefício da justiça gratuita, às fls. 32.

Citado, o INSS ofereceu contestação, aduzindo que a devida comprovação de dependência econômica havida entre o ex-segurado e sua genitora só fora realizada em momento posterior à interposição do requerimento administrativo, cujo cumprimento desta exigência fora efetivado após o interstício de 30 (trinta) dias, a contar da data do óbito, donde se ressaí o início do pagamento, segundo sustenta, na ocasião da comprovação da dependência econômica ocorrida posteriormente.

Réplica à contestação, às fls. 42/43.

Cópia do processo administrativo concernente ao benefício previdenciário em apreço, às fls. 45/58.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente a ação, sob o fundamento de que restou comprovada a idoneidade do requerimento administrativo encetado apto à concessão do benefício previdenciário de



pensão por morte à demandante, restando o pagamento das parcelas atrasadas compreendidas entre 23 de novembro de 2000 – data do óbito do ex-segurado – e 26 de dezembro de 2002 – data da implantação do benefício - acrescido de juros de mora à razão de 1% (um por cento) ao mês, estes a partir da citação, e de correção monetária nos termos insculpidos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal – Resolução nº 242 do Conselho da Justiça Federal. Além disso, condenou o Instituto-réu ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) a incidir sobre o valor da condenação.

O INSS apela desta sentença, requerendo a sua reforma, propugnando que a comprovação de dependência econômica do segurado falecido com sua mãe só se demonstrou em 26 de dezembro de 2002, donde exsurge a data do início do pagamento. Destarte, não se comprovou a dependência econômica na ocasião do requerimento administrativo; e sim em momento posterior a 30 (trinta) dias do óbito do ex-segurado. Outrossim, em respeito ao princípio da eventualidade, caso haja condenação, pugna a incidência de juros moratórios à razão de 6% ao ano.

Oferecidas as contra-razões, subiram os autos.

É o relatório.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

A questão debatida, no presente recurso, versa sobre o direito da autora ao recebimento das parcelas atrasadas, a partir do óbito do ex-segurado, atinente ao benefício previdenciário de pensão por morte.

De plano, acentue-se que houve o reconhecimento ao benefício previdenciário em apreço administrativamente, cuja data do início do pagamento é posterior à data do falecimento do ex-segurado: ponto nodal deste litígio.

Assim, compulsando os autos do processo administrativo instaurado junto à Autarquia previdenciária, percebe-se que a razão do indeferimento inicial do pedido formulado reside na questão da

grafia do nome da mãe do segurado falecido.

Por oportuno, trago à colação excerto do *decisum* prolatado pelo Juízo *a quo* que, de forma translúcida, apreciou o incidente em tela, *in verbis*:

“Na verdade, o motivo do indeferimento do pleito foi a divergência quanto ao nome da autora, visto que apresenta documentos em que consta seu nome como sendo Emília Antônia da Conceição (fls. 07/09), enquanto na certidão de óbito do falecido consta Emélia Antônia da Silva como sua mãe (fls. 31). É certo que existe a divergência. Entretanto, todos os indícios apontam cuidar-se da mesma pessoa. Em princípio, vislumbro tratar-se da situação comum de alteração do nome de solteira da autora para o de casada. Neste sentido, da análise do processo administrativo acostado aos autos, destaco as seguintes anotações, efetuadas por funcionários do INSS, extraídas dos documentos de fls. 45 e 58, respectivamente: *‘Indeferido. Quando corrigir a filiação, requerer novo benefício’* e *‘Obs: vai requerer a correção do nome judicialmente’*. Além disso, Silva é exatamente o nome (vulgarmente chamado sobrenome) do pai do falecido, o que ainda mais ratifica a colocação ora exarada.

Insta acentuar, outrossim, que a certidão de nascimento do falecido (fls. 09) indica como genitora a Sra. Emília Antônia da Conceição, diferentemente da certidão de óbito que aponta para Emélia Antônia da Silva (fls. 31). Aquele confere exatamente com os dados da autora, decorrentes dos documentos por ela apresentados no processo administrativo, não havendo dúvida, portanto, quanto ao parentesco. Diante disso, só me resta concluir que a autarquia ré reconhecia, já naquele momento, a filiação e o vínculo de dependência econômica aptos a dar ensejo à concessão do benefício. A resistência ao deferimento do pleito consistia apenas na falta da regularização do registro civil.”

Assim, perfilho o entendimento esposado pelo douto Juiz pla-  
nicial, constatando a idoneidade do requerimento administrativo  
encetado pela demandante cuja tessitura estava apta ao reconhe-  
cimento do pleito administrativo.

Nessa senda, trago a lume precedente proclamado pela íncli-  
ta Terceira Turma deste colendo Tribunal cuja ementa está fincada  
nos seguintes termos:

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. GE-  
NITORA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PROVA  
DOCUMENTAL. CERTIDÃO DE NASCIMENTO.  
APÓLICE DE SEGURO. FICHA DE REGISTRO DE  
EMPREGADO. ARTIGO 19, PARÁGRAFOS 3º E 8º,  
DO DECRETO Nº 2.172/97. PRINCÍPIO DO LIVRE  
CONVENCIMENTO DO JUIZ. TERMO A *QUO*.

1. Considerando que a autora é a genitora do faleci-  
do segurado e, conforme a ficha de registro de em-  
pregado da construtora onde ele trabalhava e a apó-  
lice de seguro de vida, acostadas aos autos, era sua  
dependente, faz jus à pensão por morte.

2. A exigência de que tenha havido declaração ex-  
pressa do segurado e sejam apresentados, pelo  
menos, 03 (três) dos documentos elencados em  
diversas alíneas do parágrafo 3º do artigo 19 do  
Decreto nº 2.172/97 somente prevalece quanto ao  
deferimento, no âmbito administrativo, e não, em  
sede de demanda judicial, em razão do princípio do  
livre convencimento do juiz.

**3. É compatível com o ordenamento jurídico a  
regra que estabelece que os efeitos da pensão  
serão retroativos à data do óbito, tão-somente,  
se o benefício for requerido no prazo de 30 (trin-  
ta) dias após o falecimento, quando não havia  
óbice algum à postulação do mesmo.**

4. Apelação e remessa oficial tida como interposta  
parcialmente providas”.

(AC nº 272468/SE, Rel. Desembargador Federal Élio  
Wanderley de Siqueira Filho (Convocado), julg. em 29/  
10/2002, publ. *DJ* de 26/02/2003, pág. 991). (Frisamos).

Ademais, no que respeita ao implemento de juros moratórios, cumpre frisar que eles são devidos a partir da citação válida, cujo percentual fixo à razão de 1% (um por cento) ao mês, em face de ser o benefício previdenciário *sub judice* de caráter alimentar. Neste diapasão, colaciono precedentes proclamados pela insigne Quinta Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça, cujas ementas estão vazadas com a seguinte redação, *ipsis litteris*:

“PREVIDENCIÁRIO – PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – LEI 8.213/91, ARTIGO 41, II – IPC – INPC – REVISÃO – JUROS MORATÓRIOS – ART. 219, DO CPC – ARTS. 1.536, PARÁGRAFO 2º E 1.062, DO CCB – SÚMULA 204/STJ.

- Não enseja interposição de Recurso Especial matéria que não tenha sido ventilada no julgado atacado e sobre a qual a parte não opôs os embargos declaratórios competentes, havendo, desta forma, falta de prequestionamento. Incidência das Súmulas 282 e 356, do STF.

- Após a edição da Lei 8.213/91, o modo de cálculo dos reajustes previdenciários obedece aos critérios fixados pelo seu art. 41, II, fixando-se o INPC e sucedâneos legais como índices revisores dos benefícios. Incabível a aplicação do IPC.

- Os juros de mora nas ações relativas a benefícios previdenciários incidem a partir da citação válida. Súmula 204/STJ.

- Os juros de mora, nas ações previdenciárias, devem incidir à taxa de 1% ao mês, a partir da citação válida. Precedentes.

- Recurso especial conhecido e parcialmente provido”. (RESP nº 353939/CE, Rel. Ministro Jorge Scartezini, julg. em 06/11/2003, publ. DJ de 19/12/2003, pág. 545).

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. TERMO INICIAL DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. ART.

49, INCISO II, LEI N.º 8.213/91. JUROS DE MORA. 1% AO MÊS.

1. Tendo em vista que a Recorrente sempre trabalhou em regime de economia familiar, em terras próprias, sem o auxílio de empregados, enquadra-se na condição constante do inciso II do art. 49 da Lei n.º 8.213/91, razão pela qual o termo *a quo* do benefício é a data do requerimento administrativo.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a incidência de juros de mora se dá à razão de 1% ao mês em se tratando de benefício previdenciário, em face de sua natureza alimentar, conforme o disposto no art. 3º do Decreto-lei n.º 2.322/87.

3. Recurso especial conhecido e provido para determinar que o pagamento do benefício tenha como termo inicial o requerimento administrativo e que os juros de mora incidam no *quantum* de 1% ao mês, mantendo o acórdão recorrido em seus demais termos." (RESP nº 503907/MG, Relª. Ministra Laurita Vaz, julg. em 20/11/2003, publ. DJ de 15/12/2003, pág. 373).

Desse modo, em pese os delineamentos sobreditos, nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, mantendo *in totum o decisum* monocrático engendrado.

É como voto.

### **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 3.415-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
Apelante: ETELVINO BRAZ DE ARAÚJO  
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA  
Advogado: DR. HAMILTON PINTO RIBEIRO DE MOURA FARIAS (APTE.)

**EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE PATROCÍNIO INFIEL. CONCURSO MATERIAL. ARTIGO 355 C/C 69 DO**

**CPB. CRIME PRÓPRIO. PREJUÍZO DE INTERESSE LEGÍTIMO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PROVAS EM CONSONÂNCIA COM O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. CONDENAÇÃO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – DETENÇÃO. REFORMA PARCIAL DO DECRETO CONDENATÓRIO SINGULAR. RÉU TÉCNICAMENTE PRIMÁRIO. REDUÇÃO DA PENA. SURSIS. CONCESSÃO. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA.**

*- Autorizando os autos a afirmar que o acusado, por duas vezes, na qualidade de advogado, ajuizou reclamações trabalhistas e celebrou acordos trabalhistas fraudulentos, em detrimento dos interesses dos seus constituintes – ex-empregados da empresa reclamada da qual o réu era advogado, perfez com tal conduta o tipo penal previsto no artigo 355 c/c 69 do CPB.*

*- O acordo celebrado entre o acusado e seus constituintes, onde, por apenas R\$ 1.000,00 (um mil reais), foi dada quitação ampla e irrestrita de todos os créditos trabalhistas relativos aos anos de serviços, causou efetivo prejuízo ao particular – seus constituintes.*

*- A conduta típica de patrocínio infiel que, em sua objetividade jurídica, tutela a administração da justiça, consiste em trair o dever profissional, prejudicando o interesse que alguém confiou, em juízo, ao patrocínio do sujeito.*

*- Existindo ofensa significativa não só ao particular (os reclamantes) como ao próprio Estado, e se revelando a conduta como socialmente expressiva, impõe-se a condenação do réu.*

*- Quanto à dosimetria da pena, atendendo que o réu é tecnicamente primário, inobstante a conduta por ele praticada merecer reprovação social, impõe-se a reforma parcial da sentença singular para reduzir a pena para 01 (um) ano de detenção, para cada um dos crimes praticados*

***pelo réu. Inexistindo quaisquer circunstâncias agravantes ou atenuantes e causa especial de aumento, e devendo as penas ser somadas em face de concurso material – artigo 69 do CP, tor- no definitiva em 02 (dois) anos de detenção. Nos termos do artigo 77 do CP, concedo ao réu o be- nefício da Suspensão Condicional da Pena – Sursis – pelo período de 02 (dois) anos. - Apelação do réu parcialmente provida.***

### **ACÓRDÃO**

Vistos etc, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taqui- gráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 25 de maio de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Re-  
lator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FER-  
REIRA:

Cuida a hipótese de Apelação Criminal (fls. 266/272) interpos- ta pela defesa do réu Etelvino Braz de Araújo contra sentença (fls. 251/264) da lavra do Exmo. Juiz Federal da 13ª Vara/PE, Dr. Fre- derico José Pinto de Azevedo, que julgou procedente a ação penal para condenar o réu Etelvino Braz de Araújo como incurso no tipo penal do artigo 355 do CPB (patrocínio infiel), por duas vezes cu- mulado com o artigo 69 do CPB, à pena de 02 anos e 6 meses de detenção para cada crime, totalizando 05 (cinco) anos de deten- ção, a ser cumprido inicialmente em regime semi-aberto – art.33, § 2º, *b*, do CPB, aplicando, ainda, a pena de 400 (quatrocentos) dias-multa, no valor de 1/20 do salário mínimo mensal. Como a pena privativa de liberdade foi superior a 4 anos de detenção, dei- xou de aplicar a pena alternativa, nos moldes do que preceitua o artigo 44 do CPB com a nova redação dada pela Lei 9.714/98. Nos

fatos, narra a denúncia que o acusado Etelvino Braz de Araújo, por duas vezes, em 20 de março de 1996 e 20 de novembro de 1996, assinou petição inicial de reclamações trabalhistas como advogado dos ex-funcionários da Usina Salgado S/A. Quando ajuizou as ações, o acusado não defendia verdadeiramente o interesse de seus constituintes-reclamantes, mas o da Usina reclamada. Tanto assim, que os reclamantes assinaram termo de conciliação com a reclamada, em 28 de novembro de 1996 (fls.32 e 54 e fls.112 e 115), dando quitação de todas as verbas do contrato de trabalho em troca da quantia de R\$ 1.000,00 (um mil reais) para cada reclamante. Inconformados com o valor ultrajante que receberam de sua antiga empregadora, posteriormente, com outro advogado, ajuizaram outra reclamação trabalhista, que foi extinta diante da coisa julgada fraudulentamente surgida pela ação do réu, ora apelante. O Ministério Público Federal denunciou o acusado como incurso nas penas do artigo 355 do CPB – patrocínio infiel (por duas vezes) c/c o artigo 69 do CPB. Nas razões de apelação, o réu pugna pela absolvição, alegando insuficiência de provas para ensejar uma condenação. Contra-razões apresentadas pelo MPF às fls. 274/277. No seu parecer, fls. 285/288, o Exmo. Representante do Ministério Público Federal, Dr. Sady D'Assumpção Torres Filho, entendendo que restaram comprovadas a autoria e a materialidade do crime de patrocínio infiel – artigo 355 do CPB, por duas vezes, opinou pelo improvimento do recurso de apelação do réu, com a manutenção da sentença condenatória em todos os seus termos. Deixo de remeter os autos ao Exmo. Desembargador Revisor, pois cuida a hipótese de crime cuja pena cominada foi a de detenção. Peço dia para julgamento. Intimem-se.

É o relatório.

### VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Cuida a hipótese de Apelação Criminal (fls. 266/272) interposta pela defesa do réu Etelvino Braz de Araújo contra sentença (fls. 251/264) da lavra do Exmo. Juiz Federal da 13ª Vara/PE, Dr. Frederico José Pinto de Azevedo, que julgou procedente a ação penal para condenar o réu Etelvino Braz de Araújo como incurso no tipo



penal do artigo 355 do CPB (patrocínio infiel), por duas vezes, cumulado com o artigo 69 do CPB, à pena de 02 anos e 6 meses de detenção para cada crime, totalizando 05(cinco) anos de detenção, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto – art.33, § 2º, *b* do CPB, aplicando, ainda, a pena de 400 (quatrocentos) dias-multa, no valor de 1/20 do salário mínimo mensal. Como a pena privativa de liberdade foi superior a 4 anos de detenção, deixou de aplicar a pena alternativa, nos moldes do que preceitua o artigo 44 do CPB com a nova redação dada pela Lei 9.714/98.

Nos fatos, narra a denúncia que o acusado Etelvino Braz de Araújo, por duas vezes, em 20 de março de 1996 e 20 de novembro de 1996, assinou petição inicial de reclamações trabalhistas como advogado dos ex-funcionários da Usina Salgado S/A . Quando ajuizou as ações, o acusado não defendia verdadeiramente o interesse de seus constituintes-reclamantes, mas o da Usina Reclamada. Tanto assim, que os reclamantes assinaram termo de conciliação com a reclamada, em 28 de novembro de 1996 (fls.32 e 54 e fls.112 e 115), dando quitação de todas as verbas do contrato de trabalho em troca da quantia de R\$ 1.000,00 (um mil reais) para cada reclamante. Inconformados com o valor ultrajante que receberam de sua antiga empregadora, posteriormente, com outro advogado, ajuizaram outra reclamação trabalhista, que foi extinta diante da coisa julgada fraudulentamente surgida pela ação do réu, ora apelante. O Ministério Público Federal denunciou o acusado como incurso nas penas do artigo 355 do CPB – patrocínio infiel (por duas vezes) c/c o artigo 69 do CPB.

O Exmo. Juiz sentenciante, às fls. 251/264, ao fundamentar a decisão recorrida, assim se houve, *in verbis*:

“... A análise atenta dos diversos elementos, provas e testemunhos constantes nos autos, aponta para a responsabilidade do denunciado pelos fatos narrados na denúncia.

Com efeito, a materialidade e a autoria dos delitos restaram demonstradas ao longo da instrução criminal.

Os trabalhadores rurais Paulo Gomes da Silva e Benedito Augusto da Silva, após uma vida de serviços prestados à Usina Salgado, resolveram ir ao Sr.

Marinho, encarregado de assuntos trabalhistas da referida Usina, para receberem os valores devidos durante o pacto laboral. Por serem analfabetos, ignorantes e extremamente humildes, foram esses trabalhadores enganados pela Usina, terminando por outorgar, sem saber, procurações através de impressões digitais, para que o Dr. Etelvino Braz ajuizasse reclamações trabalhistas em seus nomes em Recife.

Na data da audiência, os reclamantes foram levados, de Ipojuca para Recife, em um veículo Kombi da própria Usina reclamada. No Fórum trabalhista foram cientificados de que para fazer o 'acordo' tinham que contar com a presença de advogados. Ressalte-se que, mesmo fazendo o acordo em audiência judicial, não tinham ciência de que estavam perante um Juiz Trabalhista. Sequer sabiam que se encontravam em um Tribunal do Trabalho.

Os depoimentos dos reclamantes Benedito Augusto e Paulo Gomes, em juízo e perante a Polícia Federal, são absolutamente convergentes, não havendo qualquer contradição entre eles. São consistentes e transmitiram a esse juízo a certeza de que foram ludibriados, nem ao menos sabendo que tinham constituído advogado e ingressado com ação trabalhista nesta capital.

Transcrevo trechos dos depoimentos dos reclamantes onde fica patente a sua ignorância e desconhecimento, posto que não sabiam que estavam em um fórum trabalhista fazendo acordo judicial (...).

Registre-se que os reclamantes não tinham motivo algum para ajuizarem reclamações trabalhistas em Recife, pois eram moradores da zona rural de Ipojuca, mal conhecendo a capital pernambucana.

Ademais, o próprio advogado Etelvino Braz tem escritório e residência em Ipojuca, sendo natural que preferisse ajuizar as ações naquela cidade interiorana, vez que militando na cidade, por certo poderia obter um trâmite processual mais rápido dos feitos,

sem ter que ficar se deslocando para a capital. O motivo alegado pelo Dr. Etelvino, em razão do qual não ajuizara as reclamações trabalhistas em Ipojuca, não convence. Interrogado em juízo, alegou o denunciado que ajuizou as reclamações em Recife 'porque muitas ações que propôs contra a Usina Salgado em Ipojuca foram arquivadas com muita freqüência' (fls.96).

Na verdade a razão pela qual foram ajuizadas as primeiras reclamações trabalhistas em Recife, e não em Ipojuca como seria de se esperar, foi simplesmente porque lá o artifício não funcionava, pois o Juiz do Trabalho naquele município descobrira a tentativa de fraude aos direitos dos trabalhadores da Usina Salgado (...).

O advogado Etelvino Braz Araújo, tendo recebido procuração outorgada por meio de impressões digitais dos reclamantes, que, registre-se novamente, sequer sabiam disso, ajuizou tais reclamações trabalhistas para que fosse realizado um 'acordo' que somente prejudicou os humildes trabalhadores.

Transcrevo trecho dos depoimentos dos ex-empregados da Usina Salgado (...).

Em Juízo eles confirmaram a versão apresentada na Delegacia (...)"

Nas razões de apelação, o réu pugna pela absolvição, alegando insuficiência de provas para ensejar uma condenação.

De uma análise da sentença recorrida, fls. 251/264, o douto Juiz sentenciante, analisando as provas dos autos, sejam as constantes na fase policial – inquérito policial, seja pelos depoimentos das testemunhas, entendeu comprovadas a autoria e materialidade do crime descrito no artigo 355 do CPB, posto que o acusado, ao celebrar um acordo com os seus constituintes, onde, por apenas R\$ 1.000,00 (um mil reais), foi dada quitação ampla e irrestrita de todos os créditos trabalhistas relativos a mais de trinta anos de serviços, causou efetivo prejuízo ao particular – seus constituintes.

O réu foi denunciado e condenado como incurso no artigo 355 do CPB, *in verbis*:

“Art. 355. Trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado.

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa”.

O interrogatório do réu, fls. 95/97 e os depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pela acusação, Benedito Augusto (fls. 69 e fls. 135/136) e Paulo Gomes (fls. 70/71 e 136/137), corroborando-se pelas demais provas produzidas nos autos, são uníssomos no sentido de deixar suficientemente comprovada a narrativa da denúncia, bem como a embasar o decreto condenatório.

A conduta típica do crime de patrocínio infiel que, em sua objetividade jurídica, tutela a administração da justiça, consiste em trair o dever profissional, prejudicando o interesse que alguém confiou, em juízo, ao patrocínio do sujeito.

A materialidade do fato consiste em trair o dever profissional prejudicando interesse, interesse cujo patrocínio em Juízo tenha sido confiado ao agente. Tem-se, assim, o dever profissional do agente, e não a pretensão da parte ao outorgar-lhe mandato, e o interesse lesado há de ser legítimo.

Na hipótese dos autos, houve o prejuízo de interesse legítimo dos particulares e houve a traição do dever profissional, mormente quando se tem acordo celebrado pelo acusado com os seus constituintes, onde, por apenas R\$ 1.000,00 (um mil reais), foi dada quitação ampla e irrestrita de todos os créditos trabalhistas relativos a mais de trinta anos de serviços.

O colendo Superior Tribunal de Justiça entende que “o legislador, ao incluir o crime de patrocínio infiel no capítulo dos crimes contra a administração da Justiça, deixou caracterizado o funcionamento regular da justiça como o bem jurídico precipuamente custodiado, sem embargo do bem particular também agredido”. (STJ – Recurso Especial- Rel.Paulo Brossard – RTJ 149/988)

É a lição do mestre Nelson Hungria, em seus comentários ao crime de patrocínio simultâneo ou tergiversação:

“Dispõe o parágrafo único do artigo 355 que incorre na mesma pena cominada no *caput* ‘o advogado ou procurador judicial que defende na mesma causa, simultânea ou sucessivamente, partes contrárias’. Duas, como se vê, são as hipóteses aqui previstas: a do patrocínio simultâneo e a do patrocínio sucessivo de interesses em conflito, isto é, interesses antagônicos de partes contrárias (que se acham em situação processual de mútuo contraste: autor e réu, autor ou réu e opoente, litisconsorte ativo e litisconsorte passivo, assistente e réu, réu na ação penal e autor na ação de indenização do ano *ex delicto*). Não se justificaria a incriminação de tais fatos destacadamente da fórmula genérica do patrocínio infiel (*caput* do art. 355) se não fora, em relação a eles, a dispensa de prova do advento do dano efetivo...

Na hipótese do patrocínio simultâneo, o advogado ou procurador, abertamente ou *per interpositam personam*, fica, *ab initio*, a duas amarras ou servindo a dois amos com interesses reciprocamente hostis; na segunda hipótese, tradicionalmente chamada ‘tergiversação’ (do latim *tergum vertere*, voltar as costas), o agente é um desertor ou trânsfuga, ou um patrono inescrupuloso, que, abandonando a causa de seu constituinte (ou depois de despedido por este), passa a defender a causa da parte contrária. CARRARA, a propósito do patrocínio ambíguo, assim disserta: ‘Quando isso ocorre contemporaneamente, é evidente o conluio doloso; quando, porém, o patrono, depois de haver honestamente defendido o seu cliente e vai assumir a defesa do adversário, pode parecer que em semelhante conduta haja simples indelicadeza e não o verdadeiro crime de prevaricação’; mas, a seguir adverte: ‘Foi, porém, acolhida por muitos autores a regra mais severa, porque se considerou que o patrono, no segundo período da sua defesa, podia abusar de conhecimento de fato e segredos adquiridos no primeiro período,

em razão de sua qualidade de defensor’.

É condição do crime que o patrocínio simultâneo ou sucessivo ocorra na mesma causa (seja na primeira, seja na segunda instância; seja na ação, seja na execução ou juízo rescisório). Mesma causa não deve ser entendida em sentido demasiadamente restrito. Assim, se um indivíduo intenta, com fundamento na mesma relação jurídica ou formulando a mesma *causa petendi* em torno do mesmo fato, várias ações contra pessoas diversas, o seu advogado, em qualquer delas, não pode ser, ao mesmo tempo ou sucessivamente, advogado de algum réu em qualquer das outras, pois, no fundo, se trata da mesma causa.

O elemento subjetivo é o dolo (genérico): vontade de prestar o patrocínio simultâneo ou sucessivo.

Consuma-se o crime com o primeiro ato revelador do patrocínio simultâneo ou sucessivo. Não basta que o advogado ou procurador haja recebido mandato *ab utraque* parte: cumpre que efetivamente exerça ambos, contemporaneamente ou um depois do outro. É necessário e suficiente o prejuízo potencial.”

Nas razões de apelação, o réu pugna pela absolvição, alegando insuficiência de provas para ensejar uma condenação.

Inobstante a conduta do réu ter perfeito o crime de patrocínio infiel, por duas vezes, pois, mediante duas ações distintas, foram praticados dois crimes idênticos, há de corroborar-se o entendimento do Exmo. Juiz Singular de incidência do comando do artigo 69 do CPB – concurso material.

Diante de tais considerações, dentro da conduta efetivamente praticada pelo acusado, existindo ofensa significativa não só ao particular (os reclamantes) como ao próprio Estado, e se revelando a conduta como socialmente expressiva, restando, ainda, a autoria e materialidade comprovadas, passo à análise da dosimetria da pena.

O Juízo *a quo* fixou a pena final em 02 anos e 06 meses, por

duas vezes, totalizando 05 (cinco) anos de detenção, e tendo sido a pena privativa de liberdade superior a 4 anos de detenção, não há falar-se em aplicação de pena alternativa, nos moldes do que preceitua o artigo 44 do CPB com a nova redação dada pela Lei 9.714/98, impondo-se, assim, a confirmação do decreto condenatório singular, inclusive no quanto da pena de multa cominada, atendendo, inclusive, aos motivos determinantes do crime, suas circunstâncias e conseqüências, nos termos do artigo 59 e 68 do CP.

Ora, observo dos autos que o réu é tecnicamente primário e o tipo penal comina pena de 06 meses a 03 anos de detenção e multa.

A pena, no *quantum* aplicado pelo juiz singular, haveria de satisfazer o restabelecimento do Estado de Direito – objetivo perseguido pela *Sanctio Penal*. Mesmo como expiação, a pena, enquanto instrumento *pro homine*, não pode perder o seu caráter redentor, via a qual haverá de reestruturar o homem para a volta ao convívio social.

Assim sendo, acolhendo em parte o recurso do réu, e atendendo a sua primariedade, pois tecnicamente primário, ante a falta de coisa julgada, inobstante a conduta por ele praticada merecer reprovação social, reformo em parte a sentença singular para reduzir a pena para 01(um) ano de detenção, para cada um dos crimes praticados pelo réu. Inexistindo quaisquer circunstâncias agravantes ou atenuantes e causa especial de aumento, e devendo as penas ser somadas em face do concurso material – artigo 69 do CP, torno definitiva em 02 (dois) anos de detenção, a ser cumprida em regime aberto, reduzindo, ainda, a pena de multa para 100 (cem) dias-multa, cujo dia deverá ser calculado à base de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Nos termos do Artigo 77 do CP, concedo ao réu o benefício da Suspensão Condicional da Pena - sursis - pelo período de 02 (dois) anos, durante cujo período o mesmo se apresentará ao Juiz das Execuções Penais, de 06 (seis) em 06 (seis) meses, e sem autorização daquela autoridade judiciária não se ausentará do Estado por mais de 30 (trinta) dias, devendo ainda comunicar o seu endereço em caso de mudança de residência e/ou domicílio. Designará o MM. Juiz das Execuções Penais data para audiência admonitória.

*Ex positis*, dou parcial provimento à apelação do réu.

É o meu voto.

## **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N° 79.808-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Apelante: UNIÃO  
Apelados: PARELHA TRANSPORTES RODOVIARIOS DE CARGAS LTDA E OUTRO  
Adv./Proc.: DRS. ESIO COSTA DA SILVA E OUTROS (APDOS.)

***EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. CONFLITO DE LEIS. TEORIA MONISTA X DUALISTA. TRATADO DE MONTEVIDÉU. ACORDO DE ALCANCE PARCIAL PARA A FACILITAÇÃO DO TRANSPORTE DE PRODUTOS PERIGOSOS. ART. 314 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (CTB). RESOLUÇÕES CONTRAN N.ºS 12/98 E 68/98. AUTORIZAÇÃO ESPECIAL DE TRÂNSITO. CIRCULAÇÃO DE COMBINAÇÕES DE VEÍCULOS DE CARGA – CVC. VEÍCULO DE TRAÇÃO E DOIS REBOQUES (TIPO “BITRENS”).***

***- “Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções inter-***



*nacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (lex posterior derogat priori) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.”*

*Posicionamento do Supremo Tribunal Federal declarado na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1480/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 04.09.1997, DJ de 18.05.2001). Prevalência da teoria monista na República Federativa do Brasil.*

*- “Abstraída a constituição do Estado, sobrevive o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional. A solução, em países diversos, consiste em garantir prevalência aos tratados. Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-lhes apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigmas as leis nacionais e diplomas de grau equivalente.” (in Direito Internacional Público - Curso Elementar, 9ª ed., J.F. Rezek)*

*- O conflito interno entre a norma vedante de uso dos veículos sub judice, presente no Acordo de Alcance Parcial para a Facilitação do Transporte de Produtos Perigosos, e a disposição permissiva inserida no Código de Trânsito Brasileiro, ambas de natureza de lei ordinária, resolve-se em favor da eficácia deste último, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil: A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. É que o Acordo foi firmado em 30 de dezembro de 1994, enquanto o Código Brasileiro de Trânsito é de 23 de setembro de 1997.*

*Apelação e remessa oficial desprovidas.*

## 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 e à Remessa Oficial*, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 1º de julho de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Apelação da UNIÃO, e Remessa Oficial, contra sentença proferida no Mandado de Segurança n.º 2001.84.00.009747-6, da lavra do MM. Juiz Federal Francisco Barros Dias, da 3ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, a de “negando vigência aos Decretos n.º 1.797, de 25 de janeiro de 1996, e n.º 2.866, de 07 de dezembro de 1998, reconhecer a validade das Autorizações Especiais de Trânsito concedidas aos Impetrantes para seus veículos tipo “BITRENS”, a fim de trafegarem livremente pelo território brasileiro, devendo a Autoridade Impetrada abster-se de praticar qualquer ato tendente a autuar ou apreender qualquer dos veículos objeto desta demanda, nos estreitos limites do pedido” (dispositivo da sentença às fls. 104).

As empresas impetrantes, Parelhas Transportes Rodoviários de Cargas Ltda. e Parelhas Gás Ltda., narram na exordial do presente *writ* que transportam produtos derivados de petróleo através de cinco veículos, popularmente conhecidos como “bitrens”, integrados por um veículo de tração e dois reboques tanques (foto às fls. 43). Para tanto, possuem Autorizações Especiais de Trânsito, vez que atendidas todas as exigências da Resolução CONTRAN n.º 68, de 23 de setembro de 1998. Esta regulamenta os “Requisitos de segurança necessários à circulação de Combinações de

Veículos de Carga - CVC, a que se referem os artigos 97, 99 e 314 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB e os §§ 3º e 4º dos artigos 1º e 2º, respectivamente, da Resolução 12/98 – CONTRAN” (fls. 71/73).

Tais veículos trafegam por “rotas interestaduais, atravessando os estados do Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco e Ceará” (fls. 05). Ocorre, porém, que eles estão sofrendo restrição de uso pela Polícia Rodoviária Federal do Rio Grande do Norte, que ameaça autuar e retê-los.

O ato coator tem origem remota no Tratado de Montevidéu de 1980, que criou a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), e previa a modalidade de Acordo de Alcance Parcial. Este Tratado foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n.º 66, de 16 de novembro de 1981.

Em 30 de dezembro de 1994, os países signatários, Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, firmaram o Acordo de Alcance Parcial para a Facilitação do Transporte de Produtos Perigosos.

Finalmente, o Decreto n.º 1.797/96 e n.º 2.866/98 dispuseram sobre a execução do Primeiro Protocolo Adicional ao retromencionado Acordo, prevendo multa de US\$ 500,00 (quinhentos dólares americanos) para aquele que “Transportar produto perigoso em unidade de transporte com mais de um reboque ou semi-reboque em desacordo com o Artigo 8º, do Anexo I ao Acordo.” (art. 3º, alínea b, do Anexo III, do Decreto n.º 2.866/98, referente às infrações e penalidades no transporte rodoviário). No caso concreto, os veículos possuem dois reboques.

O douto *Parquet* emitiu parecer pela concessão da segurança (fls. 129 *usque* 132).

Relatei.

## VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

O caso em tela é afeto ao ramo jurídico do Direito Público Internacional, figurando os litigantes em vertentes diametralmente opostas desta ciência.

Os impetrantes, dualistas, almejam a prevalência de norma integrante do ordenamento jurídico brasileiro, a saber, o Código de Trânsito Brasileiro, representado aqui pela Resolução CONTRAN n.º 68/98, que autoriza a utilização de veículos com mais de um reboque, desde que atendidos rigorosos requisitos de segurança.

A autoridade coatora, por seu turno monista, pretende a supremacia de norma internacional que os proíbe, qual seja, o Acordo de Alcance Parcial para a Facilitação do Transporte de Produtos Perigosos, firmado com base no Tratado de Montevidéu de 1980.

Ora, com vistas à celeridade da solução dos litígios, julgo infrutífera a incursão na contenda doutrinal, em face da diretriz apontada pelo excelso Pretório em sede de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1480/DF, da lavra do eminente Ministro Celso de Mello, que sintetizou com rara felicidade o processo de incorporação de normas internacionais ao ordenamento jurídico pátrio. Eis seu aresto, *in verbis*:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTER-

NACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebra-

ção da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. **SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.** – No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro – não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) –, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. **CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.** – O Poder Judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. **PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.** – Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-

se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. – O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil – ou aos quais o Brasil venha a aderir – não podem, em conseqüência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL

FEDERAL. – A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal *aspecto*, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10)”. (Grifo nosso)

(Pleno, por maioria, julgado em 04.09.1997, *DJ* de 18.05.2001)

Daí porque o jurisconsulto J.F. Rezek anotar em sua obra intitulada *Direito Internacional Público – Curso Elementar*, 9ª ed. (fls. 97):

*“Abstraída a constituição do Estado, sobrevive o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional. A solução, em países diversos, consiste em garantir prevalência aos tratados. **Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-lhes apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigmas as leis nacionais e diplomas de grau equivalente.**”*

Nessa moldura, o conflito interno entre a norma vedante de uso dos veículos *sub judice*, presente no Acordo de Alcance Parcial para a Facilitação do Transporte de Produtos Perigosos, e a



disposição permissiva inserida no Código de Trânsito Brasileiro, ambas de natureza de lei ordinária, resolve-se em favor da eficácia deste último, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil: *A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.* É que o Acordo foi firmado em 30 de dezembro de 1994, enquanto o Código Brasileiro de Trânsito é de 23 de setembro de 1997.

Por tais fundamentos, nego provimento à Apelação e à Remessa Oficial. Sem condenação em honorários advocatícios (Súmulas n.ºs 105 do STJ e 512 do STF). Custas a serem suportadas pela impetrada.

Assim voto.

### **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 80.318-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO  
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE - UFS  
Apelado: JULINALVA DOS SANTOS PORFÍRIO  
Advs./Procs.: DRS. HELDER FELIZOLA SOARES E OUTROS (APTE.) E DANIEL FABRÍCIO COSTA JÚNIOR E OUTROS (APDO.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. ART. 192 DA LEI 8.112/90. BASE DE CÁLCULO. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. SEGURANÇA DENEGADA.**

**- É da efetivação do ato de autoridade, que suspende ou suprime direito ou vantagem, que começa a contar o prazo para a impetração da segurança.**

**- Extingue-se o feito, sem julgamento do mérito, quando decorridos mais de 120 dias da data da efetivação do ato administrativo impugnado, consubstanciado na supressão da vantagem ins-**

*tituída pelo art. 192 da Lei 8.112/90 sobre a remuneração total que era paga à impetrante.*

*- “O inciso II, do art. 192 (hoje revogado), da Lei 8.112/90, assegurava aos servidores aposentados o acréscimo pecuniário da diferença entre o vencimento básico do padrão da última classe de carreira e a imediatamente anterior, e não da remuneração como entendia anteriormente a jurisprudência pátria.” (AC-258605-PE, 4ª T., Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, Julg. à unan. em 11/06/02 e publ. em 08/08/02)*  
*- Apelação e remessa oficial providas.*

### **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial para acolher a preliminar de decadência e extinguir o feito sem julgamento do mérito, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 10 de agosto de 2004 (data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Julinalva dos Santos Porfírio contra ato do Reitor da Universidade Federal de Sergipe que determinou a redução dos proventos de sua aposentadoria para fins de adequá-la aos termos da Decisão nº 235/98 do Tribunal de Contas da União – Secretaria de Controle Externo em Sergipe, que mandou calcular as vantagens do art. 192, inciso II da Lei 8.112/90, tomando por base o valor do vencimento, ao invés do valor da remuneração.

O Juiz sentenciante, ouvido o Ministério Público que opinou

pela denegação do *writ*, concedeu a segurança cuja ementa guarda a seguinte ementa:

“SERVIDOR PÚBLICO. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. VANTAGEM PECUNIÁRIA. LEI 8.112/90, ARTIGO 192, II. RECÁLCULO DETERMINADO POR DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TCU.

A vantagem pecuniária estabelecida pelo artigo 192, II, da Lei 8.112/90 deve ser calculada a partir do somatório de vencimento básico mais vantagens permanentes, nos termos de definição legal de remuneração, como estatuído no artigo 41 do sobredito diploma normativo. Hermenêutica extraída dos próprios conteúdos sintagmáticos dos termos utilizados na norma, e concordâncias gramaticais envolvidas. Reconhecida a existência de controvérsia doutrinária e pretoriana sobre a espécie.”

Irresignada, apela a Universidade Federal de Sergipe, pugnan-do pela reforma da sentença, ao argumento de que a vantagem instituída pelo art. 192 do RJU, “refere-se, taxativamente, a diferença remuneratória entre o padrão em que se encontrava o servidor e o padrão da classe imediatamente inferior, não se podendo, assim, ampliar tal comando, de modo a se considerar a diferença remuneratória do valor total do cargo.” (fls. 102)

Contra-razões apresentadas.

É o relatório.

### VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Insurge-se a Universidade Federal de Sergipe contra sentença da lavra do MM. Juiz da 3ª Vara, Dr. Carlos Rebelo Júnior, que concedeu a segurança, assegurando à impetrante o direito de que seus proventos sejam calculados nos mesmos moldes em que vinham sendo feitos até setembro/1998.

Antes de analisar o mérito do apelo, analiso as preliminares

suscitadas nas informações pela dita autoridade coatora.

No tocante à preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade apontada coatora não merece prosperar. É que autoridade coatora é aquela que executa o comando normativo genérico. A operacionalização do desconto realizado pelo SIAPE/MARE não retira a responsabilidade do dirigente da instituição que é quem determinou o desconto nos proventos da impetrante.

Rejeito, pois, a preliminar.

Quanto a preliminar de decadência argüida pela UFS, em suas informações, entendo que deva ser acolhida.

Com efeito, como bem demonstrou a UFS, o ato administrativo apontado como violador do direito, suspendendo o pagamento da vantagem percebida pela impetrante, data de outubro de 1998, conforme se verifica do comprovante de rendimentos acostados às fls. 19, sendo que o presente mandado de segurança só foi ajuizado no dia 24 de novembro de 2000, ou seja, ultrapassados os 120 dias para a impetração do *writ*, nos termos do art. 18 da Lei 1.533/51.

Embora já tenha defendido, através de trabalho jurídico-doutrinário, a inconstitucionalidade do prazo decadencial de 120 dias, acosto-me ao entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, no sentido de que é da efetivação do ato de autoridade, que suspende ou suprime direito ou vantagem, que começa a contar o prazo para a impetração da segurança.

Aliás, neste diapasão, foi o entendimento adotado pelo eminente Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, quando do julgamento do MS nº 78.948-PE:

“ A impetração se dirige contra ato do Presidente que determinou a exclusão de uma vantagem que vinha sendo paga. (...) Então, a decisão atacada, que é o ato concreto do Presidente que determinou a exclusão, é do ano de 2000. A impetração é de agora. Já transcorreram quase dois anos. A petição inicial, a impetração do mandado de segurança data do dia 2 de janeiro de 2002. Poder-se-ia argüir que, em se tratando de prestações sucessivas, haveria

uma reabertura da oportunidade para a impetração da segurança a cada pagamento. Poder-se-ia argüir isso se tratasse de uma vantagem concedida pela lei, sob cuja aplicação a administração não houvesse se pronunciado. A jurisprudência de todos os tribunais, inclusive deste, é pacífica nesse primeiro sentido. A lei cria uma vantagem, o servidor se acha titular dessa vantagem, jamais pleiteou, a administração não se pronuncia, a cada mês se renova a ilegalidade a ensejar a impetração de um mandado de segurança. Mas se o servidor pede ou se há um ato concreto da Administração determinando o não pagamento é deste ato que se conta o prazo para a interposição da segurança. Parece-me não haver dúvidas contra isso, nunca vi ninguém sustentar o contrário.

No caso concreto há um ato da Presidência que aceitando a recomendação do TCU determinou que aquele pagamento não se fizesse mais. Esse ato tem dois anos, não vejo como sustentar a tempestividade de um mandado de segurança que é agitado dois anos do ato atacado, não se trata de prestação sucessiva, *data máxima vênia*. Essa prestação sucessiva sequer é mencionada na inicial. (...) O mandado de segurança não cabe nesta hipótese. É ca-duco a toda evidência.”

Forte nestes argumentos, entendo faltar à impetrante interesse processual, desde que resta comprovada a inadequação da via processual eleita, em face da ocorrência do prazo decadencial para a propositura desta ação mandamental.

Trago, por oportuno, jurisprudência da 2ª Região no mesmo sentido:

“ADMINISTRATIVO. SUPRESSÃO DE VANTAGENS. REDUÇÃO DE PROVENTOS. CONSUMAÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL DO MANDADO DE SEGURANÇA.

O prazo decadencial para impetração do *mandamus* é de 120 dias, contados a partir da ciência do

ato impugnado. Tal prazo é perfeitamente compatível com a natureza constitucional do *writ*, consoante, inclusive, a jurisprudência do Supremo (RTJ 142/161 e 145/186). Em se tratando de supressão de vantagens da remuneração, o objeto de ataque é o próprio ato de supressão, e a partir da ciência de tal ato começa a fluir o prazo fatal para a impetração. O ato é único, e, embora traga repercussões permanentes, não se pode dizer que ocorre renovação do prazo. O objetivo do legislador foi reservar o mandado de segurança apenas para as questões mais imediatas. Ajuizada a ação mandamental quando já consumado o prazo, é de ser denegada a segurança, ressalvado à impetrante o acesso às vias ordinárias. Apelação provida. Sentença reformada.” (AMS-19278-ES, TRF 2ª R., 2ª T., Rel. Juiz Guilherme Couto, Julg. à unan. em 08/05/02 e publ. em 01/10/02)

Além do mais, mesmo que o mérito do pedido fosse apreciado, entendo que, para efeito de cálculo da vantagem prevista no dispositivo em corrente, apenas o valor do vencimento básico do padrão da classe imediatamente superior àquela em que o servidor encontrava-se posicionado, no caso da primeira hipótese do dispositivo, e a diferença entre padrões, ou seja, entre aquele que se encontrava o servidor e o anterior quando o servidor já se encontrasse na última classe da carreira.

É de se ressaltar que o termo remuneração constante dos incisos I e II dos art. 192 da Lei 8.112/90 tem o sentido de retribuição e não o sentido de remuneração como o somatório do vencimento e as demais vantagens que possam ser concedidas ao servidor.

Neste sentido, trago à colação jurisprudência deste Tribunal:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VANTAGENS DE APOSENTADORIA. ARTIGO 192, II DA LEI 8112/90.

1. A VANTAGEM DE APOSENTADORIA DEFINIDA NO ARTIGO 192, II DA LEI 8112/90 REFERE-SE A

VENCIMENTO BÁSICO, POIS QUANDO O LEGISLADOR DEFINIU REMUNERAÇÃO COMO SENDO O VENCIMENTO ACRESCIDO DE VANTAGENS PECUNIÁRIAS PERMANENTES, DEIXOU BEM CLARO QUE A EXPRESSÃO 'REMUNERAÇÃO DO PADRÃO' É CONCERNENTE A VENCIMENTO DO CARGO.

2. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO ADQUIRIDO QUANDO O ATO ANULADO ENCONTRA-SE EIVADO DE VÍCIOS, PODENDO A ADMINISTRAÇÃO REVOGÁ-LOS A QUALQUER TEMPO. (SÚMULA 473 DO STF).

3. APELAÇÃO IMPROVIDA". (AC-312373-CE, 1ª T. Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho, Julg. à unan. em 20/03/03 e publ. em 27/06/03)

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. ART. 192, I DA LEI 8.112/90. BASE DE CÁLCULO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. PARA EFEITO DE CÁLCULO DA VANTAGEM PREVISTA NO ART. 192, I DA LEI 8.112/90 DEVE INCIDIR APENAS O VALOR DO VENCIMENTO BÁSICO DO PADRÃO DA CLASSE IMEDIATAMENTE SUPERIOR ÀQUELA EM QUE SE ENCONTRAVA O SERVIDOR NO MOMENTO DE SUA APOSENTADORIA. O TERMO CONSTANTE DOS INCISOS I E II DO ART. 192 DA LEI 8.112/90 TEM O SENTIDO DE RETRIBUIÇÃO E NÃO O SENTIDO DE REMUNERAÇÃO COMO O SOMATÓRIO DO VENCIMENTO E DEMAIS VANTAGENS CONCEDIDAS AO SERVIDOR.

APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS". (AMS-67538-SE, 3ª T., Rel. Des. Federal Nereu Santos, Julg. à unan. em 26/09/02 e publ. em 26/12/02)

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. VANTAGEM DO ART. 192, II DO ANTIPO RJU. VENCIMENTO BÁSICO.

1.O INCISO II, DO ART. 192 (HOJE REVOGADO), DA LEI 8.112/90, ASSEGURAVA AOS SERVIDORES

APOSENTADOS O ACRÉSCIMO PECUNIÁRIO DA DIFERENÇA ENTRE O VENCIMENTO BÁSICO DO PADRÃO DA ÚLTIMA CLASSE DE CARREIRA E A IMEDIATAMENTE ANTERIOR, E NÃO DA REMUNERAÇÃO COMO ENTENDIA ANTERIORMENTE A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA.

2. PRECEDENTES DO EG. STJ.

3. APELAÇÃO IMPROVIDA”.

(AC-258605-PE, 4ª T., Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, Julg. à unan. em 11/06/02 e publ. em 08/08/02)

Assim ocorrendo, dou provimento à apelação e à remessa oficial para extinguir o processo, sem julgamento do seu mérito, nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil.

É como voto.

### **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 82.412-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Apelante: GILBERTO MARTINS DE MELO  
Apelada: UNIÃO  
Adv./Proc.: DRS. AURENICE ACCIOLY GOMES E OUTRO (APTE.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO PARA PRATICANTE DE PRÁTICO. AUTORIDADE COATORA. DIRETOR DE PORTOS E COSTAS DA MARINHA DO BRASIL. SEDE NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. IMPETRAÇÃO DO MANDAMUS NA SEDE DO DOMICÍLIO DO AUTOR (PE). INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO. NULDADE DA SENTENÇA. REMESSA DOS AUTOS À SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO.**



**- Em sede de mandado de segurança, é o lugar da sede da autoridade coatora que define a competência para processar e julgar a causa, conforme a qualificação e a hierarquia de tal autoridade.**

**- Tratando-se de demanda ajuizada contra autoridade federal propriamente dita, qual seja, o Diretor de Portos e Costas da Marinha do Brasil, responsável pela expedição de normas destinadas a regular o serviço de praticagem no Brasil, é patente a competência da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, sede da autoridade impetrada, para processamento e posterior julgamento do feito.**

**- A competência de natureza absoluta, firmada segundo a categoria, qualificação e hierarquia funcional da autoridade coatora, deve ser declarada de ofício ou alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção, a teor do art. 113, § 1º, do CPC**

**- Declarada a incompetência da Seção Judiciária de Pernambuco, resta prejudicada a apreciação do pedido da SERVPRAT de sua inclusão na lide na qualidade de litisconsorte passivo necessário.**

**- Sentença anulada de ofício. Remessa dos autos à Seção Judiciária do Rio de Janeiro.**

**- Apelação e pedido de inclusão da SERVPRAT como litisconsorte passiva necessária prejudicados.**

## **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, anular, de ofício, a sentença e remeter os autos à Seção Judiciária do Rio de Janeiro, julgando prejudicadas a apelação e a análise do pedido de inclusão da SERVPRAT como litisconsorte passiva necessária, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 3 de junho de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Gilberto Martins de Melo impetrou o presente mandado de segurança contra o Diretor de Portos e Costa do Ministério da Marinha, requerendo o aumento do quadro de Prático da Zona de Praticagem de Itaqui, Alumar e Ponta da Madeira (MA), haja vista o quadro atual estar aquém das necessidades e exigências da legislação pertinente. Para tanto, afirmou ter sido aprovado em sexto lugar, no processo seletivo para Praticante de Prático daquela Zona de Praticagem-ZP, ficando na condição de terceiro reserva, porquanto terem sido abertas apenas três vagas. Assim, em havendo esse acréscimo, sua colocação seria alcançada, o que lhe renderia a convocação para receber o Certificado de Habilitação de Praticante de Prático e iniciar o estágio de qualificação.

Ao ser notificada para prestar informações, a autoridade coatora suscitou, em preliminar, a inexistência de direito líquido e certo a ser amparado pelo presente *mandamus*; e, no mérito, afirmou pertencer à esfera discricionária da Administração a decisão de aumentar o número de vagas para Prático, porquanto a ela compete a garantia da segurança do tráfego aquaviário, a prevenção da poluição hídrica e a salvaguarda da vida humana no mar.

O ilustre representante do Ministério Público Federal, ao elaborar parecer sobre a questão em foco, opinou pela concessão da segurança, por considerar ato arbitrário da Administração, e não discricionário, o de fixação do número máximo de Práticos por Zona de Praticagem.

Ao decidir a contenda, o ilustre magistrado denegou a segurança pleiteada em face da inexistência de direito líquido e certo do impetrante, haja vista sua aprovação no exame de seleção para Prático ter conferido a ele apenas uma expectativa de direito em relação à sua convocação, e não um direito adquirido. A esse ar-

gumento, soma-se o fato de ser discricionário o poder da Administração Marítima de aumentar ou não o quadro de Prático de uma Zona de Praticagem.

Após a prolação da sentença, a SERVPRAT – Serviços de Praticagem da Baía de São Marcos Ltda., pessoa jurídica de Direito Privado, requereu a sua inclusão na lide na qualidade de litisconsorte passiva necessária, nos termos do art. 46, I, do Código de Processo Civil ou, então, na condição de assistente da autoridade coatora, acaso indeferido o primeiro pedido, porquanto ser a entidade responsável pela operacionalização da Zona de Praticagem delimitada pelos portos de Itaqui, Alumar e Ponta da Madeira. Entretanto, o douto juiz monocrático deixou de conhecer do pedido relativo ao listisconsórcio por falta de amparo legal (fls. 321).

Irresignado com o teor da sentença, o impetrante interpôs apelação sob os mesmos fundamentos da exordial.

Contra-razões da União às fls. 336/346.

Encontrando-se os autos neste tribunal para julgamento do recurso interposto, a SERVPRAT – Serviços de Praticagem da Baía de São Marcos Ltda., mais uma vez, requereu a sua habilitação no feito na condição de listisconsorte passiva necessária e, em seguida, apresentou contra-razões (fls. 354/364).

Relatei.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A questão posta a deslinde encontra obstáculo num ponto de extrema importância e prejudicial do próprio exame do mérito, qual seja, a competência para o julgamento da lide.

É certo que o art. 109, § 2º, da Constituição Federal, ao dispor sobre a competência para julgamento das causas propostas contra a União, conferiu ao autor quatro alternativas quanto ao foro de ajuizamento dessas ações, cabendo-lhe a liberalidade para escolher um deles, de acordo com seus interesses.

Eis o que dispõe o mencionado excerto legal, *in verbis*:

*“§ 2º - As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal”.*

Entretanto, em sede de mandado de segurança, essa regra geral é excepcionada. Nessa espécie de ação, de rito especial, não há possibilidade de o impetrante vir a escolher o foro para ajuizamento da demanda, pois é o lugar da sede da autoridade coatora que define a competência para processar e julgar a causa, conforme a qualificação e a hierarquia de tal autoridade.

Neste sentido, o ilustre doutrinador pátrio Athos Gusmão Carneiro, *in* Jurisdição e Competência, 8ª edição, Editora Saraiva, pág. 113, ao dissertar sobre a questão relativa à fixação da competência na ação de mandado de segurança, assim se posicionou:

*“Assentam tais regras, fundamentalmente, não na natureza da lide ou da pretensão deduzida no writ, mas sim estão em função da qualificação da autoridade coatora, se autoridade de nível federal, ou de nível estadual ou municipal, e ainda em função da hierarquia de tal autoridade. Como afirmado em acórdão do STJ, 5ª Turma, ‘tratando-se de mandado de segurança, a competência para o processo e julgamento é definida segundo a categoria, qualificação e hierarquia funcional da autoridade coatora, portanto, absoluta’”. (Resp 101.102, rel. Min. José Arnaldo, DJU, 5 maio 1997, p. 17076).*

Paralelamente ao vasto estudo doutrinário sobre o assunto em foco, a jurisprudência pátria também tem se pronunciado a respeito da matéria em inúmeros julgados, seja do e. STJ ou dos Tribunais Regionais Federais, dentre os quais merecem destaque os seguintes:

**“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. JUIZ DE DIREITO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ESTADUAL. A competência para julgar mandado de segurança**

é definida em razão da qualificação da autoridade coatora, não ganhando relevo a pessoa do impreterante ou a natureza da matéria.

Conflito conhecido, declarando-se a competência do tribunal estadual”.

(STJ, CC nº 31210-SC, 2ª Seção, Relator: Ministro Castro Filho, *DJU* 26.04.2004, pág.: 142, UNÂNIME).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA PARA EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO POR CONCORRENTE CONTRA ATO QUE TAMBÉM DECLAROU HABILITADA OUTRA PARTICIPANTE DO CERTAME. INDEFERIMENTO PELA AUTORIDADE MINISTERIAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER PROTEGIDO PELA VIA MANDAMENTAL. ATENDIMENTO DA EXIGÊNCIA DO EDITAL. LEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

I - O mandado de segurança, sendo ação de rito especial, exige, para a sua propositura, além do atendimento de outros pressupostos necessários ao ajuizamento de qualquer ação, os que lhe são próprios ou específicos, a exemplo da prova pré-constituída, legitimidade ativa e passiva para figurar em ambos os pólos da relação processual, a competência para processar e julgar o *mandamus* em razão da autoridade coatora e sobretudo a existência de direito subjetivo líquido e certo, bem como existência do ato que provocou a lesão a este direito.

II – (...)

III - Segurança denegada”.

(STJ, MS nº 8078-DF, 1ª Seção, Relator: Ministro Garcia Vieira, *DJU* 29.04.2002, pág.: 155, UNÂNIME).

“MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA. AUTORIDADES INDICADAS COATORAS. COMPETÊNCIA.

1. A competência para processo e julgamento do

mandado de segurança é determinada em razão da sede funcional da autoridade indicada como coatora e, havendo pluralidade delas, prevalece o princípio inscrito no parágrafo 4º do artigo 94 do diploma procedimental civil, no sentido de que, sendo dois ou mais réus com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor.

2. Agravo a que se dá provimento”.

(TRF – 1ª Região, AG nº 01000336167-DF, 2ª Turma, Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, *DJU* 09.11.2001, pág.: 44, UNÂNIME).

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. ART. 53, II, DO ADCT. COMPETÊNCIA DO FORO. DOMICÍLIO DA AUTORIDADE COATORA.

- MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO NA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE ALAGOAS, CONTRA ATO DO CORONEL DE INFANTARIA, CHEFE DA SIP/7, SEDIADO EM RECIFE-PE, O QUAL TERIA SOLICITADO À IMPETRANTE QUE FOSSE FEITA A OPÇÃO ENTRE A PENSÃO ESPECIAL DEVIDA AOS EX-COMBATENTES E A PENSÃO DO INSS, AMBAS DEIXADAS POR SEU FALECIDO ESPOSO, SOB PENA DE SUSPENSÃO DA REFERIDA PENSÃO ESPECIAL.

- EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA O JUÍZO COMPETENTE PARA PROCESSAR E JULGAR A CAUSA É O DA AUTORIDADE COATORA, SENDO IRRELEVANTE QUE O IMPETRANTE SEJA DOMICILIADO EM SEÇÃO DIVERSA DA SEDE DO AGENTE PÚBLICO.

- SENTENÇA ANULADA. REMESSA DOS AUTOS A UMA DAS VARAS DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO.

- APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS”.

(TRF – 5ª Região, AMS nº 60542-AL, 1ª Turma, Relator: Desembargador Federal Castro Meira, *DJU* 03.09.1999, pág.: 837, UNÂNIME).

Destarte, analisando o processo em foco, resta indubitosa a competência da Justiça Federal para o seu processamento e posterior julgamento, porquanto se tratar de demanda ajuizada contra autoridade federal propriamente dita, qual seja, o Diretor de Portos e Costas da Marinha do Brasil, responsável pela expedição de normas destinadas a regular o serviço de praticagem no Brasil. Entretanto, perquirindo-se a respeito da competência de foro, observa-se que o impetrante não ajuizou a demanda na Seção Judiciária da sede funcional da autoridade apontada coatora, a cidade do Rio de Janeiro, mas na Seção Judiciária de Pernambuco, local do seu domicílio, infringindo, portanto, a regra de competência aplicada à via do *mandamus*.

Conseqüentemente, tratando-se de competência de natureza absoluta, firmada segundo a categoria, qualificação e hierarquia funcional da autoridade coatora, não ocorre a sua prorrogação, devendo ser declarada de ofício ou alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção, a teor do art. 113, do CPC, anulando-se, por conseguinte, todos os atos decisórios e remetendo-se os autos ao juiz competente, conforme previsão do art. 113, § 2º, também do CPC.

Por oportuno, há que se julgar prejudicada a apreciação do pedido da SERVPRAT de sua inclusão na lide na qualidade de litisconsorte passiva necessária, em face do obstáculo que a situação impõe a este juízo quanto à prolação de qualquer ato decisório.

Posto isso, reconheço, de ofício, a incompetência da Seção Judiciária de Pernambuco para processar e julgar o presente feito e, com fulcro no art. 113, § 2º, do CPC, anulo a sentença anteriormente proferida, remetendo-se os autos à Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Considero, por conseqüência, prejudicada a análise do pedido de inclusão da SERVPRAT como litisconsorte passiva necessária e a apelação. Custas e despesas processuais a serem arcadas pelo impetrado, conforme previsão do art. 1º do art. 113 do CPC.

Assim voto.

## **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 167.350-PE**

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI  
Apelantes: ANDRÉ MENEZES DA SILVA E OUTROS  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Parte Ré: ETFPE - ESCOLA TÉCNICA FEDERAL DE PER-  
NAMBUCO  
Repte.: AGU - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO  
Embargante: ANDRÉ MENEZES DA SILVA  
Advs./Procs.: DRS. ANDRÉ LUIZ MAGALHÃES DE AMORIM E OU-  
TROS (APTE.)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIO-  
NAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DE-  
CLARAÇÃO. OMISSÃO. SIGNIFICÂNCIA. CO-  
NHECIMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROVI-  
MENTO DERIVADO DE CARGOS E EMPREGOS  
PÚBLICOS. ASCENSÃO FUNCIONAL. INCONS-  
TITUCIONALIDADE. ART. 37, II, DA CF/88. ADINS  
NºS 837, 231, 245 E 97. ATOS DATADOS DE 1989  
E 1990. PARECER Nº 89, DO CONSULTOR GE-  
RAL DA REPÚBLICA. BOA-FÉ.***

***- Restando vencida a ETFPE, autarquia federal,  
é de se reconhecer a configuração de hipótese  
de duplo grau de jurisdição obrigatório. Não  
obstante, o acórdão embargado restringiu-se a  
apreciar o recurso voluntário dos servidores atin-  
gidos com o decisum. Nenhuma consideração  
foi tecida no que respeita à remessa obrigatória,  
tida por interposta. Impõe-se, pois, o conserto  
ex officio.***

***- Embargos de declaração opostos contra  
acórdão nos termos do qual se negou provimen-  
to à apelação dos litisconsortes passivos neces-  
sários, mantendo a procedência do pedido da  
ação civil pública, ao fundamento de que seria  
inconstitucional a ascensão funcional de servi-  
dores públicos, por processo seletivo interno,***



**frente à regra encartada no art. 37, II, da CF/88. Alegação de ausência de análise da preliminar de inépcia da inicial e de inexistência de apreciação e julgamento de toda a peça recursal.**

**- Quanto à alegação de que não teria sido objeto de consideração toda a petição da apelação, é de se dizer que não está o Magistrado obrigado a isso, bastando que os fundamentos por ele desenvolvidos - com concretização do princípio da formação do livre convencimento do Juiz - tenham o condão de solucionar, por suficiência, a questão posta a julgamento. Realce-se, pois, que o Juízo não tem a obrigação de analisar todo e qualquer argumento disposto pela parte na defesa de sua pretensão, mas, por outro lado, tem o dever de apreciar todos os pontos fáticos e jurídicos relevantes para o desenredo da situação litigiosa.**

**- In casu, não se pode deixar de reconhecer a omissão significativa do julgado guerreado no que atine ao exame da preliminar suscitada na apelação, consistente na alegação de impossibilidade jurídica do pedido e de inépcia da inicial, diante da regra da presunção de constitucionalidade das leis. Realmente, sobre ela não se manifestou a Turma Julgadora, tendo proclamado o resultado com respaldo unicamente na transcrição, a título de “razão de decidir”, do resultado do julgamento da ADIN 837-4. O fato é que a questão apresentada pelos apelantes-embargantes, sob a designação de preliminar – embora com feição muito mais ampliada, interferente do mérito mesmo da lide – tem caráter fundamental para o deslinde da demanda. Argüiram, eles, na apelação, a impossibilidade de acolhimento do pedido, na medida em que deveria ser respeitada a presunção de constitucionalidade das leis, asseveração que deve ser conjugada com os demais argumentos recursais, es-**

*pecialmente com aqueles que se reportam às explicações fornecidas pela ETFPE: “a) As ascensões funcionais foram procedidas antes de ter a Procuradoria Geral da República argüido a inconstitucionalidade da legislação pertinente; b) Que os procedimentos foram realizados nos estritos termos das Instruções Normativas da Secretaria de Planejamento e da Secretaria da Administração Federal da Presidência da República; c) Que tais procedimentos se encontravam resguardados pelo entendimento esposado pelo parecer do Consultor Geral da República (SR - 89 - DOU de 12.05.1989), pelo QUE SOMENTE PERMITIU A ASCENSÃO A SERVIDORES JÁ ESTÁVEIS NO SERVIÇO PÚBLICO; d) Finalmente, que a matéria ainda está tramitando junto ao Supremo Tribuna Federal, sendo objeto da ADIN nº 837-4/DF, aduziu ainda que a liminar concedida apenas suspendeu a eficácia dos dispositivos legais, com efeito EX-NUNC”. A solução da controvérsia judicialmente implantada depende, substancialmente, da análise desses elementos, não sendo suficiente o transplante do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que sobre esse aspecto particularizado (existência de pronunciamento do Poder Público, em parecer com efeitos vinculantes, sobre a possibilidade de efetivação da ascensão funcional) não se manifestou, tornando o caso concreto individualizado.*

*- O Pretório Excelso, no exercício de sua competência constitucional, extirpou, do ordenamento jurídico, as formas de provimento derivado de cargos e empregos públicos, a teor das proclamações das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 837, 231, 245 e 97.*

*- Os apelantes-embargantes ascenderam funcionalmente em virtude de procedimento administrativo calcado no Parecer nº 89, do Consultor*

*Geral da República, que dispõe, em síntese: “Ascensão funcional, artigo 6º da Lei nº 5.645/70. Concurso público, para investidura em cargo público (artigo 37, item II da Constituição). Recepção das normas legais anteriores (Leis nº 1.711/52, art. 255, e 5.645/79, art. 6º), que se harmonizam com a nova ordem constitucional. A exigência de concurso público, prevista no artigo 37, inciso II, da Constituição, não obsta a que o já concursado ou estável, em virtude de habilitação seletiva interna, ascenda a outro cargo ou emprego superior ao seu, conforme dispõe o artigo 6º, da Lei nº 5.645/70, cuja interpretação é compatível, assim, com os propósitos daquela norma constitucional”.*

*- Os atos de ascensão contra os quais se insurge o Ministério Público foram praticados sob o manto da boa-fé e de conformidade com a interpretação das normas constitucionais vigentes à época em que exercitados, inclusive com força vinculante, como é o caso do posicionamento adotado pela Consultoria Geral da República – Parecer SR nº 89 –, que serviu de suporte e orientação para a conduta da ETFPE, assim como para outros órgãos, a teor do Parecer SRH nº 259/89.*

*- Se é certo que os atos inconstitucionais devem ser expungidos, pela magnitude da ofensa que produzem, por outro lado “não menos exato é que, segundo esse princípio, há limites ao poder de revisão do ato administrativo, pela própria Administração. A par do direito adquirido de terceiro, a necessidade de o Estado garantir clima de segurança nas relações sociais e na ordem jurídica, a presunção de legitimidade dos atos da Administração, robustecida notadamente pelo transcurso de largo trato de tempo, desde a prática do ato inquinado de vício, aconselham a manutenção de situações jurídicas novas decorrentes de atos embora contaminados de ile-*

galidade ou inconstitucionalidade, e, pois, a sua não decretação de insubsistência” (trecho do voto proferido pelo Ministro Néri da Silveira, como Relator da Reclamação nº 173/DF, j. em 19.03.1986, publ. em DJ de 23.02.1990).

- É inegável que os atos de ascensão funcional realizados em 1989 e 1990 são inconstitucionais diante do comando do art. 37, II, da CF/88, tanto que o Supremo Tribunal Federal expressamente assim se posicionou, na condição de guardião da Constituição. Entrementes, a boa-fé com que os atos administrativos foram praticados, especialmente frente à manifestação do Consultor Geral da República, por meio de consulta – mecanismo de efeitos vinculantes –; a anterioridade das ascensões em relação ao pronunciamento do Pretório Excelso; e o transcurso de longo tempo desde a efetivação do provimento discutido (cerca de dez anos), justificam e autorizam a persistência desses atos, a despeito do vício, em favor da honesta convicção e da segurança das relações jurídica.

- Pelo provimento dos embargos de declaração, para, imprimindo-lhes efeitos infringentes, dar provimento à apelação dos requeridos e à remessa oficial, julgando improcedente o pedido da ação civil pública. Enfatize-se: reconhece-se a inconstitucionalidade, a partir da CF/88, das formas de provimento de cargos e empregos públicos sem a realização de concurso público, nos termos do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, vedando à autarquia-ré a adoção de formas de provimento derivadas, mas coloca-se a salvo os servidores públicos embarcantes que ascenderam funcionalmente, através de procedimentos administrativos realizados em 1989 e 1990, de conformidade com a compreensão e a certeza geradas pelo Parecer nº SR 89.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, DECIDE a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar provimento aos embargos de declaração, para, imprimindo-lhes efeitos infringentes, dar provimento à apelação dos requeridos e à remessa oficial, julgando improcedente a ação, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento. Vencido o Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.

Recife, 6 de abril de 2004 (data do julgamento).

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Relator

### RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI:

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou ação civil pública contra a ESCOLA TÉCNICA FEDERAL DE PERNAMBUCO - ETFPE e outros (litisconsortes passivos necessários: FLÁVIO HENRIQUE DOS SANTOS, FÁTIMA MARIA DE FRANÇA PEREIRA, IDELVAR IDELFONSO DA COSTA, TEODOMIRO NORONHA CARDOSO, JESUALDO GONÇALVES FERREIRA, GILBERTO CARLOS DO NASCIMENTO, MARCOS MIRELES MARINHO DA SILVA, MARIA DA PAZ VIEIRA, ROSEANE MARIA DO NASCIMENTO, MARCELO FRANCISCO ALVES, SAULO DA SILVA LUCENA, JOSÉ JOAQUIM DE MELO FILHO, JOÃO BOSCO DOS SANTOS ARCOVERDE, FRANCINEIDE JOSINA DOS SANTOS, ARI JORGE ALVES CORREIA, SEVERINO JOSÉ DORNELAS DE SOUZA, JOSIVALDO BATISTA DA SILVA, GERSON LEONARDO DE LIRA, MELÂNIA LÚCIA PEREIRA DA SILVA, ANDRÉ MENEZES DA SILVA e LETÍCIA VALLE WANDERLEY BRAGA), apontando para a existência de servidores públicos investidos em cargos públicos por meios derivados de provimento, em violação ao disposto no art. 37, II, da Constituição Federal de 1988. Pugnou o *Parquet* pela condenação da ETFPE a proceder ao imediato retorno dos beneficiários dos provimentos irregulares ao *status quo ante*.

O MM. Juiz Federal *a quo* extinguiu a ação civil pública sem julgamento de mérito, “tendo em vista o curso da ADIN nº 837-4/

DF, de caráter continente”.

O Ministério Público Federal apelou, asseverando a inexistência de litispendência entre a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade.

A Segunda Turma desta eg. Corte Regional, por unanimidade, deu provimento à apelação, para anular a sentença, entendendo não caracterizada a litispendência.

Retornando os autos à Primeira Instância, o Magistrado *a quo* julgou procedente o pedido, “determinando a interrupção de todos os processos de ascensão funcional em curso relativamente aos demandados, mediante o que declaro a nulidade dos atos administrativos que os fomentaram e a de todos os que dele diretamente dependam, devolvendo-se àqueles o *status quo ante*”.

Vencidos, os litisconsortes passivos apelaram, argüindo, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido e a inépcia da inicial, diante da regra da presunção de constitucionalidade das leis - “(...) *descabida, por inoportuna, e contrária à ação judicante do Pretório Máximo, a ‘recomendação’ ‘sob poena’ feita pelo Procurador da República, em Pernambuco, visando desconstituir o direito dos Apelantes antes da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*” (fl. 369). No mérito, destacaram que o MPF estaria pretendendo esvaziar a decisão a ser proferida pelo STF; que outros órgãos teriam procedido à ascensão funcional; que os processos seletivos internos teriam se dado antes da edição da Lei nº 8.112/90; que deveria ser respeitado o direito adquirido; que os atos administrativos vergastados estariam escorados no Parecer nº SR-89, da Consultoria Geral da República.

A Segunda Turma desta eg. Corte Regional, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do voto proferido pelo MD Desembargador Federal Ricardo César Mandarino Barreto, Relator convocado, estando a correspondente ementa assim redigida:

*Constitucional - Administrativo. Ação Civil Pública contra acessão funcional de servidor público por processo seletivo interno. Inconstitucionalidade, em face da regra do art. 37, inciso II, da Constituição*

*Federal. Acerto da sentença que decretou a nulidade do ato.*

*Recurso do particular improvido.*

Os apelantes embargaram, afirmando a ausência de manifestação em relação à preliminar suscitada na peça recursal. Ademais, em petição de fls. 415/416, sustentaram que não teria se verificado a intimação pessoal, acerca da sentença, da Advocacia Geral da União, que ocuparia no feito a condição de ré.

Dispensadas a revisão e a inclusão em pauta de julgamento.

É o relatório.

### **VOTO**

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão proferido pela eg. Segunda Turma, desta Corte Regional, que, negou provimento à apelação dos litisconsortes passivos necessários, ao fundamento de que seria inconstitucional a ascensão funcional de servidores públicos, por processo seletivo interno, frente à regra encartada no art. 37, II, da CF/88, a teor da correspondente ementa:

*Constitucional - Administrativo. Ação Civil Pública contra acessão funcional de servidor público por processo seletivo interno. Inconstitucionalidade, em face da regra do art. 37, inciso II, da Constituição Federal. Acerto da sentença que decretou a nulidade do ato.*

*Recurso do particular improvido.*

Em suas razões recursais, os embargantes alegam: a) ausência de análise da preliminar de inépcia da inicial; b) inexistência de apreciação e julgamento de toda a peça recursal.

Na mesma oportunidade, os embargantes peticionaram, asseverando inoportunidade de intimação da Advocacia Geral da União no que respeita à sentença, o que poderia ocasionar posterior arguição de nulidade.

No que tange, à lacuna no perfazimento da comunicação pro-

cessual, não prospera. São partes no feito o Ministério Público, a Escola Técnica Federal de Pernambuco e os servidores públicos relacionados, tendo sido todos eles intimados da sentença prolatada às fls. 358/362, consoante se observa das certidões de fls. 364 e 384. Indefiro, portanto, o pedido deduzido às fls. 415/416.

De outro lado, contudo, o julgado guerreado carece de indispensável correção, que, inclusive, pode se perfazer *ex officio*, neste momento processual. Consoante se lê da sentença, o pedido foi julgado procedente “para confirmar, em definitivo, o comando judicial liminarmente expedido às fls. 80/v, dos autos, determinando a interrupção de todos os processos de ascensão funcional em curso relativamente aos demandados, mediante o que declaro a nulidade dos atos administrativos que os fomentaram e a de todos os que dele diretamente dependam, devolvendo-se àqueles o *status quo ante*”. Por conseguinte, restaram vencidos os servidores públicos que ascenderam funcionalmente na forma impugnada, bem como a Escola Técnica Federal de Pernambuco, parte ré no feito. Tratando-se, a ETFPE, de autarquia federal, é de se reconhecer a configuração de hipótese de duplo grau de jurisdição obrigatório. Não obstante, o acórdão embargado restringiu-se a apreciar o recurso voluntário dos servidores atingidos com o *decisum*. Nenhuma consideração foi tecida no que respeita à remessa obrigatória, tida por interposta. Impõe-se, pois, o conserto.

Passo ao exame dos embargos declaratórios.

Quanto à alegação de que não teria sido objeto de consideração toda a peça recursal de apelação, é de se dizer que não está o Magistrado obrigado a isso, bastando que os fundamentos por ele desenvolvidos – com concretização do princípio da formação do livre convencimento do Juiz – tenham o condão de solucionar, por suficiência, a questão posta a julgamento. Realce-se, pois, que o Juízo não tem a obrigação de analisar todo e qualquer argumento disposto pela parte na defesa de sua pretensão, mas, por outro lado, tem o dever de apreciar todos os pontos fáticos e jurídicos relevantes para o desenredo da situação litigiosa.

Nesse sentido, podem ser copiados acórdãos recentes emanados de Turmas do Superior Tribunal de Justiça (com negritos e grifos que não estão no original):



*Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 458926 Processo: 200200732366 UF: PI Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data da decisão: 10/02/2004 Documento: STJ000533245 Fonte DJ DATA:15/03/2004 PÁGINA:231*

*Relator(a) CASTRO MEIRA*

*Decisão*

*Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça: por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.*

*Ementa*

*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CITAÇÃO VÁLIDA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA. OMISSÃO.*

***1. Ao Juiz cabe apreciar a lide de acordo com o seu livre convencimento, não estando obrigado a analisar todos os pontos suscitados pelas partes.***

*2. Não havendo comprovadamente prejuízo à parte, refuta-se válido ato citatório, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas.*

*3. Agravo Regimental improvido.*

*Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: EDRESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - 505402 Processo: 200300339160 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 02/12/2003 Documento: STJ000532784 Fonte DJ DATA:15/03/*

2004 PÁGINA:160

Relator(a) JOSÉ DELGADO

Decisão

*Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.*

*Ementa*

**PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. EFETIVA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DESNECESSIDADE DE EXAME DE TODOS OS TEMAS APRESENTADOS PELA PARTE.**

*1. Os embargos de declaração somente são cabíveis quando “houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, dúvida ou contradição” ou “for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o Juiz ou Tribunal” (incisos I e II, do art. 535, do CPC).*

*2. O acórdão embargado, em sua fundamentação, transcreve minuciosa análise probatória realizada no julgamento do recurso de apelação, por via da qual o Tribunal a quo concluiu não possuir o embargante direito a lucros cessantes, não havendo na espécie, em conseqüência, qualquer omissão a ser sanada.*

***3. O julgador não se obriga a examinar todas as questões e teses jurídicas apresentadas pelas partes, senão aquelas que sejam suficientes à adequada solução da lide, requisito que na espécie restou sobejamente atendido.***

*4. Embargos de declaração rejeitados.*

*Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 509953 Processo: 200300489073 UF: RS Órgão*

*Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 04/12/2003 Documento: STJ000532521 Fonte DJ DATA:08/03/2004 PÁGINA:319*

*Relator(a) JORGE SCARTEZZINI*

*Decisão*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com quem votaram os Srs. Ministros LAURITA VAZ, JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, FELIX FISCHER e GILSON DIPP.*

*Ementa*

*PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO RESCISÓRIA - REVISÃO DE PROCESSO DISCIPLINAR - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO QUANTO À ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE DOCUMENTO - ARTS. 165, 458, II, E 535, I e II, DO CPC - VIOLAÇÃO EXISTENTE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA.*

*1 - A teor do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, não basta a simples transcrição de ementas para apreciação da divergência jurisprudencial (art. 105, III, alínea "c", da CF), devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Inocorrendo isto na espécie, impossível, sob este prisma, o seu conhecimento.*

*2 - Correta é a irresignação do embargante quando o Tribunal a quo deixa de apreciar a questão invocada, impossibilitando seu exame por esta Corte. Havendo omissão, esta deve ser corrigida, pois os embargos declaratórios integralizam o julgado de mérito. Aplicação do art. 535, inciso II, do Código de*

*Processo Civil.*

**3 - Incumbe ao órgão judicial pronunciar-se sobre todos os pontos, de fato e de direito, relevantes para o deslinde da causa, sendo-lhe vedado discriminar qualquer deles, optando por manifestar-se a respeito de alguns e quedando-se silente acerca de outros. Inteligência ao art. 458, II, do Estatuto Processual Civil.**

*4 - Precedentes (EREsp nº 141.876/DF e REsp nº 168.641/DF).*

*5 - Recurso conhecido e provido para, anulando o v. acórdão a quo, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que este se pronuncie acerca da matéria omitida.*

*In casu*, não se pode deixar de reconhecer a omissão significativa do julgado guerreado no que atine ao exame da preliminar suscitada na apelação, consistente na alegação de impossibilidade jurídica do pedido e de inépcia da inicial, diante da regra da presunção de constitucionalidade das leis. Realmente, sobre ela não se manifestou a Turma Julgadora, tendo proclamado o resultado com respaldo unicamente na transcrição, a título de “razão de decidir”, do resultado do julgamento da ADIN 837-4.

O fato é que a questão apresentada pelos apelantes-embarcantes, sob a designação de preliminar – embora com feição muito mais ampliada, interferente do mérito mesmo da lide – tem caráter fundamental para o deslinde da demanda. Argüiram, eles, na apelação, a impossibilidade de acolhimento do pedido, na medida em que deveria ser respeitada a presunção de constitucionalidade das leis, asseveração que deve ser conjugada com os demais argumentos recursais, especialmente com aqueles que se reportam às explicações fornecidas pela ETFPE: “a) *As ascensões funcionais foram procedidas antes de ter a Procuradoria Geral da República argüido a inconstitucionalidade da legislação pertinente;* b) *Que os procedimentos foram realizados nos estritos termos das Instruções Normativas da Secretaria de Planejamento e da Secretaria da Administração Federal da Presidência da República;* c) *Que tais procedimentos se encontravam resguardados pelo entendimento esposado pelo parecer do Consultor Geral da Re-*

*pública (SR - 89 - DOU de 12.05.1989), pelo QUE SOMENTE PERMITIU A ASCENSÃO A SERVIDORES JÁ ESTÁVEIS NO SERVIÇO PÚBLICO; d) Finalmente, que a matéria ainda está tramitando junto ao Supremo Tribunal Federal, sendo objeto da ADIN nº 837-4/DF, aduziu ainda que a liminar concedida apenas suspendeu a eficácia dos dispositivos legais, com efeito EX-NUNC” (fl. 371).*

A solução da controvérsia judicialmente implantada depende, substancialmente, da análise desses elementos, não sendo suficiente o transplante do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que sobre esse aspecto particularizado (existência de pronunciamento do Poder Público, em parecer com efeitos vinculantes, sobre a possibilidade de efetivação da ascensão funcional) não se manifestou, tornando o caso concreto individualizado.

Não está caracterizado, nestes embargos de declaração, o propósito de rediscussão da matéria, porquanto a tese defendida pelos apelantes-embargantes não restou abordada ou debatida, no acórdão vergastado, o que demonstra a existência da lacuna, cujo suprimento se impõe.

Assim, passo a destrinchar a alegação de que a presunção de constitucionalidade das leis, resultante, sobretudo, do entendimento construído no Parecer SR nº 89, obstaría a procedência do pedido de *“imediato retorno dos beneficiários dos provimentos irregulares ao status quo ante, de modo que não persistam tais provimentos irregulares”*.

O Pretório Excelso, no exercício de sua competência constitucional, extirpou, do ordenamento jurídico, as formas de provimento derivado de cargos e empregos públicos, a teor das seguintes ementas:

*ADI 837 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 27/08/1998 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ DATA-25-06-99 PP-00002 EMENT VOL-01956-01 PP-00040*

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

- Tendo sido editado o Plano de Classificação dos Cargos do Poder Judiciário posteriormente à propositura desta ação direta, ficou ela prejudicada quanto aos servidores desse Poder. - No mais, esta Corte, a partir do julgamento da ADIN 231, firmou o entendimento de que são inconstitucionais as formas de provimento derivado representadas pela ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos. Outros precedentes: ADIN 245 e ADIN 97. - Inconstitucionalidade, no que concerne às normas da Lei nº 8.112/90, do inciso III do artigo 8º; das expressões ascensão e acesso no parágrafo único do artigo 10; das expressões acesso e ascensão no § 4º do artigo 13; das expressões ou ascensão e ou ascender no artigo 17; e do inciso IV do artigo 33. Ação conhecida em parte, e nessa parte julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos e das expressões acima referidos.

ADI 231 / RJ - RIO DE JANEIRO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 05/08/1992 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO Publicação: DJ DATA-13-11-92 PP-20848 EMENT VOL-01684-06 PP-01125 RTJ VOL-00144-01 PP-00024

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ASCENSÃO OU ACESSO, TRANSFERÊNCIA E APROVEITAMENTO NO TOCANTE A CARGOS OU EMPREGOS PÚBLICOS. - O CRITÉRIO DO MÉRITO AFERÍVEL POR CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU DE PROVAS E TÍTULOS E, NO ATUAL SISTEMA CONSTITUCIONAL, RESSALVADOS OS CARGOS EM COMISSÃO DECLARADOS EM LEI DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO, INDISPENSÁVEL PARA CARGO OU EMPREGO PÚBLICO ISOLADO OU EM CARREIRA. PARA O ISOLADO, EM QUALQUER HIPÓTESE; PARA O EM CARREIRA, PARA

O INGRESSO NELA, QUE SÓ SE FARÁ NA CLASSE INICIAL E PELO CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU DE PROVAS E TÍTULOS, NÃO O SENDO, PORÉM, PARA OS CARGOS SUBSEQUENTES QUE NELA SE ESCALONAM ATÉ O FINAL DELA, POIS, PARA ESTES, A INVESTIDURA SE FARÁ PELA FORMA DE PROVIMENTO QUE É A "PROMOÇÃO". ESTÃO, POIS, BANIDAS DAS FORMAS DE INVESTIDURA ADMITIDAS PELA CONSTITUIÇÃO A ASCENSÃO E A TRANSFERÊNCIA, QUE SÃO FORMAS DE INGRESSO EM CARREIRA DIVERSA DAQUELA PARA A QUAL O SERVIDOR PÚBLICO INGRESSOU POR CONCURSO, E QUE NÃO SÃO, POR ISSO MESMO, ÍNSITAS AO SISTEMA DE PROVIMENTO EM CARREIRA, AO CONTRÁRIO DO QUE SUCEDE COM A PROMOÇÃO, SEM A QUAL OBVIAMENTE NÃO HAVERÁ CARREIRA, MAS, SIM, UMA SUCESSÃO ASCENDENTE DE CARGOS ISOLADOS. - O INCISO II DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL TAMBÉM NÃO PERMITE O "APROVEITAMENTO", UMA VEZ QUE, NESSE CASO, HÁ IGUALMENTE O INGRESSO EM OUTRA CARREIRA SEM O CONCURSO EXIGIDO PELO MENCIONADO DISPOSITIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE SE JULGA PROCEDENTE PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAIS OS ARTIGOS 77 E 80 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

ADI 245 / RJ - RIO DE JANEIRO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 05/08/1992 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO Publicação: DJ DATA-13-11-92 PP-20848 EMENT VOL-01684-01 PP-00027 RTJ VOL-00143-02 PP-00391  
Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. POLÍCIA CIVIL. CARREIRA DE DELEGA-

*DO. ASCENSÃO FUNCIONAL. - SE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NO PARÁGRAFO 4. DO ARTIGO 144, ESTABELECE QUE AS POLÍCIAS CIVIS DOS ESTADOS SERÃO DIRIGIDAS POR DELEGADOS DE POLÍCIA DE CARREIRA, NÃO SERÁ POSSÍVEL, INCLUSIVE PARA AS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS, ESTABELECEER UMA CARREIRA ÚNICA NAS POLÍCIAS CIVIS, DENTRO DA QUAL SE INCLUAM OS DELEGADOS, AINDA QUE ESCALONADOS EM CATEGORIAS ASCENDENTES. O QUE A CONSTITUIÇÃO EXIGE É A EXISTÊNCIA DE CARREIRA ESPECÍFICA DE DELEGADO DE POLÍCIA PARA QUE MEMBRO SEU DIRIJA A POLÍCIA CIVIL, TENDO EM VISTA, EVIDENTEMENTE, A FORMAÇÃO NECESSÁRIA PARA O DESEMPENHO DOS CARGOS DESSA CARREIRA. - A ASCENSÃO FUNCIONAL NÃO MAIS É ADMITIDA PELO INCISO II DO ARTIGO 37 DA ATUAL CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE SE JULGA PROCEDENTE PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAL O PARÁGRAFO 1. DO ARTIGO 185 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.*

*ADI 97 / RO - RONDÔNIA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 25/06/1993 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO Publicação: DJ DATA-22-10-93 PP-22251 EMENT VOL-01722-01 PP-00001*

*Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE RONDÔNIA. - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO ARTIGO 4., POR CERCEAR, EM MATÉRIA QUE NAO SE PRENDE À ORGANIZAÇÃO DA ESTRUTURA DO ESTADO-MEMBRO E QUE, AO CONTRÁRIO, DIZ RESPEITO A ASSUNTO TI-*



PICAMENTE DE LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA, A INICIATIVA LEGISLATIVA EXCLUSIVA DOS PODERES CONSTITUÍDOS. - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DO ARTIGO 8., POR PERMITIR FORMA DERIVADA DE INVESTIDURA - A TRANSFERÊNCIA - NÃO ADMITIDA PELA ATUAL CONSTITUIÇÃO, COMO JÁ FOI DECIDIDO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 231. AFRONTA AO ARTIGO 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE EXIGE CONCURSO PÚBLICO NÃO APENAS PARA A PRIMEIRA INVESTIDURA. - INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO ARTIGO 24, QUE ESTABELECE QUE "OS ATUAIS DETENTORES DE MANDATO ELETIVO, QUE VIEREM A SER ESCOLHIDOS CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO, PODERÃO TOMAR POSSE E ASSUMIR APÓS O TÉRMINO DO MANDATO". A EXTRAVAGÂNCIA DESSA NORMA É DE TAL ORDEM QUE, POR NÃO HAVER QUALQUER JUSTIFICATIVA PARA O TRATAMENTO DESIGUAL ENTRE OS DETENTORES DE MANDATOS ELETTIVOS NA DATA DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E AQUELES QUE NÃO O SÃO, FERRE ELA O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, E VIOLA, POR LINHA OBLÍQUA, O IMPEDIMENTO DO ARTIGO 95, PARÁGRAFO ÚNICO, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE É, POR FORÇA DO ARTIGO 73, PARÁGRAFO 3., ESTENDIDO AOS MINISTROS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, E, CONSEQÜENTEMENTE, AOS CONSELHEIROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS ESTADUAIS (ARTIGO 75 DA CARTA MAGNA). - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DO ARTIGO 36; AQUELA POR OFENSA AO ARTIGO 61, PARÁGRAFO 1., II, "A" E "C", COMBINADO COM O 25, AMBOS DA PARTE PERMANENTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E COM O ARTIGO 11, "CAPUT", DO ADCT DA MESMA CAR-

*TA MAGNA; ESTA POR FALTA DE PRESERVAÇÃO DO TRATAMENTO ISONÔMICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS QUANTO À DISCIPLINA DO REGIME SALARIAL, EM ABSTRATO, DE TODO O SERVIÇO PÚBLICO. AÇÃO DIRETA QUE SE JULGA PROCEDENTE, DECLARANDO-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 4., 8., 24 E 36 DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE RONDÔNIA, PROMULGADA EM 28 DE SETEMBRO DE 1989.*

O caso concreto, entretanto, apresenta uma peculiaridade que não foi objeto de consideração quando do julgamento da apelação.

Os apelantes-embargantes ascenderam funcionalmente em virtude de procedimento administrativo determinado com supedâneo no Parecer SR nº 89, emanado da Consultoria Geral da República. Nesse sentido, historia o documento de fl. 105:

*(...)No caso específico das ascensões funcionais, ora discutidas, processaram-se as mesmas nos anos de 1989, 1990 e 1991 – antes, portanto, de ser argüida a sua inconstitucionalidade pelo Ministério Público Federal – pautadas nos dispositivos de leis vigentes (a Lei nº 5.645/70, o Decreto nº 85.645/81 e, depois, a Lei nº 8.112/90), com a observância das orientações emanadas do DASP (Instruções Normativas nºs 119/81 e 137/83), da SRH/SEPLAN (Of. Circular nº 028/89) e da SAF (ON nº 02/91), que encontravam respaldo em Parecer do Consultor Geral da República (SR-89, DOU de 12/05/89), pelo que somente se permitiu a ascensão de servidores já estáveis no Serviço Público.*

FLÁVIO HENRIQUE DOS SANTOS, FÁTIMA MARIA DE FRANÇA PEREIRA, IDELVAR IDELFONSO DA COSTA, TEODOMIRO NORONHA CARDOSO, JESUALDO GONÇALVES FERREIRA, GILBERTO CARLOS DO NASCIMENTO, MARCOS MIRELES MARINHO DA SILVA e MARIA DA PAZ VIEIRA adquiriram ascensão

funcional através da Portaria nº 288/89-GD (edital correspondente lançado em 26.10.1989).

ROSEANE MARIA DO NASCIMENTO, MARCELO FRANCIS-COALVES, SAULO DA SILVA LUCENA, JOSÉ JOAQUIM DE MELO FILHO, JOÃO BOSCO DOS SANTOS ARCOVERDE, FRANCINEIDE JOSINA DOS SANTOS, ARI JORGE ALVES CORREIA, SEVERINO JOSÉ DORNELAS DE SOUZA, JOSIVALDO BATISTA DA SILVA, GERSON LEONARDO DE LIRA, MELÂNIA LÚCIA PEREIRA DA SILVA, ANDRÉ MENEZES DA SILVA e LETÍCIA VALLE WANDERLEY BRAGA ascenderam por meio da Portaria nº 264/90-GD (edital expedido em 05.12.1990).

Frise-se que TEODOMIRO NORONHA CARDOSO e LETÍCIA VALLE WANDERLEY BRAGA, foram excluídos do feito, por terem sido exonerados (fls. 119 e 123).

Penso que os atos de ascensão contra os quais se insurge o Ministério Público foram praticados sob o manto da boa-fé e de conformidade com a interpretação das normas constitucionais vigentes à época em que exercitados, inclusive com força vinculante, como é o caso do posicionamento adotado pela Consultoria Geral da República – Parecer SR nº 89 –, que serviu de suporte e orientação para a conduta da ETFPE.

O parecer referido recebeu a seguinte ementa:

*Ascensão funcional, artigo 6º da Lei nº 5.645/70. Concurso público, para investidura em cargo público (artigo 37, item II da Constituição). Recepção das normas legais anteriores (Leis nº 1.711/52, art. 255, e 5.645/79, art. 6º), que se harmonizam com a nova ordem constitucional. A exigência de concurso público, prevista no artigo 37, inciso II, da Constituição, não obsta a que o já concursado ou estável, em virtude de habilitação seletiva interna, ascenda a outro cargo ou emprego superior ao seu, conforme dispõe o artigo 6º, da Lei nº 5.645/70, cuja interpretação é compatível, assim, com os propósitos daquela norma constitucional.*

A força com que foi imantado esse Parecer transparece em

uma outra norma interna, o Parecer SRH nº 259/89, no qual se lê<sup>1</sup>:

*IV) com relação ao processo de ascensão funcional, a Consultoria-Geral da República, acolhendo consulta desta Secretaria de Recursos Humanos, sobre se prevalece ou não o mencionado instituto, em face do disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal, emitiu o Parecer nº SR - 89, publicado no Diário Oficial da União, de 12 de maio de 1989, elucidando o assunto. Inscreve-se na área de competência da Seplan decidir a respeito da ascensão, a menos que a norma contida em ato a nível de decreto disponha de forma diferente;*

Evidente, pois, que a atuação da autarquia-ré esteve respaldada em resposta à consulta feita à autoridade pública, competente para se posicionar sobre a matéria, que reputou a possibilidade de ascensão funcional plenamente compatível com a novel – à época – Carta Magna de 1988. Disso decorre a apregoada presunção de constitucionalidade de que falam os apelantes-embarcantes.

Se é certo que os atos inconstitucionais devem ser expungidos, pela magnitude da ofensa que produzem, por outro lado “*não menos exato é que, segundo esse princípio, há limites ao poder de revisão do ato administrativo, pela própria Administração. A par do direito adquirido de terceiro, a necessidade de o Estado garantir clima de segurança nas relações sociais e na ordem jurídica, a presunção de legitimidade dos atos da Administração, robustecida notadamente pelo transcurso de largo trato de tempo, desde a prática do ato inquinado de vício, aconselham a manutenção de situações jurídicas novas decorrentes de atos embora contaminados de ilegalidade ou inconstitucionalidade, e, pois, a sua não decretação de insubsistência*” (trecho do voto proferido pelo Ministro Néri da Silveira, como Relator da Reclamação nº 173/DF, j. em 19.03.1986, publ. em DJ de 23.02.1990).

---

<sup>1</sup> Extraído da Revista de Direito Administrativo, vol. 177, jul./set., 1989, pp. 103/105.

Entendo que a situação em análise se encaixa com perfeição nessa moldura. É inegável que os atos de ascensão funcional realizados em 1989 e 1990 são inconstitucionais diante do comando do art. 37, II, da CF/88, tanto que o Supremo Tribunal Federal expressamente assim se posicionou, na condição de guardião da Constituição. Entrementes, a boa-fé com que os atos administrativos foram praticados, especialmente frente à manifestação do Consultor Geral da República, por meio de consulta – mecanismo de efeitos vinculantes –; a anterioridade das ascensões em relação ao pronunciamento do Pretório Excelso; e o transcurso de longo tempo desde a efetivação do provimento discutido (cerca de dez anos), justificam e autorizam a persistência desses atos, a despeito do vício, em favor da honesta convicção e da segurança das relações jurídica.

Em caso similar, assim decidiu a Terceira Turma do TRF/4ª Região:

*Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL - 497195 Processo: 200204010153107 UF: RS Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA Data da decisão: 11/03/2003 Documento: TRF400087637 Fonte DJU DATA:28/05/2003 PÁGINA: 421 DJU DATA:28/05/2003 Relator(a) JUIZ CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ*

*Decisão*

*A TURMA, POR MAIORIA, CONHECEU DOS RECURSOS E DA REMESSA OFICIAL E DEU-LHES PROVIMENTO, JULGANDO IMPROCEDENTE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA, VENCIDA A DES. MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, ENTENDENDO QUE SOMENTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PODERIA FAZER A RESSALVA EM RELAÇÃO AO EFEITO “EX NUNC” DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.*

*Ementa*

*CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROVIMENTO DERIVADO DE CARGO PÚBLICO. PROIBIÇÃO. ART.37, II, DA*

*CF/88. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NULIDADE DE NOMEAÇÕES. INCONSTITUCIONALIDADE. EFEITOS. FATOR TEMPO NA DESCONSTITUIÇÃO DE ATOS INCONSTITUCIONAIS. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. PRECEDENTES DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA.*

*1. É sabido que o Pretório Excelso, a partir do julgamento da ADIN nº 231, em 05.08.92, em aresto publicado na RTJ 144/24, deliberou no sentido da inconstitucionalidade de disposições normativas que estabeleciam formas de provimento derivado de cargos públicos, sobretudo a de ascensão funcional.*

*- É manifesto, porém, que a doutrina da pretendida nulidade ab initio da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, de forma sumária, por simples obra de uma decisão judicial.*

*- Nesse sentido os Tribunais têm encontrado meios para salvar certos efeitos de fato que a inconstitucionalidade não pode cancelar.*

*- Certamente inspirado na jurisprudência, notadamente do STF, o Legislativo, recentemente, editou a norma constante no art. 27 da Lei nº 9.868/99.*

*- Ao comentar o alcance do mencionado dispositivo legal, assinala o eminente jurista Teori Albino Zavascki, em sua já consagrada obra Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional, editora Rev. dos Tribs., 2001, pp. 49/50, verbis:*

*- "Essa doutrina, que afirma a nulidade da norma inconstitucional e a natureza declaratória da sentença que a reconhece, não fica, de modo algum, comprometida com a regra constante do art. 27 da Lei 9.868, de 10.11.1999, segundo a qual, 'ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços dos seus*

*membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado'. Tal dispositivo, na verdade, reafirma a tese, pois deixa implícito que os atos praticados com base em lei inconstitucional são atos nulos e que somente podem ser mantidos em virtude de fatores extravagantes, ou seja, por 'razões de segurança pública ou de excepcional interesse social'. Ao mantê-los, pelos fundamentos indicados, o Supremo não está declarando que foram atos válidos, nem está assumindo a função de 'legislador positivo', criando uma norma – que só poderia ser de hierarquia constitucional – para validar atos inconstitucionais. O que o Supremo faz, ao preservar determinado status quo formado irregularmente, é típica função de juiz.*

*- Não é nenhuma novidade, na rotina dos juízes, a de terem diante de si situações de manifesta ilegitimidade cuja correção, todavia, acarreta dano, fático ou jurídico, maior do que a manutenção do status quo. Diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedora de outros valores constitucionais, sé resta ao julgador – e esse é o seu papel – ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda quando ela possa ter como resultado o da manutenção de uma situação originariamente ilegítima. Em casos tais, a eficácia retroativa da sentença de nulidade importaria a reversão de um estado de fato consolidado, muitas vezes, sem culpa do interessado, que sofreria prejuízo desmesurado e desproporcional. Mutatis mutandis, é justamente esse o quadro suposto pelo art. 27 da Lei 9.868, de 10.11.1999, o de um manifesto conflito entre valores constitucionais de mesma hierarquia: de um lado, a nulidade do ato; de outro, o sério comprometimento da segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Tendo de*

*dirimi-lo, o STF faz prevalecer o bem jurídico que considera ser mais relevante na situação em causa, ainda que isso importe a manutenção de atos ou situações formados com base em lei que se presunha válida, mas que era nula. Isso é julgar, não legislar. O legislador cria normas para disciplinar situações futuras. O Supremo, ao aplicar o art. 27 da Lei 9.868, de 10.11.1999, faz juízo de valor sobre fatos já passados.*

*- Aliás, mesmo antes do advento do referido dispositivo, o Supremo já decidira naquela linha de orientação: em nome de princípios constitucionais que considerou prevalentes nas circunstâncias do caso, manteve efeitos pretéritos originados de norma reconhecidamente inconstitucional”.*

*- E, adiante, faz referência o eminente Magistrado à jurisprudência do STF, verbis:*

*- “Assim, em julgados de 1986 e 1993, apesar do reconhecimento da inconstitucionalidade das normas de que se originaram, o Supremo manteve, assim mesmo, vantagens auferidas por magistrados, porque entendeu que a recomposição da situação irregular importaria comprometimento do princípio da irredutibilidade de vencimentos” (STF, RE 105.789, 2ª Turma, Ministro Carlos Madeira, RTJ 118:300; RE 122.202, 2ª Turma, Ministro Francisco Rezek, DJ de 08.04.1994). (In Op. cit., p. 50, nota 29).*

*- Nesse sentido, ainda, o ensinamento do saudoso Ministro João Leitão de Abreu, em sua obra A Validade da Ordem Jurídica, Livraria do Globo, 1964, pp. 162/3, verbis:*

*- “Certas situações, criadas em razão da norma inconstitucional, são, por isso, às vezes, reputadas intangíveis, apesar de se dar pela inconstitucionalidade da lei. A mesma tutela que a ordem jurídica, em determinados casos, confere ao ato aparente, na órbita do direito privado, é estendida, desta sorte, pela doutrina que não qualifica como nula e nenhuma a lei inconstitucional, ao ato desconforme*



com a Constituição. Múltiplos são os argumentos que se alinham para defender o princípio de que cumpre proteger certos efeitos, produzidos pelo ato irregular ou viciado. Alega-se, na ordem privatista, entre outras razões, que é imperioso proteger-se a boa-fé dos que tiveram como perfeito ou regular o ato que se veio a declarar nulo. Raciocina-se, no direito público, com a presunção de legitimidade dos atos que, nessa esfera, são emanados.

- Quaisquer que sejam, porém, as explicações articuladas, a verdade é que, no fundo, são todas influenciadas, conscientemente ou não, pela idéia de que os fatos, em virtude da sua própria energia, impõem-se ao reconhecimento da ordem jurídica. Se é indiscutível que esta, pelas injunções normativas, influi nos comportamentos, sujeitando-os aos seus esquemas, é irrecusável, por outro lado, que os próprios comportamentos, reagindo, por vezes, contra as pautas, que lhes são prescritas pela ordem jurídica, seguem o seu próprio caminho, indiferentes às diretrizes que esta lhes assina. Pode a ordem jurídica, sem dúvida, hostilizar esses comportamentos e até perseguir, com medidas drásticas, os seus protagonistas. É o sistema jurídico levado, no entanto, a admiti-los como criadores de situação que merece tutela, quando a negativa de proteção for prejudicial à tranqüilidade da ordem, que o direito, antes de tudo, quer garantir nas relações sociais. Nesse caso, a proteção da ordem jurídica não lhes é dispensada, porque tenham sido os indivíduos, nos seus comportamentos, autorizados a criar tais situações, mas porque, estas, pela sua própria energia, forçaram o sistema jurídico a admitir-lhes os efeitos. As normas jurídicas instituídas de maneira irregular não tiram, pois, a sua eficácia de habilitação recebida pelo órgão que as editou para desviar-se das regras estabelecidas, de modo expresso, no direito positivo, quanto ao desempenho da sua atividade. A sua eficácia jurídica resulta, antes, dos próprios fa-

*tos, não sendo impróprio afirmar-se, para usar a expressão romana, que o direito, nessa hipótese, é criado rebus ipsis et factis.”*

*- Nesse mesmo rumo, inclinam-se os seguintes autores: C. A. Lúcio Bittencourt, in O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, 2ª edição, Forense, 1968, pp. 148/9; Gilmar Ferreira Mendes, in Controle de Constitucionalidade, Saraiva, 1990, pp. 279/280; Marilisa D’Amico, in Giudizio Sulle Leggi ed Efficacia Temporale Delle Decisioni di Incostituzionalità, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993, p. 125 e seguintes; Maurice Hauriou, in Notes D’Arrêts sur Décisions du Conseil D’État et du Tribunal des Conflits, Sirey, Paris, 1929, t. 2º, p. 105 e seguintes.*

*- Outra não é a lição recolhida no direito norte-americano, consoante se constata da leitura do Corpus Juris Secundum, West Publishing CO., St. Paul, Minn., 1984, v. 16, p. 359, § 108, verbis: “This general rule, however, has been greatly modified, is not to be applied in all cases, is not absolutely or universally true, and there are various exceptions thereto. It has been stated that it is affected by several other considerations, that a realistic approach has been eroding this doctrine, that such broad statements must be taken with qualifications, that even an unconstitutional statute is an operative fact, at least prior to a determination of constitutionality, and may have consequences which cannot justly be ignored.”*

*- Essa, também, é a jurisprudência dos Tribunais dos Estados Unidos da América conforme notícia Oliver P. Field, em sua clássica monografia The Effect Of An Unconstitutional Statute, The University of Minnesota Press, Minneapolis, 1935, p. 2, verbis: “In some instances all courts, federal and state, decide by giving effect to unconstitutional statutes, and giving effect to them directly, as such, for the case under consideration; in other instances all courts agree that effect shall be given to such statutes by use of other legal rules or doctrines, such as esto-*

*appel, de facto, or clean hands in equity.”*

- Ao proferir o seu voto quando do julgamento da Reclamação nº 173-DF (Pleno), disse o eminente Min. José Néri da Silveira, verbis:

- “É indiscutível tratar-se de problema melindroso o que se refere à proteção de certos efeitos decorrentes do cumprimento de leis inconstitucionais. Opõem-se, nesse sentido, restrições à regra de que a lei inconstitucional é nula ab initio, ou como também se expressou, entre nós, a fórmula null and void, írrita e nenhuma. É entendido, nesse particular, que, embora infringente da Constituição, o ato legislativo, assim marcado, é um fato eficaz (it is an operative fact). Estabeleceu-se, segundo certa corrente doutrinária, que, ‘assim como, em direito privado, se protege o ato jurídico, em cuja engendração se insinuou algum vício, mantendo-se-lhe, em parte, os efeitos produzidos, malgrado a sua anulação pelo órgão judiciário’ - no plano do direito público, igual providência, cale quanto ao ato inconstitucional. Da mesma maneira como se há de tutelar, na esfera do direito privado, em determinados casos, o ato aparente, entende a doutrina, que não qualifica como nula e nenhuma lei inconstitucional, importa seja estendida aos atos em desconformidade com a Constituição igual proteção. Se, na ordem privatista, dentre outras razões, argúi-se a necessidade de proteger a boa-fé dos que tiveram como perfeito ou regular o ato, que se veio a declarar nulo, - no direito público, raciocina-se com a presunção de legitimidade dos atos que, nessa esfera, são emanados.” (In RTJ 131/29).

- E, noutro passo, conclui o ilustre Magistrado, verbis:

- “De outra parte, se é certo que os atos administrativos podem ser anulados pela própria autoridade que os praticou, ou de maior graduação, quando contrários à Constituição ou à lei, conforme amplamente examinou esta Consultoria-Geral, em seu Pa-

*recer nº 7, de 24 de julho de 1965, publicado no Diário Oficial do Estado, edição de 24 de setembro de 1965, não menos exato é que, segundo esse princípio, há limites ao poder de revisão do ato administrativo, pela própria Administração. A par do direito adquirido de terceiro, a necessidade de o Estado garantir clima de segurança nas relações sociais e na ordem jurídica, a presunção de legitimidade dos atos da Administração, robustecida notadamente pelo transcurso de largo trato de tempo, desde a prática do ato inquinado de vício, aconselham a manutenção de situações jurídicas novas decorrentes de atos embora contaminados de ilegalidade ou inconstitucionalidade, e, pois, a sua não decretação de insubsistência.” (In op. cit., p. 30).*

*- Nesse sentido, a jurisprudência do STF em inúmeros julgados (RE nº 85.179-RJ, rel. Min. Bilac Pinto, in RTJ 83/921).*

*- Ora, as nomeações contestadas na ação civil pública foram efetuadas em cumprimento do disposto na Lei nº 7.957/89 e no Decreto nº 98.893/90, antes, portanto, de o STF declarar a inconstitucionalidade das formas derivadas de provimento de cargos públicos.*

*- In casu, a contrariedade da Lei nº 7.957/89, com o art. 37, II, da CF/88 e a jurisprudência do STF é evidente.*

*- Sucede que, passados mais de dez anos de sua edição, o mencionado texto legal foi eficaz e gerou conseqüências jurídicas que não podem ser desprezadas, nos termos da doutrina e da jurisprudência já comentadas, eis que criou situações de fato já consolidadas no tempo, cujo desfazimento viria a afetar a estabilidade das relações jurídicas entre a Administração e seus administrados, com graves e imprevisíveis resultados.*

*2. Provimento das apelações e da remessa oficial.*

Com essas considerações, dou provimento aos embargos de

declaração, para, imprimindo-lhes efeitos infringentes, dar provimento à apelação dos requeridos e à remessa oficial, julgando improcedente o pedido da ação civil pública. **Enfatize-se: reconhece-se a inconstitucionalidade, a partir da CF/88, das formas de provimento de cargos e empregos públicos sem a realização de concurso público, nos termos do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, vedando à autarquia-ré a adoção de formas de provimento derivadas, mas coloca-se a salvo os servidores públicos embargantes que ascenderam funcionalmente, através de procedimentos administrativos realizados em 1989 e 1990, de conformidade com a compreensão e a certeza geradas pelo Parecer nº SR 89.**

Custas e honorários advocatícios de conformidade com o art. 18, da Lei nº 7.347/85.

É como voto.

### **EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 161.929-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO  
Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Embargado: PAULO HENRIQUE SOARES PEIXOTO (INCAPAZ)  
Repte.: IDILVA MARIA SOARES PEIXOTO  
Advogados: DRS. MONALISA DUARTE ABDO AZIZ ISMAIL E OUTROS (EMBTE.) E JOAQUIM EDUARDO BATISTA CAVALCANTE (EMBDO.)

***EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. PENSÃO POR MORTE. DEPENDENTE DESIGNADO ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 9.032/95. EVENTO MORTE OCORRIDO APÓS A LEI Nº 9.032/95. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. EMBARGOS INFRINGENTES PRO-VIDOS.***

***- O benefício da pensão por morte rege-se pela lei vigente ao tempo do óbito do então segura-***

**do instituidor.**

**- Falecido o segurado sob a égide da Lei n° 9.032/95, que revogou o inciso IV do artigo 16 da Lei n° 8.213/1991, que dispunha ser beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na qualidade de dependente, a pessoa designada, não há que se falar em direito adquirido ao benefício da pensão por morte.**

**- Precedentes do STJ e deste Tribunal em Incidente de Uniformização.**

**- Embargos infringentes providos.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator e Notas Taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Recife, 9 de junho de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Instituto Nacional do Seguro Social - INSS interpôs embargos infringentes contra acórdão não unânime da Primeira Turma desta Corte, que negou provimento ao seu apelo interposto contra Paulo Henrique Soares Peixoto nos autos da Ação Ordinária n° 95.0026907-4-CE, com supedâneo no art. 530 e seguintes do CPC, bem como no art. 237 do Regimento Interno, visando à reforma do julgado para que seja rejeitado o pedido autoral de concessão de benefício previdenciário da espécie pensão por morte a menor designado. Aduz que a morte se deu após o advento da Lei 9.032/95, que excluiu do rol de dependentes beneficiários do Regime Geral da Previdência Social a figura da pessoa designada.

Intimado, deixou o embargado de apresentar sua impugnação.  
É o relatório.

### VOTO

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

Os presentes embargos infringentes merecem prosperar.

É que a matéria objeto do presente feito já foi exaustivamente discutida no âmbito dos tribunais pátrios, com a consolidação, no Superior Tribunal de Justiça, da corrente que desfavorece a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte ao menor designado, se a morte se deu após a vigência da Lei 9.032/95, que o excluiu do rol.

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR DESIGNADO. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 9.032/95. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

1. A Egrégia 3ª Seção firmou já entendimento no sentido de que o fato gerador para a concessão do benefício de pensão por morte é o óbito do segurado, devendo ser aplicada a lei vigente à época de sua ocorrência (cf. REsp 190.193/RN, Relator Ministro Jorge Scartezzini, in DJ 7/8/2000).

2. Em se tratando de segurado falecido sob a vigência da Lei 9.032/95, não há falar em direito adquirido de menor designado à concessão de benefício de pensão por morte (cf. REsp 256.699/RN, Relator Ministro Edson Vidigal, in DJ 4/9/2000; REsp 263.494/RN, Relator Ministro Jorge Scartezzini, in DJ 18/12/2000).

3. Inteligência do enunciado nº 359 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

4. Embargos conhecidos e acolhidos”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> - STJ. T3. ERESP 302014-RN. DJ 19/12/2002, p. 331.

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. MENOR DESIGNADO. ARTIGO 16, INCISO IV, DA LEI 8.213/91. LEI 9.032/95.

A concessão do benefício previdenciário deve observar os requisitos previstos na legislação vigente à época da circunstância fática autorizadora do pagamento do benefício, qual seja, a morte do segurado.

Modificação do ponto de vista deste Relator.  
Recurso conhecido, mas desprovido.”<sup>2</sup>

No mesmo sentido, reiteradas vezes se manifestou o Plenário desta Corte, como se observa nos excertos de julgado a seguir transcritos:

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR DESIGNADO DEPENDENTE. FALECIMENTO DO SEGURADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.032/95. DIREITO ADQUIRIDO. INOCORRÊNCIA. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO.

1. Os benefícios previdenciários são regidos pela legislação em vigor à época em que satisfeitas todas as condições para a sua concessão.

2. Ex-segurado que faleceu quando já vigoravam as disposições da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, dando nova redação ao art. 16 da Lei nº 8.213/91.

3. Uniformização de jurisprudência pelo Pleno desta Eg. Corte (AC 174531-pe, rel. Des. Federal Nereu Santos, ac. maioria 04.10.2000).

Embargos infringentes providos.”<sup>3</sup>

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. MENOR DESIGNADO. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

1. A figura da pessoa designada foi extinta com a entrada em vigor da Lei 9.032/95. Ressalva do entendimento pessoal do relator no sentido de que os

---

<sup>2</sup> - STJ. T5. RESP 449747-RN. DJ 11/11/2002, p. 292.

<sup>3</sup> - TRF5. Pleno. EIAc 238539-AL. DJ 25/02/2003, p. 720.



dependentes designados em data anterior à edição do referido diploma legal têm direito adquirido a tal condição.

2. Hipótese em que o óbito do segurado se deu em momento posterior à lei revogadora, razão por que não se reconhece o direito do menor designado à percepção do benefício.

3. Embargos infringentes providos.”<sup>4</sup>

Em que pese já haver decidido a matéria aqui tratada de forma contrária, é inegável que os presentes embargos infringentes merecem acolhida.

*Ex positis*, dou provimento aos embargos infringentes.

É como voto.

---

<sup>4</sup> - TRF5. Pleno. EAC 214113-RN. DJ 17/10/2002, p. 652.

## **HABEAS CORPUS Nº 1.950-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA  
Impetrante: DR. HERODOTO PINHEIRO RAMOS FILHO  
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA-PE (PRIVATIVA CRIMINAL)  
Paciente: ANTÔNIO VIRGÍLIO UMBELINO DE BARROS

**EMENTA: HABEAS CORPUS. QUADRILHA OU BANDO (ART. 288 DO CP). ENVOLVIMENTO DE AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. DENÚNCIA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP OBSERVADOS. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM.**

*- Julgamento de crimes de competência da Justiça Federal e da Estadual: “Súmula nº 122 do STJ: Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a, do Código de Processo Penal.”*

*- Delineada na denúncia a conduta típica e antijurídica, prevista no art. nos arts. 155, § 4º, IV; 265, parágrafo único; 299 e 333, parágrafo único, do CP, ante os fortes indícios de autoria e materialidade, falecem os argumentos de inépcia da referida peça processual, quando devidamente preenchidos os requisitos previstos no art. 41 do CPP.*

*- Não se tranca ação penal, quando o fato descrito se afigura típico e antijurídico, e depende de dilação probatória.*

### **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar o *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o

presente julgamento.

Recife, 2 de setembro de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar de suspensão da ação penal, impetrado em favor do paciente Antônio Virgílio Umbelino de Barros, vulgo “Toinho”, apontando como autoridade impetrada o Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que recebeu denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra o referido paciente pela prática dos crimes definidos nos arts. 155, § 4º, IV (furto mediante concurso de duas ou mais pessoas); 288 (quadrilha ou bando); 265, parágrafo único (atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública em virtude de subtração de material essencial ao funcionamento dos serviços); 299 (falsidade ideológica) e 333, parágrafo único (corrupção ativa), do CP.

Pretende o trancamento da ação penal sustentando a impropriedade do indiciamento do paciente em processo criminal sem a prova robusta e concreta de sua participação, alegando que a denúncia não descreve qualquer fato típico imputável ao paciente porque não teria sido provada a atuação dele nos crimes, omitindo-se ainda em esclarecer a quem o paciente teria prejudicado com sua conduta, deixando ainda de indicar se agira culposa ou dolosamente, restringindo-se a retratar as ligações por ele efetuadas sem “confrontá-las com as ações a que se referiram, por inexistentes” – fls. 07.

Ao final, alega que os crimes cometidos, em tese, pelo paciente, são da competência da Justiça Estadual, sem conexão ou continência com os crimes de competência da Justiça Federal, salientando que na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de Pernambuco o paciente foi excluído por ausência de prova de crime contra o erário.

Requer, ao final, o trancamento da ação penal em face do cons-

trangimento ilegal que o trâmite de uma ação penal incabível pode imputar ao paciente.

A liminar foi indeferida pelo MM. Desembargador Federal Geraldo Apoliano, plantonista da Turma de Férias, que solicitou informações à autoridade impetrada – fls. 126/129.

As informações aduzem que nenhum ato abusivo ou ilegal fora praticado por aquele Juízo ao receber a denúncia, porque o paciente, à primeira vista, tivera participação decisiva na associação criminosa que praticara os diversos delitos correspondentes aos fatos narrados na denúncia. Alega que, ao recebê-la, incabível seria exigir do Juízo a análise profunda das provas acostadas à inicial acusatória para instaurar a ação penal, pois a justa causa para o início da persecução penal restringe-se a um mínimo de prova que indique a verossimilhança da acusação.

Salientam que não houve ofensa à indivisibilidade da ação penal, porque o Ministério Público descreveu na denúncia os crimes e as atuações de cada agente, ressaltando a possibilidade de aditá-la caso obtidos novos dados sobre os crimes e as ações dos denunciados.

Quanto à alegação de incompetência do Juízo, reconhecem que alguns dos crimes denunciados não estão incluídos na competência da Justiça Federal, porém como muitos dos delitos cometidos pela associação criminosa afetam bens e interesses da União (advocacia administrativa, violação de sigilo funcional, corrupção passiva e peculato de diárias, praticados por servidores da Polícia Federal), incide a Súmula nº 122 do STJ, que fixa a competência da Justiça Federal para o julgamento de crimes conexos de competência estadual.

Foram os autos à douda Procuradoria Regional da República que, em seu parecer, opina pela denegação da ordem, pela declaração de competência da Justiça Federal, de acordo com a Súmula nº 122 do STJ e em face da existência de crimes de competência da Justiça Federal conexos com crimes de competência da Justiça Estadual, em especial o de quadrilha ou bando em que o principal articulador da organização criminosa é o denunciado José Otávio de Queiroga Wanderley, agente da Polícia Federal.

Salienta que a denúncia descreveu os fatos delituosos imputados ao paciente, atendendo ao disposto no art. 41 do CPP, salientando que os crimes de autoria coletiva dispensam a especificação da participação de cada um dos co-réus, sem prejuízo do direito de defesa.

Ao final, explica que a matéria exige dilação probatória, incabível na via estreita do *habeas corpus*, inexistindo justa causa para o trancamento da ação penal.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

A denúncia imputa ao paciente os crimes tipificados nos arts. 155, § 4º, IV (furto mediante concurso de duas ou mais pessoas); 288 (quadrilha ou bando); 265, parágrafo único (atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública em virtude de subtração de material essencial ao funcionamento dos serviços); 299 (falsidade ideológica) e 333, parágrafo único (corrupção ativa), do CP.

O ilustre representante do Ministério Público Federal aponta na denúncia a conduta e a responsabilidade do paciente nos fatos, explicitando a atuação dele na associação criminosa articulada pelo agente da Polícia Federal José Otávio de Queiroga Wanderley, em especial sua conversa telefônica com o Agente da Polícia Federal Edílson Rosa da Silva, contato da organização com o submundo do crime, na qual teria acertado com este a morte de um desafeto pelo valor de R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais) – fls. 164.

Além disso, conforme descrito na inicial acusatória, o paciente agiu para, utilizando-se de contatos na Polícia Federal, obter boletim de ocorrência policial com data anterior ao suposto fato criminoso com o intuito de encobrir as atividades delituosas da organização criminosa:

“Para tanto, Armando Feitosa de Lima entrou em contato com Antônio Virgílio Umbelino de Barros, perguntando se ele conseguiria obter uma certidão de ocorrência policial com data retroativa. (...)

Inicialmente, o Sr. Antônio Virgílio manteve contato com o Agente da Polícia Federal José Otávio de Queiroga Wanderley, explicando a situação e solicitando-lhe que conseguisse uma certidão de ocorrência de ocorrência com data retroativa. Como resposta, o APF Queiroga lhe disse que falaria com o Delegado de Polícia Civil Paulo Alberes e telefonaria mais tarde.

(...)

Após diversos contatos telefônicos, a certidão – cópia anexa à presente denúncia – foi finalmente obtida, justamente no dia 07 de maio de 2002, dia em que ocorreram as conversas telefônicas acima referidas.” – fls. 185.

Entendo competente a Justiça Federal com reservas, porque a incompetência absoluta da Justiça Federal não se prorrogaria para julgar crimes da competência da Justiça Estadual, mesmo conexos, submeto-me ao entendimento sumulado pelo eg. STJ:

“Súmula nº 122. Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, “a”, do Código de Processo Penal.”

Inclina-se a jurisprudência de outros tribunais, anotada por Mirabete:

“Justiça Federal e Justiça Comum Estadual – (...) STF: “Crimes conexos. Prevalência da competência da Justiça Federal, que tem sede constitucional, em detrimento da Justiça Comum, que é de natureza residual”. (HC 70.563-4 – DJU de 22-4-94, p. 8.943).

(...) TJSP: “ Todos os crimes conexos a outro cujo exame será feito por Juiz Federal serão julgados perante a Justiça Federal, cuja competência prevalente sempre exerce atração e prorroga-se”. (JTJ 156/305) (ob. cit., pág. 314).

Concluo pela competência da Justiça Federal.

Com efeito, os indícios da materialidade e da autoria do crime estão presentes, e, como bem salientou o Ministério Público, há necessidade de dilação probatória para a verificação do alcance da culpabilidade do paciente e das alegações do impetrante, de forma que improcede a alegação de que a denúncia seria inepta. A denúncia atende a todos os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP.

Sendo assim, se os fatos descritos na denúncia se enquadram, em tese, no tipo penal descrito, não deve ser impedida sua apuração regular. Não se identificando qualquer ilegalidade no exercício de uma atividade estatal lícita que é a de apurar a existência do crime e a sua autoria quando há indícios de fatos delituosos, como ocorre no caso.

Somente após a conclusão da instrução criminal e minucioso exame de toda a matéria probatória é que se poderá concluir pela culpabilidade, ou não, do paciente.

A ausência de justa causa para trancar o prosseguimento do feito só pode ser reconhecida quando, sem a necessidade de exame aprofundado e valorativo dos fatos, indícios e provas, restar inequivocadamente demonstrada, pela impetração, a atipicidade flagrante do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação, ou, ainda, a extinção de punibilidade.

É neste sentido a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“Também somente se justifica a concessão do *habeas corpus* por falta de justa causa para ação penal quando é ela evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação” (ob. cit., pág. 714).

E como vem decidindo o eg. Superior Tribunal de Justiça:

“EMENTA: CRIMINAL. HC. ESTELIONATO. DESPACHO QUE RECEBE A PEÇA ACUSATÓRIA. DENECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALHAS NÃO-VISLUMBRADAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE

JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA DE PLANO. IMPROPRIEDADE DO *WRIT* PARA APROFUNDADO EXAME DA ALEGADA AUSÊNCIA DE DOLO. ORDEM DENEGADA.

I. (...)

II. (...)

**III. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.**

**IV. O *writ* não se presta para o trancamento de feito por falta de justa causa, se, para análise da alegação, é necessário aprofundado exame acerca da ausência de dolo.**

**V. Ordem denegada.”**

(STJ, 5ª Turma, HC nº 13.097/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, julg. 17.09.2001, publ. 21.08.2001, pág. 175).

“EMENTA: HC SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA QUE DESCREVE CRIME EM TESE, NOS TERMOS DO ART. 41 DO CPP. INÉPCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

**- Em sede de *habeas corpus*, conforme entendimento pretoriano, somente é viável o trancamento de ação penal por falta de justa causa quando, prontamente, desponta a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou se acha extinta a punibilidade, circunstâncias não evidenciadas na espécie.**

- As instâncias administrativa e criminal são independentes e autônomas, não estando o Ministério Público vinculado às conclusões do Tribunal de Contas. Precedente.

- Ordem denegada.”

(STJ, 5ª Turma, HC nº 16.279/SP, Rel. Min. José



Arnaldo da Fonseca, dec. 28.06.2001, publ. 10.09.2001, DJU pág. 404).

Diante do exposto, denego o *habeas corpus*.

É o voto.

### **HABEAS CORPUS Nº 1.969-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO  
Impetrantes: DRS. ANTONIO AUGUSTO PORTELA MARTINS E OUTRO  
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA-CE (PRIVATIVA EM MATÉRIA PENAL)  
Paciente: PAULO PEREIRA DE SOUZA

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. TRANSCAMAMENTO DE AÇÃO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 83 DA LEI Nº 9.430/96. INAPLICABILIDADE AO MINISTÉRIO PÚBLICO. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO CRIMINAL. POSSIBILIDADE.**

**- A limitação imposta pelo art. 83 da Lei nº 9.430/96, condicionando a representação fiscal para fins penais, relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, à decisão final na esfera administrativa, não interfere na função institucional do Ministério Público de promover a ação penal pública.**

**- Jurisprudência do STF na ADIN nº 1.571. Precedentes do STJ.**

**- A decisão final, na esfera administrativa, quanto à existência ou não de infração tributária, não constitui prejudicial ao exame da matéria na esfera criminal, ante a ausência de previsão legal e em face da irrazoabilidade de que uma decisão**

***administrativa, passível de revisão judicial, possa preponderar sobre uma decisão jurisdicional, apta a adquirir os efeitos de imutabilidade inerentes à denominada coisa julgada.***

***- Inadmissível o trancamento de inquérito criminal por meio de habeas corpus, quando os fatos nele apontados constituem, em tese, ilícito penal e a comprovação da inocência dos pacientes dependa de provas a serem produzidas no curso da instrução criminal, perante o juízo singular.***

***- Denegação da ordem.***

### **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 14 de setembro de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de *habeas corpus* preventivo, com pedido de liminar, impetrado em favor de Paulo Pereira de Souza, sendo apontado como autoridade coatora o MM. Juiz Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, através do qual se objetiva a suspensão da Ação Penal nº 2003.81.00.27651-8, onde o ora paciente se encontra denunciado, pela prática do ilícito previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90.

Alegam os ilustres impetrantes que o procedimento administrativo fiscal, o qual constitui-se em condição indispensável para a caracterização do tipo penal previsto na Lei nº 8.137/99, ainda não

foi concluído, o que vale dizer que a ação penal em questão busca apurar uma conduta atípica, de vez que, até a presente data, não foi caracterizado o crime apontado.

Para fundamentar o seu pedido, invocam recente precedente do STF, proferido nos autos do HC nº 81.611-DF.

Indeferida a liminar requerida, a autoridade apontada como coatora prestou suas informações (fls. 392/413).

O Ministério Público Federal ofertou o seu parecer, às fls.416/422 , através do qual opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Afirma o impetrante que o MM. Juiz impetrado não poderia ter recebido a denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal, desde que, nos crimes contra a ordem tributária, a apuração criminal só pode ter início após o exaurimento da instância administrativa.

Diferentemente do alegado, tenho entendido, em vários julgados de que fui relator, que a decisão final na esfera administrativa não é condição para o oferecimento de denúncia, tampouco para a instauração de inquérito criminal, como também não é a representação fiscal pressuposto para a instauração da ação penal pública.

É verdade que a Lei nº 9.430/96, em seu art. 83, referindo-se aos crimes definidos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, condiciona o encaminhamento da representação fiscal ao Ministério Público somente após ser proferida a decisão final na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crime tributário correspondente, todavia, essa representação fiscal na esfera administrativa, de que trata a Lei nº 9.430/96, não se confunde com aquela mencionada no art. 24 do Código de Processo Penal Brasileiro, visto que os crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 são de ação penal pública incondicionada.

Entendo, ainda, que condicionar a atuação do Ministério Públi-

co à apresentação de representação fiscal por parte da autoridade administrativa, sem que a lei assim disponha, seria admitir a interferência na função institucional do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública, a teor do que dispõe o art. 129, I, da Constituição Federal.

Sou, igualmente, partidário da tese segundo a qual a Lei nº 9.430/96, em seu artigo 83, sobre a representação fiscal, há de ser compreendida nos limites da competência do Poder Executivo, o que significa dizer que rege atos de administração fazendária, prevendo o momento em que as autoridades competentes dessa área da Administração Federal deverão encaminhar ao Ministério Público Federal os expedientes contendo notícia criminis acerca de delitos contra a ordem tributária previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90.

Aliás, a matéria tratada neste *writ* – muito antes do julgamento do HC nº 81.611-DF pelo Pretório Excelso, em 10/12/2003, invocado pelo impetrante – já havia sido objeto de apreciação por parte daquela Augusta Corte, quando do julgamento da ADIN nº 1.571, onde restou firmado que o art. 83 da Lei nº 9.430/96 não define condição de procedibilidade para a instauração da ação penal pública por parte do Ministério Público, o qual poderá, a qualquer tempo, propor a ação penal, independentemente do término do processo administrativo-fiscal.

Neste sentido, tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê dos recentes acórdãos, cujas ementas ora faço transcrever:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE . CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE.

I – ..... (*omissis*)

II – O art. 83 da Lei nº 9.430/96 não criou, como regra geral, qualquer óbice para a atuação do Ministério Público (art. 129, I e VIII, da Carta Magna).

III – A existência de procedimento administrativo não tem o condão de, em princípio e por si só, obstar

formalmente uma apuração criminal.

IV – O cerne da questão se limita ao juízo de admissibilidade da demanda, de caso a caso, na forma exposta nos arts. 41 e 43 do CPP. *Habeas Corpus* denegado”.

(HC nº 25.368/DF, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, unânime, julg. em 02/03/2004, publ. *DJ* 05/4/04).

“PENAL E PROCESSUAL. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. CONTA BANCÁRIA. SIGILO. QUEBRA. INQUÉRITO POLICIAL. TRANCAMENTO.

- O processo administrativo fiscal não é condição de procedibilidade para a instauração de ação penal e o artigo 83 da Lei nº 9.430/96 não constitui óbice à investigação promovida pelo Ministério Público.

- (*omissis*)

- Ordem denegada”.

(HC nº 23649/ES, 6ª Turma, rel. Min. Paulo Medina, unânime, julg. 04/12/03, publ. *DJ* 19/12/2003).

Mantenho, pois, os fundamentos adotados e expostos em outros julgados, em tudo semelhantes ao que ora examino, apesar de reconhecer a importância do recente precedente firmado pelo STF, que, por maioria de seus membros, firmou entendimento no sentido de que, por serem os ilícitos descritos no art. 1º da Lei nº 8.137/99 de natureza material ou de resultado, somente após o término do procedimento administrativo fiscal poderá ser examinada a questão concernente à existência de crime contra a ordem tributária, tendo em vista constituir-se a decisão administrativa condição objetiva de punibilidade, ou seja, elemento indispensável à formulação do próprio tipo penal. (HC nº 81.611/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Aliás, este meu entendimento já tive oportunidade de manifestá-lo quando da apreciação do HC 1920-PE, do qual fui relator.

Naquela ocasião, ousei discordar do referido precedente, adotando, ainda, como razão de decidir, os judiciosos argumentos do parecer ministerial apresentado pelo eminente Representante do *Parquet*, Dr. Domingos Sávio Tenório de Amorim, que, por espe-

lhar o meu posicionamento sobre a matéria, reproduzo-o neste julgamento, *in verbis*:

“ ...

Com o pedido de vênias aos que entendem contrariamente, o equívoco da invocada decisão do Supremo Tribunal Federal reside não na percepção da diferença existente entre esferas de atuação do Estado (Administração/Jurisdição) e instâncias jurisdicionais (civil e penal).

Em que pese a independência existente entre as instâncias jurisdicionais (e entre estas e a instância administrativa, registre-se), caso esteja em exame o reconhecimento da materialidade e da autoria do fato questionado, há previsão legal de preponderância da instância penal sobre a civil. Confira-se:

‘Art. 1.525. A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime’.

#### Código de Processo Penal

‘Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for o caso, contra o responsável civil.

Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela’.

‘Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato’.

Percebe-se, dessarte, que, em caso de apuração simultânea da existência do fato e de sua autoria nas instâncias civil e penal, impõe-se, de regra, a suspensão da ação civil, cujo prosseguimento fica condicio-

nado ao pronunciamento sobre a matéria em questão pelo juízo criminal.

No entanto, a regra de preponderância do julgamento criminal sobre o cível comporta exceções, previstas legalmente, consoante se depreende dos arts. 92, 93 e 94 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

‘Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz reputar séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no **juízo cível** seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

Parágrafo único – Se for o crime de ação pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados’.  
(Sem grifos e negrito no original).

‘Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do **juízo cível**, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

§ 1º O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa.

§ 2º Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso.

§ 3º Suspenso o processo, e tratando-se de crime de ação pública, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento'.  
(Sem grifos e negrito no original).

'Art. 94. A suspensão do curso da ação penal, nos casos dos artigos anteriores, será decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes'.

Considerando-se que os dispositivos (arts. 92, 93 e 94) do Código de Processo Penal respeitantes às denominadas *questões prejudiciais* disciplinam hipóteses taxativas (= não enumerativas), e considerando-se que o juiz criminal exerce um juízo de discricionariedade acerca da necessidade ou não de suspensão do processo criminal (= verificar, no caso do art. 93, se a questão de competência do juízo cível é de difícil solução e não versa sobre direito cuja prova a lei civil limita), conclui-se que as hipóteses contidas nos dispositivos em tela *não* configuram uma exceção absoluta à regra da preponderância do julgamento criminal sobre o cível, vez que sua incidência encontra-se condicionada às circunstâncias do caso concreto (mesmo na hipótese do art. 92 do CPP, que trata de questão prejudicial obrigatória, posto que ao juiz cumpre averiguar se, no caso em exame, a controvérsia sobre o estado civil reputa-se séria e fundada, de sorte a ensejar a suspensão do processo criminal).

Ora, se as coisas funcionam desse modo no tocante à relação entre instâncias jurisdicionais – cível e penal –, que se dirá quando se tratar de relação estabelecida entre a 'instância' administrativa e a instância penal.

É dizer: por força de previsão legal, o julgamento de uma determinada matéria em uma das instâncias jurisdicionais pode encontrar-se condicionado a anterior manifestação da outra instância jurisdicional, caso haja apuração simultânea da existência do fato e de sua autoria, e caso entre elas exista uma questão prejudi-



cial a ser previamente decidida.

Porém, é inconcebível, máxime pela falta de previsão legal, a possibilidade de o pronunciamento da Administração – cuja esfera de atuação distingue-se totalmente daquela esfera de atuação do Estado respeitante à jurisdição – constituir óbice ao pronunciamento do Judiciário sobre idêntica matéria.

Não se olvide que as decisões administrativas, ainda que proferidas em última instância (= último grau de revisão) não possuem aptidão para adquirir a característica da imutabilidade, dado que podem vir a ser modificadas pelo Poder Judiciário, o que evidencia o absurdo de condicionar-se o pronunciamento no âmbito criminal ao prévio exaurimento da questão na esfera administrativa.

Pergunta-se: em se submetendo à instância jurisdicional cível a questão acerca da existência ou não da supressão/redução de tributos e da fixação do seu respectivo montante, em caso de julgamento divergente na esfera administrativa, qual deles deve prevalecer?

A resposta aponta para a preponderância do julgamento na instância cível, cuja natureza jurisdicional imprime aos julgados dela resultantes a condição de imutabilidade, denominada de coisa julgada material.

Daí, não é razoável condicionar o julgamento de um ilícito tributário na instância criminal à decisão acerca da existência ou não de supressão/redução de tributo na esfera administrativa, quando há a possibilidade de que a existência ou não do débito tributário venha a ser simultaneamente discutida na instância cível, cujo julgado a toda evidência irá prevalecer sobre aquele proferido na esfera administrativa, dada a aptidão que possui para adquirir a eficácia de imutabilidade.

Por outro lado, nada impede que toda defesa realizada no âmbito administrativo seja repetida no juízo criminal, que então a definirá, mesmo porque nosso sistema de controle jurisdicional é o inglês, ou seja, da jurisdição única.

A esse respeito, coteje-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

‘PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE SONEGAÇÃO. DISCUSSÃO EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. TÉRMINO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA *PERSECUTIO CRIMINIS*. ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA INDEPENDENTES. VIA INADEQUADA. EXAME NECESSÁRIO E APROFUNDADO DAS PROVAS. ORDEM DENEGADA.

No plano de procedimento fiscal, a decisão dele esperada, pelo menos em princípio, não produz o comprometimento da análise judicial precedente, sobretudo porque a falta de dispositivo legal impede a hipótese reductionista.

A diversidade dos fatos e das avaliações sob os aspectos administrativo e penal, tendo finalidades disformes (aplicar multa e aplicar pena), compele-nos dizer que o convencimento de uma e de outra órbita possa sustentar-se por pilares aparentemente diferentes, onde a visualização da conduta e suas conseqüências perfaçam caminhos muitas vezes próprios e dicótomos. O que vale ressaltar apenas, no primeiro momento, é a identificação do mesmo fato no sentido da autuação fiscal, sujeita ou não a discussões posteriores.

A esse aspecto, é preciso lembrar que se houvesse qualquer subordinação da atividade penal em relação a procedimento fiscal, a lei o teria dito textualmente. Ademais, o entendimento a favor da prejudicialidade, impedindo a seqüência natural da *persecutio criminis*, converte a atividade do contribuinte num poder contrário aos ditames do bom senso, visto que o Estado estar-se-ia envolto a infundáveis polêmicas introdutórias com as quais se engessaria qualquer atividade punitiva. Seria, em verdade, um desestímulo ao intuito arrecadatário, pois, bastava a simples discussão administrativa

para interromper, sabe lá por quanto tempo, a prestação punitiva estatal.

A superação dos óbices quanto ao entendimento da prejudicialidade, haja vista que promove a indicação de ter ou não o contribuinte procedido com fraude, além de ter sonegado ao recolhimento do tributo devido, atrai, e não há dúvida disso, o exame correspondente do material probatório. Seria, em outras palavras, um despropósito, num caminho tão diminuto, frear a possibilidade de o Estado ver discutido tema por demais intrincado, dependente, em todo caso, da atividade cognitiva plena. Por fim, o benefício da extinção da punibilidade concedido pelo art. 34 da Lei n.º 9.249/95 não pressupõe a necessidade de ciência aos interessados para que se dê início à ação penal, com o recebimento da denúncia.

Ordem denegada.

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar o pedido. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Jorge Scartezini'.

(HC 26697/SP; *Habeas Corpus*; 2003/0010779-0; DJ de 15/12/2003; pág. 00332; Relator Min. José Arnaldo da Fonseca; Data da Decisão 25/11/2003; Órgão Julgador T5 - quinta turma.)

Segundo se extrai do *Informativo* nº 333 do STF, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 81611, 'considerou-se, ainda, o fato de que, consumando-se o crime apenas com a constituição definitiva do lançamento, fica sem curso o prazo prescricional'.

O Código Penal, no seu art. 116, enumera taxativa-

mente as causas suspensivas da prescrição da pretensão punitiva:

‘Art. 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I – enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

II – enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro”.  
Parágrafo único. Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo’. (Grifou-se).

Presume-se que, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 81611, ao entender que ‘fica sem curso o prazo prescricional’, o STF aplicou à hipótese a causa de suspensão da prescrição prevista no inciso I do art. 116 do Código de Processo Penal.

Ocorre que se o ‘outro processo’ (no qual deve ser resolvida a questão prejudicial) a que o dispositivo faz remissão tramitar na esfera administrativa, existe dúvida acerca de sua idoneidade para funcionar como causa suspensiva da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Ademais, de se observar que as questões prejudiciais a que se refere o dispositivo em comento são aquelas expressamente previstas nos arts. 92 e 93 do Código de Processo Penal, que, como visto, devem ser decididas na instância jurisdicional cível, não havendo previsão legal de sua solução na esfera administrativa.

A esse respeito, colha-se o ensinamento de Cézaro Roberto Bitencourt:

‘2.1. Causas suspensivas da prescrição da pretensão punitiva

São as seguintes: a) enquanto não for resolvida questão prejudicial – a prescrição não corre enquanto não for resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime. São as chamadas questões prejudi-

ciais, reguladas pelos arts. 92 a 94 do CPP, cuja relação com o delito é tão profunda que a sua decisão, em outro juízo, pode determinar a existência ou inexistência da própria infração penal'; (grifou-se).

Daí, aparentemente, o STF adotou exegese que implica na criação de nova hipótese de suspensão da prescrição da pretensão punitiva, cuja duração corresponde ao lapso temporal necessário ao exaurimento, na esfera administrativa, da discussão acerca da existência ou não do débito tributário. Ocorre que, como essa novel hipótese de suspensão da prescrição não encontra suporte legal, corre-se o risco de, posteriormente, invocar-se a ausência de expressa previsão normativa como justificativa para fundamentar futuros pedidos de declaração da extinção da punibilidade, em relação a fatos criminosos cuja apuração na esfera administrativa terá se arrastado durante anos, a ponto de impedir a instauração eficaz da persecução penal.

No tocante à averiguação do momento consumativo dos delitos tributários, a exegese mais acertada é no sentido de que *'sendo a obrigação tributária certa desde o fato gerador, o não-pagamento na data do vencimento possibilitaria a atuação estatal'*, em virtude da existência de ilícito criminal, de sorte que o lançamento apenas declara e formaliza o crédito tributário existente. Nesse diapasão, a decisão do Superior Tribunal de Justiça abaixo transcrita:

**'EMENTA: PROCESSO PENAL – SONEGAÇÃO FISCAL – AÇÃO PENAL – PRÉVIO ESGOTAMENTO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – DESNECESSIDADE.**

- A questão ventilada no *writ* foi objeto de apreciação, por esta E. Corte, em inúmeras outras oportunidades. Aqui, como também no E. Supremo Tribunal Federal, tem-se proclamado que o preceito contido no art. 83 da Lei 9.430/96 não provocou nenhuma repercussão no Processo Penal, o que se

refere a esgotamento da via administrativa para a propositura de eventual ação penal. As responsabilidades administrativas e penais são independentes, ressaltando que, em se tratando de delitos fiscais, o lançamento apenas declara e formaliza o crédito tributário existente. Sob a ótica penal, o delito já existia.

- Ordem denegada.

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca, Felix Flischer e Gilson Dipp.

(Acórdão HC 15373/SP; *Habeas Corpus* 2000/0141949-8; *DJ* de 25/02/2002; pág. 0410; Relator Min. Jorge Scartezzini; data da decisão 07/06/2001; Órgão Julgador T5 - quinta turma).

‘No melhor estudo do assunto em nossa língua, ou talvez noutras, Amílcar Falcão ensinou que “é o fato ou conjunto de fatos, ou estado de fato ao qual o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar determinado tributo”, atribuindo-lhes os seguintes efeitos conseqüentes ou integrantes: a) identificação do momento em que nasceu a obrigação tributária; b) determinação do sujeito passivo; c) determinação dos conceitos de não incidência, incidência e isenção tributária...’ (Aliomar Baleeiro, *Direito Tributário Brasileiro*, p. 455, Rio de Janeiro, Forense, 1983)

Destarte, a preocupação quanto à extinção da punibilidade revela-se pertinente, a menos que se entenda, em verdadeira afronta a toda lógica do Sistema Tributário Brasileiro, que o crime tributário sequer existe até que haja o efeito preclusivo da decisão final em sede

administrativa, de sorte a não haver motivo para se falar de prescrição. Nessa hipótese, somente haveria delito caso ao final do processo administrativo fiscal restasse comprovada a sonegação e seu respectivo montante, quando ocorreria o momento consumativo e teria início o prazo prescricional.

De qualquer sorte, ainda que se entenda que a prescrição não corre, a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal reveste-se de gravidade: a) face às conseqüências negativas de o Judiciário, abrindo mão de exercer a jurisdição, se subjugar/vincular a decisões proferidas na esfera administrativa, amiúde informadas por pressões políticas e interesses econômicos divorciados do interesse público; b) em que pese não coarctar o exercício da ação penal pelo Ministério Público, impinge ao *Parquet* um injustificado diferimento dessa função institucional que lhe foi constitucionalmente atribuída em caráter privativo; c) cria causa de suspensão do processo criminal (e, espera-se, correlata causa de suspensão da prescrição da pretensão punitiva) sem expressa previsão legal, concedendo benesse não condizente com a gravidade inerente aos crimes tributários, cuja dispersão das vítimas, inobstante oculte as suas conseqüências deletérias em nada as mitiga, vez que deixam marcas indeléveis na sociedade, refletidas no aumento da pobreza, da violência, dos índices de analfabetismo, entre outros males sociais.

Conclui-se, portanto, pela impossibilidade de trancaamento do inquérito policial, em face da irrazoabilidade da submissão da investigação criminal ao prévio esgotamento da via administrativa.”

Não havendo mais nada a acrescentar, denego a presente ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

## INQUÉRITO N° 807-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO  
Autora: JUSTIÇA PÚBLICA  
Indic./Invdo.: SEM INDICIADO  
Investigados: ORISMAR VANDERLEI DINIZ E GLAIRTON LIMA MONTEIRO  
Adv./Proc.: DR. ENISIO CORDEIRO GURGEL (1° INVDO.)  
Def. Pública: DRA. SÔNIA MARIA CAVALCANTE BARBOSA (2° INVDO.)

**EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE EX-PREFEITO MUNICIPAL. DL 201/67. SUPERFATURAMENTO E NÃO PRESTAÇÃO DE CONTAS. ART. 89 DA LEI 8.666/93. INEXISTÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LICITATÓRIO. CONCURSO DE AGENTES. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA.**

*- Havendo indícios veementes da materialidade e da autoria de crime de responsabilidade (DL 201/67), bem assim de ilícito em processo licitatório (Lei 8.666/93), apurados em procedimento documentado, estando presentes os requisitos do art. 41 do CPP e ausente qualquer das hipóteses do art. 43 do mesmo Código, impõe-se o recebimento da denúncia.*

*- A manifestação do TCU, desaprovando a prestação de contas do gestor público, é indício veemente da prática de ilícitos, devendo se acolher esse pronunciamento da Corte de Contas com a eficácia de predefinir a viabilidade, em tese, da acusação.*

*- Com relação à prisão preventiva do acusado, cuja apreciação é obrigatória no ato de recebimento da denúncia, a teor do art 2º, II, do DL 201/67, é algo excepcional, não devendo ficar aquém do necessário e nem ir além do suficiente, sendo, no caso em análise, evidentemente desne-*



**cessária.**

**- A denúncia que descreve fatos que, em tese, configuram ilícitos penais, bem assim a que demonstra justa causa da acusação, ou seja, sua razoabilidade, desde que não extinta a punibilidade do denunciado, merece ser recebida, assim, recebo a denúncia em análise por seus jurídicos fundamentos e por considerar a presença de indícios fáticos.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de INQ 807-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em receber a presente denúncia, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 8 de setembro de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIS FILHO:

1. Trata-se de denúncia formulada pela Procuradoria da República no Estado do Ceará contra Orismar Vanderlei Diniz, ex-Prefeito do Município de Ibiapina/CE, face à eventual prática de irregularidades na prestação de contas relativa a convênio celebrado com o Ministério da Agricultura e do Abastecimento (Convênio 33/96), para implantação de rede de eletrificação rural no referido Município, configurando, assim, os delitos constantes no inciso III e VII do art. 1º do DL 201/67 (superfaturamento e não prestação de contas), em concurso material com o art. 89 da Lei 8.666/63 (crime em processo de licitação), e contra Glairton Lima Monteiro, sócio-proprietário da empresa GM Construções Ltda., que, em concurso de pessoas com o primeiro denunciado, teria perpetrado, ao menos em tese, as infrações constantes no art. 1º, III, do

DL 201/67 (superfaturamento) e no parágrafo único da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações).

2. O MM. Juiz Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Ceará determinou a expedição de Carta Precatória ao douto Juiz de Direito da Comarca de Ibiapina/CE, objetivando a intimação do acusado Orismar Vanderlei Diniz para apresentar defesa preliminar no prazo legal, o que foi realizado às fls. 241/242 dos autos. Na mesma, o denunciado se reservou no direito de apresentar as razões de sua defesa nas alegações finais.

3. Determinada a intimação do segundo denunciado, Glairton Lima Monteiro, com a mesma finalidade, este não foi encontrado no endereço constante no mandado, sendo posteriormente expedido edital de citação, com determinação de comparecimento à Juízo para realização de interrogatório.

4. Consta da ata de audiência (fls. 248) que, devido ao não comparecimento do denunciado Glairton Lima Monteiro, embora devidamente citado por edital, o MM. Juiz determinou a suspensão do processo e do prazo prescricional em relação ao mesmo, nos termos do art. 366 do CPP. Em seguida, nomeou a Advogada Sônia Maria Cavalcante Barbosa para representar o réu ausente, na qualidade de Defensora Dativa, determinando a intimação da mesma para apresentar a defesa prévia do acusado em comento.

5. Os presentes autos foram remetidos a este egrégio Tribunal por força de decisão prolatada pelo Juiz da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará (fls. 250), tendo em consideração a Lei 10.628/2002, que alterou o art. 84 do CPP, *estendendo o foro por prerrogativa de função também aos agentes que não mais exercem múnus público, afirmando ser incompetente para o feito.*

6. Distribuídos os autos neste Tribunal, foi determinada sua remessa à douta Procuradoria Regional Federal da 5ª Região, que suscitou, às fls. 256/272, Incidente de Inconstitucionalidade da Lei 10.628/02, alegando, em suma, que *o foro especial é prerrogativa funcional e não pessoal, pressupondo o exercício do cargo ou mandato, cessando com o término deste.*

7. Conforme consta às fls. 280 dos autos, este egrégio Tribunal decidiu, por unanimidade, rejeitar a Arguição de Inconstitucio-

nalidade do art. 84, parágrafo 1º, do CPP, com a redação dada pela Lei 10.628/02, tendo em vista que, se declarada a inconstitucionalidade e, posteriormente, o STF proclamar o contrário, as ações penais serão novamente remetidas a este Tribunal, não podendo haver convalidação dos atos praticados pelos juízes monocráticos, porque incompetentes para sua realização.

8. Rejeitado o incidente pelo Plenário desta egrégia Corte, foi dado normal prosseguimento ao feito, com o encaminhamento dos autos à Procuradoria Regional Federal, para que tomasse ciência da decisão e postulasse o que fosse cabível.

9. A Procuradoria Regional Federal ofereceu a Promoção nº 16/2004 (fls. 283/287) pugnando pela intimação da advogada Sônia Maria Cavalcante Barbosa para apresentar defesa preliminar do indiciado Glairton Lima Monteiro, como também pelo interrogatório do acusado Orismar Vanderlei Diniz e oitiva das testemunhas arroladas pelo *Parquet* de primeira instância e pelo acusado Orismar Vanderlei Diniz. Após, ratificou a peça acusatória e requereu o recebimento da mesma por esta Corte Federal.

10. Foi determinada a expedição de ofício (fls. 289) objetivando a intimação da advogada Sônia Maria Cavalcante Barbosa para apresentar defesa preliminar, o que foi feito às fls. 292/293, aduzindo, em síntese, que a conduta do indiciado Glairton Lima Monteiro decorreu de uma situação que lhe foi imposta, não tendo havido dolo.

11. Quanto às demais diligências, quais sejam, interrogatório e ouvida de testemunhas, entendi não serem necessárias (fls. 295/296), tendo em vista que teriam apenas a finalidade de fomentar a ratificação da peça acusatória apresentada pelo órgão ministerial de primeira instância, o que já havia sido feito pelo *Parquet* Regional, às fls. 283/287 dos autos.

12. A Procuradoria Regional Federal da 5ª Região, instada a se manifestar acerca da defesa preliminar apresentada pelo acusado Glairton Lima Monteiro, ofereceu a Cota 224/2004 (fls. 298/299), aduzindo que: (a) a existência de dolo necessita do exame valorativo do conjunto fático probatório, não podendo ser afastada através da mera afirmação de sua não existência; (b) o fato de ter sido publicada a licitação em jornal de circulação local, ou ter sido

entregue e inaugurada a obra, não demonstra a existência do devído processo licitatório. Ao final, pugnou pelo recebimento da denúncia e prosseguimento do processo em seus ulteriores termos.

13. É o relatório.

## VOTO

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

1. O Ministério Público Federal, em sua peça acusatória inaugural, imputou a Orismar Vanderlei Diniz a prática dos delitos constantes nos incisos III e VII do art. 1º do DL 201/67 (superfaturamento e não prestação de contas), em concurso material com o art. 89 da Lei 8.666/63 (crime em processo de licitação), bem como a Glairton Lima Monteiro a prática dos delitos descritos no art. 1º, III, do DL 201/67 (superfaturamento), e no parágrafo único da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações).

2. Narra a exordial da Procuradoria Regional da República atuante junto a este Tribunal que o primeiro denunciado, Orismar Vanderlei Diniz, ex-Prefeito do Município de Ibiapina/CE, à época de sua gestão, firmou o Convênio 33/96 com o Ministério da Agricultura e do Abastecimento, objetivando promover o desenvolvimento e modernização da agricultura municipal através da implantação de rede de eletrificação rural no Município, se omitindo, contudo, no seu dever de prestar contas dos recursos recebidos para tal fim.

3. Afora isso, aduz a ocorrência de irregularidades no processo licitatório para contratação da obra, bem como sobrepreço na compra dos equipamentos instalados, tudo com fundamento na Tomada de Contas Especial de responsabilidade de Orismar Vanderlei Diniz, instaurada pelo Tribunal de Contas da União, *que prolatou acórdão (fls. 16/19) julgando irregulares as contas da Prefeitura no decorrer de sua gestão, apurando débito contra o mesmo em decorrência de irregularidades verificadas na execução do Convênio 33/96, como se vê a seguir:*

*“Acordam os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea c,*

da Lei 8.443/92 c/c os arts. 19 e 23, inciso III, alínea c da mesma lei, em:

a) julgar as presentes contas irregulares e condenar o Sr. Orismar Vanderlei Diniz, ex-Prefeito de Ibiapina/CE, ao pagamento da importância de R\$ 5.350,53 (cinco mil, trezentos e cinqüentas reais e cinqüenta e três centavos), fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante este Tribunal (art. 165, inciso III, alínea a, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos encargos legais calculados a partir de 12.11.1996 até a data do efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor;

b) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/92, a cobrança judicial do débito, caso não atendida a notificação;

c) determinar à Secretaria de Desenvolvimento Rural do Ministério da Agricultura e do Abastecimento que inclua o nome do Sr. Orismar Vanderlei Diniz no cadastro informativo dos créditos não quitados de órgão e entidades Federais - CADIN, caso essa providência já não tenha sido adotada;

d) encaminhar cópia do processo ao Ministério Público da União para ajuizamento das ações civis e penais" (fls. 16 dos autos).

4. Entre as irregularidades apontadas pelo TCU durante o procedimento de Tomada de Contas Especial (fls. 212), pode-se citar:

(a) a não comprovação da realização de licitação para contratação da empresa responsável pela execução do objeto do convênio;

(b) a ocorrência de pagamento antecipado da obra à firma GM Construções Ltda.;

(c) a não apresentação de prestação de contas ao órgão repassador, conforme as normas reguladoras dos convênios, apresentando alguns documentos obrigatórios da prestação de contas somente após ter sido citado pelo TCU; e

*(d) a contratação de obras e serviços acima do valor do mercado.*

5. Quanto a tais irregularidades, o ex-Prefeito prestou esclarecimentos (fls. 189/198) que não contribuíram em nada para comprovação da inexistência dos fatos acima mencionados, entre outras alegações, afirmou que *não mais exerce o mandato de Prefeito Municipal de Ibiapina/CE, sendo o cargo hoje de titularidade de um adversário político, sendo certo que o prefeito sucessor tudo tem feito no sentido de dificultar a obtenção, pelo defendente, da documentação necessária para a prestação dos esclarecimentos exigidos pelo Tribunal de Contas.*

6. A tomada de contas realizada pelo TCU apurou indícios veementes da ocorrência de fatos delituosos, indícios estes que não foram rechaçados pelo denunciado, outrossim fomentaram a denúncia ofertada pelo *dominus litis*.

7. Em relação ao segundo denunciado, Glairton Lima Monteiro, sócio-proprietário da empresa GM Construções Ltda., empresa vencedora da tomada de preços, atribuiu o MPF a prática de superfaturamento, em concurso de agentes com o primeiro denunciado, bem assim a prática de crime contra a Administração Pública, *por ter se beneficiado de licitação irregular.*

8. Os tipos penais em que o douto *Parquet* Federal enquadrou a conduta dos denunciados têm a seguinte dicção:

“Art. 1º - São crimes dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

(...);

III – desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;

(...);

VII – deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos, empréstimos, subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título.

(...);

Art. 89 – Dispensar ou inexigir licitação fora das hi-

póteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

(...).

Parágrafo único – Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público”.

9. A denúncia deve ser recebida sempre que atendidas as condições da ação e os pressupostos processuais, já que constituem requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito e, ainda, quando observadas as formalidades do art. 41 do CPP. No caso *sub judice*, é claro o preenchimento de todas essas exigências legais.

10. Os documentos anexos ao presente IPL, em 2 volumes, *forneem indícios suficientes para o recebimento desta denúncia*, porquanto a mesma narra circunstanciadamente os fatos apontados como delitivos, qualifica os imputados e classifica o crime, de modo que atende, por completo, as exigências do art. 41 do CPP; por outro lado, não incide nesta hipótese nenhuma das causas de rejeição da denúncia apontadas no art. 43 do CPP.

11. Como é cediço, a denúncia que descreve fatos que, em tese, configuram ilícitos penais, bem assim a que demonstra justa causa da acusação, ou seja, sua razoabilidade, desde que não extinta a punibilidade do denunciado, merece ser recebida.

12. No caso presente, comporta destaque especial, por ser elemento de alta definição da ocorrência dos ilícitos, o julgamento do egrégio Tribunal de Contas da União, que tem a competência constitucional (art. 71, II e IV, da Carta Magna) de examinar e fiscalizar as contas dos gestores de recursos públicos repassados aos Estados e Municípios; a conclusão da Corte de Contas pela irregularidade das contas do denunciado é indício suficiente a fomentar o recebimento da denúncia; de igual modo, quando o TCU aprova as contas do gestor público, esse pronunciamento é dotado da mesma eficácia.

13. Ao meu ver, as decisões do TCU nessa matéria devem ser

tidas como *conclusivas*, somente podendo ser desconsideradas quando (e se) propostas contra elas ações judiciais com finalidade desconstitutiva.

14. Quanto à prisão preventiva do acusado, *cuja apreciação é obrigatória no ato de recebimento da denúncia*, a teor do art 2º, II, do DL 201/67, entendo que é sempre algo excepcional, não devendo ficar *aquém do necessário* e nem ir *além do suficiente*, sendo, no caso em análise, evidentemente desnecessária, tanto que o Ministério Público Federal silenciou a seu respeito.

15. Quanto ao afastamento do Prefeito, nele não há que se falar, eis que a sua investidura já está encerrada.

16. Assim, recebo a denúncia em análise por seus jurídicos fundamentos e por considerar a presença de indícios fáticos, porém não decretando a prisão preventiva do acusado.

17. É como voto, Presidente.

## RECURSO EM SENTIDO ESTRITO N° 670-PE

Relator : DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Recorrentes: CLÉCIO CARLOS BEZERRA DA SILVA, GEOVÁ DE SOUZA SANTOS E LUIZ CARLOS BARRETO DA COSTA (RÉUS PRESOS)  
Recorrida: JUSTIÇA PÚBLICA  
Defensores: DRS. ALESSANDRO TERTULIANO DA C. PINTO E OUTROS E KARINA BARRETO SCHNARNDORF

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO, RESISTÊNCIA, TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA. RESISTÊNCIA À AÇÃO DA POLÍCIA FEDERAL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL QUE NÃO SE VISLUMBRA. EXISTÊNCIA DE CRIMES E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA.**



***- A Polícia Federal possui competência constitucional para prevenir e reprimir o tráfico ilícito, interno ou externo, de entorpecentes e drogas afins, sem prejuízo da competência de outros órgãos públicos. Assim, há competência da Justiça Federal para apurar o crime de resistência à ação da polícia federal em operação de repressão ao tráfico interno de entorpecentes.***

***- A sentença de pronúncia reveste-se de caráter eminentemente processual, precisando apenas estar motivada e encontrar respaldo na existência de crime e em indícios de autoria.***

### **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento ao recurso de Luiz Carlos Barreto da Costa e dar parcial provimento aos recursos de Clécio Carlos Bezerra da Silva e Geová de Souza Santos, 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, 24 de agosto de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Clécio Carlos Bezerra da Silva, Geová de Souza Santos e Luiz Carlos Barreto da Costa recorrem da sentença de pronúncia da lavra do Dr. Antonio Bruno de Azevedo Moreira, MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que, julgando procedente a denúncia, pronunciou os recorrentes como incurso nas sanções do artigo 121, *caput*, c/c artigo 329 do Código Penal, combinado com os artigos 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, todos combinados com os artigos 62, I, e 69 do Código Penal. Quanto a Geová de Souza Santos, pronunciou-o ainda pelo ilícito do artigo 10 da

Lei nº 9.437/97.

Recorre Clécio Carlos Bezerra da Silva, argüindo a incompetência da Justiça Federal para o caso, posto que não teria havido ofensa a interesse da União. Afirmar ainda que, se delito houve, foi o de resistência e não o de homicídio, além de não ter havido prova de que o disparo que vitimara fatalmente um terceiro tenha partido da sua arma. Sustenta, por fim, que, mesmo assim ocorrendo, configuraria legítima defesa, posto que teria sido alvejado antes de começar a atirar, requerendo ainda a não aplicação do artigo 62, I, do Código Penal.

Geová de Souza Santos, na mesma linha de argumentação de Clécio Carlos Bezerra da Silva, recorre, argüindo a incompetência da Justiça Federal para o caso, posto que não teria havido ofensa a interesse da União. Afirmar também que, se delito houve, foi o de resistência e não o de homicídio, além de não ter havido prova de onde partira o tiro que vitimou um terceiro. Sustenta ainda não haver prova de sua participação nos ilícitos e que o auto de reconhecimento se deu à margem da lei, requerendo ainda a não aplicação do artigo 62, I, do Código Penal. Afirmar, por fim, que a decisão monocrática foi *ultra petita*, já que a denúncia foi por homicídio tentado e não consumado.

Recorre Luiz Carlos Barreto da Costa afirmando, em síntese, que a fragilidade das provas testemunhais não possuem a força para supedanear uma sentença de pronúncia, posto que três testemunhas arroladas pela acusação não presenciaram o desenrolar dos fatos e que outras duas testemunhas seriam contraditórias.

Nas contra-razões ofertadas pelo Dr. Fernando José Araújo Ferreira, o Ministério Público Federal pugna pela manutenção da sentença, sustentando que a polícia federal tem a atribuição de combater o tráfico em todos os níveis, sem prejuízo das atribuições de outros órgãos públicos. Dessa forma, entende que é competente a Justiça Federal para processar e julgar o feito, posto que teria havido crime contra policial federal no desempenho de suas funções. Discorre acerca das provas constantes dos presentes autos, entendendo-as robustas o suficiente para se confirmar a sentença de pronúncia.

Em parecer da lavra do Dr. Rogério Tadeu Romano, a douta Procuradoria Regional da República opinou pelo conhecimento e improvemento dos recursos, mantendo-se a sentença.

É o relatório.

### VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Consta dos autos que a polícia federal organizou em Caruaru/PE uma operação de repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes, objetivando identificar o líder de um grupo de traficantes e o local onde a droga – maconha – era guardada. Para tanto, contou com a participação de um informante que combinou um contato com os criminosos, passando-se por comprador. No dia e hora combinados, a polícia federal preparou o cerco que, infelizmente, resultou em troca de tiros e na morte do informante. Efetuando perseguição aos criminosos, a polícia federal, com a ajuda da polícia militar, conseguiu prendê-los em flagrante, restando o juízo recorrido por pronunciá-los.

Antes de entrar no mérito dos recursos, acentuo que, nos exatos termos do artigo 408 do Código de Processo Penal – *Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento* –, a sentença de pronúncia não é meritória, constituindo-se apenas em uma decisão processual, onde o magistrado verifica a existência de crime e indícios de autoria, cabendo ao Tribunal do Júri adentrar no mérito da causa, procedendo ao julgamento propriamente dito dos réus.

Firmada essa esfera de análise, verifica-se primeiramente que a Justiça Federal é competente para processar e julgar o feito, posto que houve resistência à ação da polícia federal, no exercício de suas funções, no caso, a repressão ao tráfico. É que a Constituição Federal estabelece, no artigo 144, § 1º, II, que compete à polícia Federal “*prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência.*”. Note-se que a expressão “sem prejuízo” im-

plica em alargar a área de atuação da polícia federal, sem obstar a ação da polícia civil. Em relação a esta última, contrariamente ao tratamento dado à polícia federal, a Constituição estabelece que “às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”. Aqui se percebe um tratamento diferenciado, não podendo a polícia civil adentrar na competência da União, tendo em relação ao tráfico de entorpecentes, claramente, um caráter específico de ação: o tráfico interno.

Assim, devem os recorridos ser julgados perante a Justiça Federal pelos ilícitos do artigo 121, *caput*, c/c artigo 329 do Código Penal, combinado com os artigos 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, todos combinados com os artigos 62, I, e 69 do Código Penal e pelo ilícito do artigo 10 da Lei nº 9.437/97, por força da aplicação das Súmulas 147 e 122 do egrégio Superior Tribunal de Justiça. (*Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função; compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, ii, “a”, do Código de Processo Penal*).

No que pertine à autoria dos ilícitos, não há que se falar na inexistência de indícios suficientes de autoria, posto que houve prisão em flagrante delito, com testemunho unísono dos policiais envolvidos na ação.

Também não procede a alegação esposada por Geová de Souza Santos no sentido de que a sentença decidiu *ultra petita*, já que teria sido denunciado por homicídio tentado e não consumado, como pronunciado pelo Juízo *a quo*. É que o Código de Processo Penal estabelece, no § 4º do artigo 408, que “O juiz não ficará adstrito à classificação do crime, feita na queixa ou denúncia, embora fique o réu sujeito à pena mais grave, atendido, se for o caso, o disposto no art. 410 e seu parágrafo”.

Quanto ao auto de reconhecimento, alega o recorrente Geová de Souza Santos que não foram adotadas quaisquer das cautelar exigidas pelo artigo 226 do Código de Processo Penal. No entanto,

analisando-se o contido às fls. 95 e seguintes, verifica-se que não houve mácula no auto de reconhecimento de pessoa, posto que o reconhecedor foi primeiramente chamado a descrever o fugitivo e, após a descrição, foram-lhe exibidas diversas fotografias dispostas lado a lado, ocasião em que o mesmo, com absoluta certeza, reconheceu o recorrido.

Ao contrário do afirmado pelo recorrente Luiz Carlos Barreto da Costa, as diversas provas materiais e testemunhais e os vários indícios constantes dos presentes autos são robustos para se manter a sentença de pronúncia, até porque o mesmo foi acusado pelos próprios comparsas e apresentou uma versão para os fatos completamente inverossímil.

Em relação ao ilícito do artigo 10 da Lei nº 9.437/97, há prova testemunhal dando conta de que o réu Geová de Souza Santos atirou contra os policiais e contra o informante no dia da operação policial. Embora tenha conseguido, em um primeiro momento, evadir-se, foi preso logo em seguida junto com a sua companheira e esta, dentro de sua bolsa, trazia consigo uma arma de fogo. Assim, fortes são os elementos para supedanear a sentença de pronúncia também por este ilícito.

No entanto, merece reforma a sentença de pronúncia em um tópico. É que o Juízo *a quo* pronunciou Clécio Carlos Bezerra da Silva e Geová de Souza Santos como incurso nas sanções do artigo 62, I, do Código Penal, quando todos os indícios apontam para o réu Maurício Oliveira da Silva como o líder do grupo. O próprio Ministério Público Federal, ao apresentar as contra-razões aos recursos, assim se pronunciou: *“Por fim, cumpre esclarecer que razão assiste aos recorrentes Clécio Carlos e Geová ao impugnarem a imputação a eles da agravante prevista no art. 62, I, do CP, visto qu esta somente cabe ao réu Maurício Oliveira da Silva.”*

Reforce-se que a sentença de pronúncia não precisa, necessariamente, decidir que há provas insofismáveis da materialidade e autoria do ilícito, decisão esta que caberá ao Tribunal do Júri, no entanto, no presente caso, estão plenamente satisfeitos os requisitos estabelecidos no artigo 408 do Código de Processo Penal.

Por essas razões, nego provimento ao recurso de Luiz Carlos Barreto da Costa e dou parcial provimento aos recursos de Clécio

Carlos Bezerra da Silva e Geová de Souza Santos, apenas para afastar da pronúncia as sanções do artigo 62, I, do Código Penal.

É como voto.

### **REMESSA EX OFFICIO Nº 281.399-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA (AUXILIAR)  
Parte Autora: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA  
Partes Rés: SEBASTIÃO FIGUEIREDO COUTINHO E OUTROS  
Advs./Procs.: DRS. RIDALVO MACHADO DE ARRUDA E OUTROS (PARTE A) E SUZANA FIGUEIREDO COUTINHO E OUTROS (PARTES R)  
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA - PB

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA. CARÊNCIA DE AÇÃO. INÉPCIA DA INICIAL. ESCRITURA PÚBLICA DE DOAÇÃO DE LOTES. ÁREA INFERIOR AO MÓDULO RURAL REGIONAL. CONDOMÍNIO. POSSIBILIDADE. REGISTRO ANTERIOR À NOTIFICAÇÃO DA VISTORIA.**

**- Como a anulação da doação de imóveis teve o objetivo de viabilizar a desapropriação da área, para fins de reforma agrária, restaram patentes a adequação e a necessidade do provimento jurisdicional e, portanto, a presença do interesse de agir, estando legitimado o INCRA a figurar no pólo ativo da relação processual.**

**- Não se justifica a presença, como réus, do escrivão e da serventuária responsáveis pela lavratura da escritura pública e pelo seu registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis. A petição inicial foi redigida com coerência entre a narração dos fatos e a conclusão a que se chegou.**

- A vedação à disponibilização de área inferior à do módulo rural na região somente se aplica quando se trata de lote isolado, e não quando foi doado um conjunto de lotes, que, na realidade, formavam uma modalidade de condomínio. Precedentes do STJ.**
- O registro da escritura de doação aconteceu antes da primeira comunicação acerca do levantamento de dados aos interessados, que foi implementada por edital.**
- Remessa oficial improvida.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 16 de setembro de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA - Relator  
Auxiliar

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA  
(Auxiliar):

Trata-se de remessa oficial de sentença da lavra da MM. Juíza Federal Substituta da 1ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, Dra. Iolete Maria Fialho de Oliveira, que, em demanda ajuizada pelo INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária para reputar inválida a doação de imóveis por Sebastião Figueiredo Coutinho e Cileda Figueiredo Coutinho aos demais réus, julgou improcedente a pretensão deduzida na peça vestibular, por não vislumbrar vício algum na referida doação.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA  
(Relator Auxiliar):

Compulsando os autos, verifico que a sentença, submetida a esta Corte por força de remessa oficial, deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Quanto às preliminares suscitadas no presente feito, concordo com o posicionamento defendido pela ilustre Julgadora monocrática. Não há que se falar em ausência de interesse processual, porque a anulação da escritura de doação de imóveis era imprescindível para que pudesse ser viabilizada a expropriação da área, sendo assim, em tese, uma providência adequada e necessária.

O INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária seria o autor da ação de desapropriação dos lotes e, por conseguinte, está legitimado a figurar no pólo ativo na relação processual, na contenda onde se pretende a citada anulação. Por outro lado, não se justifica a presença do Titular do Serviço Notarial do 7º Ofício de João Pessoa/PB e da serventuária do Cartório de Registros Públicos de Sapé/PB, Jader Carlos Coelho da Franca e Severina Lúcia Malheiros Feliciano Sá, porque se limitaram a proceder à lavratura da escritura e ao seu registro, no exercício regular de suas atribuições.

Com relação à inépcia da petição inicial, penso que a citada peça não apresenta o vício apontado, considerando que foi elaborada de modo logicamente coerente, no que tange à narração dos fatos e à conclusão a que chegou, permitindo o pleno exercício do direito de defesa. Obviamente, a análise da pertinência da postulação diz respeito ao mérito da causa.

Afastadas tais preliminares, aprecio o cerne da contenda propriamente dito.

Argumentou-se, para suplicar a aludida anulação da transferência, por doação, de imóveis, que a mesma foi implementada em lotes que possuem, isoladamente, área inferior à do módulo rural, que, na região, corresponde a 25,9 ha (vinte e cinco vírgula nove hectares), e estabelece o artigo 65 da Lei nº 4.504/64 que “o imóvel rural não é divisível em áreas de dimensão inferior à cons-



titutiva do módulo de propriedade rural”, exatamente, em face da exigência da função social da propriedade, para que se permitam “aproveitamento racional adequado” e “exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”, nos termos dos incisos I e IV do artigo 186 da Carta Magna.

Na espécie, o réu Sebastião Figueiredo Coutinho, por força das conciliações que firmou com seus ex-empregados, quitou o seu débito trabalhista, justamente, mediante a doação, em conjunto, dos lotes, no total de 99,25 ha (noventa e nove vírgula vinte e cinco hectares). Os mencionados lotes integravam a Fazenda Antas.

Conforme ficou bastante esclarecido na própria escritura pública de doação, os lotes recebidos permaneceram agrupados em condomínio, formando uma área muito superior à fração mínima de parcelamento a que se refere a legislação de regência. Entendo que a vedação à divisão de imóvel tem o objetivo de impedir a criação de minifúndios com dimensões incompatíveis com a viabilidade da sua exploração econômica e da sua função social, mas somente é plausível em caso de lotes isolados, e não na doação em conjunto, sob a modalidade de condomínio.

Estou de acordo com a lição de Arnaldo Rizzardo, em artigo publicado na Revista da *AJURIS* - Vol. 19, transcrita às fls. 389, no sentido da possibilidade da doação, nas circunstâncias ora examinadas. Transcrevo significativos precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

“DIREITO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE ESCRITURA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RURAL CUMULADA COM DEPÓSITO DO PREÇO E ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. CC, ART. 1.139. DEPÓSITO CONSIDERADO INSUFICIENTE, PORQUE NÃO CORRIGIDO. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO ADJUDICATÓRIA. PRECEDENTES DA TURMA. IMPOSSIBILIDADE DE ÊXITO DA PRETENSÃO ANULATÓRIA. INTERDEPENDÊNCIA ENTRE OS PEDIDOS. RECURSO PROVIDO.

I – Restando impossível a adjudicação, mercê da

insuficiência do depósito efetuado, que não corresponderia ao preço pago pelo adquirente, já não assistia ao autor a possibilidade em postular a anulação da compra e venda, considerando que, somente na qualidade de condômino, invocando direito de preferência, restara intitulado a deduzir a pretensão anulatória.

II – Havendo interdependência entre a adjudicação e a anulação do ato jurídico, a inviabilidade jurídica daquela, no caso, estava a obstar o atendimento desta.

III – A proibição de divisão e desmembramento dos terrenos rurais, de sorte a resultar metragem inferior ao módulo mínimo, não importa na sua inalienabilidade, uma vez que poderão ser eles havidos em condomínio, permanecendo indivisos.

IV – A caracterização da aceitação tácita, nos termos do art. 503, CPC, demanda a prática de ato inequívoco, a não traduzir qualquer ressalva”.

(Recurso Especial nº 174080 – BA – Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira – julgado em 26/10/1999 – publicado no *DJU* em 13/12/1999).

“EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO. MÓDULO (ART. 65 DA LEI 4.504, DE 30/11/64). DIVISIBILIDADE.

É divisível o imóvel rural, se, de um lado, o quinhão pertencente aos autores é superior ao módulo regional e se, de outro, também o são os quinhões somados dos réus, permanecendo estes em comum.

Recurso especial conhecido e provido”.

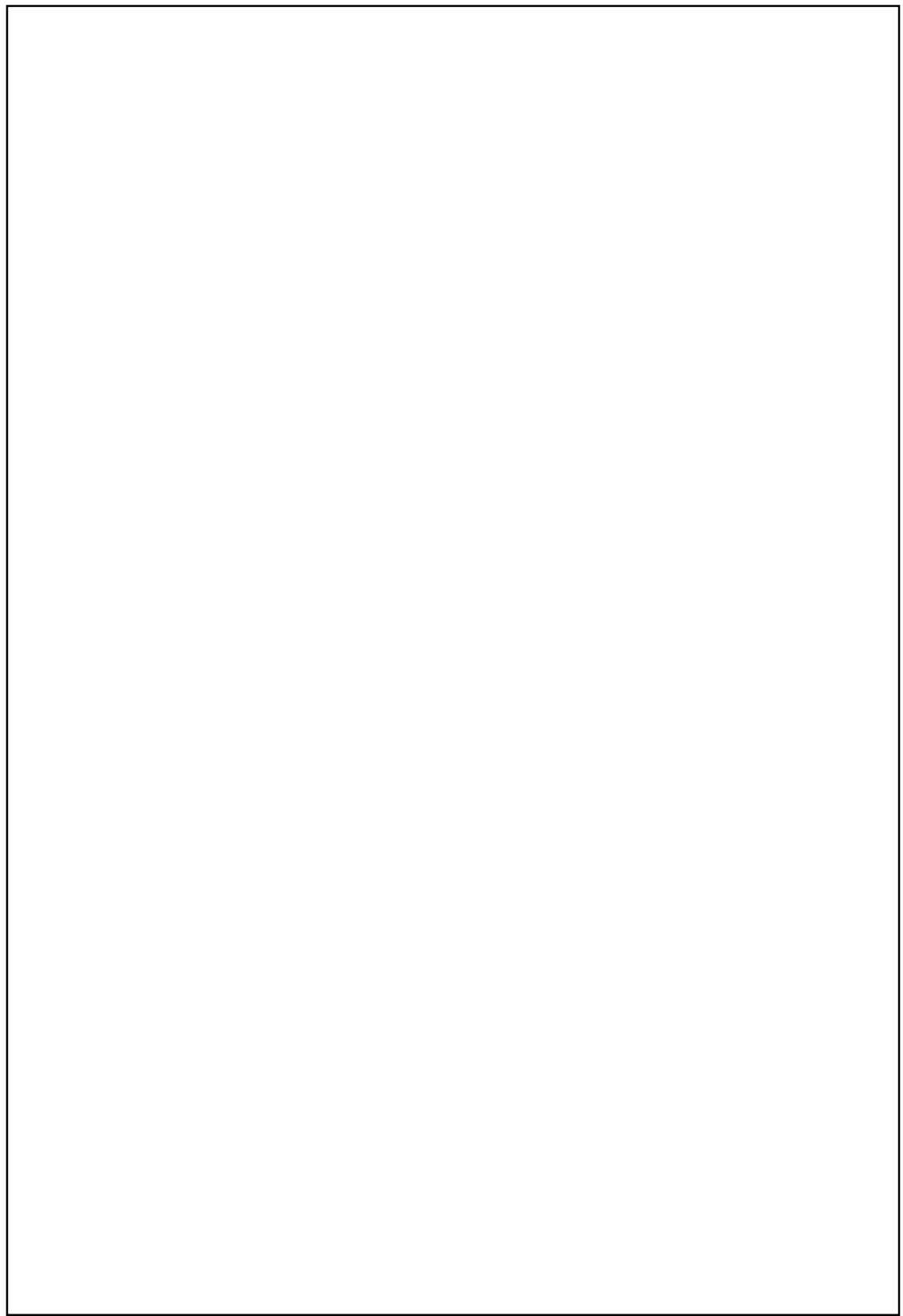
(Recurso Especial nº 16851 – MG – Relator: Ministro Barros Monteiro – julgado em 08/09/92 – publicado no *DJU* em 03/11/92)

Quanto à afirmação de que o registro da escritura aconteceu após a comunicação dos réus a respeito do levantamento de dados aludido no § 2º do artigo 2º da Lei nº 8.629/93, não é verdadeira, já que a notificação da vistoria ocorreu através de edital publicado, pela primeira vez, em 5 de dezembro de 1997 e o registro

havia acontecido no dia 4 de dezembro de 1997.

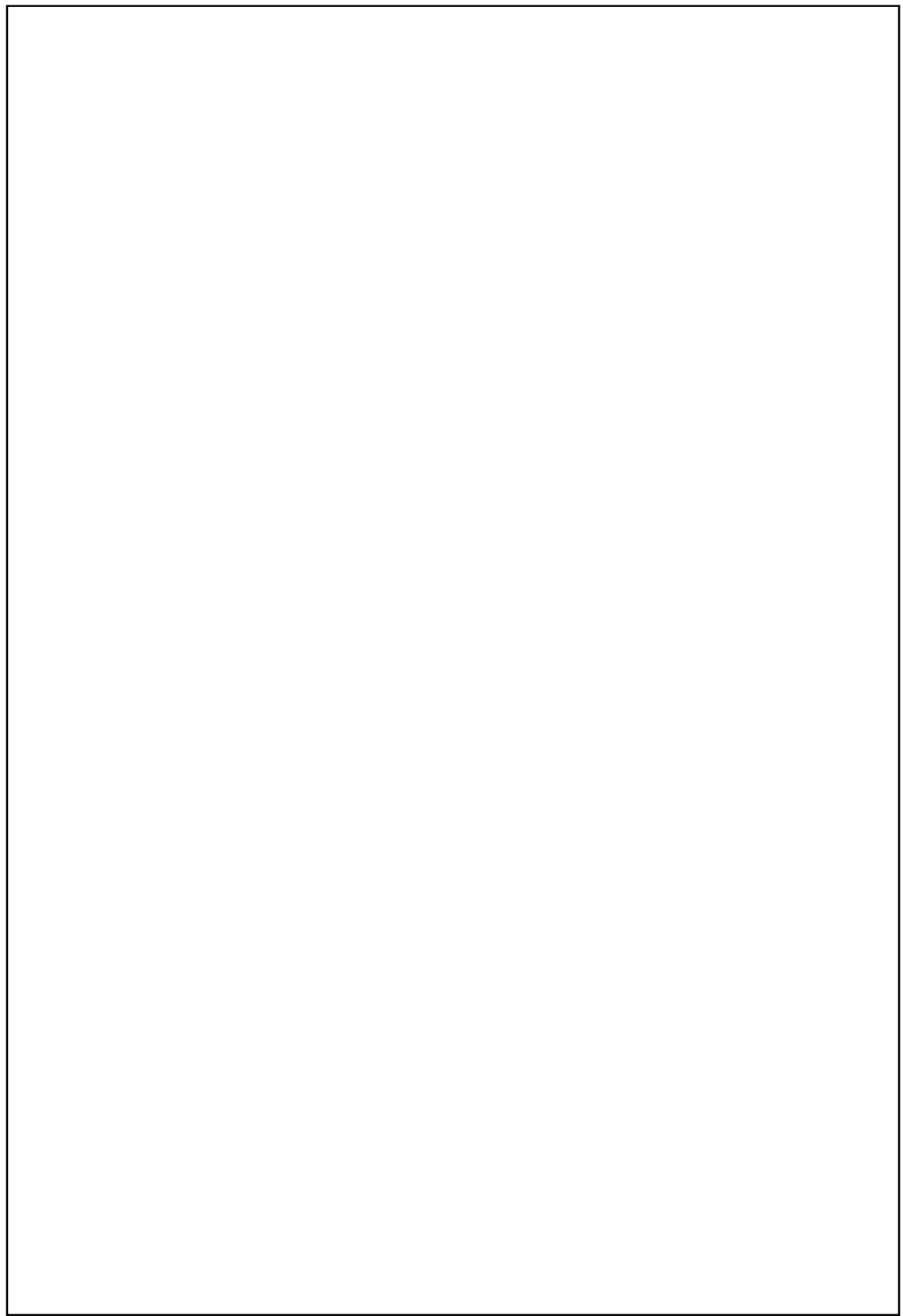
Isto posto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.



## **ÍNDICE SISTEMÁTICO**

---



## **JURISPRUDÊNCIA**

### **AÇÃO RESCISÓRIA**

3963-CE Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima..47

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

52083-PE Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima ...54

55144-SE Rel. Des. Federal Francisco Wildo .....57

### **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO**

46697-AL Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....65

56532-CE Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira .....69

### **APELAÇÃO CÍVEL**

155985-RN Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano .....77

270867-PB Rel. Des. Federal Frederico Azevedo (Convocado).87

316067-PE Rel. Des. Federal Francisco Wildo .....99

319130-PE Rel. Des. Federal Ridalvo Costa .....108

323574-SE Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria .....115

326015-PE Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria .....127

329055-PE Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....135

332399-PE Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante .....142

333828-SE Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti .....147

334141-RN Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano .....183

336518-PB Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante .....197

339783-PE Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....207

### **APELAÇÃO CRIMINAL**

3415-PE Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira .....213

### **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA**

79808-RN Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....224

80318-SE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro .....	233
82412-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	240

### **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL**

167350-PE	Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti .....	248
-----------	--	-----

### **EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL**

161929-CE	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho..	277
-----------	--	-----

### ***HABEAS CORPUS***

1950-PE	Rel. Des. Federal Ridalvo Costa .....	282
1969-CE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro .....	289

### **INQUÉRITO**

807-CE	Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho .....	304
--------	---	-----

### **RECURSO CRIMINAL**

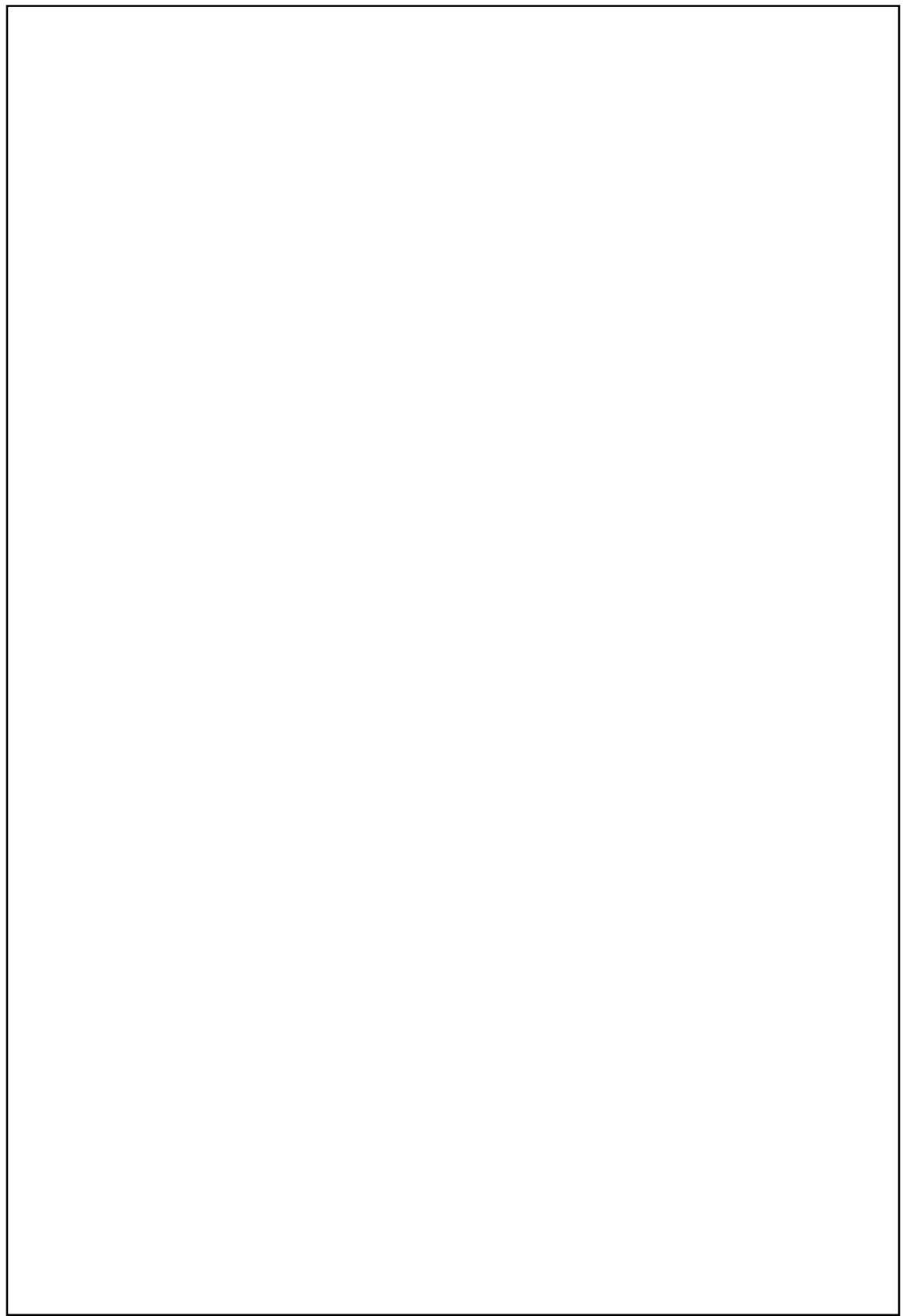
670-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	312
--------	--	-----

### **REMESSA EX OFFICIO**

281399-PB	Rel. Des. Federal Élio Siqueira (Auxiliar) .....	318
-----------	--	-----



## ÍNDICE ANALÍTICO



## ÍNDICE ANALÍTICO

### A

Ct e Cv	Absolvição em revisão criminal. Erro judiciário. Dano moral. Responsabilidade objetiva do Estado. Direito a indenização. AC 316067-PE ..... 99
PrCv	Ação civil pública. Concessionária de serviço público. Telecomunicações. Telefonia celular. Falta de lojas de atendimento ao cliente. Prejuízos ao consumidor. Ocorrência. AgRg no AgTr 56532-CE ..... 69
PrCv	Ação civil pública. Destituição de reitor que se aposentou no decorrer de seu segundo mandato. Descabimento. AgTr 55144-SE.. 57
Adm	Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Direitos individuais homogêneos. Defesa dos consumidores de serviços médicos das empresas que comercializam planos de saúde. Relevante interesse social. AC 155985-RN ..... 77
PrCv, Ct e Adm	Ação civil pública. Provimento derivado de cargos e empregos públicos. Ascensão funcional. Inconstitucionalidade. CF/88, art. 37, II. Adins nºs 837, 231, 245 e 97. Atos datados de 1989 e 1990. Parecer nº 89 do Consultor Geral da República. Atos de ascensão praticados sob o manto da boa-fé e de conformidade com a interpretação das normas constitucionais vigentes à época em que exercitados. Manutenção das situações jurídicas dos servidores. Embargos de declaração. Omissão. Significância. Conhecimento. ED na AC 167350-PE ..... 248

PrCv e Adm	Ação civil pública. Serviço de telefonia móvel. Habilitação de linha. Condicionamento à inexistência de restrição de crédito. Vedação. Condenação da ANATEL à indenização dos prejuízos decorrentes de sua omissão em fiscalizar as ações das concessionárias e em punir as infrações por elas cometidas. AC 319130-PE ..... 108
Adm	Ação ordinária de anulação de ato jurídico. Legitimidade ativa e passiva. Carência de ação. Inépcia da inicial. Preliminares rejeitadas. Escritura pública de doação de lotes de terreno. Área inferior ao módulo rural regional. Modalidade de condomínio. Possibilidade. Registro anterior à notificação da vistoria. REO 281399-PB ..... 318
Ct e Adm	Ação rescisória. Vantagem pessoal nominalmente identificável. Absorção por Plano de Cargos e Carreiras. Legalidade. Procedência do pedido. AR 3963-CE ..... 47
Ct e Prev	Aposentadoria. Desempenho de atividades sujeitas a ruído excessivo. Conversão do tempo de serviço especial em comum. Regra de transição. Presença dos requisitos. AC 326015-PE ..... 127
Adm e PrCv	Autoridade coatora. Mandado de segurança. Processo seletivo para praticante de prático. Diretor de Portos e Costas da Marinha do Brasil. Sede na cidade do Rio de Janeiro. Impetração do <i>mandamus</i> na sede do domicílio do autor (Pernambuco). Incompetência absoluta da Seção Judiciária de Pernambuco. Nulidade dos autos. Remessa dos autos à Seção Judiciária do Rio de Janeiro. AMS 82412-PE ..... 240

## C

- PrCv, Ct e Adm Cargos e empregos públicos. Provimento derivado. Ascensão funcional. Inconstitucionalidade. CF/88, art. 37, II. Adins nºs 837, 231, 245 e 97. Atos datados de 1989 e 1990. Parecer nº 89 do Consultor Geral da República. Ação civil pública. Atos de ascensão praticados sob o manto da boa-fé e de conformidade com a interpretação das normas constitucionais vigentes à época em que exercitados. Manutenção das situações jurídicas dos servidores. Embargos de declaração. Omissão. Significância. Conhecimento. ED na AC 167350-PE ..... 248
- PrCv Chamamento ao processo. Citação de terceiro não determinada pelo juízo. Desentranhamento da contestação. Discussão que exorbita os limites da decisão impugnada. Improvimento do agravo. AgRg no AgTr 46697-AL ..... 65
- PrCv Citação de terceiro não determinada pelo juízo. Chamamento ao processo. Desentranhamento da contestação. Discussão que exorbita os limites da decisão impugnada. Improvimento do agravo. AgRg no AgTr 46697-AL ..... 65
- Adm e Ct Companheira homossexual. Pensão por morte. Servidora pública. Lei nº 8.112/90. INSS-DC nº 25. União estável e dependência econômica comprovadas. Direito à pensão. AC 334141-RN ..... 183
- Adm e PrCv Competência. Mandado de segurança. Processo seletivo para praticante de prático. Autoridade coatora. Diretor de Portos e

	Costas da Marinha do Brasil. Sede na cidade do Rio de Janeiro. Impetração do <i>mandamus</i> na sede do domicílio do autor (Pernambuco). Incompetência absoluta da Seção Judiciária de Pernambuco. Nulidade dos autos. Remessa dos autos à Seção Judiciária do Rio de Janeiro. AMS 82412-PE ... 240
PrPen	Competência da Justiça Federal. Quadrilha ou bando. Envolvimento de agente da Polícia Federal. Interesse da União. Denúncia. Requisitos do CPP, art. 41. Observância. Ausência de justa causa para trancamento da ação penal. <i>Habeas corpus</i> . Denegação da ordem. HC 1950-PE ..... 282
PrCv	Concessionária de serviço público. Telecomunicações. Telefonia celular. Falta de lojas de atendimento ao cliente. Prejuízos ao consumidor. Ocorrência. Ação civil pública. AgRg no AgTr 56532-CE ..... 69
Pen e PrPen	Concurso material. Patrocínio infiel. Crime próprio. Prejuízo de interesse legítimo. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. Pena de detenção. Réu tecnicamente primário. Redução da pena. <i>Sursis</i> . Concessão. ACr 3415-PE ..... 213
Ct e Int Pub	Conflito de leis. Teoria Monista x Teoria Dualista. Tratado de Montevideú. Acordo de Alcance Parcial para a Facilitação do Transporte de Produtos Perigosos. Autorização especial de trânsito. Circulação de combinações de veículos de carga – CVC. Veículo de tração e dois reboques (tipo <i>bitrens</i> ). Conflito interno entre a norma que veda o uso desses veículos, presente no citado Acordo, e a disposição permissiva inserida

no Código de Trânsito Brasileiro, ambas com natureza de lei ordinária. Conflito que se resolve em favor do último diploma legal por ser lei posterior. AMS 79808-RN ..... 224

- Pen e PrPen Crime contra a ordem tributária. Lei nº 9.430/96, art. 83. Inaplicabilidade ao Ministério Público. Instauração de procedimento criminal. Possibilidade. *Habeas corpus* preventivo. Trancamento de ação penal. De negação da ordem. HC 1969-CE ..... 289
- Pen e PrPen Crime de responsabilidade. Ex-Prefeito Municipal. Indícios veementes de autoria e de materialidade. Superfaturamento e não prestação de contas. Lei nº 8.666/93, art. 89. Inexistência do devido processo licitatório. Concurso de agentes. Recebimento da denúncia. Inq 807-CE ..... 304

## D

- Ct e Cv Dano moral. Erro judiciário. Absolvição em revisão criminal. Responsabilidade objetiva do Estado. Direito a indenização. AC 316067-PE ..... 99
- Ct e Cv Dano moral. Responsabilidade civil. Diminuição da audição em acidente de trabalho. Função exercida próxima às turbinas das aeronaves. Despedida sem justa causa. Direito a indenização por danos morais. AC 336518-PB ..... 197
- Adm Demissão. Servidor público. Ato discricionário. Punição excessiva. Não atendimento aos Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Anulação do ato de demissão. Possibilidade. AC 270867-PB ..... 87

Pen e PrPen	Denúncia. Recebimento. Crime de responsabilidade. Ex-Prefeito Municipal. Índícios veementes de autoria e de materialidade. Superfaturamento e não prestação de contas. Lei nº 8.666/93. Inexistência do devido processo licitatório. Concurso de agentes. Inq 807-CE ..... 304
PrPen	Denúncia. Requisitos do CPP, art. 41. Observância. Ausência de justa causa para trancamento da ação penal. <i>Habeas corpus</i> . Denegação da ordem. Quadrilha ou bando. Envolvimento de agente da Polícia Federal. Interesse da União. Competência da Justiça Federal. HC 1950-PE ..... 282
Prev	Dependente designado antes do advento da Lei nº 9.032/95. Evento morte ocorrido após a Lei nº 9.032/95. Pensão por morte. Ausência de direito adquirido. EI na AC 161929-CE ..... 277
Adm	Direitos individuais homogêneos. Defesa dos consumidores de serviços médicos das empresas que comercializam planos de saúde. Relevante interesse social. Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. AC 155985-RN ..... 77

## E

PrCv, Ct e Adm	Embargos de declaração. Omissão. Significância. Conhecimento. Ação civil pública. Provimento derivado de cargos e empregos públicos. Ascensão funcional. Inconstitucionalidade. CF/88, art. 37, II. Adins nºs 837, 231, 245 e 97. Atos datados de 1989 e 1990. Parecer nº 89 do Consultor Geral da Repú-
----------------	--



	blica. Atos de ascensão praticados sob o manto da boa-fé e de conformidade com a interpretação das normas constitucionais vigentes à época em que exercitados. Manutenção das situações jurídicas dos servidores. ED na AC 167350-PE ..... 248
PrCv	Embargos de terceiro. Execução fiscal. Fraude. Inexistência de registro de penhora. Boa-fé do adquirente. Bem de família. Condenação da Fazenda Nacional em honorários advocatícios. Cabimento. AC 329055-PE ..... 135
Ct e Adm	Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Monopólio postal. Atividade prestada pela União com exclusividade. Entrega de cartões de crédito e faturas. Empresa particular. Impossibilidade. Documentos bancários e títulos de crédito. Carta. Violação ao monopólio postal da União. Precedentes do STF e do STJ. AC 333828-SE .. 147
Adm	Energia. Racionamento. Relevante interesse público. Reconhecimento pelo STF. Danos morais por corte de energia elétrica no período de 72 horas. Incabimento. Redução dos honorários advocatícios. AC 332399-PE ..... 142
Ct e Cv	Erro judiciário. Absolvição em revisão criminal. Dano moral. Responsabilidade objetiva do Estado. Direito a indenização. AC 316067-PE ..... 99
Adm	Escritura pública de doação de lotes de terreno. Área inferior ao módulo rural regional. Modalidade de condomínio. Possibilidade.

	Registro anterior à notificação da vistoria. Ação ordinária de anulação de ato jurídico. Legitimidade ativa e passiva. Carência de ação. Inépcia da inicial. Preliminares rejeitadas. REO 281399-PB ..... 318
PrCv	Execução contra a Fazenda Pública. Obrigação de fazer. Fixação de multa diária. Não cabimento. AgTr 52083-PE ..... 54
PrCv	Execução fiscal. Embargos de terceiro. Fraude. Inexistência de registro de penhora. Boa-fé do adquirente. Bem de família. Condenação da Fazenda Nacional em honorários advocatícios. Cabimento. AC 329055-PE ..... 135

## F

PrCv	Fazenda Pública. Execução. Obrigação de fazer. Fixação de multa diária. Não cabimento. AgTr 52083-PE ..... 54
------	---

## G

Prev e Ct	Genitora de falecido segurado. Dependência econômica comprovada administrativamente no âmbito do INSS. Controvérsia que se limita ao termo <i>a quo</i> relativo às parcelas atrasadas. Deferimento do benefício previdenciário da pensão por morte realizado em momento posterior à data do requerimento administrativo. Direito ao recebimento das parcelas pretéritas a partir do óbito até o efetivo pagamento do benefício em tela. AC 339783-PE ..... 207
-----------	---

## H

- Pen e PrPen *Habeas corpus* preventivo. Trancamento de ação penal. Crime contra a ordem tributária. Lei nº 9.430/96, art. 83. Inaplicabilidade ao Ministério Público. Instauração de procedimento criminal. Possibilidade. Denegação da ordem. HC 1969-CE ..... 289
- Pen e PrPen Homicídio, resistência, tráfico ilícito de entorpecentes e porte ilegal de arma. Resistência à ação da Polícia Federal. Competência da Justiça Federal. Sentença de pronúncia. Existência dos crimes e de indícios suficientes da autoria. RcCr 670-PE ..... 312

## L

- Adm Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Direitos individuais homogêneos. Defesa dos consumidores de serviços médicos das empresas que comercializam planos de saúde. Relevante interesse social. AC 155985-RN ..... 77

## M

- Adm e PrCv Mandado de segurança. Processo seletivo para praticante de prático. Autoridade coatora. Diretor de Portos e Costas da Marinha do Brasil. Sede na cidade do Rio de Janeiro. Impetração do *mandamus* na sede do domicílio do autor (Pernambuco). Incompetência absoluta da Seção Judiciária de Pernambuco. Nulidade dos autos. Remessa dos autos à Seção Judiciária do Rio de Janeiro. AMS 82412-PE ..... 240

Ct e Adm            Monopólio postal. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Atividade prestada pela União com exclusividade. Entrega de cartões de crédito e faturas. Empresa particular. Impossibilidade. Documentos bancários e títulos de crédito. Carta. Violação ao monopólio postal da União. Precedentes do STF e do STJ. AC 333828-SE...147

## O

PrCv                Obrigação de fazer. Execução contra a Fazenda Pública. Fixação de multa diária. Não cabimento. AgTr 52083-PE ..... 54

## P

Pen e PrPen        Patrocínio infiel. Concurso material. Crime próprio. Prejuízo de interesse legítimo. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. Pena de detenção. Réu tecnicamente primário. Redução da pena. *Sursis*. Concessão. ACr 3415-PE ..... 213

Prev                Pensão por morte. Dependente designado antes do advento da Lei nº 9.032/95. Evento morte ocorrido após a Lei nº 9.032/95. Ausência de direito adquirido. EI na AC 161929-CE ..... 277

Prev e Ct            Pensão por morte. Genitora de falecido segurado. Dependência econômica comprovada administrativamente no âmbito do INSS. Controvérsia que se limita ao termo *a quo* relativo às parcelas atrasadas. Deferimento do benefício previdenciário da pensão por morte realizado em momento posterior à data do requerimento administrativo. Direito ao recebimento das parcelas preté-

ritas a partir do óbito até o efetivo pagamento do benefício em tela. AC 339783-PE ..... 207

Adm e Ct            Pensão por morte. Servidora pública. Companheira homossexual. Lei nº 8.112/90. INSS-DC nº 25. União estável e dependência econômica comprovadas. Direito à pensão. AC 334141-RN ..... 183

Cv                    Plano de Equivalência Salarial. Observância. Forma de amortização. Coeficiente de equiparação salarial. Previsão contratual. Ausência. URV. Incidência. Possibilidade. Sistema Financeiro da Habitação. TR como fator de correção. Prestações. AC 323574-SE ..... 115

## Q

PrPen                Quadrilha ou bando. Envolvimento de agente da Polícia Federal. Interesse da União. Competência da Justiça Federal. Denúncia. Requisitos do CPP, art. 41. Observância. Ausência de justa causa para trancamento da ação penal. *Habeas corpus*. Denegação da ordem. HC 1950-PE ..... 282

## R

Adm                  Racionamento de energia. Relevante interesse público. Reconhecimento pelo STF. Danos morais por corte de energia elétrica no período de 72 horas. Incabimento. Redução dos honorários advocatícios. AC 332399-PE ..... 142

PrCv                 Reitor que se aposentou no decorrer de seu segundo mandato. Destituição. Ação civil pública. Descabimento. AgTr 55144-SE .... 57

Ct e Cv                      Responsabilidade civil. Dano moral. Diminuição da audição em acidente de trabalho. Função exercida próxima às turbinas das aeronaves. Despedida sem justa causa. Direito a indenização por danos morais. AC 336518-PB ..... 197

## S

Pen e PrPen                Sentença de pronúncia. Homicídio, resistência, tráfico ilícito de entorpecentes e porte ilegal de arma. Resistência à ação da Polícia Federal. Competência da Justiça Federal. Existência dos crimes e de indícios suficientes da autoria. RcCr 670-PE ..... 312

PrCv e Adm                Serviço de telefonia móvel. Habilitação de linha. Condicionamento à inexistência de restrição de crédito. Vedação. Ação civil pública. Condenação da ANATEL à indenização dos prejuízos decorrentes de sua omissão em fiscalizar as ações das concessionárias e em punir as infrações por elas cometidas. AC 319130-PE ..... 108

Adm                         Servidor público. Demissão. Ato discricionário. Punição excessiva. Não atendimento aos Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Anulação do ato de demissão. Possibilidade. AC 270867-PB ..... 87

Adm                         Servidor público inativo. Supressão de vantagem. Lei nº 8.112/90, art. 192. Preliminar de decadência. Acolhimento. Extinção do feito sem julgamento do mérito. AMS 80318-SE ..... 233

Adm e Ct                    Servidora pública. Pensão por morte. Companhia homossexual. Lei nº 8.112/90.

INSS-DC nº 25. União estável e dependência econômica comprovadas. Direito à pensão. AC 334141-RN ..... 183

Cv Sistema Financeiro da Habitação. TR como fator de correção. Prestações. Plano de Equivalência Salarial. Observância. Forma de amortização. Coeficiente de equiparação salarial. Previsão contratual. Ausência. URV. Incidência. Possibilidade. AC 323574-SE ..... 115

## T

Ct e Prev Tempo de serviço especial. Conversão em comum. Desempenho de atividades sujeitas a ruído excessivo. Aposentadoria. Regra de transição. Presença dos requisitos. AC 326015-PE ..... 127

Ct e Int Pub Teoria Monista x Teoria Dualista. Conflito de leis. Tratado de Montevideú. Acordo de Alcance Parcial para a Facilitação do Transporte de Produtos Perigosos. Autorização especial de trânsito. Circulação de combinações de veículos de carga – CVC. Veículo de tração e dois reboques (tipo *bitrens*). Conflito interno entre a norma que veda o uso desses veículos, presente no citado Acordo, e a disposição permissiva inserida no Código de Trânsito Brasileiro, ambas com natureza de lei ordinária. Conflito que se resolve em favor do último diploma legal por ser lei posterior. AMS 79808-RN ..... 224

Pen e PrPen Trancamento de ação penal. *Habeas corpus* preventivo. Crime contra a ordem tributária. Lei nº 9.430/96, art. 83. Inaplicabilidade ao Ministério Público. Instauração de

procedimento criminal. Possibilidade. Denegação da ordem. HC 1969-CE ..... 289

## V

Adm Vantagem. Supressão. Servidor público inativo. Lei nº 8.112/90, art. 192. Preliminar de decadência. Acolhimento. Extinção do feito sem julgamento do mérito. AMS 80318-SE.. 233

Ct e Adm Vantagem pessoal nominalmente identificável. Absorção por Plano de Cargos e Carreiras. Legalidade. Ação rescisória. Procedência do pedido. AR 3963-CE ..... 47