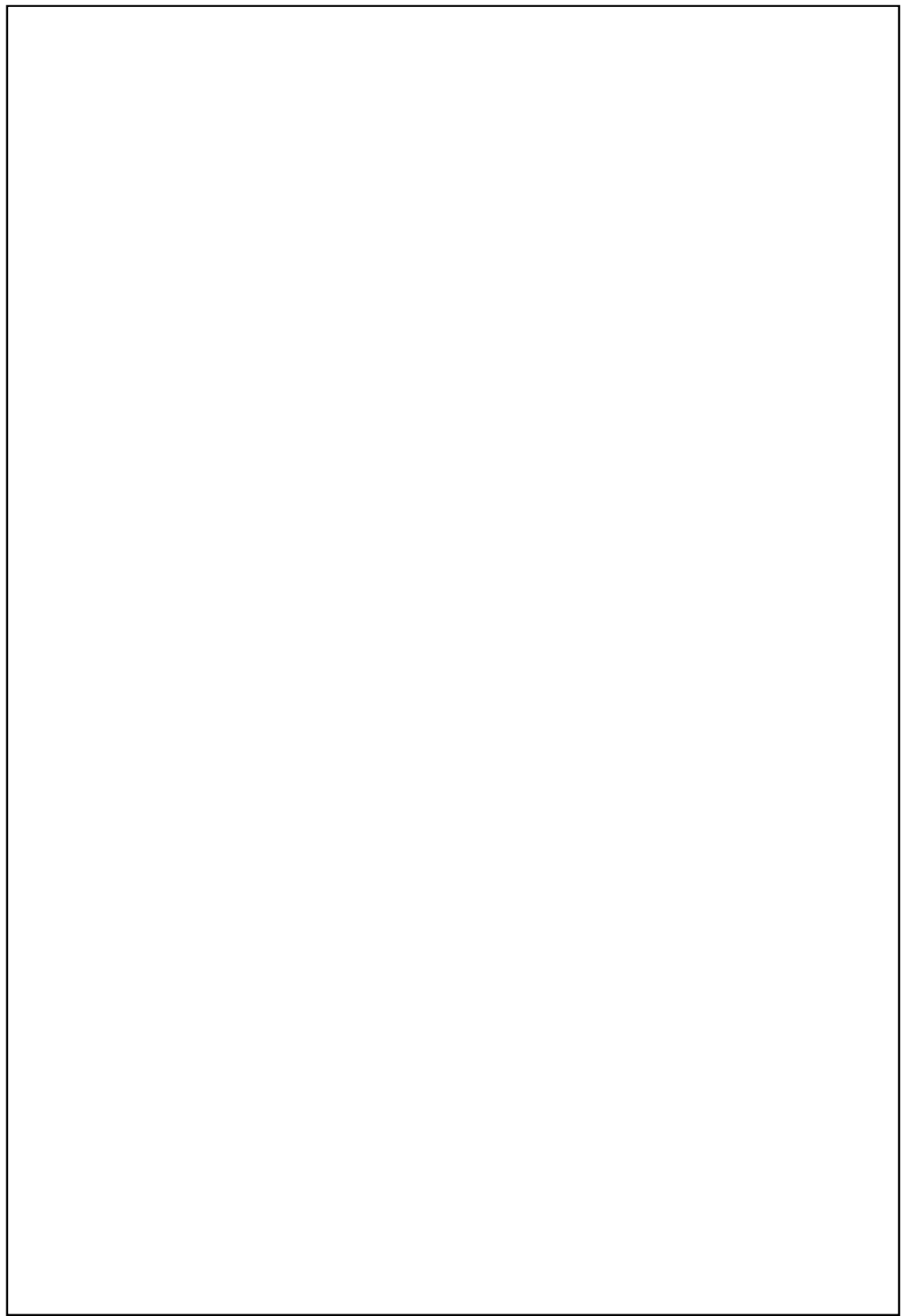


**REVISTA DO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL  
5ª REGIÃO**

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

Número 60 - Abril/Junho - 2005

R. TRF 5ª Região, nº 60, p. 1 - 333, Abril/Junho - 2005



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

**Diretor da Revista  
DESEMBARGADOR FEDERAL  
JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO**

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  
DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

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  
ARIVALDO FERREIRA SIEBRA JÚNIOR  
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)

IOB Thomson  
IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.  
Síntese Publicações  
Gilberto Fischel - Presidente  
Elton José Donato - Diretor  
Francisco Martins da Silva - Gerente Editorial  
Norberto Lednick Junior - Analista Editorial

IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.  
Rua Antonio Nagib Ibrahim, 350 - Água Branca  
05036-060 - São Paulo - SP

Vendas e assinaturas: Fone: 0800-7072244  
Assinaturas: Fone: (11) 2131-5300  
[www.iob.com.br](http://www.iob.com.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

Desembargador Federal

**FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI** - 03.07.00 -  
Presidente

Desembargador Federal

**PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA** - 17.05.01 - Vice-Presidente

Desembargador Federal

**LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA** - 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

Desembargadora Federal

**MARGARIDA CANTARELLI** - 09.12.99

Desembargador Federal

**JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO** - 03.07.00  
Diretor da Revista

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

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: Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI  
Vice-Presidente: Desembargador Federal PAULO ROBERTO OLIVEIRA  
Corregedor: Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL

## PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

## SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

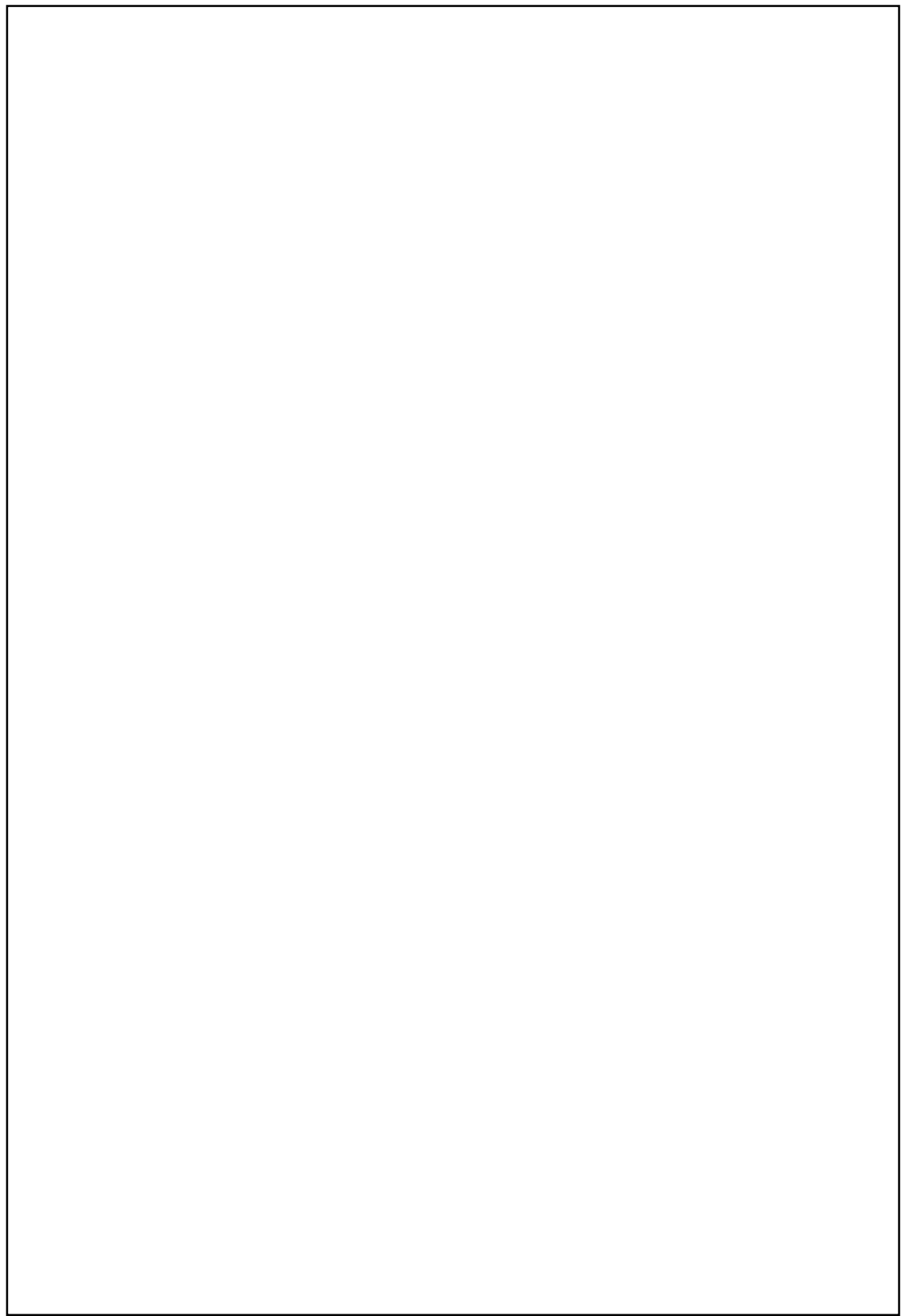
Desembargador Federal NAPOLEÃO MAIA FILHO - Presidente  
Desembargador Federal PETRUCIO FERREIRA  
Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

## TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

## QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal MARCELO NAVARRO - Presidente  
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES  
Desembargador Federal MARGARIDA CANTARELLI

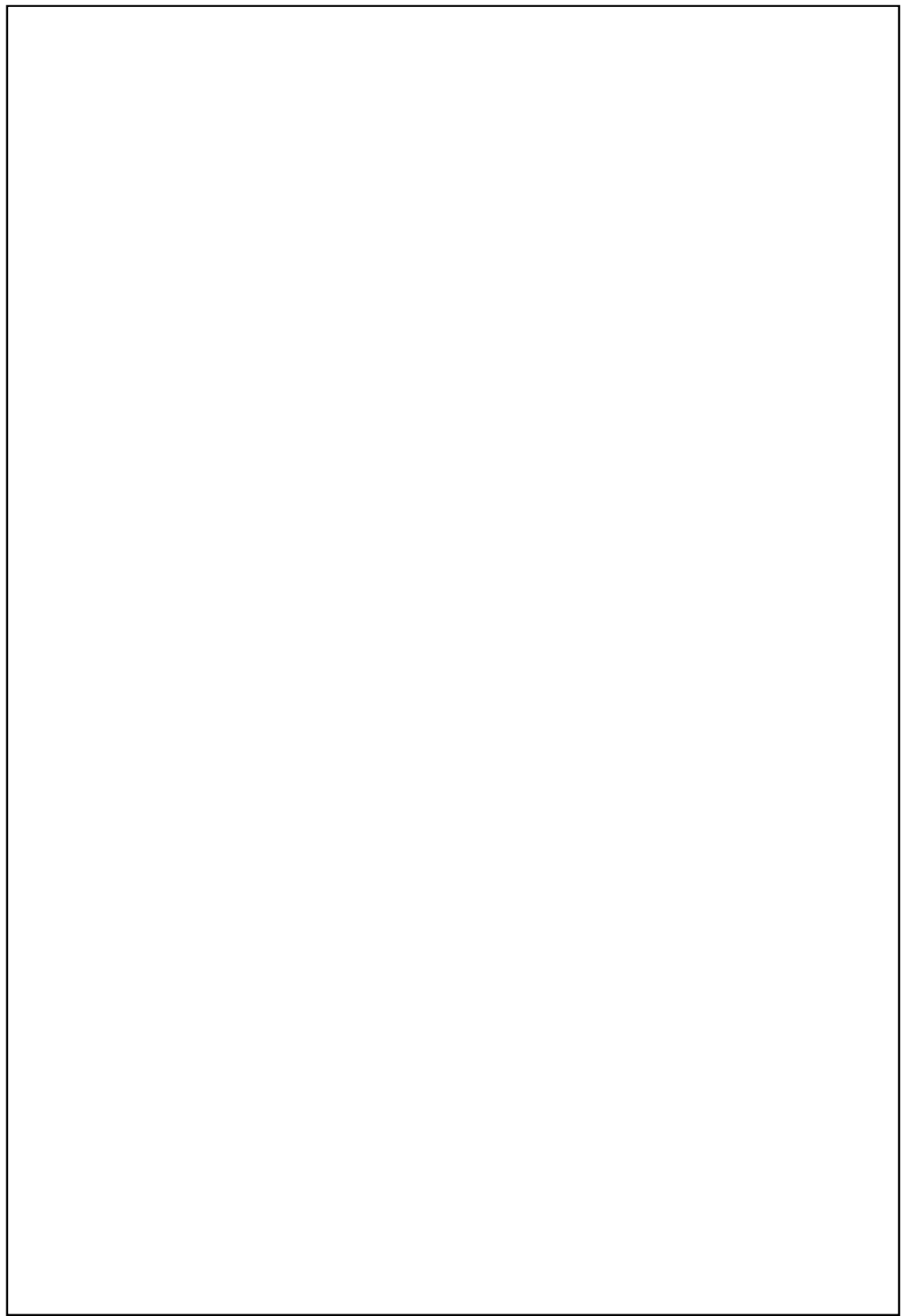




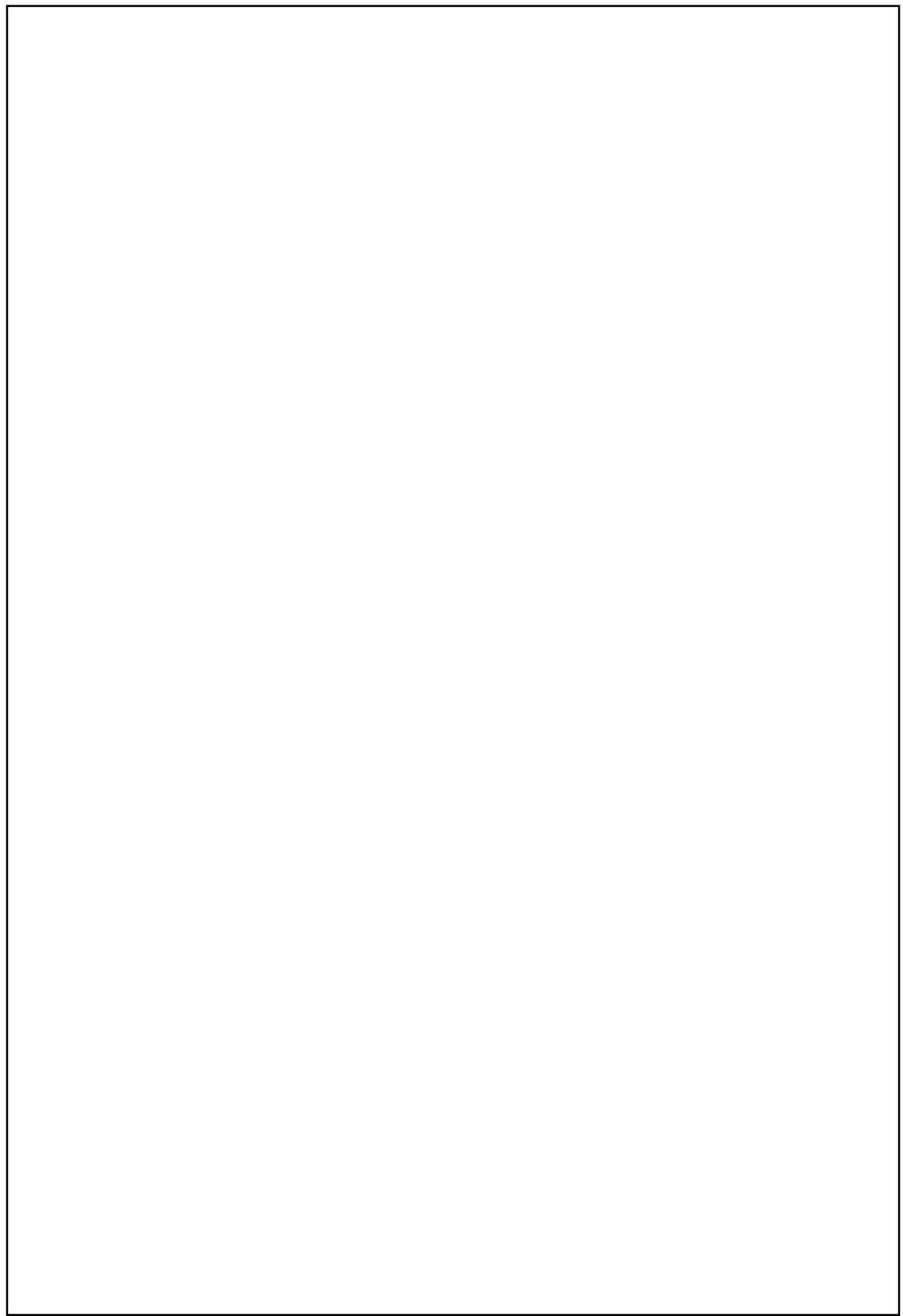
# SUMÁRIO

---

I - Doutrina .....	13
II - Jurisprudência .....	49
III - Índice Sistemático .....	317
IV - Índice Analítico .....	321



**DOUTRINA**



# A RESPONSABILIDADE PROCESSUAL AGRAVADA NO DIREITO ITALIANO

Francisco Antônio de Barros e Silva Neto \*

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

### 1.1. A FORMAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL ITALIANO

Na Itália, como cediço, o processo de formação do Estado nacional ocorreu tardiamente, sobretudo quando comparado às nações ibéricas.

Desse modo, não obstante as referências feitas ao Código de Processo Civil sardo, apenas se pode falar em uma legislação propriamente italiana a partir do processo de unificação legislativa, no qual se deu a substituição da codificação piemontesa pela legislação pré-unitária (**Picardi, 1989:3**).

No tocante especificamente ao processo civil, serve de marco o ordenamento judiciário de 1865, de “caráter contingente e provisório”, destinado apenas a “realizar rapidamente uma unificação legislativa” (**Picardi, 1989:5**).

Entretanto, em face das dificuldades na discussão e aprovação de textos legislativos que substituíssem o mencionado estatuto, “ao início da XI legislatura, tomou-se consciência de que, para resolver o grave problema da unificação legislativa, a única via praticável era aquela de tornar *tout court* definitivo aquele ordenamento judiciário de 1865, que foi concebido como provisório” (**Picardi, 1989:6**).

---

\* Mestre e Doutorando em Direito Público – UFPE. Professor Honorário da Escola de Advocacia Prof. Ruy Antunes. Membro do Instituto dos Advogados de Pernambuco. Juiz Federal.

O ordenamento judiciário, portanto, passou a ser paulatinamente estendido às demais províncias, permanecendo em vigor até a década de 1940.

“Com o R. D. n. 6030, de 27 de novembro de 1870, tal ordenamento foi estendido à Província de Roma e, com a Lei n. 1.871, de 26 de março de 1871, às províncias vênetas e de Mantova. Análogamente, após a 1ª Guerra Mundial, o ordenamento judiciário de 1865 foi estendido às demais províncias, com o R. D. n. 2325, de 4 de novembro de 1928” (**Picardi, 1989:6**).

De qualquer sorte, mesmo antes de sua extensão à totalidade das províncias italianas, foram apresentadas várias propostas de alteração daquela legislação processual e, sucessivamente, diversos projetos de Código de Processo Civil.

Em 1908, por exemplo, veio ao lume o denominado “Projeto Orlando”, um esboço de lei intitulado “Novas disposições em torno da ordem e da forma dos juízos”, que o então Ministro de Graça e Justiça, Vittorio Emanuele Orlando, apresentou à Câmara em 16 de março daquele ano.

Como narra Bruno **Cavallone**, este projeto não chegou a ser discutido, em virtude da antecipação do fim da legislatura. Entretanto, o mesmo Ministro apresentou à nova Câmara, em 24 de maio de 1909, um projeto mais amplo, intitulado desta vez “Reforma do Código de Processo Civil”, cujo conteúdo, em realidade, era “obra exclusiva” de Lodovico Mortara (**1989:830-9**).

Destaca-se, então, um fator importante para a compreensão do desenvolvimento da legislação processual da Itália, qual seja o “poder de veto” exercido pelas disputas entre os grandes processualistas italianos.

No caso do Projeto Orlando, por exemplo, a doutrina aponta como importante causa de sua rejeição as considerações críticas expendidas por Giuseppe Chiovenda, “eterno adversário” de Lodovico Mortara, autor intelectual do projeto.

Em seu artigo “O estado atual do processo civil na Itália e o projeto Orlando de reformas processuais”, **Chiovenda** afirmava que o projeto em questão não resolveria os sérios problemas do processo civil italiano, defendendo o seu próprio programa de re-

formas, baseado no princípio da oralidade (1912b:111-47).

“O que é singular, por outro lado, é o modo pelo qual Chioventa manifestou seu desfavor. O ensaio que ele aparentemente dedicou ao projeto em questão, de fato, fala quase por inteiro de outras coisas: e precisamente de como as condições do processo civil na Itália estivessem então sob certo aspecto deplorável, também à luz de uma, tanto esquemática quanto aventureira, ‘simulação’ comparada do desenvolvimento de uma mesma lide diante das cortes italianas, das alemãs, das austríacas e das inglesas” (Cavallone, 1989:836).

O ensaio de Chioventa reservou “três páginas apenas e só para dizer que algumas das inovações por ele sugeridas [*pelo projeto Orlando*], como a abolição do juramento decisório e da oposição contumacial, bem como a extensão da faculdade de determinar o comparecimento pessoal das partes a qualquer tipo de causa, apreciáveis em si como inspiradas na grande reforma kleiniana, não poderiam, porém, vingar no diverso contexto do nosso processo e, sobretudo, possuíam o erro – como outras normas tidas por ‘excelentes’ – de não vir acompanhadas por outras reformas” (Cavallone, 1989:838).

Essas “três páginas” de críticas ao projeto Orlando, de qualquer sorte, tiveram o condão de contribuir decisivamente para a rejeição de um projeto de lei apresentado pelo Ministro da Justiça, o que demonstra o peso concedido à *communis opinio doctoris* naquele contexto histórico.

E não se trata de um exemplo isolado: além das críticas reciprocamente formuladas ao Projeto Mortara e ao Projeto Chioventa, pelos dois grandes processualistas do período, tem-se que os projetos posteriores não lograram maior sorte.

“O projeto Redenti veio à luz em 1936, quando ainda estavam vivos Mortara e Chioventa, mas não agradou nem a Mortara, nem a Chioventa (...), o projeto preliminar Solmi veio à luz após o falecimento de Mortara e Chioventa, mas não agradou nem a Carneletti, nem a Calamandrei (...)” (Cipriani, 1995:337).

Franco Cipriani chega ao ponto de definir o processo de elaboração do Código de Processo de 1940 como uma “partida entre

Dino Grandi e os processualistas italianos, que com as suas disputas impediam o regime, desde 1924, de dar à Itália um novo CPC” (1995:327).

Com efeito, ao assumir o Ministério da Justiça, Dino Grandi encontrou o referido processo paralisado, em decorrência das críticas apresentadas pela doutrina ao projeto apresentado por seu antecessor, Arrigo Solmi. Para o novo ministro, portanto, seria essencial obter “o *placet*, espontâneo ou forçado, dos processualistas”, que simplificaria bastante a aprovação do novo estatuto (Cipriani, 1995:351).

A estratégia de Grandi era “claramente inspirada no antigo dito *divide et impera*: rotura no fronte Carnelutti-Calamandrei, que havia feito naufragar o projeto preliminar Solmi, e máximo favor a Calamandrei, a ‘mente’, o único capaz de fazer naufragar o seu Código”(Cipriani, 1995:360).

“Este risco e a referente preocupação foram confessados posteriormente, em março de 1940, por Calamandrei (...), cuja colaboração com Grandi representou, no conturbado pós-guerra, um espinhoso argumento pelo qual muitos a consideraram uma sua incoerência. Calamandrei se defende sustentando que sua colaboração foi meramente técnica (...), mas é de se crer que ele fosse bem consciente de que o problema não fosse apenas técnico. (...) Com o detalhe de que não seria próprio que em 1939 um professor universitário poderia impunemente se permitir declinar o convite do Ministro da Justiça de ajudá-lo a preparar um Código” (Cipriani, 1995:341-2).

Como resume Franco Cipriani, por uma dessas coincidências da vida, o atual Código de Processo Civil italiano foi promulgado na mesma data do encontro entre Mussolini e Hitler em Florença e do “traioeiro ataque à Grécia”, “o que significa que o CPC nasceu em um dos dias mais obscuros da história da Itália” (1989:364).

Entretanto, do ponto de vista do conteúdo da nova legislação, “quis-se robustecer as garantias dos cidadãos mediante um reforço da atividade da magistratura. Tratava-se, e se trata ainda, de um objetivo plenamente divisível, feito urgente/atual pela experiência autoritária do fascismo, mas em sintonia com as transfor-



mações que interessaram, em menor ou maior medida, a todas as democracias contemporâneas” (**Guarnieri, 2001:8-9**).

## **1.2 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1865: A LITIGÂNCIA TEMERÁRIA**

O Código sardo de 1859 já previa a condenação à reparação de danos decorrentes de lides “evidentemente injustas”, expressão que foi substituída pelo art. 370, do Código de Processo Civil de 1865, por “lide temerária”: “*trattandosi di lite temeraria la parte socombente può esser condannata al risarcimento dei danni*”.

Na clássica definição de **Chiovenda**, “lide temerária é a lide na qual a injustiça é mais completa, porque está no próprio ânimo do litigante: a temeridade é a consciência do injusto, do não ter direito” (**2001:321**).

Deste modo, não é necessário o *animus nocendi* ou o espírito vexatório para caracterizar a litigância temerária, sendo suficiente o dolo genérico, consistente na consciência do próprio erro, a ser analisada pelas circunstâncias da própria lide.

Em sentido semelhante, **Carnelutti** consignava que, “como a temeridade é atributo de uma conduta, é evidente que se refere ao elemento formal do litígio, ou seja, à pretensão ou à discussão (contestação)” (**1944:129**).

Entretanto, **Chiovenda** se refere a casos intermediários, nos quais a lide não é em si mesma temerária (no sentido de que a simples análise de seu conteúdo não é suficiente para demonstrar que a parte é ou não consciente do próprio erro), como por exemplo nos casos em que a temeridade “dependesse do conhecer ou não uma circunstância de fato”. Nesses casos, “seria temerário o litigante que negasse um fato próprio seu, que resultasse provado, ou um fato que ele deveria conhecer, ou afirmasse um fato que deveria conhecer como inexistente”, assimilando o dolo à culpa grave (**2001:322**).

Nesses casos de lide temerária, enfim, “o fundamento ordinário e puramente objetivo da condenação nas despesas, a sucum-

bência, passa a segundo plano e resta absorvido pela intervenção de tais condições subjetivas do sucumbente que o tornam responsável pela lide não pela simples inanimada relação de causalidade, mas como autor voluntário e consciente da injustiça declarada pelo magistrado” (**Chiovenda, 2001:318**).

De qualquer sorte, até bem próximo a 1930, como aponta Manlio **La Rocca**, o tema da dolo processual era analisado apenas pelas várias monografias sobre as despesas e os danos no processo, ou na vertente do dolo revocatório, disciplinado pelo art. 395, do Código de Processo Civil. Apenas pouco antes de 1930 “manifestou-se um certo fervor de estudos sobre o dolo processual em geral, como comportamento ilícito da parte no processo”, em virtude da famosa causa D’Angelo-Pecoraino (**1963:90**).

**Lipari** resume o referido caso, julgado em 12 de setembro de 1925 pela Corte de Cassação: “para dissolver consensualmente o matrimônio, mediante um acordo entre os cônjuges, a esposa propôs uma demanda de nulidade do matrimônio por violência, e a sustentou com afirmações e provas falsas, sem contradição do marido. (...) O tribunal acolheu a demanda e dissolveu o matrimônio, mas no ínterim a esposa, arrependida pelo grave passo cometido, que prejudicava também os filhos, recorreu em apelo contra a sentença de primeiro grau, denunciando a precedente e fraudulenta colusão. A Corte de Apelo rejeitou o incidente, afirmando que a esposa não era legitimada a impugnar a sentença, porque não era sucumbente, e a Cassação atuou no mesmo sentido” (**1926:38-9**).

A doutrina em peso criticou a decisão, passando a analisar os diversos aspectos do dolo processual, sobretudo quando bilateral, ou seja, ostentado por ambas as partes.

**Lipari**, por exemplo, inicia o seu estudo advertindo que, enquanto alguns ordenamentos são “severíssimos na repressão do dolo processual e pretendam ao final que as partes respondam pela simples negligência”, outros não abordam o problema, demonstrando certo “relaxamento” quanto à matéria, “que equívale praticamente à indiferença pelo problema e sua solução” (**1926:3**).

Sobre o sistema italiano, conclui que, embora não haja uma norma genérica vedando o dolo processual, tal proibição pode ser

dessumida dos vários dispositivos de repressão da má conduta processual (**Lipari, 1926:22**).

No mesmo sentido, Gino Zani considera que o modelo processual italiano veda o dolo processual em todas as suas manifestações, identificando-as mediante dois componentes.

O conceito de dolo processual seria resultante de dois elementos: “um subjetivo: o *animus decipiendi*, de um dos litigantes (dolo unilateral) ou de ambos (dolo bilateral); o outro, objetivo: a *mise en scene*, a atividade dirigida a surpreender a boa-fé do juiz e atuada por um apenas, no primeiro caso, ou por ambos os contendores no segundo” (**Zani, 1931:145**).

Umberto **Guido** igualmente assimila o dolo processual à atividade enganadora praticada pelo litigante, tendente a provocar um errôneo convencimento do juiz. E essa atividade enganadora deve possuir um duplo requisito: “elemento subjetivo, isto é, a intenção de prejudicar; elemento objetivo, isto é, a circunstância nociva” (**1933:38**).

Interessante destacar que, na mesma obra, Guido responde aos que entendem que a repressão ao dolo processual é desnecessária, em face dos poderes instrutórios do juiz, mediante os quais a farsa seria descoberta e, portanto, o seu potencial lesivo seria disperso.

Com efeito, o referido autor já verificava que tais poderes eram excessivamente limitados e que, ainda que fossem mais amplos, “com a possibilidade de seu uso não se garante a proposição de que o juiz não possa jamais ser enganado. Os mais vastos poderes tornam menos provável tal evento, mas não o excluem” (**Guido, 1933:42**).

Por outro lado, concordando com Chiovenda, defende que “a malícia provém objetivamente da análise da própria lide, e por isso o Código sardo falava em lides evidentemente injustas”, expressão que corresponderia perfeitamente à lide temerária utilizada pelo Código então vigente (**Guido, 1933:49**).

A tese, porém, não era alvo de unanimidade. Questionava-se, em alguns setores da doutrina, o âmbito a ser dado ao conceito de temeridade, afirmando-se que o conceito de má-fé, por mais am-

plo que fosse, não poderia exorbitar do “momento psicológico da ciência àquele objetivamente determinado do dever saber (e não ter sabido por negligência ou imprudência) e tanto menos ao não saber inculpável, como ainda agora se é prospectado” (**Zani, 1931:72**).

**Lipari** igualmente resumia o dolo processual ao “querer consciente da contrariedade ao direito”. Logo, “para que exista temeridade, não basta apenas a contrariedade objetiva da demanda ao direito, ainda que manifesta. Falta ainda a prova do elemento subjetivo do dolo e, isto é, da consciência da contrariedade da demanda ao direito” (**1926:24, 49**).

Para esses setores, “a dificuldade de reconhecimento de um fenômeno não tem nada a ver com a sua existência” (**Zani, 1931:147**), o que demonstra a consciência das sérias conseqüências práticas advindas da tese, que dificultaria a identificação e a punição da má conduta processual.

A polêmica tornava-se ainda mais grave quanto à interpretação do art. 935, do Código de Processo Civil, pelo qual, “quando o seqüestro for declarado sem causa e, por isso, revogado, o sequestrante poderá ser condenado em uma multa de até mil liras, bem como ao ressarcimento dos danos”.

Observe-se que o Código não deixou clara a natureza dessa responsabilidade: se objetiva ou subjetiva e, nesse último caso, se era exigido o dolo ou se seria suficiente a mera identificação de culpa.

Para **Coniglio**, a responsabilidade em comento deveria ser analisada pelo prisma objetivo, dispensando a apreciação do móvel subjetivo da conduta. Em suas palavras, “o erro maior da doutrina contrária é não entender que o princípio da culpa não serve à solução do problema do dano produzido pelo processo, enquanto o processo se mantém na esfera do lícito jurídico” (**1927:372**).

Entretanto, consoante **Lipari**, a Corte de Cassação assentou precedentes admitindo a obrigação de reparar os danos não apenas nos casos de dolo, mas igualmente naqueles em que o credor sequestrante atuou de modo imprudente ou negligente. Restou, portanto, em um meio-termo entre a responsabilidade objetiva e a

responsabilidade decorrente de lide temerária.

No seu entender, porém, a referida interpretação “é contra a lei, porque o ressarcimento dos danos originados pelo processo, assim como não se admite por responsabilidade objetiva, não se admite pela simples culpa, salvo em casos excepcionais” (**Lipari, 1926:26**).

No mesmo sentido, criticava **Carnelutti**: “a jurisprudência preva-  
lente (dominada, como dissemos, pelo princípio da respon-  
sabilidade subjetiva peculiar do direito privado) interpreta o art. 935  
como se concedesse ao juiz o poder de condenar o credor ao  
ressarcimento apenas quando concorram, a seu cargo, dolo ou  
culpa; mas este modo de pensar, que não se apoia nem no texto,  
nem em sua história, é contrário aos resultados da investigação  
lógica e sistemática” (**1944:135**).

Como se registra a seguir, a tese preva-  
lente se consolidou no Código de 1940, pondo fim à dúvida.

## **2. O DEVER DE LEALDADE E PROIBIDADE PROCESSUAL**

Nos vários estudos sobre o dolo processual, advindos em de-  
corrência da causa D’Angelo-Pecoraino, já se observa a defesa  
de limites éticos à atividade das partes, rompendo-se com a tradi-  
ção liberal que apenas lhes impunha ônus e não propriamente de-  
veres.

Gino **Zani**, por exemplo, logo no início de sua monografia, ad-  
verte que “não se pode enfrentar isoladamente o problema, mas  
apenas no quanto estritamente conexo à teoria geral do processo,  
onde se requer para sua solução que se tenha presente, antes de  
tudo, o conceito e a função deste, e aqueles correlatos de ativida-  
de das partes e do juiz” (**1931:6**).

E em seguida completa: “observamos de resto que liberdade  
política e liberdade processual não são a mesma coisa e não se  
identificam em tudo, sendo escopo do direito e do processo não a  
liberdade dos indivíduos, mas aquela de todos, isto é, a justiça, e  
assim a igualdade da liberdade e das ações dos indivíduos, tal

que, sob outro entendimento, liberdade processual significaria opressão de um e vantagem do outro” (**Zani, 1931:13**).

**Chiovenda**, ao analisar as propostas de reforma do ordenamento processual italiano, igualmente destaca que “o processo não pode se preocupar apenas com a decisão final, não pode se limitar a sua função a preparar uma solução logicamente correta da lide, mas deve ter em conta a posição dos litigantes durante a causa, como cidadãos, ambos invocando a tutela do Estado” (**1912a:100**).

Deste modo, segundo o mesmo autor, “com a idéia de que a administração da Justiça seja uma função de soberania, vem-se formando lentamente a convicção de que o juiz, como órgão do Estado, não deva assistir passivamente à lide, para pronunciar ao final uma sentença, como a máquina induzida pelo peso da moeda depositada emite um doce ou um bilhete de ingresso; mas deva participar da lide como força viva e ativa” (**Chiovenda, 1912a:101**).

Mesmo autores menos ortodoxos, como Salvatore **Satta**, embora reconheçam no processo “indubitavelmente uma luta, que ambas as partes conduzem no seu exclusivo interesse”, aceitam a existência de limites a esta atividade, discutindo, porém, o âmbito dessa restrição (**Satta, 2000:116**).

Em todas essas obras se verifica a flagrante influência das reformas sofridas pelo processo civil austríaco em 1895, sob a regência de Klein, segundo o qual, “o direito processual não é em verdade um fim em si mesmo, mas instrumento para o fim da tutela do direito material, público e privado; está em resumo, por assim dizer, a serviço do direito material, cuja efetividade tende a garantir” (*apud* **Cappelletti, 1974:5**).

Observe-se que a tese socializante não implica supressão do princípio dispositivo, subsistindo a inércia inicial do órgão jurisdicional como forma de garantir sua imparcialidade. Apenas redimensiona os limites desse princípio, tornando-os mais condizentes com o interesse público na justa pacificação dos conflitos.

O destaque da *Zivilprozessordnung* de 1895 foi, sobretudo, o aumento dos poderes do juiz no tocante à produção e à valoração das provas, bem como a submissão das partes a deveres éticos,

exigindo-se, *verbi gratia*, que suas alegações se pautem pela verdade e pela completude da narração dos fatos.

A referida codificação almejou a “moralização” e a “socialização” da conduta das partes no processo, “não apenas formal e aparentemente, mas de modo efetivo” (**Cappelletti, 1974:17-8**), deslocando o “centro de gravidade” do processo novamente para a figura do magistrado, mediante a atribuição de novos e amplos poderes.

Com a recepção dessa tese pela doutrina italiana, estava aberta a trilha para positivação, no Código de 1940, dos deveres processuais das partes e dos seus procuradores, embora sem adquirir a mesma dimensão do modelo austríaco.

Mesmo a posição de Chiovena, defensor das reformas operadas pela Ordenação austríaca de 1895, “era aquela que poderia atender ao seu liberalismo político, temperado por sua formação de estudioso do processo” (**Denti, 1971:13**).

De qualquer modo, o Código italiano de 1865 não impunha expressamente às partes qualquer dever de conduta, embora a doutrina, a partir dos estudos relativos ao dolo processual, induzisse de normas particulares um “dever jurídico de conduta honorável no processo” (**Lipari, 1926:70**).

Gino **Zani**, outrossim, embora não considerasse presente no ordenamento italiano um dever geral de veracidade, já reputava ilícitas as “declarações e alegações mentirosas acompanhadas por meios probatórios fraudulentos”, pois se prestariam à “verdadeira violação dos fins do processo e de seu mecanismo” e à “lesão ao interesse do Estado”. No caso, “essa conduta que sem dúvidas é imoral se tornará ilícita, e o dever ético será substituído pelo dever jurídico” (**1931:156**).

Como narra **Zanzucchi**, o dever de agir em boa-fé no processo constou, embora com redações diferentes, no projeto Chiovena (art. 10, primeiro parágrafo), no projeto Carnelutti (art. 28), no esboço Rocco (art. 25) e depois no projeto preliminar Solmi (art. 26), “o qual, como sanção correlata a esse dever das partes, dos procuradores e dos defensores ‘de expor ao juiz os fatos segundo a verdade’, estabeleceu uma pena de notável porte, norma que foi

genericamente criticada, como não menos foi criticado esse genérico dever de dizer a verdade” (1964:370).

De fato, em 1937, o projeto preliminar Solmi já previa o dever das partes e dos procuradores de dizer a verdade, aplicando-se em desfavor da mentira uma multa não superior a dez mil liras (art. 26), o que representava expressiva soma, destinada ao “ente de previdência dos magistrados, servidores, advogados e procuradores” (art. 26, segundo parágrafo).

Na visão de Franco **Cipriani**, era “um dever que comportava a renegação do processo e da realidade deste mundo, mas que deveria aparentar um modo simples para pacificar o ambiente e para resolver de uma vez por todas o secular problema” (1995:333).

**Carnelutti**, em suas considerações sobre o projeto preliminar, igualmente criticou a redação do dispositivo, afirmando que “a fórmula ‘obrigação de expor ao juiz os fatos segundo a verdade’ é excessivamente ampla e deve ser substituída por outra, do art. 30, do projeto da Subcomissão Mortara: ‘obrigação de não afirmar conscientemente fatos contrários à verdade’” (1937:69).

Ademais, advertiu que o juiz não deve aplicar sanções aos defensores das partes, devendo no caso apenas remeter o caso aos órgãos profissionais “para o exercício de ação disciplinar” contra estes (**Carnelutti, 1937:71**).

E mesmo não sendo contrário à aplicação de multas às partes, ressaltou sua divergência quanto “à destinação do provento da multa ao fundo de previdência a favor dos juízes, a qual constitui um interesse, embora ténue e longínquo, do decidente quanto à aplicação da multa” (**Carnelutti, 1937:71**).

Os arts. 88, 89 e 92, do Código de 1940, enfim, restaram com a seguinte redação:

88. *Dovere di lealtà e di probità. – Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità.*

*In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve riferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi.*

89. *Espressioni sconvenienti od offensive. – Negli scritti presentati e nei discorsi pronunciati davanti al giudice, le parti e i loro*



difensori non debbono usare espressioni sconvenienti od offensive.

Il giudice, in ogni stato dell'istruzione, può disporre con ordinanza che si cancellino le espressioni sconvenienti od offensive, e, con la sentenza che decide la causa, può inoltre assegnare alla persona offesa una somma a titolo di risarcimento del danno anche non patrimoniale sofferto, quando le espressioni offensive non riguardano l'oggetto della causa.

92. Condanna alle spese per singoli atti. Compensazione delle spese. – Il giudice, nel pronunciare la condanna di cui all'articolo precedente, può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice, se le ritiene eccessive o superflue; e può, indipendentemente dalla soccombenza, condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che, per trasgressione al dovere di cui all'articolo 88, essa há causato all'altra parte.

Como afirma **Satta**, o art. 89 traz apenas “uma subespécie do dever de probidade, estabelecido no art. 88” (2000:118). E mesmo o dever de lealdade “nada mais é que um aspecto da probidade: o legislador, porém, no art. 88, CPC, quis indicar distintamente os dois conceitos, provavelmente para dar relevo àquele particular perfil de retidão constituído pela sinceridade” (La Rocca, 1963:88).

Com efeito, “o respeito pelos outros implica, como é óbvio, não apenas honestidade de propósitos e de ações, mas também um contínuo exame da própria conduta, a fim de que seja conforme a tais princípios: o homem probo, portanto, deve sempre se comportar de modo a não ofender também involuntariamente o semelhante. Tal aspecto característico da probidade traduz-se no dever de diligência e de prudência” (La Rocca, 1963:89).

Não obstante **Liebman** afirme que “o dever estabelecido no art. 88 é sancionado, por força das coisas, de modo imperfeito” (1981:108), tem-se que “a sanção é independente da sucumbência e se concretiza no ressarcimento das despesas, inclusive as irrepetíveis, causadas pela outra parte (art. 92 CPC), ressalvados os danos maiores, se foram configurados” (Satta, 2000:117).

De qualquer sorte, quebrou-se o “princípio do ônus”, pelo qual a lei de um modo geral opera os aportes de provas e de alegações

produzidos pelas partes. De fato, “este aporte beneficia apenas quando as alegações da parte sejam conformes a verdade e as provas sejam genuínas; caso contrário, a atividade das partes desvia ou ao menos retarda, em vez de facilitar, o curso do processo” **(Carnelutti, 1944:626)**.

Para evitar tais males, o sistema processual poderia igualmente se valer do “princípio do ônus”, rechaçando as petições que apresentassem comprovada mentira. Porém, essa solução “na prática, ofereceria o inconveniente de castigar o engano com uma eventual injustiça: com efeito, se não obstante a mentira a parte tivesse razão, o ônus aproveitaria, injustamente, à parte que não tinha razão” **(Carnelutti, 1944:626)**.

De fato, embora se possa falar em “inadimplemento do ônus”, nas hipóteses em que “o sujeito não respeita o vínculo instrumental, usando meios diversos daqueles previstos pela lei para a proteção jurídica do interesse”, tem-se que “as conseqüências jurídicas da inobservância do ônus são as mesmas que se verificariam se o sujeito tivesse decidido não agir para a tutela do interesse” **(La Rocca, 1963:19)**.

No caso dos deveres jurídicos, porém, “o sujeito tem um poder puramente material de escolha no quanto é posto diretamente frente à alternativa: obedecer ao comando jurídico ou violar a lei” **(La Rocca, 1963:16)**.

No caso do dever de lealdade e probidade processual, há “um dever em face do juiz, como destinatário último de cada atividade processual: o interesse da contraparte é tutelado apenas indiretamente ou de reflexo, como interesse individual coexistente” **(La Rocca, 1963:49)**.

Há autores que defendem a desnecessidade dos dispositivos em comento, considerando-os “uma visão excessivamente pessimista da realidade” **(Orsucci, 1943:46)**. Nesse sentido, diz-se que “o sentimento de honra, o sentimento religioso, as conveniências sociais, o amor pela tranqüilidade e pela paz, a exata valoração do próprio interesse são certamente mais difundidos que a má-fé e constituem freios assaz eficientes àquela força do mal que age em sentido negativo nos processos e que arrisca, como vemos, de afastar a justiça do seu curso normal” **(Orsucci, 1943:46)**.

Trata-se, entretanto, de visão excessivamente romântica da realidade processual, incompatível com o jogo de interesses que se desenvolve nas lides forenses.

Sobre a matéria, tornou-se clássico o ensaio de Calamandrei “O processo como jogo”, no qual, sob certo aspecto, revive a concepção duelística do processo.

Logo no início do ensaio, o mestre de Florença adverte para o risco do “excessivo otimismo”, avaliando que o “mais grave erro do Código vigente” teria sido justamente o “ter imaginado juízes e advogados melhores do que na realidade o são” (**Calamandrei, 1999:222**).

No decorrer de várias páginas, demonstra a existência de “regras não escritas”, “encomendadas à consciência e à sensibilidade das ordens forenses”, desconhecidas pelos iniciantes, mas importantes no *fair play*, concluindo, ao fim, que “a lealdade prescrita pelo art. 88 é a lealdade no jogo: o jogo, isto é, a competição de habilidade, é lícito, mas não se permite fazer armadilhas” (**Calamandrei, 1999:229**).

Não obstante o literal teor do art. 88, do CPC italiano, defende que “a lei não cria a carga da parte deveres jurídicos que lhe possam ser impostos contra sua vontade, senão que coloca frente à sua vontade, no momento em que ela vá a se determinar, uma série de admonições e de estímulo psicológico em virtude dos quais pode ocorrer que a parte se convença de que é interesse seu o responder segundo a verdade ao interrogatório, se prestar voluntariamente às inspeções ordenadas pelo juiz e, mais em geral, ter no processo um comportamento submisso e leal: é dizer, que se convença de que futuramente também no processo a honestidade termina por ser um bom negócio” (**Calamandrei, 1999:246**).

Em outros termos, assimila o dever de lealdade a um mero ônus, imposto mediante “estímulos psicológicos” e não propriamente “sanções”, dependendo da voluntária aceitação pela parte processual. E não se trata de voz isolada na doutrina italiana.

**Liebman** também afirma que “o processo civil, com sua estrutura em contraditório, na qual é atribuída às partes a tarefa de sustentar as próprias razões, é essencialmente refratário a uma

rigorosa disciplina moralística do comportamento das partes. Se qualquer litigante pode contar para vencer apenas com sua própria capacidade de fazer valer os elementos e os argumentos favoráveis, não se pode pretender que forneça também aqueles que lhe são desfavoráveis e que poderiam ajudar o adversário. Um dever assim não teria qualquer possibilidade de ser observado e teria como único resultado por em dificuldades a parte mais honesta.” (1981:107).

Em seguida, reporta-se igualmente às “regras do jogo”, sendo flagrante a influência do ensaio de Calamandrei: “se bem que no processo se desenvolva uma luta na qual qualquer um se vale livremente das armas disponíveis, esta liberdade encontra limite no dever de observar ‘as regras do jogo’: estas exigem que os contendores se respeitem reciprocamente nas suas vestes de contraditores em juízo, segundo o princípio da igualdade de suas respectivas posições, por isso qualquer parte de evitar de recorrer a manobras ou artifícios que poderiam impedir a outra de fazer valer as suas razões diante do juiz, em todos os modos e com todas as garantias estabelecidas em lei” (Liebman, 1981:108).

Mesmo **Carnelutti**, que nas considerações sobre o projeto preliminar Solmi defendia a instituição de um dever de veracidade, nos moldes constantes do Projeto da Subcomissão Mortara, posteriormente escreve em seu Sistema: “ao buscar sua solução, é preciso diferenciar bem seu lado lógico do seu lado prático. Sob o primeiro destes aspectos, a moderna concepção do processo civil elimina todos os obstáculos contra o reconhecimento da obrigação: como o processo tramita sob o interesse público e por isto tende a um resultado justo, como a parte serve ao processo e não o processo à parte, não existe a mais remota razão para subtrair a ação da parte daqueles preceitos que o interesse público reclama (...). Por outro lado, do ponto de vista da conveniência, a questão é muito delicada. Com efeito, se é verdade que também a parte, como a testemunha, é um instrumento do processo, é, sem embargos, um instrumento que opera de um modo inteiramente diverso. As vantagens que o processo dela obtém dependem, sobretudo, de sua iniciativa e, portanto, de sua liberdade. Qualquer limite imposto a esta se desenvolve por meio do contraditório, e do contraditório, que é uma forma de luta, não se pode, senão de um

modo relativo, desterrar sua força e astúcia. Em suma, quanto mais se atam as mãos das partes, tanto mais, junto com o perigo do engano e da mentira, se desvanece também o benefício de sua ação” (1944:627).

Aldo **Attardi**, embora afirme que as partes não devem “praticar atos que comprimam ou limitem o direito de defesa da outra parte”, nem “desenvolver atividades dilatórias ou supérfluas”, afirma que “o dever de lealdade e probidade não implica, por outro lado, uma obrigação de veracidade” (1994:370).

**Calamandrei**, inclusive, além de negar terminantemente o dever jurídico de dizer a verdade, que “leva diretamente à legitimação da tortura”, bem como “a obrigação jurídica de responder ou de manter perante o juiz uma conduta que pareça inspirada em colaboração ou submissão”, chega ao ponto de duvidar se existe mesmo um “dever moral” de fazê-lo (1999:243-245).

Enfim, não obstante o art. 88 aparentemente proíba qualquer conduta desleal no processo, incluindo-se as mentiras e as falsidades, a doutrina italiana restringe a sua aplicabilidade, negando a existência de um rígido controle de moralidade no processo.

### 3. A RESPONSABILIDADE AGRAVADA EX ART. 96, CPC

#### 3.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

No art. 96 do Código de Processo Civil italiano se encontra outro dispositivo tendente à repressão da má conduta processual, mediante o instituto da “responsabilidade agravada”, *in verbis*:

96. Responsabilità aggravata. – Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che, liquida, anche d'ufficio, nella sentenza.

Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudizi-

ale, o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente.

Observe-se que no seu Sistema de Processo Civil, escrito ainda sob a vigência do Código de 1865, **Carnelutti** já afirmava que a responsabilidade por lide temerária representa uma “ampliação” da responsabilidade pela despesas processuais, “pelo que se pode chamar de pagamento agravado ou qualificado” (1944:129).

A expressão, porém, sofre várias críticas por parte da doutrina. **Beghini**, por exemplo, não a considera exata, pois “não se trata de um agravamento de outra preexistente hipótese de responsabilidade” (2003:8).

Massimo Bianca, por outro lado, comparando a responsabilidade ex art. 96, CPC, com a responsabilidade aquiliana genérica do art. 2.043, do Código Civil italiano, conclui que “o direito de não sofrer turbações processuais é assim tutelado menos intensivamente que outros direitos, no quanto sua lesão pode ser invocada apenas em presença de ações ou resistências dolosas ou gravemente culposas”.

Deste modo, entende que “ao contrário da qualificação de responsabilidade ‘agravada’ – referente ao maior ônus imposto à responsabilidade, com referência ao simples encargo das despesas – se trata assim de uma responsabilidade atenuada” (**Bianca**, 1993:351).

Não se estranha, portanto, que a expressão “lide temerária” permaneça em uso na doutrina e na jurisprudência, conquanto não mais encontre assento no Código de Processo Civil (**Beghini**, 2003:7).

Por outro lado, a doutrina italiana ainda se debate quanto às suas relações com a mencionada responsabilidade aquiliana ex art. 2.043, do CC.

**Pajardi**, embora reconheça a autonomia da responsabilidade processual agravada, concebe esse instituto como *species a ge-*

*nus* em relação àquela responsabilidade aquiliana genérica da Lei Civil. (1959:19).

Neste sentido, afirma que se pode falar em uma responsabilidade processual “apenas em relação ao meio com o qual se provoca o dano, assim como quando se fala em responsabilidade assecurativa ou automobilística não se entende aludir a um *quartum genus* mas à espécie de um gênero” (Pajardi, 1959:22).

Partindo da premissa pela qual “as despesas são também danos”, pois representam uma “diminuição patrimonial relativa a um sujeito” (sobretudo as despesas irrepetíveis, como por exemplo as comunicações telefônicas entre a parte e o próprio representante), ao final conclui que mesmo a responsabilidade pelas despesas processuais, ainda que não agravada pelo dolo ou culpa grave, inclui-se também como espécie da responsabilidade civil aquiliana (1959:21-5).

Enfim, as diferenças entre a responsabilidade aquiliana geral e a específica (de natureza processual) se resumiriam basicamente ao elemento subjetivo, pois a responsabilidade específica exige o dolo ou culpa grave, enquanto a geral se contenta com a culpa leve (Pajardi, 1959:27).

Embora discorde parcialmente de Pajardi, Massimo **Bianca** afirma que “a responsabilidade processual é uma das hipóteses de responsabilidade especial e, embora diferenciada no tocante ao ilícito de que cuida o art. 2.043 do CC, inclui-se na categoria dos ilícitos extracontratuais. Precisamente, esta integra uma ilícita invasão de outra esfera jurídica, mas requer os pressupostos específicos previstos na lei processual” (1993:348-58).

Não obstante aponte o “escasso interesse dos civilistas pela responsabilidade processual” como indício de que esta não se inclui no tema da responsabilidade civil, nega terminantemente a sua “exclusiva inserção no âmbito dos princípios processualísticos” (Bianca, 1993:343-347).

É a mesma tese que defende **Zanzucchi**, quando afirma que “a grandeza do dano deve ser apreciada segundo as normas contidas no direito substancial” (1964:379) e Manlio **La Rocca**, quando afirma que a responsabilidade em comento é uma “responsabi-

lidade substancial reflexa no processo” (1963:23).

Na jurisprudência italiana, em certa época histórica, chegou-se a distinguir os casos de procedimento injusto e de procedimento ilegítimo, ou seja, “incoado para tutela de direitos substantivos inexistentes” e “iniciado para a tutela de direitos existentes, mas em desprezo às *formalités* do procedimento”, respectivamente.

A responsabilidade, no primeiro caso, seria subsumida ao art. 96, do CPC, e, no segundo, ao art. 2.043, do Código Civil. Entretanto, a “incoerência da distinção, de qualquer modo não mais em auge nos nossos dias, é dada pelo fato de que a gênese da responsabilidade agravada pressupõe de um lado a inexistência do direito substancial e de outro a irritualidade do procedimento” (**Cordopatri, 2000:223**).

De qualquer sorte, a Corte de Cassação assentou em outubro de 1999 que “o art. 96 do CPC contém uma integral e completa disciplina da responsabilidade processual, exaurindo-se todas as hipóteses, com a conseqüente impossibilidade de se aplicar o art. 2.043 do CC”, o que põe termo à discussão (**Beghini, 2003:75**).

Por outro lado, também é freqüente na doutrina italiana se discutir a relação entre a responsabilidade agravada (art. 96) e a responsabilidade decorrente de violação ao dever de lealdade processual (arts. 88 e 92).

Segundo **Cordopatri**, a correlação da responsabilidade agravada com a ilicitude do ato processual, no sistema anterior ao Código de 1940, coordenava-se “com a arcaica conotação penalística da condenação nas despesas”. Com o retorno à tradição do direito intermédio e do direito comum, “a responsabilidade emerge da análise da modalidade do exercício de poderes e/ou faculdades e do inadimplemento (ou irrituo adimplemento) de deveres e/ou obrigações processuais”, assumindo sempre “conotações de tipo ressarcitório” (**2000:57-8, 79**).

Deste modo, afirma que se pode falar genericamente em um “ilícito processual”, cuja sanção é constituída ora pelo reembolso das despesas e ora pela responsabilidade agravada (**Cordopatri, 2000:116**). “A relação entre a responsabilidade processual e a responsabilidade agravada finda por ligar duas realidades de fato ho-



mólogas, mas nas quais o *status* subjetivo opera com diverso gradiente” (**Cordopatri, 2000:568**).

Em sentido contrário, **Liebman** afirmava que “o dever de comportamento leal não tem, por sua vez, nada a ver com a responsabilidade agravada do art. 96, que se refere ao *animus* com o qual a parte sucumbente é movida a agir ou a resistir em um processo” (**1981:109**).

**Beghini** também nega a existência de qualquer vínculo entre a responsabilidade agravada e a violação de deveres processuais. Em suas palavras: “enquanto o art. 96 do CPC exige a sucumbência da parte que cometeu o ilícito processual e dá lugar à obrigação de ressarcimento dos danos, o art. 92, parágrafo primeiro, do CPC, prevê que a violação do dever de lealdade e de probidade, a prescindir da sucumbência, dá vez apenas à condenação o reembolso das despesas não repetíveis” (**20030:9**).

Interessante observar que, consoante precedentes da Corte de Cassação, acostados pelo mencionado autor, mesmo se verificados os pressupostos do art. 92, do CPC, “o juiz não é todavia obrigado a pronunciar a condenação, tratando-se de uma faculdade discricionária – e não de um dever – cujo não exercício não requer, nem ao menos, para o juiz, a obrigação de motivação” (**Beghini, 2003:9**).

### **3.2. PRESSUPOSTOS: SUCUMBÊNCIA, MÁ-FÉ E/OU CULPA GRAVE**

De qualquer modo, vinculando-se ou não a responsabilidade agravada ao dever geral de lealdade, tem-se a necessidade de se analisar o seu vínculo com a sucumbência e com o elemento subjetivo do agente.

Nas palavras de **Cordopatri**, “o intérprete é constrito a navegar, nos dias de hoje, entre a Caribde da avaliação (objetiva) do erro e/ou da falta de fundamentação da pretensão, por um lado, e a Cila da apreciação da consciência que o litigante tinha sobre tal e, então, da escusabilidade, por outro lado” (**2000:5**).

Por um lado, a mera sucumbência não poderia configurar um fato ilícito, para fins de agravamento da responsabilidade, sob pena de violar o direito constitucional de acesso ao Judiciário, punindo o mero ingresso da demanda ao único fundamento de não ter o autor direito à providência pleiteada.

Por outro lado, é arraigada no direito italiano a tese pela qual a parte que possuía, ao menos em parte, o direito pleiteado no processo, não pode ser condenada a ressarcir os danos, ainda que tenha atuado com dolo ou culpa grave. “Tal princípio encontra sua razão de ser no fato de que, se a demanda proposta é acolhida ao menos em parte, isto significa que o direito deduzido em juízo subsistia e que a parte deveria recorrer ao juiz para fazê-lo prevalecer” (Beghini, 2003:97).

Por outro lado, não é necessário que o sucumbente seja condenado nas despesas para fins de responsabilidade agravada, pois esta é cabível mesmo nos casos de compensação. “Assim pode existir condenação aos danos sem condenação nas despesas e, porque a compensação comporta conceitualmente uma dupla condenação, em definitivo pode haver condenação aos danos e às despesas a favor da outra parte condenada apenas nas despesas” (Pajardi, 1959:20).

Convém destacar, ademais, que a jurisprudência vem ampliando o conceito de sucumbência, de modo a alcançar “todas as hipóteses em que, em um procedimento judicial (de cognição, executivo, cautelar ou de jurisdição voluntária), a demanda da parte não venha acolhida, por qualquer razão, seja esta de rito ou de mérito” (Beghini, 2003:93). E consoante precedente da Corte de Cassação, assentado em agosto de 2002, a sucumbência total é “considerada em relação ao êxito final do juízo”, que não se altera “pelo fato de ter sido considerada infundada uma exceção processual levantada pela parte vitoriosa no mérito” (Beghini, 2003:98).

Nas palavras de Cordopatri, “a pretensão de relacionar a temeridade da lide com a pronúncia sobre o direito material” findaria por “inserir a noção de responsabilidade agravada no contexto teórico de uma concessão da ação em sentido concreto”, o que não se conciliaria com a posição ostentada pela parte nos processos não contenciosos (2000:57).

Ademais, a “leitura tradicional” da sucumbência, como verdadeira e própria declaração negativa do direito, ou seja, uma verdadeira e própria declaração da inexistência do direito, findaria assimilando os elementos constantes do *caput* do art. 96 com os presentes em seu parágrafo primeiro.

Com efeito, a menção ao “acertamento da inexistência do direito”, contida no parágrafo primeiro, restaria sem sentido caso possuísse o mesmo valor semântico do vocábulo sucumbência, que deve, portanto, ser interpretado “com um sentido peculiar” (**Cordopatri, 2000:561**).

Quanto ao elemento subjetivo constante no *caput* do art. 96, preleciona **Liebman**: “a primeira hipótese é aquela do litigante temerário: este é o sucumbente que agiu ou resistiu em juízo com má-fé ou culpa grave, quando, isto é, sabia ou devia saber que estava errado (art. 96, cpc). O fundamento desta responsabilidade é assim subjetivo, mas a dificuldade de indagar diretamente o ânimo do litigante constrange a recorrer também a elementos objetivos, atos a identificar a existência da lide temerária, a qual por isso resta considerada existente quando a pretensão ou a resistência é claramente infundada” (**1981:115**).

Entretanto, dois aspectos devem ser considerados.

Em primeiro lugar, como adverte Pajardi, “a lei parifica o dolo à culpa grave, o que, ao menos sobre o plano de enquadramento teórico, complica as coisas”.

Com efeito, “a culpa grave não se afasta do conceito de culpa, a qual como fonte genérica de responsabilidade pressupõe o dever de prever (ou de saber, se o fato é atual ou passado): a culpa grave implica uma violação macroscópica de tal dever, como a culpa levíssima uma violação mínima” (**Pajardi, 1959:69**). E conclui o mencionado autor: “o problema mais delicado é em ordem ao grau particular de culpa” (**Pajardi, 1959:28**).

Por outro lado, discute-se no direito processual italiano a figura do abuso do direito, que não se enquadra com perfeição nos padrões de subjetividade impostos pelo art. 96, do CPC italiano.

Como afirma **Cordopatri**, “sob o próprio plano processual, a noção de abuso não pode ser confundida (ou feita coincidir) com a

noção de temeridade da lide. O abuso atém ao (ato de) exercício do instrumento processo e/ou do ato processual singular, enquanto a fatispécie de que trata o art. 96 do CPC reclama, para a correlação imprescindível com a sucumbência, a situação jurídica substancial” (2000:139).

Em síntese, “o problema do abuso é, por assim dizer, de objetivação” (Cordopatri, 2000:144).

O fenômeno da objetivação da responsabilidade não é estranho ao direito italiano. **La Rocca** já destacava que, “em alguns casos, exigências particulares induzem o legislador a dar relevo apenas à conduta exterior de modo a eliminar as dificuldades inerentes ao acerto do elemento psicológico e tornar mais ágil a aplicação da norma”, embora considere o elemento subjetivo “sempre relevante em tema de responsabilidade por dano processual” (1963:41-4).

**Pajardi**, igualmente se referindo ao ordenamento jurídico em geral, aponta que “a boa-fé adquiriu um valor objetivo, pelo qual não basta que o sujeito não saiba, mas ocorre que não esteja em culpa no não saber. Opera-se em suma uma transposição: se substitui ao sujeito real um sujeito ideal médio, ou melhor, normal, encontrado pela análise estatística das personalidades humanas, e se finge que seja o segundo a operar” (1959:128).

Entretanto, em termos de responsabilidade agravada, permanece exigindo o dolo subjetivo, o dolo instrumental (“o primeiro se concreta na consciência de não ter razão ao exercitar uma ação ou ao resistir a ela; o segundo no consciente emprego de meios dirigidos a desviar o curso da justiça”) ou a culpa grave (**Pajardi**, 1959:353).

Enfim, decidiu reiteradamente a Corte de Cassação que, para fins de responsabilidade agravada, exige-se a ausência “daquele mínimo de diligência suficiente para se perceber a falta da fundamentação da própria demanda ou exceção” (**Beghini**, 2003:147). Não se acolhe a responsabilidade objetiva, nem se aplica a condenação com base na culpa leve.

### 3.3. RESPONSABILIDADE AGRAVADA EM SEDE DE EXECUÇÃO OU CAUTELAR

No *segundo comma* do art. 96, o Código de Processo Civil se refere à responsabilidade do requerente pela transcrição de demandas judiciais, pela inscrição de hipotecas judiciais, pela execução provisória de sentenças e pela efetivação de provimentos cautelares.

A jurisprudência acolhe “uma noção muito ampla” de provimento cautelar, aplicando o dispositivo em comento mesmo a casos de “provimento com natureza apenas vagamente cautelar” (**Beghini, 2003:163**).

No mesmo sentido, **Cordopatri** afirma, com base na jurisprudência, que o art. 96 do CPC atinge também provimentos de instrução técnica preventiva, provimentos de urgência, provimentos de nunciação, “mas, segundo alguns, não alcança o provimento de inibitória” (**2000:601**).

Quanto aos seus elementos, o dispositivo se contenta com a simples “falta da normal prudência”, não exigindo dolo ou culpa grave. Por outro lado, faz-se menção à “declaração de inexistência de direito”, expressão que, como visto, é mais restrita que a sucumbência.

Analisando a questão pelo elemento subjetivo, **Zanzucchi** afirma que o Código “graduou” as sanções, tornando-a “menos grave no âmbito do processo de conhecimento (art. 96, princípio); mais grave no âmbito do processo cautelar e executivo (art. 96)” (**1964:369**). É, aproximadamente, a mesma visão de Salvatore Satta, que considera a responsabilidade do art. 96, segundo *comma*, “uma situação intermediária entre ação judicial infundada e ação judicial proposta com má-fé ou com culpa grave” (**Satta, 2000:118**).

Apreciando o projeto preliminar Solmi, **Carnelutti** já criticara a inovação, considerando exagerada a inclusão da culpa leve como fonte de responsabilidade, “em contraste com o princípio bem firmado, pelo qual a responsabilidade processual por danos supõe a temeridade da ação (dolo ou culpa grave)” (**1937:73**).

**Satta**, entretanto, responde a crítica, demonstrando que “o título possui um valor meramente instrumental, não reconhece um direito, mas confere um poder, que a parte exercita se quiser, isto é, sob sua responsabilidade (2000:118).

De resto, a Corte de Cassação desde 1973 enunciou “o princípio pelo qual a parte que pede a tutela jurisdicional assume por isto mesmo o risco que da sua atuação possa resultar, ainda que mediante intervenção da discricionariedade ou erro do juiz, que de *per si* não exclui a responsabilidade de quem a solicita” (Beghini, 2003:90).

Mesmo que a “execução do provimento” não tenha ocorrido contra a vontade do sujeito chamado a adimplir, mas se dê com a sua cooperação, permanece a responsabilidade pelos danos. Segundo a jurisprudência da Corte de Cassação, basta que “o comando do juiz venha a se traduzir em uma correspondente situação de fato que a este se adequê” quer mediante a conduta espontânea do sujeito destinatário da ordem, quer pela execução forçada própria e verdadeira (Beghini, 2003:166).

Quanto à exigência de “reconhecimento da inexistência do direito”, observe-se que a jurisprudência italiana admite também “a notável desproporção entre o *quantum* reconhecido e aquele pelo qual foram solicitadas e executadas as medidas cautelares”, consoante assentado pela Corte de Cassação em fevereiro de 1994 (Beghini, 2003:100).

Por outro lado, quanto à relação entre o *caput* do art. 96 e o seu parágrafo primeiro, Pajardi assinala que a jurisprudência se divide em quatro linhas diferentes, *in verbis*:

“a) a disposição do *caput* do art. 96 cpc constitui um *quid pluris* em relação àquela disposição geral do primeiro parágrafo, com a consequência de que esta é limitada ao elemento da subsistência do direito, enquanto para todos os outros elementos se aplica a norma geral que exige o dolo, a culpa grave, e não apenas a culpa leve (normal prudência);

b) a disposição do *caput* do art. 96 cpc é excepcional em sentido absoluto, e portanto constitui uma derrogação completa da norma geral do primeiro parágrafo. Em consequência, os provi-

mentos especiais ali previstos constituem um único caso de responsabilidade agravada, restando excluída qualquer outra referência à deficiência de elementos diversos da subsistência do direito;

c) entre as duas mencionadas soluções opostas há duas intermediárias. Segundo a primeira, a interpretação do *caput* do art. 96 cpc deve ser substancial e intensiva, a compreender, sobre a base de uma substancialidade do direito à cautela, assim quanto à execução, também as deficiências dos outros elementos diversos do direito subjetivo substancial, como o *periculum in mora*;

d) a segunda das duas soluções intermediárias é talvez a mais audaz e, no quanto não a aceite, para mim densa de interesse, porque tenta por em contato direto com a responsabilidade extracontratual genérica. De fato, partindo dos pressupostos e em fundo das mesmas conclusões da tese b), acrescenta que todos os outros casos, como o defeito de ritualidade do procedimento, são regulados diretamente pelo art. 2.043, c. c.” (**Pajardi, 1959:363-4**).

Na sua opinião, o primeiro *comma* “é aplicável a qualquer processo e assim também àquelas ações particulares elencadas no segundo parágrafo, inclusive às cautelares”, toda vez que não ocorra a declaração de inexistência do direito, mas haja sucumbência por outros motivos (como a ausência de *periculum in mora*) e se verifique dolo ou culpa grave (**Pajardi, 1959:367**).

Com efeito, prevalece na jurisprudência a tese pela qual a segunda parte do art. 96 se aplica apenas aos atos praticados “com base em um provimento revogado pela falta de direito substancial (procedimento injusto)”, enquanto aos casos de “revogação por falta de pressupostos específicos do provimento (procedimento irritado)” seria aplicável a primeira parte da norma (**Bianca, 1993:344**).

Neste sentido, **Beghini**, por exemplo refere-se a decisões da Corte de Cassação prolatadas em 1998, aplicando a primeira parte do art. 96 do CPC a transcrições ilegítimas, reservando a segunda parte do dispositivo para “casos de transcrição legítima, mas injusta” (**2003:170**).

Em síntese, “a Suprema Corte precisou, em relação às hipóteses de execução de um provimento cautelar, que os requisitos para a condenação por responsabilidade agravada [*ex art. 96, se-*

*condo comma]* são três: a) que o provimento mencionado seja emitido sem fundamento jurídico, sendo inexistente o direito com base em que foi requerido e executado; b) que o requerente tenha agido sem a normal prudência; c) que o dano lamentado seja consequência direta da execução do provimento” (**Pajardi, 1959:360**).

### **3.4. ALGUNS ASPECTOS FORMAIS: PROVOCAÇÃO, COMPE- TÊNCIA E LIQUIDAÇÃO DO DANO**

Já nos primeiros estudos sobre o dolo processual discutia-se a possibilidade ou não de o juiz, *ex officio*, aplicar as sanções impostas pelo ordenamento.

De um lado, afirmava-se que o magistrado, mesmo reconhecendo a temeridade da lide, não poderia pronunciar a condenação ao ressarcimento dos danos sem a instância da parte interessada, pois “no juízo civil vige o princípio pelo qual não se pode julgar o que não é demandado” (**Guido, 1933:101**).

Outros autores já intuíaam que o reconhecimento da temeridade da demanda representa “uma sanção para combater a calúnia processual”, tutelando o próprio interesse público. Deste modo, poderia ser pronunciada sem a demanda expressa do interessado, sendo lícito ao magistrado proferir igualmente a “condenação, ao menos genérica, aos danos” (**Lipari, 1926:42; Zani, 1931:268**).

Atualmente, em face do literal teor do art. 96, do CPC italiano, não é possível a condenação *ex officio*. Observe-se, inclusive, que a Corte de Cassação entende que, requerida a condenação com vistas à primeira parte do art. 96, do CPC, é *extra petita* a decisão que acolhe a demanda com base na segunda parte do dispositivo, e vice-versa (**Beghini, 2003:25**).

Outro ponto importante diz respeito à competência para apreciar a demanda de ressarcimento nos danos. Gino **Zani** considera “inexata” a “tese pela qual o accertamento da temeridade apenas pode ser feito pelo juiz que conhece a causa na qual esta foi praticada” (**1931:269**). E, para **Pajardi**, “a competência para decidir sobre o *an* é funcionalmente do juiz do mérito, em sentido absolu-



to, tratando-se de um juízo sobre o 'seu' processo (...). Porém a competência sobre o *quantum* é funcional e assim em derrogação às normas comuns sobre a competência, mas em favor e não em desfavor do titular do direito, no sentido de que ele pode se beneficiar ou não da concentração processual" (1959:358).

Em sentido contrário, consoante Manlio **La Rocca**, "a aplicação da sanção no mesmo processo em que foi cometido o ilícito não é um puro aspecto exterior do fenômeno: esse vale para caracterizar um inteiro sistema de normas baseado sobre exigências particulares de imediatidade da sanção e de utilização (...) do conhecimento direto dos fatos por parte do titular do poder de ordem processual. Sobre tais exigências se funda o princípio da competência exclusiva do juiz do processo no qual foi cometido o ilícito, para aplicação das respectivas sanções" (1963:63).

De qualquer forma, a Corte de Cassação acolhe o "princípio da concentração necessária dos dois juízos" (Beghini, 2003:22). Deste modo, consoante assentado pela mencionada Corte em novembro de 1992, a competência para o art. 96 é "exclusiva e inderrogável do juiz investido na causa principal", pois, "a valoração do pressuposto da responsabilidade processual é assim estritamente ligada à decisão de mérito, de modo que comporta a possibilidade, caso fosse separadamente proposta, de um contraste entre os julgados" (Beghini, 2003:15).

Este princípio, levado à risca, gera dificuldades, por exemplo, quando o requerente da medida cautelar não ajuíza o feito principal, no qual seria apreciada a existência ou não do direito material que embasou a concessão do provimento. Voluntariamente ou não, o requerente estaria impedindo o requerido de ajuizar a demanda ex art. 96, CPC, subtraindo-lhe o substrato necessário à proposição da sua ação.

Nesses casos a Corte de Cassação permite excepcionalmente o ajuizamento da demanda de mérito pelo próprio requerido, para nela propor a demanda pelos danos. Porém, torna-se atribuição do requerido, agora investido na qualidade de autor da demanda principal, demonstrar a inexistência do direito pelo qual foi concedido o provimento cautelar (Beghini, 2003:49). A atuação do requerente, de qualquer modo, traz-lhe um grande bônus, desincum-

bindo-o do ônus da prova e facilitando sua defesa na demanda de ressarcimento dos danos.

De um modo geral, também assiste ao autor da demanda de ressarcimento o ônus de provar a existência do dano, discutindo-se a possibilidade ou não de liquidação por equidade.

Para **Cordopatri**, “o *an* deve ser provado, enquanto o *quantum*, diante da liquidação oficiosa *a parte iudicis*, pode ser provado de todos os modos e inclusive subordinado à valoração eqüitativa” (2000:599).

**Beghini** sintetiza os dois entendimentos contrastantes: “segundo o entendimento mais rigoroso, a parte requerente deve fornecer a prova do montante do dano sofrido. Portanto, onde dos atos do processo não resultem elementos objetivos pelos quais se deduz a existência concreta do dano, nada pode ser liquidado, nem mesmo recorrendo a critérios eqüitativos. (...) Segundo o entendimento majoritário, por outro lado, a expressa previsão por parte de ambos os parágrafos do art. 96 do CPC ao poder de o juiz liquidar o dano inclusive de ofício, baseia-se na consideração de que tal dano – em norma – não pode ser provado no seu exato montante e que assim deve poder ser liquidado eqüitativamente pelo juiz” (2003:200).

Como decidiu a Corte de Cassação em 2002, “o juiz da admissibilidade tem a faculdade de dessumir o mencionado dano da noção de experiência comum e pode assim fazer referência também ao prejuízo que a parte sofreu em si, por estar constrangida a rebater uma iniciativa judiciária injustificada, não compensada, no plano estritamente econômico, pelo reembolso das despesas e dos honorários do procedimento, liquidáveis segundo tarifas que não concernem à relação entre a parte e o seu defensor” (**Beghini**, 2003:201).

Como resume **Liebman**, “a condenação ao ressarcimento dos danos é condicionada à análoga demanda e não pode ser pedida em juízo diverso e o acerto da temeridade da lide não é apreciável em cassação” (1981:115).

Por fim, a discussão teórica se mostra relativamente inócua, pois, como aponta **Redenti** em seus “perfis práticos do processo

civil”, teoricamente o litigante de má-fé deveria ser condenado a reparar os males causados. “Mas este dispositivo, escrito no Código, permanece praticamente estéril” (1989:143).

## BIBLIOGRAFIA

ATTARDI, Aldo (1994). **Diritto processuale civile**, v. 1. Padova : CEDAM.

BEGHINI, Roberto (2003). **Comportamento processuale e risarcimento del danno**. Padova : CEDAM.

BIANCA, C. Massimo (1993). “Responsabilità processuale e illecito civile” in **Scritti in onore di Elio Fazzalari**, v. 1. Milano : Giuffrè, 343-358.

CALAMANDREI, Piero (1999). “O processo como jogo” in **Diritto processual civil**, v. 3, trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas : Bookseller, 221-250.

CAPPELLETTI, Mauro (1974). “Ideologías en el derecho procesal” in **Proceso, ideologías, sociedad**, trad. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 3-31.

CARNELUTTI, Francesco (1944). **Sistema de derecho procesal civil**, v. 2, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires : UTET.

CARNELUTTI, Francesco (1937). **Intorno al progetto preliminare del Codice di Procedura Civile**. Milano : Giuffrè.

CASTELLARI, Antonio (1927). “Volontà ed attività nel rapporto processuale civile” in **Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda**. Padova : CEDAM, 343-362.

CAVALLONE, Bruno (1989). “Il progetto Orlando” in TARZIA, Giuseppe; CAVALLONE, Bruno (org.). **I progetti di riforma del processo civile (1866-1935)**, t. 2. Milano : Giuffrè, 829-846.

CHIOVENDA, Giuseppe (2001). **La condanna nelle spese giudiziali**. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane.

CHIOVENDA, Giuseppe (1912a). "Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno" *in* **Nuovi saggi di diritto processuale civile**. Napoli : Jovene, 95-110.

CHIOVENDA, Giuseppe (1912b). "Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali" *in* **Nuovi saggi di diritto processuale civile**. Napoli : Jovene, 111-147.

CIPRIANI, Franco (1995). "Nel centenario del regolamento di Klein (il processo civile tra libertà e autorità)" *in* **Rivista di diritto processuale**, segunda série, a. 50, n. 4, out./dez. Padova : CEDAM, 969-1004.

CONIGLIO, Antonino (1927). "In tema di responsabilità per danni nel sequestro" *in* **Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda**. Padova : CEDAM, 363-376.

CORDOPATRI, Francesco (2000). **L'abuso del processo**. Padova : CEDAM.

DENTI, Vittorio (1971). **Processo civile e giustizia sociale**. Milano : Edizioni di Comunità.

GUARNIERI, Carlo (2001). **La giustizia in Italia**. Bologna : Il Mulino.

GUIDO, Umberto (1933). **Il dolo processuale civile**. Roma : Formiggini.

LA ROCCA, Manlio [1963]. **Profili di un sistema di responsabilità processuale**. Napoli : Morano.

LIEBMAN, Enrico Tullio (1940). "Os trabalhos para a reforma do processo civil na Itália" *in* **Revista forense**, v. 81, n. 439/441, jan./mar. Rio de Janeiro : Forense, 78-82.

LIEBMAN, Enrico Tullio (1981). **Manuale di diritto processuale civile**, v. 1. 4ª ed. Milano : Giuffrè.

LIPARI, F. G. (1926). **Il dolo processuale**. Palermo : Orazio Fiorenza.

ORSUCCI, Pier Luigi Pollera (1943). **Limiti alla attività processuale delle parti**. Padova : CEDAM.

PAJARDI, Piero (1959). **La responsabilità per le spese e i**

**danni del processo.** Milano : Giuffrè.

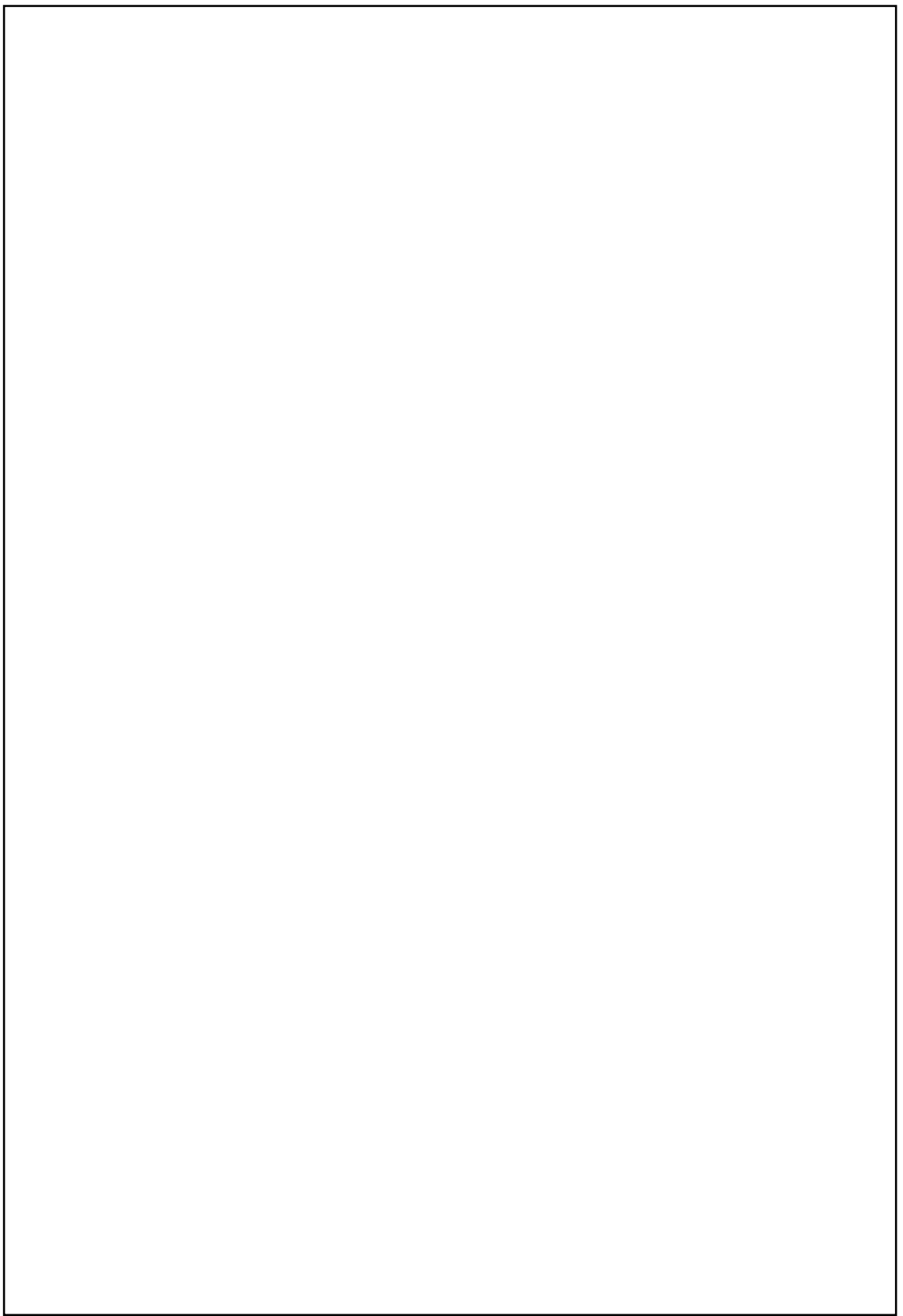
PICARDI, Nicola (1989). "La riforma giudiziaria fra il XIX ed il XX secolo" in TARZIA, Giuseppe; CAVALLONE, Bruno (org.). **I progetti di riforma del processo civile.** Milano : Giuffrè, 3-17.

REDENTI, Enrico (1989). **Profili pratici del diritto processuale civile.** 2<sup>a</sup> ed. Milano : Giuffrè.

SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine (2000). **Diritto processuale civile.** 13<sup>a</sup> ed. Padova : CEDAM.

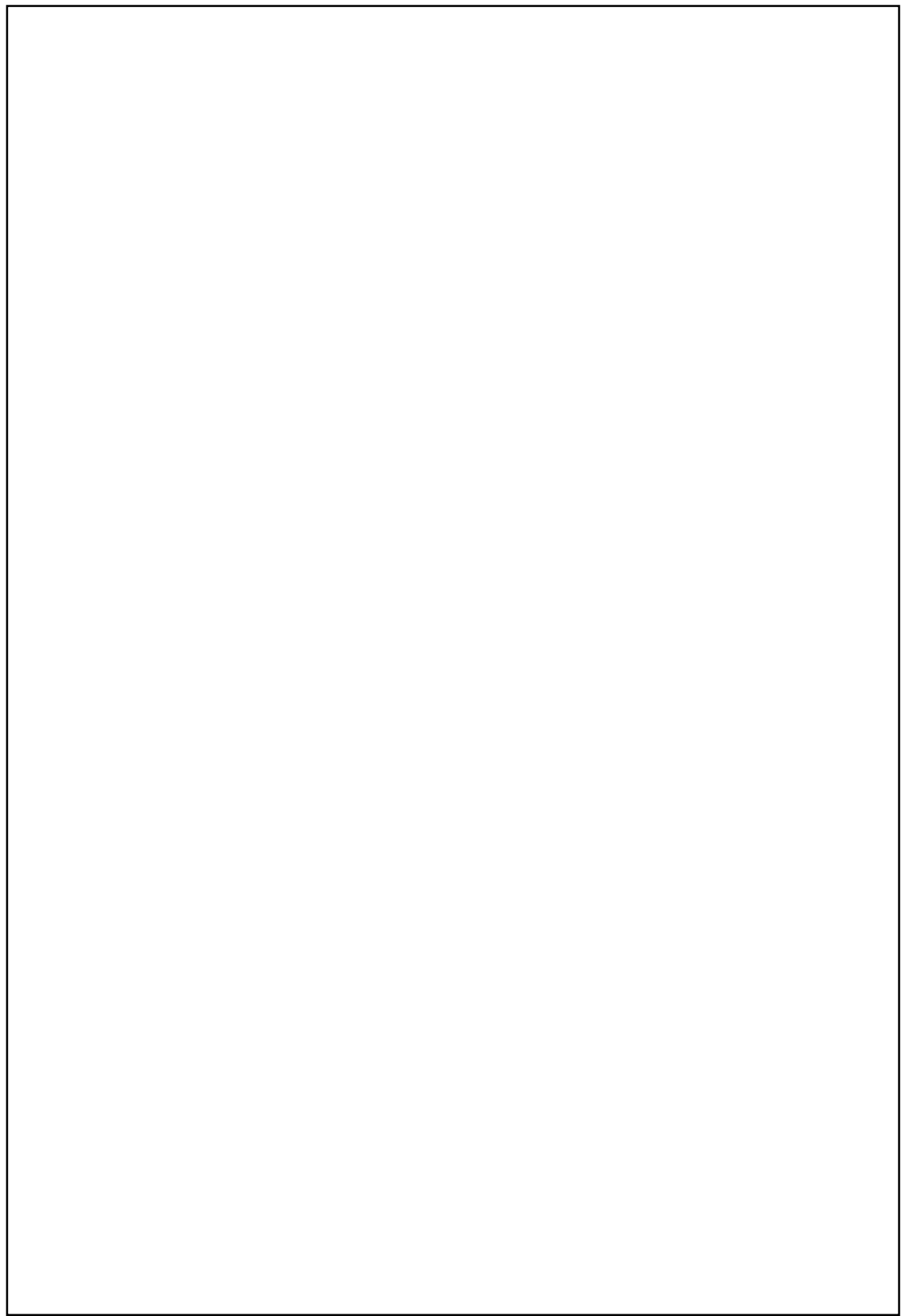
ZANI, Gino (1931). **La mala fede nel processo civile.** Roma: Foro Italiano.

ZANZUCCHI, Marco Tullio (1964). **Diritto processuale civile,** v. 1. 6<sup>a</sup> ed., atual. Corrado Vocino. Milano : Giuffrè.



**JURISPRUDÊNCIA**

---





## **AÇÃO RESCISÓRIA Nº 4.525-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO  
Autores.: REGINALDO DE ALBUQUERQUE SANTOS E OUTROS  
Réus: AMARO GUSTAVO DA SILVA, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E CIA/NACIONAL DE SEGUROS GERAIS - SASSE  
Advs./Procs.: DRS. SILVIO NEVES BAPTISTA FILHO E OUTROS (AUTORES) E JOSIAS ALVES BEZERRA E OUTROS, JOÃO ALFREDO DOS ANJOS E IVAN PEIREIRA DA COSTA JÚNIOR E OUTROS (RÉUS)

**EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO COMINATÓRIA. DEMOLIÇÃO DE ACRÉSCIMOS IRREGULARES FEITOS EM APARTAMENTOS DE UM PRÉDIO RESIDENCIAL. AÇÃO DE NATUREZA OBRIGACIONAL. OUTORGA UXÓRIA. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA. NULIDADE DA SENTENÇA. EFEITOS.**

*- Sendo a ação originária de natureza obrigacional, de caráter pessoal, desarrazoada é a preliminar suscitada pelos réus de necessidade da outorga uxória com relação a um dos autores, ao fundamento de que a presente ação versa sobre direito real imobiliário. Preliminar que se rejeita.*

*- A teor do que estabelecia o art. 177 do Código Civil Brasileiro de 1916, vigente à época da prolação da sentença rescindenda, o prazo para a propositura de ação pessoal era de 20 (vinte) anos. Prescrição alegada que não se caracteriza.*

*- Existindo provas evidentes de que, na ação demolitória, era o réu o legítimo possuidor do imóvel – vez que o houvera adquirido do seu pri-*

***meiro proprietário, mutuário do Sistema Financeiro de Habitação, através do chamado “contrato de gaveta” –, não há que se falar em nulidade processual por falta de citação do legítimo dono, sobretudo quando dito réu, citado, contestou a ação em comento sem que, em momento algum, tenha se insurgido contra o seu chamamento aos autos.***

***-A nulidade processual, porventura existente em uma ação, é óbice à formação da coisa julgada. Inadmissível, conseqüentemente, a sua apreciação em ação rescisória. Deverá a parte prejudicada suscitá-la, através de embargos à execução, em qualquer tempo em que se pretender fazer cumprir o julgado, a teor do que prescreve o art. 741, I, do CPC. Precedentes.***

***- Ação rescisória improcedente.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, julgar improcedente a ação rescisória em epígrafe, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 26 de janeiro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de ação rescisória proposta por Reginaldo de Albuquerque Santos e Marta Lopes de Sá, com base no art. 485, V, do CPC, objetivando desconstituir sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que, nos autos da ação cominatória cumulada com perdas e danos ( Proc. nº 1999.83.14302-5) proposta por Amaro Gustavo da Silva, julgou

procedente o pedido, determinando o desfazimento dos acréscimos irregulares empreendidos em três apartamentos do Edifício Verde Valle, situado no Município de Jabotão dos Guararapes, restabelecendo-se o aspecto original do referido imóvel.

Nesta ação, alegam os autores que a sentença rescindenda afrontou o disposto nos arts. 177 e 178 do Código Civil Brasileiro de 1916, vigente à época, desde que não observou os prazos prescricionais neles previstos, relativos ao direito de ação.

É que, segundo aduzem, *o direito para questionar a obra efetuada prescreveu de duas formas: primeiro pelo decurso do prazo de cinco anos para a interposição de ação por ofensa ou dano causados ao direito de propriedade; e segundo pelo decurso do prazo de dez anos para a interposição de ações relativas a direito real.*

Defendem, ainda, a nulidade da ação ordinária em comento, por ausência de citação de litisconsorte passivo necessário, uma vez que o proprietário de um dos imóveis reformados (apto. 104) não foi chamado a integrar a lide, tendo sido citada em seu lugar a mera locatária do imóvel.

Assim ocorrendo, entendem que não há como se falar em eficácia da sentença, mas tão-somente de sua nulidade, desde que não foi observado o disposto no art. 47 do CPC.

Citados os réus, a Caixa Econômica Federal, a Caixa Seguradora S/A e o Sr. Amaro Gustavo da Silva, estes contestaram a ação às fls. 372/375, 432/438 e 381/387, respectivamente.

Em suas contestações, alegam a CEF e a SASSE, em preliminar, que, versando a presente ação sobre direito real imobiliário, a teor do art. 10 do CPC, faz-se necessária a outorga uxória com relação ao autor Reginaldo de Albuquerque Santos. Requerem, portanto, que seja assinalado prazo razoável para a regularização da autoria, sob pena de extinção do feito sem apreciação do seu mérito.

Quanto ao mérito, aduzem que não procede a alegação dos autores de que houvera ocorrido a prescrição do direito de ação, uma vez que a matéria discutida naquela ação cominatória não tratava de direito indisponível. Por esta razão, não poderia ser a

prescrição decretada de ofício, devendo ter sido suscitada pelos autores em qualquer fase do processo, mas nunca após o seu trânsito em julgado.

No tocante ao segundo fundamento para procedência desta ação, consubstanciado na ausência de citação de litisconsorte passivo necessário, alegam que, se no lugar do proprietário foi citada como litisconsorte passiva necessária uma inquilina, esta deveria ter nomeado à autoria o proprietário, nos termos do art. 62 do CPC. Se assim não ocorreu, tal fato não dá ensejo à rescisão do julgado, cabendo ao autor, proprietário do imóvel, cobrar da referida inquilina eventuais prejuízos, como dispõe o art. 69 do CPC.

Aduzem, por fim, que a presente ação rescisória nada mais é do que uma tentativa de recorrer da sentença, fazendo-se utilização do prazo de dois anos.

Protestando por todos os meios de prova em direito admitidos, pugnam pela improcedência da ação.

A seu turno, o réu Amaro Gustavo da Silva, após tecer longo arrazoado sobre a irregularidade das construções realizadas no Ed. Verde Valle, objeto da ação cominatória por ele proposta, cuja sentença ora se pretende rescindir, alega que o pedido de desfazimento da construção irregular foi feito nos limites do prazo previsto em lei, ou seja, a referida ação foi proposta com menos de oito anos da conclusão dos acréscimos realizados no prédio em questão.

Defende, ainda, que a ação em comento não versa, tão-somente, sobre direito real, mas também sobre direito pessoal, o que dilata o prazo prescricional para a sua interposição.

Quanto à alegação de ausência de citação do verdadeiro proprietário de um dos apartamentos em questão, mais precisamente, do apartamento nº 104, diz o réu que, na data da distribuição da ação, o referido imóvel pertencia a Maria Paula Camilo de Moura Melo e Valdemir de Melo Junior, que, inclusive, na condição de cessionário, houvera liquidado o contrato de mútuo perante a Caixa Econômica Federal. Assim, segundo alega, o autor Reginaldo Albuquerque Santos não era o proprietário do mencionado apartamento à época da propositura da ação, e que, provavelmente, o

tenha adquirido posteriormente, através de “contrato de gaveta”. Para comprovar as suas alegações, reporta-se ao teor da certidão do oficial de justiça, lançada no verso do mandado de citação, de fls. 363 dos autos da ação cominatória.

Pugna, ao final, pela improcedência da presente ação.

Intimados a falar sobre a preliminar suscitada pela CEF e pela SASSE, referente à ausência de outorga uxória para a interposição da presente ação, rebatem os autores, afirmando que a preliminar não deve ser acolhida, uma vez que o objeto da presente ação não é relativo a direito real, mas a direito obrigacional, ou seja, o que se busca nesta ação é a rescisão de uma sentença que determinou a demolição de uma reforma feita em alguns apartamentos de um edifício. Trata-se, portanto, de uma ação pessoal, fundada em direito obrigacional, sendo desnecessária, portanto, a autorização da esposa do autor Reginaldo de Albuquerque Santos, para a proposição da presente ação rescisória.

Inexistindo provas a serem produzidas, foram apresentadas as razões finais pelos autores e pela CEF, às fls. 450/455 e 456, respectivamente.

Indo os presentes autos ao Ministério Público Federal, a douta representante do *Parquet* Federal, em seu parecer de fls. 459/462, opina pela improcedência da ação, em razão da inexistência de violação a literal disposição de lei.

Os autores, através da petição de fls. 463, pedem a juntada de Alvará de Legalização e Aceite-se da reforma, com acréscimo, realizada no apartamento nº 304, integrante do Ed. Verde Valle, emitido pela Prefeitura de Jaboatão dos Guararapes, em 17 de junho de 2003.

É o relatório. Ao meu Revisor.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Pretende-se, através da presente ação rescisória, desconstituir sentença, prolatada em ação cominatória, cuja parte dispositiva é a seguinte:

“Julgo procedente o presente pedido, conforme os argumentos acima expendidos, para determinar o desfazimento dos acréscimos irregulares empreendidos no prédio em comento, restabelecendo-se o seu aspecto original; inclusive no que se refere à restauração da segurança originalmente oferecida pela edificação; ficando todas as despesas decorrentes desta restauração às expensas dos condôminos responsáveis pelas obras irregulares”.

Antes de mais nada e por entender oportuno, ressalto que a presente ação rescisória foi proposta por apenas um dos três réus da referida ação cominatória: Sra. Marta Lopes de Sá, proprietária do aptº 204, sendo que, com relação ao outro autor desta ação, Sr. Reginaldo de Albuquerque Santos, a sua *legitimidade ad causam* decorre da sua condição de terceiro juridicamente interessado, em razão de ter adquirido o apto. 104, em 25.10.2000.

Feitos tais esclarecimentos, passo ao exame da matéria.

Como se depreende da parte dispositiva da sentença acima transcrita, buscou-se, na referida ação cominatória, a demolição de construções irregularmente acrescentadas às áreas úteis de três apartamentos em um prédio residencial, no bairro de Piedade, no Município de Jaboatão dos Guararapes.

Não vejo, pois, como acatar a alegação de que tanto a ação proposta perante o Juízo de 1º Grau, cuja sentença pretende-se rescindir, como a presente ação rescisória estejam fundadas em direito real sobre imóvel.

Na verdade, não se discutiu naquela ação, nem se discute nesta, qualquer um dos direitos reais nominados no art. 674 do Código Civil Brasileiro de 1916, atualmente previstos no art. 1.225 da nova legislação de regência.

Ultrapassada, portanto, esta questão relativa à natureza da ação, desarrazoada é a preliminar suscitada pelos réus, sobre a necessidade da outorga uxória com relação ao autor Reginaldo de Albuquerque Santos, ao fundamento de que a presente ação versa sobre direito real imobiliário. Afasto, pois, essa preliminar.

No tocante à alegação dos autores de que a sentença rescin-

denda não observou os prazos prescricionais contidos nos arts. 177 e 178 do Código Civil Brasileiro, vigentes à época de sua prolação, entendendo que, também, não deva prosperar.

Segundo defendem os autores, tratando-se de ação relativa a direito real, o prazo para sua interposição seria de dez anos a contar da data em que houve a alegada violação ao direito de propriedade.

Ora, como já acima foi dito, a ação cominatória proposta perante o juízo *a quo* é de natureza obrigacional, de caráter pessoal, e, desta forma, o prazo prescricional a lhe ser conferido é de vinte anos, a teor do que estabelece o art. 177 do Código Civil Brasileiro, vigente à época.

A propósito, reporto-me a acórdão do eg. Superior Tribunal de Justiça, mencionado pela ilustre Procuradora Regional da República em seu opinativo de fls 459/461, cuja ementa encontra-se lavrada da seguinte forma:

“PRESCRIÇÃO. AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESOBSTRUÇÃO DE PARTE COMUM DE CONDOMÍNIO.

I – A ação cominatória fundada em convenção de condomínio, visando a desobstruir área comum, é de natureza pessoal e, por isso, prescreve em vinte anos (Código Civil, art. 177). Prescrição não caracterizada, no caso.

II – Recurso especial não conhecido”.

(RESP 216903 – DF, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, unânime, julg. em 15.8.00, publ no *DJ* de 04/9/00)

No presente caso, a referida ação cominatória foi distribuída em 14.12.1998, sendo que as obras acrescidas irregularmente ao prédio remontam ao ano de 1986, consoante informam os próprios autores desta ação, às fls. 08, (item 17). Assim, tendo em vista que o prazo para propositura da ação é de vinte anos, não há que se falar em prescrição, visto que só decorreram 12 anos entre a construção irregular e a propositura da ação em comento.

Por oportuno, registro ainda que os próprios autores desta ação,

ao replicarem a preliminar suscitada pela CEF sobre necessidade da outorga uxória para propositura da presente ação, a contrário senso, defendem que o objeto desta não é relativo a direito real (fls. 443).

Alegam, ainda, os autores a existência de nulidade na referida ação cominatória, face a ausência de citação de litisconsorte passivo necessário, uma vez que, em lugar do proprietário do apartamento 104, Sr. Nivaldo de Souza Leão Siqueira Campos, foi chamada a integrar a lide a Sra. Maria Paula Camilo de Moura, inquilina do referido imóvel.

Com efeito, através da cópia da escritura pública de compra e venda de fls. 21/22, passada em 25.10.2000, verifica-se que a propriedade do apartamento nº 104 do Ed. Verde Valle foi transmitida para o Sr. Reginaldo de Albuquerque Santos – um dos autores desta ação – pelo Sr. Nivaldo de Souza Leão Siqueira Campos, primeiro proprietário do imóvel, e não pela Sra. Maria Paula Camilo de Moura, ré na referida ação cominatória.

Acontece, contudo, que também consta dos autos cópia do “Instrumento Particular de Autorização de Cancelamento de Hipoteca e outras avenças”, passado pela Caixa Econômica Federal, através do qual foi cancelado o ônus hipotecário que pesava sobre o referido apartamento e onde se registra que o contrato de mútuo celebrado com a referida instituição financeira houvera sido liquidado pelo Sr. Valdemir de Melo Júnior, que é o marido da Sra. Maria Paula Camilo de Moura (fls. 404).

Tal fato leva à razoável ilação segundo a qual as pessoas supramencionadas, na realidade, haviam adquirido o multicitado imóvel através de um “contrato de gaveta”, celebrado com o primeiro proprietário, mutuário do Sistema Financeiro de Habitação.

Por outro lado, existe neste processo, às fls. 389, declaração firmada por um ex-síndico do mencionado edifício, datada de 11.9.2001, segundo a qual o apto. 104 pertencia de fato à Sra. Maria Paula Camilo de Moura Melo e ao seu esposo Valdemir de Melo Júnior, que adquiriram o referido imóvel de Nivaldo de Souza Leão Siqueira Campos.

Por derradeiro, encontra-se, às fls. 363, certidão do oficial de



justiça, exarada no mandado de citação para cumprimento da obrigação de fazer, afirmando haver citado, em 17.05.02, o Sr. Valdemir de Melo Júnior e sua esposa, Sra. Maria Paula Camilo de Moura, ocasião em que ambos declararam haver vendido o referido apartamento, com os acréscimos objeto da demanda, ao Sr. Reginaldo de Albuquerque Santos, que é um dos autores desta ação rescisória.

Assim ocorrendo, diante das provas colacionadas aos presentes autos, forçoso é reconhecer que a Sra. Maria Paula Camilo de Moura e seu marido Valdemir de Melo Júnior, embora, juridicamente, nunca tenham passado a propriedade do referido bem imóvel para os seus nomes, também não detinham a simples condição de inquilinos, como alegado pelos ora autores. Na verdade, o que se denota dos autos é que eram eles os seus donos de fato e legítimos possuidores, daí porque, quando da propositura da ação demolitória em comento, em momento algum, insurgiram-se contra o seu chamamento aos autos na condição de réus.

Não vejo, portanto, a existência da nulidade apontada.

Aliás, mesmo que se admitisse a existência de nulidade processual, a possibilidade do manejo de ação rescisória com o fito de examinar tal questão não é matéria pacífica em nossa jurisprudência. Existe entendimento segundo o qual a nulidade suscitada só deve ser deduzida em embargos à execução, nos termos do art. 741, I, do CPC. (V. *in* Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil*, 30ª edição, pg. 471, nota 485:6b)

A propósito, leciona o Prof. Humberto Theodoro Júnior, *in* “A Coisa Julgada e a Rescindibilidade da Sentença”, publicado na *RJ* nº 219 – Jan/96, pág.5, *verbis*:

“....

Se a sentença foi dada à revelia da parte, por exemplo, sem sua citação ou mediante citação nula, processo válido inexistiu e, conseqüentemente, coisa julgada não se formou. Assim, em qualquer tempo que se pretender fazer cumprir o julgado, lícito será à parte prejudicada opor a exceção de nulidade da sentença (art. 741, I. do CPC).

Daí dizer Pontes de Miranda que a sentença existente ou é inatacável, ou nula ipso iure, ou rescindível.

Para fazer cair a relação processual nula e com ela a sentença nula bastará ao prejudicado manejar os embargos à execução (se for o caso), ou então alguma ação ou medida semelhante à querela de nulidade (op. cit., pp.65-66).

Prevê, outrossim, a lei, em *numerus clausus*, as hipóteses de admissibilidade da ação rescisória de sentença (CPC, art. 485), marcando parte prazo fatal para o seu exercício. Por isso, observa ainda o douto Pontes de Miranda que *“a ação rescisória é remédio jurídico processual extraordinário, razão por que, se a sentença não existe, ou é nula, cabe ao Juiz declarar-lhe a inexistência ou decretar-lhe a nulidade em vez de rescindi-la... Se por outro remédio jurídico processual se pode obter o mesmo resultado, não se há de exercer a pretensão rescisória, que é contra julgado”*. (Op. cit., p.84)

Vale ainda ressaltar, que, nesta ação, há notícia de um recurso de apelação, interposto pelos ora autores, contra a sentença proferida nos Embargos à Execução nº 2001.83.00.003822-6, distribuído neste Tribunal sob o nº AC 288.025-PE, cujo relator é o eminente Desembargador Federal Lázaro Guimarães e onde uma das questões abordadas pelos apelantes, ora autores, é, justamente, a nulidade do processo da referida ação cominatória, em virtude da ausência de citação de litisconsorte passivo necessário.

Vê-se, portanto, que a matéria ora discutida também é objeto de apreciação na apelação acima mencionada.

Assim ocorrendo, forte nestes fundamentos e não encontrando no julgado rescindendo qualquer violação a literal disposição de lei, julgo improcedente a presente ação rescisória.

É como voto.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 44.201-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Agravante: FAZENDA NACIONAL  
Agravada: EMPRESA JORNALÍSTICA O POVO S/A  
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO XAVIER TORRES E OUTROS (AGDA.)

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. DESEMBARAÇÃO ADUANEIRO DE 150 ROLOS DE FILME FOTOGRÁFICO PARA IMPRESSÃO. IMUNIDADE ASSEGURADA AO LIVRO, AO JORNAL, AO PERIÓDICO E AO PAPEL DESTINADO À SUA IMPRESSÃO.**  
**- Amplitude da imunidade assegurada ao livro, ao jornal, ao periódico e ao papel destinado à impressão, bem como ao material fotográfico.**  
**- Precedentes do colendo Supremo Tribunal Federal.**  
**- Agravo de instrumento improvido.**

### ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, 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, 15 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

### RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

A Fazenda Nacional agrava de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão que deferiu liminar à Empresa Jornalística O Povo S/A, para que não fossem cobrados o Imposto

de Importação (I.I.) e o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), por ocasião do desembaraço aduaneiro de 150 rolos de filme fotográfico para impressão, da marca Konica, da empresa americana Newstech Company.

Alega a Fazenda Nacional que somente o papel está acobertado pela imunidade e desde que se destine à impressão de livros, jornais e periódicos. Assim, requer o provimento do recurso, tendo em vista a ausência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Não houve resposta da parte agravada.

É o relatório. Peço dia para julgamento.

### VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

A Fazenda Nacional impugna decisão que determinou a liberação de material importado, de utilização em confecção de jornal, referente a 150 rolos de filme fotográfico para impressão. O douto juiz entendeu que se tratava de mercadoria abrangida pela imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, da Constituição Federal.

Mantenho a decisão atacada. A jurisprudência de nossas Cortes é uníssona quanto à imunidade tributária do material apreendido pela Alfândega. Assim, revela-se presente a fumaça do bom direito na pretensão autoral, a saber:

RE 265025 / SP - SÃO PAULO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Julgamento: 12/06/2001 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação: DJ DATA-21-09-01 PP-00054

EMENT VOL-02044-02 PP-00445

EMENTA: ICMS. Tinta para impressão de livros, jornais, revistas e periódicos. Não ocorrência de imunidade tributária.

- Esta Corte já firmou o entendimento (a título exemplificativo, nos RREE 190.761, 174.476, 203.859, 204.234, 178.863 e 267.690) de que apenas os materiais relacionados com o papel – assim, papel fotográfico, inclusive para fotocomposição por laser, filmes fotográficos, sensibilizados, não impressio-

nados, para imagens monocromáticas e papel para telefoto – estão abrangidos pela imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, *d*, da Constituição.

- No caso, trata-se de tinta para impressão de livros, jornais, revistas e periódicos, razão por que o acórdão recorrido, por ter esse insumo como abrangido pela referida imunidade, e, portanto, imune ao ICMS, divergiu da jurisprudência desta Corte. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Observação

Votação: Unânime. Resultado: Conhecido e provido. Acórdãos citados: RE-174476 (RTJ-167/988), RE-178863, RE-190761, RE-203859, RE-204234, RE-267690. N.PP.:(8). Análise:(MML). Revisão:(RCO). Inclusão: 16/01/02, (SVF).

RE 325334 AgR / SP - SÃO PAULO  
AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO

Julgamento: 19/08/2003 Órgão Julgador: Segunda Turma  
Publicação: DJ DATA-19-09-2003 PP-00028 EMENT VOL-02124-06 PP-01105

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO: IMUNIDADE: CAPAS DURAS AUTO-ENCADERNÁVEIS IMPORTADAS PARA A DISTRIBUIÇÃO DA OBRA “ROTEIROS FIAT/FOLHA-BRASIL”, EFETIVADA PARA INCREMENTO DA VENDA DE JORNAIS. CF, art. 150, VI, *d*.

I. - Além do próprio papel de impressão, a imunidade tributária conferida aos livros, jornais e periódicos somente alcança o papel fotográfico - filmes não impressionados.

II. - A imunidade tributária do art. 150, VI, *d*, CF, não abrange as capas duras auto-encadernáveis utilizadas na distribuição de obras para o fim de incrementar a venda de jornais.

III. - RE conhecido e provido. Agravo não provido.

Observação

Votação: unânime. Resultado: desprovido. Acórdãos citados: RE-116607, RE-174476 (RTJ-167/988), RE-190761, RE-203267, RE-203859, RE-204234, RE-206774, RE-239961, RE-375603. N.PP.:(08). Análise:(DMV). Revisão:(FLO/RCO). Inclusão: 19/02/04, (MLR). Alteração: 25/02/04, (MLR).

Origem: TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO  
Classe: AG - Agravo de Instrumento - 41162  
Processo: 200205000037538 UF: PB Órgão Julgador: Terceira Turma  
Data da decisão: 10/04/2003 Documento: TRF500067880  
Fonte *DJ* - Data: 10/06/2003 - Página: 584  
Relator(a) Desembargador Federal Paulo Gadelha  
Decisão: UNÂNIME

Ementa

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE JORNAIS E PERIÓDICOS. MATERIAIS FOTOGRÁFICOS. ART. 150, VI, "D", DA CF/88. - OS MATERIAIS RELACIONADOS COM PAPEL (PAPEL FOTOGRÁFICO, PAPEL TELEFOTO, FILMES FOTOGRÁFICOS, SENSIBILIZADOS, NÃO IMPRESSIONADOS) DESTINADOS À IMPRESSÃO DE LIVRO, JORNAL OU PERIÓDICOS ESTÃO ABRANGIDOS PELA IMUNIDADE DO ART. 150, VI, "D", DA CF/88. - AGRAVO PROVIDO.

Data Publicação: 10/06/2003

Referência Legislativa CF-88 Constituição Federal de 1988  
ART-150 INC-6 LET-D - - - CPC-73 Código de Processo Civil  
LEG-FED LEI-5869 ANO-1973 ART-526

Acórdão

Origem: TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO  
Classe: AMS - Apelação em Mandado de Segurança - 84585  
Processo: 200181000096313 UF: CE Órgão Julgador: Terceira Turma  
Data da decisão: 13/05/2004 Documento: TRF500078708  
Fonte *DJ* - Data: 01/06/2004 - Página: 436 - Nº: 104  
Relator(a): Desembargador Federal Hélio Sílvio Ourem Campos

Decisão: UNÂNIME

Ementa: TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 150, VI, "D", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ESTENDIDA AOS IMPOSTOS DE IMPORTAÇÃO E IPI INCIDENTES NA IMPORTAÇÃO DE FILME FOTOGRÁFICO UTILIZADO COMO INSUMÓ NA PRODUÇÃO DE JORNAIS. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO PROVIDA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 657 DO EG. STJ.

1. Apelação em mandado de segurança (fls. 71/77) interposta contra sentença do douto Juízo de origem, Dr. JAIRO BAIMA (fls. 68/70), que denegou a segurança quanto ao pleito de aplicação de imunidade tributária na cobrança de Imposto de Importação e IPI incidentes sobre 150 rolos de filme fotográfico destinados a utilização em jornal, que se encontravam retidos no aeroporto de Fortaleza-CE.

2. Os Impostos de Importação e IPI que porventura incidiriam na importação de filmes fotográficos são alcançados pela regra constitucional de imunidade prevista no art. 150, VI, d, da CF, visto que o citado material destina-se a aplicação em jornal, constituindo-se insumo para a produção do citado meio de comunicação, sendo vedada a cobrança destes para a liberação da mercadoria importada.

3. O eg. STF, por meio do RE 325334 AgR/São Paulo, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário, que teve como relator o Min. Carlos Velloso, julgado em 19/08/2003, firmou o entendimento de que “Além do próprio papel de impressão, a imunidade tributária conferida aos livros, jornais e periódicos somente alcança o papel fotográfico - filmes não impressionados”.

4. Aplicação do Enunciado da Súmula nº 657 do Eg. STF que dispõe “in verbis”: “a imunidade prevista no art. 150, VI, d, da CF abrange os filmes e papéis fotográficos necessários à publicação de jornais e periódicos”.

5. O Eg. TRF/5ª também pactua desse entendimento, conforme se verifica no AG - Agravo de Instrumento - 41162 Processo: 200205000037538 UF: PB Órgão Julgador: Terceira -Turma. Relator: Des. Paulo Gadelha, acrescentado-se que “os materiais relacionados com papel (papel fotográfico, papel telefoto, filmes fotográficos, sensibilizados, não impressionados) destinados à impressão de livro, jornal ou periódicos estão abrangidos pela imunidade do art. 150, VI, “d” da CF/88”.

6. Apelação provida.

Data Publicação 01/06/2004

Referência Legislativa CF-88 Constituição Federal de 1988  
ART-150 INC-6 LET-d - - - LEG-FED SUM-657 STJ

Relativamente ao *periculum in mora*, transcrevo parte do ato judicial atacado, da lavra do eminente Juiz Federal Dr. José Vidal

Silva Neto, o qual adoto como razão de decidir :

“Quanto ao *periculum in mora*, a se revelar no caso, mesmo havendo o risco de a concessão da liminar exaurir o objeto da lide, seu adiantamento se impõe face à extrema plausibilidade do direito, ao lado do reconhecimento do próprio fisco de que está defendendo interpretação constitucional totalmente contrária à jurisprudência solidificada pelo Supremo Tribunal Federal. Por esse motivo, a atividade econômica da empresa jornalística impetrante não merece ser mais prejudicada pela espera de uma sentença final, em se tratando de causa para cuja solução dúvida nenhuma remanesce.

Ante o exposto, defiro a liminar perseguida”.

Assim, com estas considerações, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 55.024-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA  
Agravante: MUNICÍPIO DE SANTA RITA - PB  
Agravadas: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - ANP E UNIÃO  
Advs./Procs.: DRS. ANDRE LUIZ BATISTA MONTEIRO E OUTROS (AGRTE.)

***EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CANCELAMENTO DO PAGAMENTO DE 'ROYALTIES' AO MUNICÍPIO. INSTALAÇÃO DE TUBULAÇÕES DE GÁS NATURAL E 'CITY GATE'.***

***- Para efeito de pagamento de 'royalties', as tubulações e o 'city gate' existentes no território do Município não caracterizam instalações terrestres de embarque e desembarque de gás natural, definido no Decreto nº 01/91, que regula-***



**menta a Lei nº 7.990/89.**

**- A compensação financeira pela utilização de território municipal para a instalação de tubulações de gás natural e de 'city gate' pode ser efetuada por outro meio de retribuição, mas não mediante o repasse de 'royalties'.**

**- Ausência de ilegalidade do ato administrativo que cancelou o repasse dos 'royalties'.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, julgando prejudicado o agravo regimental, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 14 de outubro de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

O Município de Santa Rita, PB, interpõe agravo de instrumento, com pedido de liminar substitutiva, contra a decisão do MM. Juiz Federal Substituto da 2ª Vara da Seção Judiciária, PB, que indeferiu antecipação de tutela, para que seja restabelecido o pagamento de *royalty*, que lhe vinha sendo creditado até março de 2002, em virtude de haver instalado naquele município tubulação de gás natural e *city gate*.

Alega que por vários anos recebeu *royalties* por operações de embarque e desembarque de gás natural, no montante de 5% da produção, na forma das Leis nºs 2.004/53, 7.990/89 e 9.478/97, e que por meio de ofício fora comunicado pela entidade agravada de que não mais receberia aludidas verbas.

Sustenta a ausência do devido processo legal no cancelamento do repasse de *royalties* e na legalidade do pagamento de tais verbas a título de compensação pela existência, no território do muni-

cípio, de extensas tubulações de gás natural e *city gate*, caracterizando operações de embarque e desembarque de gás natural a justificar o pagamento de *royalties*, em face do risco de dano que tais operações podem ocasionar ao meio ambiente e à população local.

Pedido de efeito suspensivo indeferido – fls. 98/101. Contra essa decisão foi interposto agravo regimental, no qual foram tecidos os mesmos argumentos do agravo de instrumento.

Não houve contraminuta.

É o relatório.

### VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

Na decisão na qual examinei a concessão de efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento foi consignado o seguinte:

“A decisão agravada entendeu que as tubulações e o ‘city gate’ existentes no território do município agravante não caracterizam, para efeito de pagamento de *royalties*, instalações terrestres de embarque e desembarque de gás natural, definido pelo Decreto nº 01/91, que regulamenta a Lei nº 7.990/89, da seguinte forma:

‘Art. 17. A compensação financeira devida pela Petróleo Brasileiro S.A . (Petrobrás) e suas subsidiárias aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás natural extraídos de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, operados pela Petrobrás, será paga nos seguintes percentuais:  
(...)

Art. 19. A compensação financeira aos municípios onde se localizarem instalações marítimas ou ter-

restres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural será devida na forma do disposto no art. 27, inciso III e § 4º, da Lei nº 2004, de 3 de outubro de 1953, na redação dada pelo art. 7º da Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, consideram-se como instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural as monobóias, os quadros de bóias múltiplas, os píeres de atracação, os cais acostáveis e as estações terrestres coletoras de campos produtores e de transferência de óleo bruto ou gás natural.'

As tubulações para escoamento de gás natural existentes no Município de Santa Rita não podem ser caracterizadas como estações terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural, porque não há instalação para coleta do gás natural oriundo dos campos produtores, para posterior transferência às unidades de armazenamento e de tratamento do produto.

O *city gate*, por sua vez, existente também no município agravante, é estação de medição e controle de pressão, 'destinada a entregar o gás natural oriundo de uma concessão, de uma unidade de processamento de gás natural, de um sistema de transporte ou de um sistema de transferência, para a concessionária estadual distribuidora de gás canalizado' (definição obtida no *site* Gas Net – o *site* do Gás Natural – [www.gasnte.com.br](http://www.gasnte.com.br))

Portanto, os *city gate* são instalações que recebem o gás natural das estações de compressão, para a entrega às companhias estaduais respectivas, e encontram-se, em tese, fora do processo de embarque e desembarque do gás natural, conforme definição acima.

Assim, a compensação financeira pela utilização de território municipal para a instalação de tubulações de gás natural e de *city gate*, pode até ser efetuada por outro meio de retribuição, mas não mediante o repasse de *royalties*.

Quanto à necessidade do devido processo legal, correto o ato recorrido ao afirmar que não haveria 'razoabilidade na anulação judicial de um ato administrativo sob esse fundamento, sem que o interessado na invalidação tenha direito, ao menos potencial, ao que foi materialmente negado pela Administração'".

Com os mesmos fundamentos, nego provimento ao agravo de instrumento, julgando prejudicado o agravo regimental.

É como voto.

### **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 60.761-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO  
Agravante: EMPRESA INDUSTRIAL TÉCNICA S/A - EIT  
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE  
Advs./Procs.: DRS. ROMMEL CARVALHO E OUTROS (AGRTE.)

***TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. MUDANÇA DA SEDE DA EMPRESA. INEXISTÊNCIA DE DANO À ARRECAÇÃO E À FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. SENTENÇA DENEGATÓRIA DA SEGURANÇA. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 12 DA LEI 1.533/51. ART. 558 DO CPC. ART. 127 DO CTN. ART. 170, PARÁG. ÚNICO, DA CF/88. POSSIBILIDADE.***

***- A apelação da sentença que concede ou denega a segurança tem, em regra, efeito apenas devolutivo (art. 12 da Lei 1.533/51). Contudo, satisfazendo o caso aos pressupostos do art. 558 do CPC, isto é, quando a execução da sentença puder gerar lesão grave ou de difícil reparação,***

***sendo relevante a fundamentação, há de se atribuir também o efeito suspensivo àquele recurso.***

***- A escolha do local da sede da empresa e das alterações supervenientes é livremente feita pelos seus controladores, somente podendo o Fisco a ela se opor nos casos em que o novo domicílio efetivamente impossibilite ou dificulte a fiscalização/arrecadação do tributo (art. 127 do CTN).***

***- As atividades econômicas independem de autorização dos órgãos públicos, sobretudo quando se encontram com aparência de regularidade não elidida pelo Fisco.***

***- Eleito o local da nova sede onde a empresa realiza suas principais atividades econômicas, não cabe ao Fisco obstar a sua transferência, sob pena de se instituir uma verdadeira sanção política tão criticada nos Tribunais do País.***

***- Agravo regimental provido.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental na AGTR 60.761-RN, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Recife, 3 de maio de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Trata-se de agravo regimental em que a parte agravante

busca tutela recursal liminar desta Turma, no AGTR supra, *de modo que se atribua efeito suspensivo à apelação que interpôs no MS 2004.84.00.0100221-1, da 3ª Vara Federal da SJ/RN, no qual obtivera a concessão de tutela mandamental liminar, depois cassada na sentença final do mandamus.*

2. A história deste processo pode ser assim resumida: (a) a empresa impetrou um MS na SJ/RN, visando à obtenção de amparo judicial *para realocar a sua sede no Estado do Ceará*, obtendo a tutela pretendida e, em consequência, promovendo todos os atos pertinentes à realocação; (b) em face disso, a empresa implantou a sua sede no Estado do Ceará, *onde se acha desenvolvendo normalmente suas atividades regulares*; (c) porém, no julgamento do referido MS, veio a ordem a ser-lhe denegada; (d) em vista de tal denegação, interpôs o recurso apelatório, mas o Juiz de Primeiro Grau recebeu-o *somente no efeito devolutivo*, de sorte que restou sem eficácia a liminar mandamental anteriormente obtida e posta em questão a permanência da sede da empresa no Estado do Ceará, embora seja plausível, ao que alega, o provimento do recurso apelatório, daí o pedido de efeito suspensivo à apelação, dando-se à liminar a eficácia perdida, *até que seja julgada a apelação.*

3. É o brevíssimo relatório.

## VOTO

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (Relator):

1. Realmente, a norma legal contida no art. 12 da Lei 1.533/51 prevê que o recurso contra a sentença concessiva ou denegatória de segurança é provido de efeito ***apenas devolutivo***; porém, a exegese desse dispositivo normativo pela jurisprudência dos Tribunais e as lições da doutrina jurídica mais autorizada explanam que em casos excepcionais *é possível atribuir-se à apelação em mandado de segurança o efeito suspensivo*, isso quando a situação processual recomendar tratamento específico, de feitiço meramente acautelatório, para evitar perecimento de direitos subjetivos ou deixar de impor à parte ônus excessivos, desarrazoados ou desproporcionais.

2. Veja-se, por exemplo, esta preciosa e precisa lição do eminente Prof. Sérgio Ferraz:

*A liminar tem, conforme já examinado, o fim precípuo de assegurar a realização, específica, de uma garantia constitucional, por isso, ela terá de perdurar por todo o tempo em que seja cogitável a concessão do writ (Mandado de Segurança - Aspectos Polêmicos, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 150).*

3. O Prof. Cássio Scarpinella Bueno também sustenta esse mesmo ponto de vista ao explicar a atribuição de efeito suspensivo à apelação em mandado de segurança, dizendo o seguinte:

*Seria, com efeito, contrário às diretrizes constitucionais do mandado de segurança admitir a imediata insubsistência da liminar com o sentenciamento desfavorável ao impetrante para que, depois, quando da apreciação da apelação, pudesse o Tribunal reformar a sentença, constatar a violação do direito líquido e certo do impetrante mas ter de julgar prejudicado o objeto da impetração, dada a consumação do dano que o writ pretendia evitar (Mandado de Segurança, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 126).*

4. Segundo esse mesmo ilustre processualista, aliás sempre referido com proveito em tema de mandado de segurança, são duas as oportunidades em que se pode reconhecer ou outorgar à apelação contra a sentença denegatória de segurança o efeito suspensivo:

(a) em primeiro lugar, mediante a aplicação do parágrafo único do art. 558 do CPC, introduzido pela Lei 9.139/95, que permite ao Relator conferir suspensividade aos recursos dela desprovidos, arrolados no art. 520 do CPC, faculdade essa logicamente extensiva a qualquer recurso apelatório carente de tal suspensividade, como, aliás, já o reconheceu o colendo STJ, em acórdão da lavra do douto Min. José Delgado, calcado em precedentes de todas as Turmas dessa Corte Superior (REOMS 19.021-SP, DJU 11.04.05, p. 178); e

(b) em segundo lugar, mediante pedido de tutela cautelar, autorizada pelos arts. 5º, XXXV, da Carta Magna, e 800 do CPC, ao dispor essa norma subconstitucional que *após a interposição do recurso a medida cautelar é de ser requerida diretamente ao Tribunal* (op. cit., p. 127).

5. O que é certo é que o STJ *consagra o cabimento do pedido de efeito suspensivo aos recursos que não o têm*, podendo tal efeito ser viabilizado pela via do agravo de instrumento, como o proclama o douto Min. Peçanha Martins (REsp. 168.505-PR, DJU 18.02.02, p. 283), o que é também acolhido pelo preclaro Min. Castro Meira (REsp.190.331-SP, DJU 16.08.04, p. 158) e pelo douto Min. Pádua Ribeiro (ROMS 151-SP), *quando presente a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação*.

6. No caso em exame, constata-se que o pedido recursal apelatório da ora agravante se reveste de forte plausibilidade (*fumus boni iuris*), ou seja, os indicadores jurídicos, neste momento, são no sentido do seu *provável provimento*, isso porque a Lei das S/A assegura aos acionistas controladores da empresa a livre escolha do local da sua sede, como também o faz o vigente Código Civil (art. 75, IV), **incidindo a restrição fiscal do art. 127, parág. 2º, do CTN, somente quando, e se, o novo domicílio do contribuinte impossibilitar ou dificultar a fiscalização ou a arrecadação do tributo**.

7. No caso sob julgamento, não há qualquer indicação de que a mudança da sede da empresa traga algum embaraço fiscal, *de modo que aqui não tem aplicabilidade a referida norma do CTN*, e, além de tudo, *não há ações fiscais em curso no domicílio anterior, e, se as houvesse, nele permanecerão*.

8. Com efeito, a nova localização da sede da pessoa jurídica somente pode ser contrastada pelo Fisco quando tal localização **lhe trazer lesões comprovadamente demonstradas**, tanto sendo assim que a jurisprudência dos Tribunais se orienta no sentido de não se alterar o foro das ações em curso quando a pessoa jurídica executada muda de domicílio, como já explanado, no caso *sub judice*, não se vislumbram que lesões seriam essas, eis que nenhuma prova se faz nesse sentido.



9. Os comentadores do CTN, como o Prof. Luiz Alberto Gurgel, seguem a orientação *de reconhecer ao sujeito passivo a liberdade de escolher o seu domicílio, ou seja, o lugar onde responderá pelas suas relações tributárias com o Fisco* (CTN Comentado, São Paulo, RT, 1999, p. 514); na jurisprudência, essa mesma liberdade encontrou eco em acórdão desta Corte Regional, da lavra do ilustre Des. Federal Petrucio Ferreira, afirmativo dessa mesma diretriz (AMS 53.335-PE, DJU 13.02.98, p. 514).

10. Em síntese, o caso em julgamento realmente contém elementos que apontam no rumo ou no sentido da viabilidade e do provimento do recurso de apelação, sendo um desses índices a própria liminar monocraticamente deferida na ação de segurança, tudo induzindo a idéia de que efetivamente é de direito e de justiça manter-se a eficácia daquele provimento planicial, **até o julgamento da apelação, quando então se terá esgotado a instância ordinária da apreciação do direito invocado pela parte e se definido, nessa mesma instância, se o direito de fixar a sede da pessoa jurídica industrial ou mercantil realmente pertence – ou não – aos seus acionistas**; penso, respeitando os pontos de vista adversos, que essa questão envolve, em certa medida, até mesmo *a liberdade de iniciativa empresarial*, pois tal liberdade, assegurada na Constituição (art. 170, parág. único), alberga o direito dos empreendedores buscarem, licitamente, dentro do mercado, as condições operacionais que mais apropriadamente atendem aos seus interesses.

11. Quanto ao *periculum in mora*, entendo que também está presente, pois, neste momento, *as atividades empresariais da parte agravante acham-se no Estado do Ceará*, por força da liminar mandamental que lhe fora deferida, mas o seu domicílio fiscal se acha aparentemente no Rio Grande do Norte, por efeito da denegação da segurança; ademais, a mudança de sede foi registrada nas Juntas Comerciais (Registros de Comércio) dos Estados do Rio Grande do Norte e do Ceará, conforme documentos anexos.

12. Ao meu sentir, a empresa agravante está sofrendo os efeitos do que a doutrina jurídica tem denominado de *sanção política*, pois a título de facilitar as atividades de fiscalização/arrecadação de tributos se está impondo, ao arrepio das garantias constitucio-

nais, um dever positivo não contemplado no sistema jurídico, qual seja, o de obrigar a empresa a manter sua sede no Estado do Rio Grande do Norte.

13. Com essa fundamentação, dou provimento ao agravo regimental, conferindo efeito suspensivo ao recurso apelatório da parte ora agravante, **mas deixando explícito que as ações que eventualmente estejam em curso no domicílio anterior ali permanecerão, sem nenhuma alteração do foro respectivo.**

14. Ressalto, finalmente, que a eficácia ultra-ativa daquela liminar mandamental monocrática **vigora somente até o julgamento da apelação.**

15. É como voto, eminentes Pares.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 183.691-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO  
Apelante: VALDIR CHAGAS  
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF  
Advs./Procs.: DRS. CAIUS MARCELLUS DE ARAÚJO LACERDA E OUTRO (APTE.) E FÁBIO ROMERO DE SOUZA RANGEL E OUTROS (APDA.)

***EMENTA: CIVIL. RESPONSABILIDADE. DANO MORAL E MATERIAL. INCLUSÃO DE NOME E CPF DE AVALISTA NO CADIN E NO SINAD, DOIS ANOS APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL E DA CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. INDENIZAÇÃO CABÍVEL.***

***- Inclusão do nome do apelante no CADIN, dois anos após o ajuizamento da ação de rescisão contratual e de depósito judicial, que se revelou ser indevida e causou constrangimentos ao apelante. Ocorrência de dano moral. Ausência de prova da efetiva existência dos danos materiais alegados.***

**- É defeso ao autor, após o saneamento do processo, alterar o pedido ou a causa de pedir deduzida na lide. Iniciativa de, no recurso, esboçar pedido distinto do contido na petição inicial. Impossibilidade (art. 264, parágrafo único do Código de Processo Civil – CPC, em vigor).**  
**- Indenização dos danos morais fixada em consonância com as recomendações da doutrina mais acatada. Ônus da sucumbência fixados no voto. Apelação provida, em parte.**

### **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, dar provimento, em parte, à apelação, 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, 2 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apela-se da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba que, nos autos da Ação Ordinária nº 97.0005465-9, julgou improcedente o pedido do autor, que objetivava ser indenizado por danos morais e materiais, em decorrência da inclusão do seu nome, pela Caixa Econômica Federal – CEF, nos registros restritivos de crédito do Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal – CADIN e do Sistema de Inadimplentes - SINAD.

Alegou o autor que figurou como avalista da firma Construtora Estrela Ltda. em duas operações realizadas com a CEF, sendo a primeira alusiva ao Crédito Especial Empresarial – contrato nº 606.52.45 -, e a segunda concernente ao CEF-GIRO – contrato nº 701.04.72.

Afirmou que a Construtora Estrela Limitada aforou uma ação ordinária de rescisão de contrato para a liberação de verbas destinadas à construção de unidades habitacionais (**Ação Ordinária nº 94.5252-9, atualmente tramitando neste Tribunal, AC 347826-PB, tendo por Relator o eminente Desembargador Ridalvo Costa**).

O objetivo dessa ação era o do recebimento dos créditos inadimplidos pela CEF, pelo que se requereu a efetivação dos depósitos referentes às últimas parcelas de duas outras obrigações que tinha com a ré, de sua responsabilidade, com o intuito de se proceder a uma compensação de haveres, fundada no art. 1.009 do Código Civil de 1916, então vigente.

Informou o autor que o pedido para a realização dos depósitos foi deferido, sendo os valores depositados na própria CEF, ficando vinculados ao aludido processo, para serem ao final compensados com os débitos de responsabilidade da empresa requerente, quando da prolação da sentença de mérito.

Aduziu, ainda, que o objetivo da realização dos depósitos era o de desconstituir uma eventual mora, evitando a cobrança judicial dos débitos. Com tais cautelas, visava-se a proteger os nomes da empresa e do autor.

Apesar disso, obteve a informação da CEF de que não mais poderia contrair empréstimo junto à mesma, renovar o cheque especial, receber talonário ou retirar extratos, em face de que o seu nome fora incluído no CADIN e no SINAD, por ter sido constatada a ausência de pagamento daquelas obrigações (cujos valores estavam depositados à ordem do Juízo).

Ao ver do autor, a CEF não poderia, enquanto o valor dos débitos estivessem depositados e *sub judice*, incluir o seu nome naqueles registros restritivos de crédito, uma vez que havia garantia idônea e suficiente que assegurava o recebimento daquelas quantias.

Por fim, aduziu que a situação em que foi colocado vem lhe causando prejuízos de natureza moral e patrimonial, vindo a sofrer privações, pelos fatos de estar impossibilitado de movimentar a sua própria conta-corrente, pela não liberação de talonários de cheques e por não poder dispor dos valores que lhe pertencem, que ficam retidos indevidamente.

A CEF contestou, alegando que a inadimplência da Construtora Estrela, em relação aos empréstimos de mútuo a ela concedidos, perdurou e, por ser o autor o avalista daquelas operações de crédito, a inclusão do seu nome nos cadastros restritivos de crédito foi necessária.

Sustentou, ainda, que não tomou conhecimento da realização do(s) depósito(s) em comento, por não haver sido citada no momento em que aquele(s) foi(ram) efetuado(s). Aduz, também, que o depósito realizado pela Construtora Estrela nos autos da Ação Ordinária nº 94.5252-9 não teria, por si só, o condão de desconstituir a obrigação de pagar assumida pelo autor, uma vez que, naquela ação, não cabia qualquer discussão acerca da natureza da dívida, cujo depósito foi efetuado com a utilização de um procedimento atípico.

Na audiência de conciliação, não houve acordo entre as partes.

Na sentença, o douto magistrado *a quo* não vislumbrou que as inscrições do autor no CADIN e no SINAD fossem capazes de ocasionar prejuízos de ordem moral e material, pelo que julgou improcedentes os pedidos.

Na apelação, insiste o autor na tese de ter sofrido, efetivamente, danos de natureza material e moral, ambos oriundos do mesmo fato, isto é, da conduta ilícita e arbitrária da apelada, que inseriu indevidamente o seu nome no CADIN e no SINAD, impedindo-o de realizar transações financeiras com entidades da Administração Pública, inclusive com a própria CEF. Pede a reforma da sentença e que a apelada seja condenada ao pagamento da indenização originariamente postulada.

Todavia, diferentemente do que fora postulado na inicial, onde se requerera que a indenização devida (referente aos danos mate-

rial e moral) fosse livremente arbitrada pelo juiz, reformulou-se a pretensão, no recurso, passando-se a pedir que o valor do dano moral fosse arbitrado pelo juiz e que o valor referente ao dano material fosse definido somente na fase da liquidação da sentença, quando, segundo o apelante, será o momento em que será possível quantificar os prejuízos materiais efetivamente sofridos.

Contra-razões ofertadas pela CEF, com louvores à sentença. Os autos foram a mim redistribuídos, em razão da aposentadoria do Desembargador Nereu Santos.

É o relatório.

### VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

*Data* vênia, penso que a douda decisão recorrida merece reparos.

O deslinde da controvérsia reside em saber se a iniciativa da CEF, que incluiu o apelante no CADIN e no SINAD, revestiu-se de ilegalidade, e se, em face disso, o apelante teria suportado danos morais e materiais.

O autor figurou como avalista da firma Construtora Estrela Ltda., em duas operações realizadas com a CEF, sendo a primeira alusiva ao Crédito Especial Empresarial – contrato nº 606.52.45 -, e a segunda concernente ao CEF-GIRO – contrato nº 701.04.72.

Com o objetivo de receber créditos não liberados pela CEF, a Construtora Estrela Ltda. ajuizou uma ação ordinária de rescisão do contrato que havia firmado com aquele agente financeiro, cujo objeto era o de liberação de verbas destinadas à construção de unidades habitacionais.

No curso daquela ação, foi requerida a efetivação dos depósitos referentes às últimas parcelas de duas outras obrigações que assumira com a ré (contratos nº 606.52.45 e nº 701.04.72), com o intuito de proceder a uma compensação de haveres, na forma referida no art. 1.009 do Código Civil de 1916, então vigente. O vencimento daquelas prestações ocorrera em **03/05/94** (fls. 32 e 59).

A MM. Juíza Federal Substituta da 2ª Vara da Justiça Federal da Paraíba deferiu o pedido da Construtora Estrela, que realizou o depósito judicial em **05/05/94** (fls. 27).

Penso que, em face do depósito judicial haver sido efetuado e na pendência da lide, tornou-se inexigível a dívida relacionada àqueles contratos, tal como dispõe o art. 582, parágrafo único, do Código de Processo Civil - CPC.

Por outro lado, penso que a CEF não poderia ter deflagrado a iniciativa de fazer incluir o nome da Construtora Estrela **e do apelante**, no CADIN e no SINAD.

O Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Federais – CADIN – foi uma iniciativa adotada pela administração tributária federal, para a recuperação de créditos, sendo utilizado como mecanismo indutor de pagamentos, em face das restrições que dele decorrem para os devedores de órgãos e entidades do setor público federal.

Criado pelo Decreto nº 1.006, de 9 de dezembro de 1993, o CADIN foi declarado inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal - STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIn nº 1.178.

No entanto, o CADIN ressurgiu, através da edição da Medida Provisória nº 1.110, de 30 de agosto de 1995, reeditada várias vezes, até a sua conversão na Lei nº 10.522, de 19.7.02

A inclusão do nome do apelante no CADIN se deu pelos idos de **maio de 1996** (fls. 30), na vigência da Medida Provisória nº 1.442, de 10/5/96.

Em **28/5/96**, a CEF oficiou ao apelante, rogando “urgência”, para que o mesmo adotasse, no prazo de 5 (cinco) dias, as providências cabíveis com vistas à regularização da sua situação, em face de figurar como avalista da Construtora Estrela Ltda.

O apelante requereu informações acerca dos motivos que ensejaram a inclusão do seu nome naqueles cadastros restritivos de crédito e, em resposta, a CEF assim se manifestou (fls. 31):

*“Em resposta à solicitação acima informamos a restrição apresentada nas últimas pesquisas de cadas-*

*tro trata-se dos contratos de nº 606.52.45 e 701.04.72, Crédito Especial Empresarial e CEF GIRO cujo tomador foi a empresa Const Estrela, constando sua pessoa física como garantidor” (sic).*

Como se pode observar, o depósito em juízo, efetuado pela Construtora Estrela Ltda., de quem o apelante era o garantidor, referente àqueles contratos em face dos quais estava a CEF, agora, a exigir do apelante, datava de pelos menos 2 (dois) anos, dado que ocorrera (o depósito) em **05/05/94**; vale dizer, a situação já havia sido regularizada há muito tempo.

**Tenho para mim, portanto, que a inclusão do nome do apelante no CADIN e no SINAP foi indevida.**

Está pacificada a jurisprudência de que a manutenção indevida de pessoa física ou jurídica em cadastro restritivo de crédito constitui ilegalidade que por si só gera direito à indenização por dano moral, sem a necessidade de prova objetiva do constrangimento ou do abalo à honra e à reputação.

E o que estou aqui a defender não destoia do entendimento dos julgados deste Tribunal. A propósito, confira-se os seguintes julgados:

“RESPONSABILIDADE POR DANO MORAL. MUTUÁRIO. SFH. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO IMOBILIÁRIO. INCLUSÃO DO NOME DO MUTUÁRIO NO SERASA, CADIN E SPC ENQUANTO PENDENTE AÇÃO REVISIONAL. PRESUNÇÃO DO DANO. CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO.

- A manutenção indevida do nome do devedor no SERASA, CADIN e SPC constitui ilegalidade que por si só gera direito à indenização por dano moral, sem a necessidade de prova objetiva do constrangimento ou do abalo à honra e à reputação. Precedentes do STJ - RESP nº 233.076, 4ª Turma, julg. 16.11.1999, publ. 28.02.2000, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira e RESP nº 296.555, julg. 12.03.2002, publ. 20.05.2002, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior.



- O dano moral, de natureza extrapatrimonial, se caracteriza, também, pela agressão à auto-estima e a valores subjetivos, independentemente da repercussão negativa do fato perante o meio social do indivíduo.

- Indenização que deve ser fixada moderadamente”. (AC 208149/SE, Relator Desembargador Federal Ridalvo Costa, Terceira Turma, julgado em 10/4/2003, publicado no *DJ* em 29/05/2003 - Página: 540).

“CIVIL. RESPONSABILIDADE. DANO MORAL. INCLUSÃO DE CPF NO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. MUTUÁRIO. SFH. AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL.

1. A inclusão do nome da demandante no CADIN, quando a mesma vinha depositando em juízo as prestações do financiamento, no valor que entendia devido, mostrou-se irregular, causando constrangimentos que levam à caracterização do dano moral.

2. Considerando-se que a autora exerce a profissão de bancária, fato esse que certamente exacerba as conseqüências do ato impugnado, a finalidade satisfativa e punitiva do dano moral é plenamente realizada com a condenação da ré ao pagamento de 10 (dez) vezes o valor dos depósitos, pena do acolhimento da expressão quantitativa do pedido implicar enriquecimento sem causa.

3. Apelação parcialmente provida. (AC 275113/SE, Relator Desembargador Federal Edílson Nobre, Quarta Turma, julgado em 07/05/2002 e publicado no *DJ* em 04/07/02, página 381)

No caso concreto, patentes se tornaram as lesões de cunho moral suportadas pelo apelante, que teve o seu nome indevidamente incluído em cadastros restritivos de créditos.

Por sinal, a alegada lesão ao patrimônio moral do apelante restou comprovada, também, através dos depoimentos testemunhais, não contraditados (fls. 100/103). Nesses depoimentos ficou evidenciado o constrangimento pelo que passou o apelante em

face de não poder, sequer, retirar um simples talonário de cheques, tudo por conta da inclusão do respectivo nome no CADIN.

Erigida ao patamar da dignidade constitucional (art. 5º, incisos X, V, LXXV, CF/88), a reparação do dano moral, contrapondo-se ao que ocorre com as situações em que há dano puramente material, não torna possível o retorno ao *status quo ante* preexistente à ocorrência da própria lesão.

É por isso que se tenta compensar o infortúnio com que a vítima se viu a braços, com a fixação de uma indenização (geralmente em pecúnia), de natureza nitidamente compensatória, que podendo consistir, inclusive, no só reconhecimento judicial da existência do dano moral.

A praxe da reparação em pecuniária, consoante observa com propriedade Maria Helena Diniz, reflete o entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência, no sentido de que, a reparação em dinheiro, viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza, angústia, pela superveniência de sensações positivas de alegria, satisfação, pois possibilitaria ao ofendido algum prazer que, em certa medida, poderia atenuar o seu sofrimento.

Para determinar a expressão pecuniária do dano moral, o juiz deve prestigiar o bom senso e a razoabilidade, de sorte que nem haja a fixação de uma quantia exagerada, que se converta em fonte de enriquecimento ilícito de uma parte em detrimento da outra, nem tampouco a adoção de uma soma inexpressiva, que não possibilite ao ofendido experimentar algum conforto que, em certa medida, poderia atenuar o seu sofrimento.

Não houve a produção de prova no tocante à ocorrência dos alegados danos materiais. Por isso, deles não se há de cuidar, à conta de que, em relação a esse aspecto do pedido, e diante do que nos autos se contém, tudo ficou apenas no plano das alegações.

Quanto ao dano moral, o ora apelante deixou ao alvedrio do julgador estabelecer o *quantum* indenizatório, tal como referido nas disposições do art. 1.553 do Código Civil de 1916.

A tentativa de redefinição dos limites objetivos da lide, esboça-

da **nas razões da apelação**, não convesce, posto que se põe de testilhas com o preceituado no art. 264, parágrafo único, do CPC, que me permito transcrever, *in verbis*, com o só fim de facilitar o acompanhamento do raciocínio que se está a desenvolver:

“Art. 264 - Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. (Alterado pela L-005.925-1973)

Parágrafo único - A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo”.

Atenho-me, pois, ao pedido inicial do apelante e passo a fixar o valor da indenização referente aos danos morais sofridos pelo autor.

O valor do depósito efetuado pela Construtora Estrela, em **5 de maio de 1994**, totalizou Cr\$ 19.992.799,34 (dezenove milhões, novecentos e noventa e dois mil, setecentos e noventa e nove cruzeiros reais e trinta e quatro centavos).

O cruzeiro real (CR\$) esteve em vigor de 1º/08/93 a 30/6/1994; e a equivalência se expressa assim:  $R\$ = CR\$ / (1000 * 2,75)$ ; não será difícil consultar o saldo existente na conta de depósito judicial com correção monetária de cuja existência os autos dão notícia, para que se saiba ao certo qual o valor atual em depósito.

Falo assim porque, segundo penso, essa cifra parece que se encontra, ainda, à ordem do Juízo, posto que, embora a CEF tenha requerido em 6 de agosto de 1997 (fls. 86) o levantamento dela, não há nos autos notícia de que tenha havido a expedição de alvará para tal fim.

Se o pedido de indenização por danos morais estivesse a ser formulado pela Construtora Estrela<sup>1</sup>, o saldo atualizado dos depó-

---

<sup>1</sup> Em que pese o aceso debate doutrinário, com argumentos que bem podem contentar a muitos (para não dizer a quase todos), não se pode perder de vista o enunciado da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, que preconiza: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

sitos talvez pudesse servir de base para a fixação da indenização devida por conta do que quer que fosse considerado detrimetoso ao “bom nome” ou à “boa reputação” da empresa. Mas não é o caso.

É o “garantidor” (o ora apelante) que está a postular o ressarcimento dos danos derivados do fato da inscrição do seu respectivo nome nos cadastros já identificados no relatório e, à conta dessa particularidade, penso que as cifras que foram referidas em outros tópicos deste voto não devem servir de referencial para o fim colimado.

Não costuma ser fácil fixar-se uma cifra a título de indenização, em situações como a de que se cuida.

Atenta a essa dificuldade, a doutrina tem procurado fixar alguns pontos que auxiliem o julgador a, de forma objetiva, tanto quanto possível, se desincumbir de tal mister.

Há consenso em que o valor da indenização: a) não deve concorrer para o enriquecimento sem causa daquele em favor do qual for fixada; b) há de tomar em conta a situação patrimonial daquele que deva indenizar; c) deve proporcionar alguma satisfação (alegria) ao favorecido em contraposição à dor suportada; d) deve aprestar-se para produzir um certo efeito didático (em tese, a condenação da ré ao pagamento de uma certa soma em pecúnia pode contribuir para que os prepostos da Caixa, em situações assim, sejam mais cautelosos na deflagração de medidas como a que está a ser objeto de exame nestes autos.

Assim e sem perder de vistas as considerações entretecidas no tópico antecedente, penso ser razoável condenar-se a CEF, tal como faço, a pagar ao ora apelante o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) como indenização dos danos morais por ele suportados, cifra que deverá ser monetariamente atualizada até a data do efetivo pagamento.

A CEF pagará, também, honorários advocatícios de sucumbência equivalentes a 10% (dez por cento) do valor da condenação (CPC, § 3º do art. 20) e ressarcirá as custas acaso antecipadas pela parte vitoriosa, tudo monetariamente corrigido, nos termos da Lei 6.899, de 1981.

Isto posto, dou provimento, em parte, à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 269.864-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelados: ANTÔNIO MANOEL DOMINGOS DA SILVA E OUTROS  
Advs./Procs.: DRS. GILBERTO QUINTINO DE SANTANA E OUTROS (APTE.) E MARIA LÚCIA SOARES DE ALBUQUERQUE E OUTRO (APDOS.)

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINARES. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. DECADÊNCIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA E CITRA PETITA COM RELAÇÃO A ALGUNS DOS PEDIDOS. APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º, DO CPC. SENTENÇA ULTRA PETITA. ADEQUAÇÃO DO JULGAMENTO AOS TERMOS DO PEDIDO. RETIFICAÇÃO DE RMI. CORREÇÃO MONETÁRIA DOS 24 PRIMEIROS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. APLICAÇÃO DA OTN/ORTN. REVISÃO DE BENEFÍCIOS. SÚMULA Nº 260 DO EX-TFR. ART. 58 DO ADCT. LEI Nº 8.213/91 E ALTERAÇÕES SUBSEQÜENTES. REAJUSTE DE 147,06%. URP/FEV/89. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA Nº 111-STJ.**

*- A prescrição dos benefícios previdenciários de trato sucessivo não atinge o fundo de direito, mas apenas as parcelas devidas e não requeridas no quinquênio legal anterior ao ajuizamento da ação.*

*- A nova redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.98, ao art. 103 da Lei nº 8.213/91, não se aplica a situações constituídas anteriormente a sua vigência em face do princípio da irretroatividade da lei no*

*tempo. Não há que se falar em decadência de direito, com fulcro na nova redação do referido dispositivo legal, para as demandas judiciais ajuizadas até a edição da mesma.*

*- O julgamento extra petita e citra petita, a teor do art. 460 do CPC, eiva de nulidade a sentença, podendo, inclusive, ser conhecido de ofício. A orientação jurisprudencial e doutrinária, contudo, vem se firmando no sentido de que o julgamento direto pelo Tribunal, desde que a causa se encontre pronta para enfrentamento do mérito, não infringiria o princípio do duplo grau, relativizado que fora pela introdução, no digesto processual, do art. 515, § 3º, do CPC, frente aos princípios da celeridade e economia processuais.*

*- Não obstante os termos do art. 460 do CPC, a jurisprudência se firmou, em observância aos princípios da economia e da celeridade processual, não anular a sentença ultra petita, mas reduzir o provimento judicial aos termos do pedido. No caso dos autos, exclui-se do decisum a condenação à inclusão do índice de 42,72%, não postulado na exordial, sobre o reajuste dos benefícios.*

*- Corrige-se os 24 primeiros dos 36 salários-de-contribuição utilizados para o cálculo da RMI do benefício, cuja concessão se deu antes da promulgação da CF/88, a variação da OTN/ORTN, com fulcro na Lei nº 6.423/77. Precedentes do e. STJ e deste colendo TRF.*

*- A Súmula nº 260 do ex-TFR fora editada com o fito de corrigir a defasagem dos valores dos benefícios, em decorrência de critérios ilegais empregados pela própria autarquia previdenciária, os quais constituíam fatores de redução dos proventos e sua aplicabilidade só se deu sobre os benefícios anteriores à CF/88, até abril/89.*

*- O legislador constituinte, a teor do art. 58 do*

**ADCT, assegurou o restabelecimento do poder aquisitivo dos benefícios de prestação continuada, mantidos na data da promulgação da Constituição, expresso em número de salários mínimos que tinham na data de sua concessão. Este critério de revisão prevaleceu apenas durante o período de abril de 1989 até dezembro de 1991, a partir de quando se deu a regulamentação do plano de custeio e benefícios da Previdência Social.**

**- A partir de janeiro de 1992, os benefícios previdenciários sujeitaram-se aos critérios de reajustes contidos na Lei nº 8.213/91, que instituiu o INPC como índice oficial de reajuste e, posteriormente, aos índices determinados pela legislação que se seguiu, a exemplo da Lei nº 8.542/92, que substituiu o INPC pelo IRSM.**

**- É devida a diferença de 147,06% sobre o reajuste dos benefícios previdenciários vigentes em setembro de 1991. Súmula nº 11 deste e. Tribunal.**

**- Inexiste o direito à inclusão do índice de 26,05% relativo à URP de fevereiro de 1989 nos reajustes dos benefícios previdenciários. Precedentes dos colendos STF e STJ.**

**- Honorários advocatícios fixados à razão de 10% sobre o valor da condenação, observados os termos da Súmula nº 111-STJ.**

**- Preliminares rejeitadas.**

**- Apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas.**

## **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, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 24 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de remessa oficial e de apelação cível interposta contra a sentença que, julgando parcialmente procedente o pedido formulado pelos autores, condenou o INSS a retificar a RMI dos benefícios, corrigindo os 24 salários-de-contribuição anteriores aos doze últimos, de acordo com a variação da ORTN/OTN; a revisar os benefícios de acordo com a Súmula nº 260 do ex-TFR; com o art. 58 do ADCT, a partir do sétimo mês após a promulgação da CF/88 até a implantação do Plano de Benefícios da Previdência Social e em conformidade com o inciso II do art. 41 da Lei nº 8.213/91, a partir de então. Determinou, ainda, o pagamento da diferença resultante da aplicação incorreta da correção monetária sobre o parcelamento do reajuste de 147,06%; a aplicação do índice de 42,72%, abatendo-se o percentual já aplicado no período e o pagamento da gratificação natalina relativa ao exercício de 89, naquilo em que ainda não tiver sido paga, tudo com ressalva à prescrição quinquenal. Condenou-o, também, ao pagamento das diferenças daí decorrentes, corrigidas monetariamente com base na Lei nº 6.899/81 e com juros moratórios à razão de 0,5% ao mês, a contar da citação, bem como aos honorários advocatícios, calculados em 10% sobre o valor da condenação.

O INSS, ora apelante, insurge-se contra o *decisum*, suscitando a preliminar de prescrição de fundo de direito ou a decadência, nos termos do art. 103 da Lei nº 8.213/91, em sua redação atual, e o julgamento *extra petita* com relação à aplicação dos percentuais de 147,06% e de 42,72%. No mérito, insiste no fato de ser indevida correção monetária de acordo com a OTN, porquanto a aplicação de tal critério só foi previsto para as obrigações pecuniárias, a teor do art. 1º da Lei nº 6.423/77.

Nas contra-razões, os autores pugnam pelo improvimento do recurso.



Relatei.

## **VOTO-PRELIMINAR**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

### **DECADÊNCIA**

Suscita o apelante a referida preliminar, com fulcro na nova redação do art. 103 da Lei nº 8.213/91, que estabelece o prazo de dez anos para a decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário objetivando a revisão do ato de concessão do benefício.

Verifica-se, entretanto, que, à data do ajuizamento da ação, ainda não estava em vigor a redação do texto legal utilizado por fundamento da alegação do apelante, justificando-se, assim, a sua inaplicabilidade ao caso em respeito ao princípio da irretroatividade da lei no tempo.

Rejeito, pois, a preliminar.

### **PRESCRIÇÃO**

Suscita o INSS a prescrição do fundo de direito da pretensão da parte postulante com fundamento no referido dispositivo legal, porquanto os benefícios cujas rendas mensais almejam ver retificadas e reajustadas foram concedidos entre 08/76 e 08/88, tendo sido a presente demanda ajuizada em setembro/96.

Não assiste razão ao apelante.

Em matéria de direito previdenciário, não se há de falar em prescrição de fundo de direito. Os benefícios previdenciários têm natureza alimentar e são, na sua maioria, de trato sucessivo, de modo que o direito a seu pagamento não se esgota numa única prestação, mas renova-se mês a mês. Por esta razão a prescrição se dá apenas com relação às parcelas devidas e não requeridas no quinquênio legal anterior ao ajuizamento da ação, na forma como determinou o ilustre Magistrado *a quo*.

Na hipótese dos autos, em sendo deferida a retificação da RMI dos benefícios, esta alteração repercutirá nos valores sobre os quais virão a incidir os reajustes futuros, daí que a prescrição atin-

girá apenas as parcelas vencidas e não vindicadas no quinquênio legal anterior ao ajuizamento da ação.

Rejeito, pois, a preliminar.

Assim voto.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A matéria objeto do recurso diz respeito aos critérios adotados para correção monetária dos salários-de-contribuição utilizados no cálculo da RMI do benefício da parte autora e dos reajustes que lhes foram aplicados.

A jurisprudência do e. STJ e deste colendo Tribunal tem se pacificado, dispensando, assim, maiores delongas sobre o tema, no sentido de reconhecer o direito do segurado, cujo benefício foi concedido antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a ter calculada a renda mensal inicial de seu benefício com base na média dos 24 primeiros salários-de-contribuição, anteriores aos 12 últimos utilizados para o referido cálculo, atualizados de acordo com a variação da OTN/ORTN, conforme prevê a Lei nº 6.423/77 (RESP 211.253-SC, Rel. Min. Vicente Leal, *DJ* 15.05.2000; RESP 253.823-SP, Rel. Jorge Scartezzini, *DJ* 19.02.2001; AC 314.728-PB, Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, *DJ* 26.11.2003).

Obtida a RMI do benefício segundo este critério, há de se observar os índices da política salarial determinada pelo governo para revisá-los, consoante entendimento jurisprudencial consolidado através da Súmula nº 260 do ex-TFR. Esta súmula, inclusive, foi elaborada com o fito de corrigir a defasagem crescente por que vinham passando os benefícios de prestação continuada, devido à utilização de critérios ilegais de proporcionalidade empregados pela Previdência Social nos reajustes periódicos, mesmo após a edição do DL 2171/84.

Diversas portarias expedidas pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, a exemplo das de números 1.897/84, 3.504/85, 3.599/85, 3.720/86, 3.758/86, demonstram que não foi efetivamente

respeitada a determinação do Decreto-lei nº 2.171, de 13.11.84, no tocante à revisão de benefícios, persistindo a prática ilegal de se utilizar fatores de redução nos reajustes dos valores dos benefícios previdenciários de prestação continuada. Donde não superada, no caso, a Súmula nº 260 do antigo TFR, para os benefícios outorgados antes de 05.10.88, cujo teor é o seguinte:

“No primeiro reajuste do benefício previdenciário deve-se aplicar o índice integral do aumento verificado, independentemente do mês de concessão, considerado, nos reajustes subseqüentes, o salário mínimo então atualizado”.

Há, ainda, de se atentar para o fato de que inexistente autorização legal para vincular o aumento dos benefícios previdenciários aos índices de elevação do salário mínimo. Trata-se de uma interpretação equivocada da aludida súmula.

O índice integral do aumento verificado a que se refere o enunciado sumular mostra-se o da política salarial. A referência ao salário mínimo devidamente atualizado para os reajustes subseqüentes faz-se apenas para efeito de enquadramento do benefício nas diversas faixas salariais.

Quando, porém, da elaboração da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte, no art. 58 do ADCT da CF/88, estabeleceu, para os benefícios de prestação continuada, mantidos pela Previdência na data da promulgação da Carta Magna, uma revisão que restabelecesse o poder aquisitivo expresso em número de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão, a partir de abril/89, porquanto até esta data os benefícios deveriam ser reajustados de acordo com a sistemática contida na multicitação da súmula.

A referida equivalência do valor dos benefícios em número de salários mínimos da data da concessão, todavia, só prevaleceu até a implantação dos Planos de Custeio e de Benefícios da Previdência Social, ocorrida quando de sua regulamentação em dezembro de 1991, conforme se firmou a jurisprudência majoritária deste e. TRF (AC 148.993-RN, Rel. Des. Fed. Araken Mariz, *DJ* 18.04.2000; AC187.402-PE, Rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria, *DJ* 17.10.2001; AC 216.536-RN, Rel. Des. Fed. Castro Mei-

ra, *DJ*07.03.2002, AC 316.813-PB, Rel. Des. Fed. Paulo Gadelha, *DJ*07.10.2003).

A contar de janeiro de 1992, os benefícios submeteram-se, indistintamente, ao disciplinamento dos reajustes estabelecido pelo art. 41 da Lei nº 8.213/91 e pelas legislações supervenientes, que substituíram o INPC por outros índices de reajuste, a exemplo do IRSM, e não mais previram a equiparação dos benefícios previdenciários ao salário mínimo. Vale ressaltar, inclusive, que essa equiparação além do prazo de vigência do art. 58 do ADCT viola o art. 7º, VI, da CF/88.

Compulsando os autos, verifica-se que o próprio INSS, na contestação, admitiu não ter aplicado a variação da OTN/ORTN para a atualização monetária dos 24 primeiros salários-de-contribuição utilizados no cálculo da RMI dos benefícios dos autores. Assim, justifica-se o reconhecimento do pleito formulado no sentido de determinar a retificação da RMI dos benefícios nos termos postulados.

A mencionada retificação, entretanto, repercutirá nos demais reajustes dos benefícios, porquanto, no período compreendido entre a data da concessão até abril de 1989, quando deverá ser aplicada a integralidade dos índices da política salarial, a teor da Súmula nº 260 do ex-TFR e, no período de vigência do art. 58 do ADCT (maio/89 até dezembro/91), os valores sobre os quais deverão incidir os referidos critérios de revisão estarão alterados em face do novo valor da RMI dos benefícios.

Por outro lado, é devido o pagamento integral da gratificação natalina no exercício de 1989, nos termos do § 6º do art. 201 da CF/88, em face da auto-aplicabilidade de seu conteúdo, já amplamente declarada, inclusive, tendo sido objeto da Súmula nº 08 deste e. Tribunal.

Faz-se mister, todavia, atentar para os efeitos da prescrição quinquenal sobre os pedidos de retificação da RMI, revisão nos termos da Súmula nº 260 do ex-TFR, pagamento da gratificação natalina relativa a 1989 e a parte da revisão do art. 58 do ADCT, porquanto, tendo a presente ação sido ajuizada em setembro de 1996, todos os valores devidos anteriormente a setembro de 1991

foram atingidos pela mencionada prejudicial, tal como foi analisado pelo *decisum*.

A douta sentença há de ser reformada no tocante à condenação do apelante à aplicação do índice de 42,72%, uma vez que não constou tal percentual do objeto do pedido, caracterizando-se, assim, o julgamento *ultra petita*. Nestes casos, limita-se a condenação aos termos do pleito formulado, excluindo-se dela todo o excesso, isto é, a inclusão do citado índice no reajuste do benefício.

Outrossim, alega o INSS sentença *extra petita* com relação ao pagamento da diferença resultante da aplicação incorreta de correção monetária sobre o parcelamento dos 147,06% incidentes sobre os benefícios.

De fato, a parte autora limitou-se a pedir o pagamento da diferença dos 147,06% sobre os benefícios referente ao período de set/91 a jul/92 e não as diferenças de correção monetária com relação ao pagamento administrativo do referido percentual, ensejando, assim, a configuração da sentença *extra petita*, apontada pelo apelante.

De igual modo, também, restou configurado o julgamento *citra petita* atinente ao pedido de inclusão do índice de 26,05%-fev/89, não apreciado pelo ilustre Magistrado.

Como se pode verificar, à luz do art. 460 do CPC, a caracterização do julgamento *extra e citra petita* eiva de nulidade absoluta do processo, podendo esta ser decretada até mesmo de ofício.

A orientação jurisprudencial e doutrinária, contudo, vem se firmando no sentido de, nestes casos, julgar de pronto a lide, sob o argumento segundo o qual o julgamento direto pelo Tribunal, desde que a causa se encontre pronta para enfrentamento do mérito, não infringirá o princípio do duplo grau, relativizado que foi pela introdução, no digesto processual, do art. 515, § 3º, do CPC, frente aos princípios da celeridade e economia processuais.

Neste diapasão, passo a analisar o pedido de reajuste dos benefícios, na competência de fevereiro de 1989, de acordo com a inclusão de 26,05%.

Sobre a matéria já foi consolidado o entendimento junto aos egrégios STF e STJ segundo o qual não há direito adquirido ao reajuste de benefício previdenciário com a inclusão do mencionado percentual (AI 189754Agr/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* 10.10.97; RESP 209.845-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJ* 13.09.99; RESP 178.609-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 19.04.99).

No tocante ao pagamento dos 147,06% sobre os benefícios, há de se reconhecer o pleito dos postulantes. O Plenário deste e. Tribunal, inclusive, já editou súmula neste sentido, a de nº 11.

Posto isso, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial para excluir da condenação a aplicação do índice de 42,72%, para reconhecer o direito dos postulantes à incidência dos 147,06% sobre os benefícios e para adequar os honorários advocatícios ao teor da Súmula nº 111-STJ.

Assim voto.

### **APELAÇÃO CÍVEL Nº 288.461-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Apelantes: ROGÉRIO FERREIRA DE MENEZES E OUTRO  
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF  
Advs./Procs.: DRS. PAULO HAMILTON DA SILVA (APTES.) E MARCELO MOTA GURGEL DO AMARAL E OUTROS (APDA.)

***EMENTA: DIREITO CIVIL E ADMINISTRATIVO. FINANCIAMENTO HABITACIONAL. PEDIDO DE LIBERAÇÃO DE HIPOTECA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO. SENTENÇA GENÉRICA, CONDICIONAL E EXTRA PETITA. NULIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO. CONTRATO FORA DO ÂMBITO DO SFH. REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES. NÃO OBRIGATORIEDADE DA EQUIVALÊNCIA SALARIAL. TABELA PRICE. ANATOCISMO. FALTA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. DE-***

**VOLUÇÃO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM.**

**- Ação proposta por mutuário da CAIXA onde se requer a liberação da hipoteca que garante dívida de financiamento habitacional e a devolução dos valores que se alega ter pago a maior a título de prestação mensal. Sustenta a exordial que o valor correto da prestação deve ser calculado pela equivalência salarial e que o valor correto do saldo devedor excluiria a TR e os juros compostos.**

**- Reconhecida de ofício a nulidade da sentença genérica, condicional e extra petita. A decisão judicial deve se adequar às especificidades e provas do caso apresentado à análise do julgador e não dizer o direito em tese, condicionado a ulterior apreciação dos fatos.**

**- Em se tratando de contrato de financiamento fora do âmbito normativo do SFH, inexistente obrigatoriedade da aplicação da equivalência salarial às prestações e ao saldo devedor.**

**- Reconhecimento da existência de anatocismo em face da aplicação da Tabela Price ao saldo devedor. Precedente do STJ (RESP nº 572.210 – RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, pub. DJ 07.06.2004).**

**- O art. 4º do Decreto 22.626/33 não foi revogado pela Lei nº 4.595/64, de forma que a capitalização de juros só é admissível nas hipóteses expressamente autorizadas por lei específica, vedado o anatocismo, mesmo quando pactuado, nos demais casos. (RESP 218.841 – RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, pub. DJ 13.08.01). Por sua vez, a Súmula 596 do STF não permite a capitalização de juros pelo Sistema Financeiro Nacional. Ela apenas estabelece limites à fixação da taxa de juros (v. AC 226401-RN, Segunda Turma, unânime, Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira, pub. DJ 12.04.2002).**

***- Devem os autos ser devolvidos ao Juízo de origem para que se determine a produção de prova pericial que verifique se a CEF vinha cobrando as prestações de acordo com o pactuado e, caso tenha havido o pagamento de prestações em valores acima do devido, se houve a quitação do saldo devedor, este calculado sem juros compostos.***

***- Sentença anulada de ofício. Devolução dos autos ao Juízo de origem para a realização de prova pericial necessária à apreciação do pedido exordial. Apelação prejudicada.***

### **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, anular a sentença de ofício, devolver os autos ao Juízo de origem, determinar a produção de prova pericial e julgar prejudicada a apelação, 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, 3 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Cuida-se de ação onde mutuário do SFH alega ter pago a maior prestações do financiamento da casa própria de forma a já ter quitado todo o valor do empréstimo. Requer a liberação da hipoteca do financiamento da casa própria e a devolução em dobro de valor que afirma ainda sobejar ao devido pelo mútuo.

A sentença julgou o pedido parcialmente procedente, determinando: 1) seja o valor da prestação reduzido de forma a manter o mesmo percentual de comprometimento de renda verificado na ocasião da assinatura do contrato, considerada a renda líquida, ou o valor da primeira prestação, atualizada pelo IPC, caso os reque-



rentes não estejam exercendo atividade remunerada; 2) retificação do saldo devedor do financiamento para atualizá-lo pelo IPC, acrescentando-se apenas os juros compensatórios no percentual de 12% ao ano, salvo estipulação menor no contrato, não capitalizados e não cumulados com comissão de permanência; 3) que a CEF amortize junto ao saldo devedor os valores pagos a maior a título de prestação, contabilizados em dobro e atualizados.

Apela o mutuário. Requer a reforma da sentença para que se determine a aplicação ao saldo devedor dos mesmos índices de aumento do salário de sua categoria profissional.

É o relatório.

### VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Omitindo os pedidos acautelatórios e os de natureza processual (pedido de citação, produção de provas, etc) eis os pedidos de mérito deduzidos na exordial (fls. 24/25), *in verbis*:

“Ante o exposto, finalmente requer (em) o(s) autor(es):

a) *omissis*;

b) que os valores apontados no laudo técnico contábil acostado, em R\$ 6.784,96 (seis mil, setecentos e oitenta e quatro reais e noventa e seis centavos), sejam restituídos em dobro, corrigidos legalmente até a data do efetivo pagamento;

c) *omissis*;

d) *omissis*;

f) que V. Exa. declare, por sentença, extinta a obrigação do contrato firmado entre as partes, liberação da hipoteca, para o autor(es), podendo o mesmo registrar o imóvel no nome de quem lhe convier a escritura/matricula do imóvel, e a restituição atualizada, corrigida monetariamente em dobro, das quantias pagas indevidamente pelo autor(es), conforme atesta o ‘laudo técnico contábil/financeiro) acostado, no valor de R\$ 6.784,96 em data de 05/

11/99, que fica fazendo parte integrante deste petítório". (*sic*)

A sentença, por sua vez, é *extra petita*, pois que concede o que não foi pedido na exordial, como revisão do saldo devedor (expurgo do anatocismo, redução dos juros, correção pelo IPC, etc.) e da prestação (pelo comprometimento de renda). Dispõe o art. 460 que "é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado".

Além de *extra petita*, a sentença também é genérica e condicional, como se depreende das seguintes expressões do dispositivo sentencial: "acrescentando-se, tão-somente, a título de juros compensatórios, o percentual de 12% ao ano, salvo estipulação a menor no pacto firmado"; "havendo valores a maior já pagos, caso não haja quitação do financiamento objeto do presente feito"; "caso haja extinção da obrigação pelo pagamento, deverá a promovida..."; "caso não esteja ele, requerente, exercendo atividade remunerada".

Determina o parágrafo único do art. 460 do CPC que a sentença deve ser certa, ou seja, fixar o julgamento às especificidades e provas do caso apresentado à análise do julgador. Nulo é o *decisum* porque diz o direito em tese, condicionado a ulterior apreciação dos fatos.

Destarte, reconheço a nulidade da sentença de ofício e passo à análise do mérito, mediante aplicação analógica do § 3º do art. 515 do CPC.

Evidentemente que o pedido de liberação da hipoteca e repetição em dobro do indébito deve ser compreendido em consonância com o corpo da exordial. Esta alega que o valor das prestações e dos prêmios do seguro vem sendo cobrado sem observância do plano de equivalência salarial e que o saldo devedor foi indevidamente majorado, em função da aplicação da Tabela *Price*, da TR e de juros compostos. Por isso teria pago mais do que o devido a título de prestações e já quitado o saldo devedor, se este estivesse sendo calculado de forma diversa da que vem aplicando a CEF.

Entretanto, não há indícios nos autos de que o contrato de financiamento (fls. 27/33v) sob análise esteja incluso no SFH. De-preende-se das cláusulas sexta e sétima (fls. 29 e 29v) que a presta-ção e o seguro terão seus valores calculados com base no sal-do devedor. A cláusula quinta do contrato prevê o reajustamento do saldo devedor mediante aplicação da taxa de remuneração básica utilizada para atualização dos depósitos de poupança.

A CEF, às fls. 82, explicita que o financiamento habitacional sob análise está enquadrado no programa “CARTA DE CRÉDITO CAIXA”, cujos recursos são da própria CEF, não se inserindo o contrato no Sistema Financeiro da Habitação.

Estando assim, fora do sistema normativo do SFH, inexistente no presente contrato a obrigatoriedade da aplicação da equivalência salarial. As prestações podem ser reajustadas por critério diverso adotado no contrato, pois que não há empecilho legal para tanto. Nesse sentido, trago jurisprudência de outros Regionais:

Acórdão                      Origem: **TRF - PRIMEIRA REGIÃO**  
                                    Classe: **AC - APELAÇÃO CÍVEL - 01000705669**  
                                    Processo: **200001000705669 UF: BA**  
                                    Órgão Julgador: **QUINTA TURMA**  
                                    Data da decisão: **28/02/2003**  
                                    Documento: **TRF100144765**

Fonte                         **DJ DATA: 17/03/2003 PÁGINA: 177**

Relator(a)                 **DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATIS-  
TA MOREIRA**

Decisão                     **A Turma, por unanimidade, deu provimento à  
apelação da União, para excluí-la do pólo pas-  
sivo, e à apelação da CEF. Participaram do  
Julgamento os Exmos. Srs. DESEMBARGA-  
DOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO e DE  
SEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE  
DEUS. Ausentes, justificadamente, os Exmos.  
Srs. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO  
EZEQUIEL DA SILVA e DESEMBARGADORA  
FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA.**

Ementa

**PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE MÚTUO HIPOTECÁRIO. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO. INADEQUAÇÃO ÀS REGRAS DA EQUIVALÊNCIA SALARIAL. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA TR COMO FATOR DE CORREÇÃO DAS PRESTAÇÕES E DO SALDO DEVEDOR, CONSOANTE PREVISÃO CONTRATUAL.**

**1. Segundo a jurisprudência do STJ e dos Tribunais Regionais Federais, não está a União legitimada a ocupar o pólo passivo de ações referentes ao Sistema Financeiro da Habitação, com mais razão, deve ser afastada sua presença nas ações que versem sobre a carteira hipotecária.**

**2. Não se aplica aos contratos oriundos da carteira hipotecária a Equivalência Salarial, que é própria dos contratos regidos pelo SFH. Estes, de caráter eminentemente social, têm como recursos os saldos das contas do FGTS e das cadernetas de poupança, enquanto que aqueles são sustentados por recursos da própria instituição financeira.**

**3. Em pacto firmado sob as normas do Sistema Hipotecário é legítima a incidência da Taxa Referencial no reajuste das prestações e do saldo devedor, uma vez que existem cláusulas contratuais prevendo sua incidência.**

**4. Apelações da União e da Caixa Econômica Federal providas.**

Data Publicação **17/03/2003**

Precedentes **LEG:FED DEL:002164 ANO:1984 ART:00009  
LEG:FED LEI:009514 ANO:1997 ART:00005  
INC:00001 INC:00002 INC:00003 INC:00004  
LEG:FED LEI:008177 ANO:1991 CF-88 CONS-  
TITUIÇÃO FEDERAL LEG:FED CFD:000000  
ANO:1988 ART:00005 INC:00036**

Referência Legislativa	<b>LEG_FED DEL_2164 ANO_1984 ART_9 LEG_FED LEI_9514 ANO_1997 ART_5 INC_1 INC_2 INC_3 INC_4 LEG_FED LEI_8177 ANO_1991 CF-88 CONSTITUIÇÃO FEDERAL LEG_FED CFD_ ANO_1988 ART_5 INC_36</b>
Acórdão	<b>Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL - 01000614106 Processo: 199901000614106 UF: BA Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA Data da decisão: 31/08/1999 Documento: TRF100098720</b>
Fonte	<b>DJ DATA: 12/04/2000 PAGINA: REPDJ DATA: 10/08/2000 PÁGINA: 55</b>
Relator(a)	<b>JUIZ OLINDO MENEZES</b>
Decisão	<b>À unanimidade, deu provimento à apelação da CEF e julgou prejudicada a apelação do autor. Participaram do Julgamento os Exce-lentíssimos Senhores Juízes CÂNDIDO RI-BEIRO e EUSTÁQUIO SILVEIRA.</b>
Ementa	<b>CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMÓVEIS DO SIS-TEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. SISTEMA HIPOTECÁRIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR (TR). 1. A União, como sucessora do BNH, orienta, disciplina e controla o SFH, expedindo (pelo CMN) normas de observância obrigatória por parte dos agentes financeiros. Nessa condi-ção, é parte legítima “ad causam” nas cau-sas que discutam o plano de equivalência sa-larial, mas não naquelas regidas pela carteira hipotecária. 2. Os contratos regidos pela carteira hipote-cária comum não estão submetidos às regras do Sistema Financeiro da Habitação de inter-esse social, nada impedindo que o seu en-cargo mensal (parcela de amortização + ju-</b>

ros + seguro) seja corrigido pela variação da caderneta de poupança.

3. É devida a correção do saldo devedor do contrato pela TR, pois também é aplicada na remuneração das contas de poupança, cuja captação financia os mútuos habitacionais. Como o agente financeiro paga rendimentos pela TR, o saldo devedor deve ser corrigido pelo mesmo índice, para que não haja descompasso entre as operações ativas e passivas.

4. Provimento da apelação da CEF. Apelação do autor prejudicada.

Indexação

**SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO-SFH, SISTEMA HIPOTECÁRIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA, UNIÃO FEDERAL, TAXA REFERENCIAL-TR. ILEGITIMIDADE PASSIVA, UNIÃO FEDERAL, HIPÓTESE, SISTEMA HIPOTECÁRIO, LEGITIMIDADE PASSIVA. UNIÃO FEDERAL, EXCLUSIVIDADE, HIPÓTESE, PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL-PES. POSSIBILIDADE, APLICAÇÃO, VARIAÇÃO, CADERNETA DE POUPANÇA, CORREÇÃO, PRESTAÇÃO, HIPÓTESE, SISTEMA HIPOTECÁRIO. INEXISTÊNCIA, PREVISÃO LEGAL, REAJUSTE, PRESTAÇÃO, VARIAÇÃO, SALÁRIO MÍNIMO. CABIMENTO, UTILIZAÇÃO, TAXA REFERENCIAL-TR, CORREÇÃO, SALDO DEVEDOR, MOTIVO, UTILIZAÇÃO, TAXA REFERENCIAL-TR, REMUNERAÇÃO, CONTA, CADERNETA DE POUPANÇA.**

Data Publicação **12/04/2000**

Precedentes **LEG:FED DEL:002291 ANO:1986 ART:00007  
ART:00001 PAR:00001 LEG:FED LEI:004380  
ANO:1964 LEG:FED LEI:008177 ANO:1991  
ART:00001 ART:00018 PAR:00001 PAR:00004  
ART:00020 ART:00021 ART:00023 ART:00024**

**LEG:FED RBC:001805 ANO:1991 ART:00001  
ART:00003 LEG:FED LEI:007799 ANO:1989  
ART:00001 CF-88 CONSTITUIÇÃO FEDERAL  
LEG:FED CFD:000000 ANO:1988 ART:00005  
INC:00036 LEG:FED DEL:002164 ANO:1984  
ART:00007 INC:00004 ART:00009 LEG:FED  
CIR:001512 ANO:1989 (BACEN) LEG:FED  
LEI:008004 ANO:1990 ART:00022 LEG:FED  
LEI:007843 ANO:1989 LEG:FED CIR:002099  
ANO:1990 (BACEN) LEG:FED RBC:001884  
ANO:1991**

Referência Le-  
gislativa

**LEG\_FED DEL\_2291 ANO\_1986 ART\_7 ART\_1  
PAR\_1 LEG\_FED LEI\_4380 ANO\_1964  
LEG\_FED LEI\_8177 ANO\_1991 ART\_1 ART\_18  
PAR\_1 PAR\_4 ART\_20 ART\_21 ART\_23 ART\_24  
LEG\_FED RBC\_1805 ANO\_1991 ART\_1 ART\_3  
LEG\_FED LEI\_7799 ANO\_1989 ART\_1 CF-88  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL LEG\_FED CFD\_  
ANO\_1988 ART\_5 INC\_36 LEG\_FED DEL\_2164  
ANO\_1984 ART\_7 INC\_4 ART\_9 LEG\_FED  
CIR\_1512 ANO\_1989 (BACEN) LEG\_FED  
LEI\_8004 ANO\_1990 ART\_22 LEG\_FED  
LEI\_7843 ANO\_1989 LEG\_FED CIR\_2099  
ANO\_1990 (BACEN) LEG\_FED RBC\_1884  
ANO\_1991**

Acórdão

**Origem: TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO  
Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO -  
22019  
Processo: 9702205670 UF: RJ  
Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA  
Data da decisão: 06/03/2001  
Documento: TRF200076741  
Fonte *DJU* DATA:19/06/2001 PÁGINA: 132/284  
Relator(a) *JUIZA TANIA HEINE***

Decisão

**A Turma, por unanimidade, deu parcial provi-  
mento ao recurso, nos termos do voto do  
Relator.**

Ementa

**AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCES-  
SUAL CIVIL - INAPLICABILIDADE DAS NOR-  
MAS QUE DISCIPLINAM OS CONTRATOS  
DO SFH AOS CONTRATOS HIPOTECÁRIOS-  
AUSÊNCIA DO *FUMUS BONI IURIS*.**

**I - A presente demanda trata de contrato de  
financiamento de imóvel pela Carteira Hipote-  
cária que utiliza recursos do próprio agen-  
te financeiro, regulando-se por normas dife-  
rentes das que regem os contratos do Siste-  
ma Financeiro de Habitação.**

**II - Aos contratos de financiamento de com-  
pra e venda de imóvel pelo sistema hipote-  
cário não se aplicam as normas do SFH. Pre-  
cedente jurisprudencial.**

**III - Manutenção da liminar tão-somente para  
que as parcelas vencidas sejam depositadas  
em juízo.**

**IV - Provimento parcial do Agravo.**

Indexação

**CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF), TUTELA ANTECIPADA, SUSPENSÃO, APLICAÇÃO, ÍNDICE, REAJUSTE, CADERNETA DE POU-  
PANÇA, CORREÇÃO MONETÁRIA, SALDO DEVEDOR, MÚTUO, HABITAÇÃO, HIPOTE-  
CA, TABELA, DINHEIRO, FINANCIAMENTO, SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO (SFH), FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SER-  
VIÇO (FGTS), MANUTENÇÃO, PARCIALIDADE, LIMINAR, PARCELA, VENCIMENTO, JUÍ-  
ZO.**

Data Publicação **19/06/2001**

Ref. Legislativa **LEG-FED LEI-4830 ANO-1964 ART-1**

Acórdão **Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO  
Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL  
Processo: 9404091014 UF: RS  
Órgão Julgador: QUARTA TURMA**



Data da decisão: **24/06/1997**

Documento: **TRF400053977**

Fonte	<b>DJ DATA:24/09/1997 PÁGINA: 78144</b>
Relator(a)	<b>JUIZ JOSÉ LUIZ B. GERMANO DA SILVA</b>
Decisão	<b>UNÂNIME</b>
Descrição	<b>JURISPRUDÊNCIA: STJ: RESP 30590-5/SP, DJU 08/08/94, P. 19561. OBSERVAÇÃO: JULGADO EM CONJUNTO COM A AC 94.04.09 101-4/RS.</b>
Ementa	<b>SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. ORDINÁRIA E CAUTELAR. PRETENSOS MUTUÁRIOS. INAPLICABILIDADE DA CLÁUSULA PES. Não se aplicam as regras do Sistema Financeiro da Habitação se no empréstimo realizado entre a Caixa e os mutuários foram utilizados os recursos da carteira hipotecária e não os da poupança ou FGTS (SBPE). No caso, impossível a aplicação da cláusula PES, ante a inexistência de contrato neste sentido. Apelação parcialmente provida.</b>
Indexação	<b>MÚTUO, UTILIZAÇÃO, RECURSO FINANCEIRO, CEF. ÍNDICE, REAJUSTE. PREJUDICIALIDADE, AGRAVO REPETIDO. PRETENÇÃO, EFEITO SUSPENSIVO, APELAÇÃO CÍVEL. MOTIVO, POSTERIORIDADE, DEZEMBRO, 1994, CABIMENTO, CONCESSÃO, EXCLUSIVIDADE, EFEITO DEVOLUTIVO. APLICAÇÃO, ÍNDICE, FIXAÇÃO, CONTRATO. MOTIVO, NECESSIDADE, OBSERVÂNCIA, <i>PACTA SUNT SERVANDA</i>. MOTIVO, CONTRATO, NEGAÇÃO, OFENSA, PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. INAPLICABILIDADE, REGULAMENTAÇÃO, SFH. MOTIVO, AUTOR, CONTRATAÇÃO, CEF, CONDIÇÃO, INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ARA/MHM</b>

Data Publicação **24/09/1997**

Referência Legislativa **CPC-73 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL  
LEG-FED LEI-5869 ANO-1973 ART-558 LEG-  
FED LEI-4380 ANO-1964**

Quanto ao saldo devedor, o parágrafo sexto da cláusula quarta do contrato (fls. 28v e 29) determina a aplicação do Sistema Francês de Amortização (Tabela *Price*). Ocorre que o STJ, no RESP nº 572.210 – RS (Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, pub. *DJ* 07.06.2004) entendeu que a Tabela *Price* implica incidência de juros compostos. Como essa prática só é admissível nas hipóteses expressamente autorizadas por lei específica (RESP 218.841 – RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, pub. *DJ* 13.08.01), devem ser expurgados os juros compostos mensais do saldo devedor. Por sua vez, a Súmula 596 do STF não permite a capitalização de juros pelo Sistema Financeiro Nacional. Ela apenas estabelece limites à fixação da taxa de juros (v. AC 226401-RN, Segunda Turma, unânime, Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira, pub. *DJ* 12.04.2002).

Nessa altura da análise dos autos, percebo ser necessária a realização de perícia para que se comprove, ou não, a ocorrência do alegado de que a autora teria pago valores maiores que os efetivamente devidos a título de prestação e até mesmo quitado o financiamento.

Dispõe o CPC:

“Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Em “Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor”, Theotonio Negrão traz a seguinte anotação:

“Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou,

ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes” (RSTJ 84/250, STJ-RT 729/155 e STJ-RF 336/256).

A falta de prova pericial nos parâmetros acima delineados impede o julgamento do mérito da presente ação mediante aplicação analógica do § 3º do art. 515 do CPC. Destarte, devem os autos ser devolvidos ao Juízo *a quo*, para que este determine a produção de prova pericial. Vale observar que o perito deve calcular a prestação e saldo devedor conforme acima explanado, para que este Juízo recursal possa ter elementos de prova necessários à formação de seu convencimento nos parâmetros que entende cabíveis, caso haja nova apelação.

Ante o exposto, anulo a sentença de ofício, devolvo os autos ao Juízo de origem, determino a produção de prova pericial e julgo prejudicada a apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 299.066-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Apelante: FAZENDA NACIONAL  
Apelada: REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS SANTA MARIALTA.  
Advs./Procs.: DRS. DANIELLE PEDROSA DE CARVALHO E OUTROS

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. REVENDA DE PRODUTOS DERIVADOS DE PETRÓLEO. COMERCIANTES VAREJISTAS DE COMBUSTÍVEIS. LEGITIMIDADE ATIVA PARA DISCUTIR EM JUÍZO A RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE PARA O FINSOCIAL. PIS E COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS**

**PELAS LEIS NºS 7.689/88, 7.787/89, 7.894/89 E 8.147/90 E DOS DECRETOS-LEIS NºS 2.445 E 2.449/88, DECLARADAS PELO E. STF. INEXIGÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. PRESCRIÇÃO. COMPENSAÇÃO COM OUTROS TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEI 9.430/96, ART. 74, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 10.637/2002. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 45 (STJ). ART. 170-A DO CTN. INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.**

**- O egrégio STJ já cristalizou o entendimento de que os comerciantes varejistas de combustíveis, na condição de substituídos tributários, são legitimados para pleitearem em juízo a restituição/compensação dos valores recolhidos indevidamente para o PIS e para a COFINS, de forma que deve ser rejeitada a preliminar de ilegitimidade ativa alegada pela Fazenda Nacional.**

**- A 1ª Seção do STJ, na apreciação do ERESP 435.835/SC, Rel. p/ o acórdão Min. José Delgado, julgado em 24.03.2004, revendo a orientação até então dominante, firmou entendimento no sentido de que o prazo prescricional para o ajuizamento de ação de repetição de indébito, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, é de cinco anos, tendo como marco inicial a data da homologação do lançamento, que, sendo tácita, ocorre no prazo de cinco anos do fato gerador. Considerou-se ser irrelevante, para efeito da contagem do prazo prescricional, a causa do recolhimento indevido (v.g., pagamento a maior ou declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo Supremo), eliminando-se a anterior distinção entre repetição de tributos cuja cobrança foi declarada inconstitucional em controle concentrado e em controle difuso, com ou sem edição de resolução pelo Senado Federal, mediante a adoção da regra geral dos**

**“cinco mais cinco” para a totalidade dos casos.**

- **O julgamento do RE nº 150.764-PE considerou inconstitucional o art. 9º da Lei nº 7.689/88 que se referia ao FINSOCIAL. Logo, é plausível a restituição, in casu, dos valores recolhidos indevidamente a título de FINSOCIAL, tendo em vista a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 7.689/88, declarada pelo STF, restando, portanto, outrossim, maculados os dispositivos legais que o sucederam, quais sejam, o art. 7º da Lei 7.787/89, o art. 1º da Lei 7.894/89 e o art. 1º da Lei 8.147/90.**
- **A Contribuição para o Programa de Integração Social instituída pela LC nº 07/1970, alterada pelos Decretos-Leis 2.445 e 2.449, ambos de 1988, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (RE 148.754-RJ). Entendimento consubstanciado na Súmula nº 07 desta Corte Regional. Nesse sentido, os valores recolhidos a esse título são compensáveis apenas com aqueles devidos a título do próprio PIS; não com aqueles devidos a título de COFINS, conforme bem registrou a r. sentença recorrida.**
- **Por intermédio do art. 49 da Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002 (convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002), foi alterado o art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96.**
- **O referido art. 74 passou a expor: “O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão”.**
- **Com relação à necessidade de comprovação de liquidez e certeza dos valores a serem compensados, tenho-a por despicienda, vez que a sua averiguação há de ser realizada por ocasião do encontro de contas efetuado pelo devedor, sen-**

*do tal tarefa da competência da administração pública.*

*- Disciplinando o citado dispositivo, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 210, de 1º/10/2002, cujo art. 21 estatuiu: “O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da SRF”.*

*- Na espécie, o pedido de compensação foi formulado antes da vigência das normas legais supracitadas, que autorizaram a compensação com quaisquer tributos e contribuições como pretende a parte autora. Não pode, portanto, ser realizada a compensação com tributos de espécies diferentes. Dessarte, deve a compensação dos valores recolhidos indevidamente a título de FINSOCIAL ser efetuada, tão-somente, com a COFINS. Nessa linha de raciocínio, as diferenças decorrentes das alterações implementadas pelos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 só podem ser compensadas com débitos relativos à própria contribuição para o PIS.*

*- A compensação de créditos tributários deve obediência ao disposto no art. 170-A do Código Tributário Nacional, devendo a r. sentença ser modificada nesse aspecto.*

*- Os índices a serem utilizados para correção monetária, em casos de compensação ou restituição, são o IPC, no período de março/90 a janeiro/91, o INPC, de fevereiro/91 a dezembro/91, e a UFIR, de janeiro/92 a 31.12.95.*

*- Na repetição de indébito ou na compensação, com o advento da Lei 9.250/95, a partir de 1º de janeiro de 1996, os juros de mora passaram ser devidos pela taxa SELIC a partir do recolhimen-*

*to indevido, não mais tendo aplicação o art. 161 c/c art. 167, parágrafo único, do CTN. Tese consagrada na Primeira Seção, com o julgamento dos EREsp's 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC, em 14.05.2003. Precedentes.*

*- A taxa SELIC é composta de taxa de juros e taxa de correção monetária, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice de correção.*

*- Por força da remessa oficial, ressalto que fica defeso qualquer modificação nos índices estabelecidos na sentença e que, por conta da aplicação dos indexadores estabelecidos neste acórdão, agravem a condenação da Fazenda Pública, em obediência ao disposto na Súmula 45 do STJ.*

*- Relativamente aos créditos tributários constituídos após o advento da LC 104/01, a respectiva compensação tributária somente se viabiliza com o trânsito em julgado da decisão em que se discute a respeito da validade da exação, em obediência ao preconizado no artigo 170-A do CTN.*

*- Preceitua o CPC que os honorários advocatícios serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz e, no exercício desse juízo de equidade, considerando o disposto nos arts. 20, §§ 3º e 4º, daquele diploma legal, tenho que a opção do Julgador monocrático pela condenação em R\$ 700,00 não está maculada de qualquer vício de irrazoabilidade.*

*- Preliminares rejeitadas.*

*- Apelação e remessa oficial parcialmente providas.*

## **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, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar parcial 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, 27 de janeiro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelação e remessa oficial de sentença que julgou procedente ação ordinária de compensação, em que a autora objetiva o reconhecimento do direito à compensação de créditos de valores indevidamente recolhidos a título de FINSOCIAL e PIS com os débitos vincendos da COFINS e do PIS, enquanto não for aproveitada a totalidade dos seus créditos.

Consoante se verifica às fls. 109/111, o MM Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente os pedidos, para condenar a União a permitir que a autora compense com COFINS e PIS os valores de PIS e FINSOCIAL pagos a maior em decorrência da observância dos Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88 e da Lei 7887/99, corrigidos pela UFIR ou indexador que o suceder, mais juros legais de 6% ao ano, bem como condenou a ré a pagar honorários advocatícios no valor de R\$ 700,00, com fulcro no artigo 20, § 4º c/c § 3º, letras *a*, *b* e *c* do CPC, e na sucumbência recíproca verificada.

Nas razões recursais (fls. 115/118), a Fazenda Nacional alega, preliminarmente: a) ilegitimidade ativa da autora, ao argumento de que foi a distribuidora quem realmente pagou os tributos; b) prescrição quinquenal do crédito a ser compensado. No mérito, sustenta: a) impossibilidade de compensação pleiteada; b) redução dos honorários fixados na sentença, para, no máximo, 2 (dois) salários mínimos.

Contra-razões, às fls. 123/131.

Vieram-me os autos conclusos para julgamento.

Relatei.



## VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Observo que, por ocasião da contestação e das razões recursais, a União suscitou as seguintes questões preliminares:

### **DA LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA APELANTE**

O egrégio STJ já cristalizou o entendimento de que os comerciantes varejistas de combustíveis, na condição de substituídos tributários, são legitimados para pleitearem em juízo a restituição/compensação dos valores recolhidos indevidamente para o PIS e para a COFINS, consoante registra o seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMERCIANTES VAREJISTAS DE COMBUSTÍVEIS. LEGITIMIDADE ATIVA 'AD CAUSAM'. VALORES RECOLHIDOS A TÍTULO DE PIS, FINSOCIAL E COFINS.

1. É firme a jurisprudência do STJ de que, no regime de substituição tributária, os comerciantes varejistas de combustíveis são legitimados para discutir em juízo os valores recolhidos a título de PIS, Finsocial e Cofins, pois, na condição de substituídos, são eles que suportam o ônus econômico da tributação.

2. Recurso especial provido para que seja julgado o mérito da causa.

(Resp 252667/AL, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 16/08/2004).

### **DA PRESCRIÇÃO**

A 1ª Seção do STJ, na apreciação do ERESP 435.835/SC, Rel. p/ o acórdão Min. José Delgado, julgado em 24.03.2004, cf. Inf. de Jurisprudência do STJ n. 203, de 22 a 26 de março de 2004, revendo a orientação até então dominante, firmou entendimento no sentido de que o prazo prescricional para o ajuizamento de ação de repetição de indébito, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, é de cinco anos, tendo como marco inicial a data da homologação do lançamento, que, sendo tácita, ocorre no

prazo de cinco anos do fato gerador. Considerou-se ser irrelevante, para efeito da contagem do prazo prescricional, a causa do recolhimento indevido (v.g., pagamento a maior ou declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo Supremo), eliminando-se a anterior distinção entre repetição de tributos cuja cobrança foi declarada inconstitucional em controle concentrado e em controle difuso, com ou sem edição de resolução pelo Senado Federal, mediante a adoção da regra geral dos “cinco mais cinco” para a totalidade dos casos.

Rejeito, pois, ditas preliminares.

Assim voto.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

O julgamento do RE nº 150.764-PE considerou inconstitucional o art. 9º da Lei nº 7.689/88 que se referia ao FINSOCIAL. Eis o aresto da suprema Corte:

#### **CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PARÂMETROS - NORMAS DE REGÊNCIA - FINSOCIAL - BALIZAMENTO TEMPORAL.**

A teor do disposto no artigo 195 da Constituição Federal, incumbe à sociedade, como um todo, financiar, de forma direta e indireta, nos termos da lei, a seguridade social, atribuindo-se aos empregadores a participação mediante bases de incidência próprias – folha de salários, o faturamento e o lucro. Em norma de natureza constitucional transitória, emprestou-se ao FINSOCIAL característica de contribuição, jungindo-se a imperatividade das regras insertas no Decreto-Lei nº 1940/82, com as alterações ocorridas até a promulgação da Carta de 1988, ao espaço de tempo relativo à edição da lei prevista no referido artigo. Conflita com as disposições constitucionais – artigos 195 do corpo permanente da Carta e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – preceito de lei que, a título de viabilizar o

texto constitucional, toma de empréstimo, por simples remissão, a disciplina do FINSOCIAL. Incompatibilidade manifesta do art. 9º da Lei nº 7.689/88 com o Diploma Fundamental, no que discrepa do contexto constitucional.

(RE 150764-PE, Rel. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, *DJU* 02.04.93, unânime quanto ao conhecimento e por maioria quanto ao resultado).

Logo, é plausível a restituição, *in casu*, dos valores recolhidos indevidamente a título de FINSOCIAL, tendo em vista a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 7.689/88, declarada pelo STF, restando, portanto, outrossim, maculados os dispositivos legais que o sucederam, quais sejam, o art. 7º da Lei 7.787/89, o art. 1º da Lei 7.894/89 e o art. 1º da Lei 8.147/90.

De outra parte, o julgamento do RE nº 148.754-RJ deu ensejo à edição da Resolução do Senado Federal nº 49/95, publicada em 10.10.1995, expugnando do mundo jurídico os Decretos-leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, modificadores da sistematização do PIS. Eis o aresto da suprema Corte:

“CONSTITUCIONAL. ART. 55-II DA CARTA ANTERIOR. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. DECRETOS-LEIS 2.445 E 2.449, DE 1988. INCONSTITUCIONALIDADE.

I - Contribuição para o PIS: sua estraneidade ao domínio dos tributos e mesmo àquele, mais largo, das finanças públicas. entendimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da EC nº 8/77 (RTJ 120/1190).

II - Trato por meio de decreto-lei: impossibilidade ante a reserva qualificada das matérias que autorizavam a utilização desse instrumento normativo (art. 55 da Constituição de 1969).

Inconstitucionalidade dos Decretos-leis 2.445 e 2.449, de 1988, que pretenderam alterar a sistemática da contribuição para o PIS”.

(RE 148754-RJ, Rel. Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, *DJU* 04.03.94).

Por seu turno, o Plenário deste egrégio Tribunal pacificou a

discussão acerca da inconstitucionalidade dos Decretos-leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, que implementaram modificações na cobrança do PIS, mantendo-a nos moldes da Lei Complementar nº 7/70, ao julgar a Arguição de Inconstitucionalidade na AMS 077-SE, Relator Desembargador Federal Lázaro Guimarães, julgada em 06.12.1989.

Nesse sentido, orientou-se a jurisprudência das Turmas deste colendo Pretório. Dita decisão serviu, inclusive, de precedente para a edição da Súmula nº 07, *in verbis*:

“São inconstitucionais as alterações na contribuição para o Programa de Integração Social introduzidas pelos Decretos-Leis 2.445 e 2.449”.

Com o advento da Lei nº 8.383, de 30.12.91, alterada pela Lei nº 9.069, de 29.06.95, surgiu a possibilidade da compensação de tributos recolhidos indevidamente, como se verifica no artigo 66 daquele diploma legal, de teor:

“Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação, ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente.

§ 1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie”.

Posteriormente, houve a edição da Lei nº 9.250, de 26.12.95, ratificando a necessidade de identidade das espécies tributárias a serem compensadas.

“Art. 39. A compensação de que trata o art. 66 da Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei 9.069, de 29 de junho de 1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais

de mesma espécie e destinação constitucional, apurado em períodos subseqüentes”.

Acerca do assunto, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou a matéria entendendo ser favorável à compensação entre tributos da mesma espécie e destinação orçamentária. Desta sorte, o FINSOCIAL somente poderia ser compensado com a COFINS.

Entretanto, a legislação de regência sofreu alterações, a exemplo da edição da Medida Provisória nº 66, de 29.08.2002, convertida na Lei nº 10.637, de 30.12.2002, que veio trazer significativas modificações ao art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei 9.430/96, resultando este com a seguinte dicção:

“Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002).

§ 1º A compensação de que trata o *caput* será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002).

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)”.

Anteriormente, o dispositivo legal supra-referido trazia menção expressa à possibilidade de autorização, por parte da Secretaria da Receita Federal, de utilização de créditos para quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração, ante requerimento do contribuinte.

Cotejando ambos os comandos, depreende-se que, pela novel sistemática, tornou-se despicienda a autorização da Fazenda

Pública para a obtenção da compensação entre tributos e contribuições diversas, desde que administrados pela Secretaria da Receita Federal, devendo tão-somente o contribuinte declarar os créditos utilizados e os débitos compensados.

Regulamentando o art. 74 da Lei nº 9.430/96, em sua nova redação, a Secretaria da Receita Federal fez editar a Instrução Normativa nº 210, de 1º.10.2002, que, em seu artigo 21, traz a seguinte prescrição:

“Art. 21. O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da SRF”.

Transcrevo à guisa de exemplificação arestos do colendo STJ a corroborar o entendimento acima esposado:

“TRIBUTÁRIO. PIS. DECRETOS-LEIS 2.445/88 E 2.449/88. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. STF. EFEITOS *INTER PARTES*. RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL. EXTENSÃO *ERGA OMNES*. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. COMPENSAÇÃO. ART. 74 DA LEI Nº 9.430/96, COM REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI Nº 10.637/02. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. SELIC. (...)

6. Os tributos devidos e sujeitos à administração da Secretaria da Receita Federal podem ser compensados com créditos referentes a quaisquer tributos ou contribuições administrados por esse Órgão, a teor do que dispõe o art. 74 da Lei nº 9.430/96, com redação conferida pela Lei nº 10.637/2002”. (RESP 458.236-SP. Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 15.12.03, pág. 259, unânime).

“TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS E CSL. COMPENSAÇÃO COM OUTROS TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEI

9.430/96, ART. 74, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 10.637/2002. PRECEDENTES.

1. Acórdão *a quo* que autorizou a compensação dos valores recolhidos indevidamente a título do PIS com o próprio PIS, com a COFINS, e a CSL.

2. A posição firmada pela egrégia 1ª Seção é que a compensação só poderia ser utilizada, nos termos da Lei nº 8.383/91, entre tributos da mesma espécie, isto é, entre os que tiverem a mesma natureza jurídica e uma só destinação orçamentária. No entanto, a legislação que rege o tema sofreu alterações ao longo dos anos, mais ainda por intermédio da Medida Provisória nº 66, de 29.08.2002 (convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002), que, em seu art. 49, alterou o art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96. (...)

5. Apesar de o PIS envergar espécie diferente e natureza jurídica diversa da COFINS e da CSL, cada qual com destinações orçamentárias próprias, não há mais que se impor limites à compensação, face à nova legislação que rege a espécie, podendo, pois, serem compensados entre si ou com quaisquer outros tributos que sejam administrados/arrecadados pela SRF”.

(RESP 499.153-PE. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ 06.10.2003, pág. 214, unânime).

“RECURSO ESPECIAL – ALÍNEA A – TRIBUTÁRIO – PIS- COMPENSAÇÃO COM A COFINS E A CSSL – POSSIBILIDADE – ART. 74 DA LEI N. 9.430/96, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 10.637, DE 20.12.2002 – AUSÊNCIA DE EIVA NO ACÓRDÃO RECORRIDO.

Com o advento da Medida Provisória nº 66, de 29.08.02, convertida na Lei nº 10.637, de 20.12.2002, o art. 74 da Lei nº 9.430/96 passou a ter seguinte redação: ‘O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrados por aque-

le Órgão’.

Dessa forma, dispensada a prévia autorização do Fisco para que o contribuinte realize a compensação, exige-se apenas que os tributos objeto de compensação sejam arrecadados pela Secretaria da Receita Federal – SRF. *In casu*, tanto o PIS quanto a COFINS e a CSSL são exações arrecadas pelo referido órgão, razão por que deve ser reconhecida sua compensabilidade, embora diversa a ulterior destinação da receita advinda de sua arrecadação”. (RESP 487.647-RJ. Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, 02.02.2004, pág. 315, unânime).

Relativamente à necessidade de comprovação de liquidez e certeza dos valores a serem compensados, tenho-a por despicienda, vez que a sua averiguação há de ser realizada por ocasião do encontro de contas efetuado pelo devedor, sendo tal tarefa da competência da Administração Pública. Tanto é assim que o art. 74, § 2º, da Lei 9.430/96, ao tratar da extinção do crédito, adverte de sua condição resolutória, sujeita a posterior homologação do Fisco.

De outra parte, o colendo STJ tem adotado o entendimento no sentido de que, em relação aos créditos de espécies distintas, a compensação só é possível a partir da vigência da Lei nº 10.637, de 20/12/2002, conforme acórdão, de ementa:

“TRIBUTÁRIO. PIS. COMPENSAÇÃO COM OUTROS TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEIS NºS 8.383/1991 E 9.430/1996. DECRETO Nº 2.138/1997. ART. 49 DA MP Nº 66, DE 29/08/2002 (CONVERSÃO NA LEI Nº 10.637, DE 30/12//2002). ART. 21 DA IN/SRF Nº 210, DE 1º/10/2002. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A legislação que rege o instituto da compensação sofreu alterações ao longo dos anos: Leis nºs 8.383/1991, 9.430/1996 e 10.637/2002 (oriunda da MP nº 66/2002), Decreto nº 2.138/1997 e IN/SRF nº 210/2002.



2. Por intermédio do art. 49 da Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002 (convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002), foi alterado o art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96.

3. O referido art. 74 passou a expor: 'O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão'.

4. Disciplinando o citado dispositivo, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 210, de 1º/10/2002, cujo art. 21 estatuiu: 'O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da SRF'.

5. *In casu*, apesar de o PIS envergar espécime diferente e natureza jurídica diversa de outros tributos, cada qual com destinações orçamentárias próprias, não há mais que se impor limites à compensação, em razão da nova legislação que rege a espécie, podendo, dessa forma, serem compensados entre si ou com quaisquer outros tributos que sejam administrados/arrecadados pela SRF. Precedentes da 1ª Turma (AgRegs nos REsps nº 463600/MG, 465011/MG, 449978/SP, e EDcl no AgReg no REsp nº 455864/RS).

6. A compensação deverá ser efetuada nos exatos termos estabelecidos pelo art. 49 da Lei nº 10.637/02, bem como pela IN/SRF nº 210, de 30/11/2002, observando-se, principalmente, não excluídos os demais comandos legais e normativos, o seguinte:

***a) o sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo, ou contribuição, administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, po-***

***derá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração daquele Órgão;*** (grifei)

b) a aludida compensação será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados;

c) poder-se-ão utilizar, na mencionada compensação, créditos que já tenham sido objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento encaminhado à SRF, desde que o referido pedido se encontre pendente de decisão administrativa à data do encaminhamento da 'Declaração de Compensação';

d) declarada a compensação, ficará obrigada a Secretaria da Receita Federal a extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

***7. Na espécie, o pedido de compensação foi formulado antes da vigência das normas legais supracitadas, que autorizaram a compensação com quaisquer tributos e contribuições como pretende a parte autora. Não pode, portanto, ser realizada a compensação com tributos de espécies diferentes.*** (Grifei)

8. Adota-se, a partir de 1º/01/1996, na compensação tributária, o art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995, devendo os juros ser calculados, após tal data, de acordo com a referida lei, que inclui, para a sua aferição, a correção monetária do período em que ela foi apurada. A aplicação dos juros, *in casu*, afasta a cumulação de qualquer índice de correção monetária a partir de sua incidência. Este fator de atualização de moeda já se encontra considerado nos cálculos fixadores da referida taxa. Sem base legal a pretensão de o Fisco só seguir tal sistema de aplicação dos juros quando o contribuinte requerer administrativamente a compensação. Impossível ao intérprete acrescentar ao texto legal condição nela ine-

xistente.

Juros de mora pela taxa SELIC a partir da instituição da Lei nº 9.250/95, ou seja, 1º/01/1996.

9. Precedentes desta Corte Superior.

10. Recurso especial parcialmente provido, nos termos do voto.

(Resp nº 645340/DF, Rel. Min. José Delgado, DJ 20/09/2004, p. 211)

Na hipótese dos autos, observo que o pedido de compensação foi efetuado antes da vigência da Lei nº 10.637, de 20/12/2002. Dessarte, deve a compensação dos valores recolhidos indevidamente a título de FINSOCIAL ser efetuada, tão-somente, com a COFINS. De outra parte, as diferenças decorrentes das alterações implementadas pelos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 só podem ser compensadas com débitos relativos à própria contribuição para o PIS.

Outro não é o entendimento do egrégio STJ:

“TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS – INCONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS-LEIS 2.445/88 E 2.449/88 DECLARADA PELO STF (148.754-RJ) – COMPENSAÇÃO – COFINS E CSL – IMPOSSIBILIDADE – TAXA SELIC – INCIDÊNCIA (ERESP 162.914/PR) - ART. 39, § 4º, DA LEI Nº 9.250/95 – INCONSTITUCIONALIDADE – NÃO CABIMENTO – RESP 215.881-PR – PRECEDENTES DO STJ.

A Contribuição para o Programa de Integração Social instituída pela LC nº 07/1970, alterada pelos Decretos-Leis 2.445 e 2.449, ambos de 1988, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (RE 148.754-RJ).

Os valores recolhidos a esse título são compensáveis apenas com aqueles devidos a título do próprio PIS; não com aqueles devidos a título de COFINS, CSL, Imposto de Renda, Contribuição do Empregador sobre a Folha de Salários ou FINSOCIAL.

A Corte Especial do STJ, julgando Incidente de Inconstitucionalidade argüido no Resp. 215.881-PR,

acolheu, por maioria, a preliminar de não-cabimento da instauração do incidente suscitado, em acórdão publicado *in DJ* de 19.06.2000.

A eg. Primeira Seção assentou o entendimento no sentido de que incidem na compensação/repetição de tributos indevidos, recolhidos em consequência de lançamento por homologação, os juros equivalentes à taxa SELIC, previstos no art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95.

Ressalva do ponto de vista do Relator.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido”.

(REsp 303066 – SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ*: 05/05/2004 PG:00134, unânime).

No que concerne à aplicação da correção monetária no montante restituído ou compensado, inclusive dos expurgos inflacionários, nada mais acertado, posto que tal mecanismo visa à manutenção do poder aquisitivo da moeda. Destarte, cabível a correção nos seguintes termos: até fevereiro de 1991 aplica-se o IPC – ressalvado que o índice relativo a janeiro de 1989 é o de 42,72% – e a partir daí incidirá o INPC até janeiro de 1992, quando aplicar-se-á a UFIR, nos moldes da Lei nº 8.383/91, e a contar de 1º de janeiro de 1996 a taxa SELIC, nos termos da Lei nº 9.250/95. Nesse sentido colaciono arestos do c. Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. COMPENSAÇÃO. FINSOCIAL X COFINS. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. INCLUSÃO. ENTENDIMENTO PACIFICADO. APLICAÇÃO DOS ÍNDICES QUE MELHOR REFLETEM A REAL INFLAÇÃO À SUA ÉPOCA. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEI Nº 9.250/95. INTENÇÃO PROCRASTINATÓRIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA. ARTS. 16, 17, IV E VII, 18, E 557, § 2º, DO CPC. LEIS NºS 9.668/1998 E 9.756/1998.

(...)

2. A correção monetária não se constitui em um *plus*; não é uma penalidade, sendo, tão-somente, a reposição do valor real da moeda, corroído pela inflação.

Portanto, independe de culpa das partes litigantes. É pacífico na jurisprudência desta Colenda Corte o entendimento segundo o qual é devida a aplicação dos índices de inflação expurgados pelos planos econômicos governamentais, como fatores de atualização monetária de débitos judiciais.

3. A respeito, este Tribunal tem adotado o princípio de que deve ser seguido, em qualquer situação, o índice que melhor reflita a realidade inflacionária do período, independentemente das determinações oficiais. Assegura-se, contudo, seguir o percentual apurado por entidade de absoluta credibilidade e que, para tanto, merecia credenciamento do Poder Público, como é o caso da Fundação IBGE. É firme a jurisprudência desta Corte que, para tal propósito, há de se aplicar o IPC, por melhor refletir a inflação à sua época.

4. Aplicação dos índices de correção monetária que é absolutamente devida, da seguinte forma: a) por meio do IPC, no período de março/1990 a janeiro/1991; b) a partir da promulgação da Lei nº 8.177/91, a aplicação do INPC (até dezembro/1991); e c) após janeiro/1992, a aplicação da UFIR, nos moldes estabelecidos pela Lei nº 8.383/91.

5. Adota-se, a partir de 1º de janeiro de 1996, no fenômeno compensação tributária, o art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250, de 26/12/95, pelo que os juros devem ser calculados, após tal data, de acordo com a referida lei, que inclui, para a sua aferição, a correção monetária do período em que ela foi apurada.

6. A aplicação dos juros, *in casu*, afasta a cumulação de qualquer índice de correção monetária a partir de sua incidência. Este fator de atualização de moeda já se encontra considerado nos cálculos fixadores da referida taxa. Sem base legal a pretensão do Fisco de só ser seguido tal sistema de aplicação dos juros quando o contribuinte requerer administrativamente a compensação. Impossível ao intérprete acrescentar ao texto legal condição nela inexis-

tente.

(...)”

(AGRESP 444940 – DF, Rel. Min. José Delgado, DJ: 16/12/2002 PG:00260, unânime).

Por força da remessa oficial, ressalto que fica defeso qualquer modificação nos índices estabelecidos na sentença e que, por conta da aplicação dos indexadores estabelecidos neste acórdão, agravem a condenação da Fazenda Pública, em obediência ao disposto na Súmula 45 do STJ.

Por derradeiro, preceitua o CPC que os honorários advocatícios serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz e, no exercício desse juízo de equidade, considerando o disposto nos arts. 20, §§ 3º e 4º, daquele diploma legal, tenho que a opção do Julgador monocrático pela condenação em R\$ 700,00 não está maculada de qualquer vício de irrazoabilidade.

Por fim, anoto que, relativamente aos créditos tributários constituídos após o advento da LC 104/01, a respectiva compensação tributária somente se viabiliza com o trânsito em julgado da decisão em que se discute a respeito da validade da exação, em obediência ao preconizado no artigo 170-A do CTN.

Ante o exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial.

Assim voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 314.127-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO  
Apelantes: LUANDA INDL/ E COML/ LTDA.-ME E ÁGUA MINERAL GRAVATÁ IND/ COM/ LTDA.  
Apelados: OS MESMOS E INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI  
Advs./Procs.: DRS. GLAUCE FONSECA DE BARROS E SILVA E HARAMY REIS FREIRE

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. SENTENÇA CAUTELAR QUE DETERMINOU A***

**SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO REGISTRO DE MARCA COMERCIAL. DESCABIMENTO DO LEVANTAMENTO DE QUESTÕES RESPEITANTES AO MÉRITO DA AÇÃO PRINCIPAL (NULIDADE DO REGISTRO) E NELA JÁ AFASTADAS. CERNE DA CAUTELAR. NÃO ENFRENTAMENTO. MANUTENÇÃO. ACRÉSCIMO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. DEFERIMENTO, EM PARTE.**

*- A lide cautelar tem contornos próprios. Descabe, nessa sede, aprofundar-se questões próprias da tutela do processo de conhecimento. Exame e rejeição dos argumentos apresentados, em homenagem à fundamentação do julgado e como demonstração da existência do fumus boni juris.*

*- Não está o magistrado obrigado a examinar cada uma das questões levantadas pelas partes, sobretudo quando todas elas compõem apenas um capítulo se sentença, definido por Cândido Dinamarco como unidade autônoma do decisório da sentença.*

*- A concessão do registro de marca comercial se sujeita à impugnação administrativa, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data da expedição do registro, e à revisão judicial, através da ação de nulidade, no prazo de cinco (05) anos, contados da data da concessão.*

*- É vedada a utilização de indicação geográfica – como Gravatá, por exemplo – para servir de marca comercial, na forma do Art. 124, IX da Lei 9.279/1996. Inteligência do dispositivo numa interpretação teleológica e sistemática com os artigos 177 e 182 da mesma Lei.*

*- O requisito do periculum in mora restou satisfeito quando a sentença se limitou a suspender os efeitos do registro da marca comercial, sem deferir esse direito a nenhuma das empresas em litígio.*

*- Tem cabimento o aumento da verba honorária*

***advocatória constante dos ônus de sucumbência, se a causa é momentosa e revelou o percuciente trabalho desenvolvido pelo patrono da autora e o acréscimo é razoável, por haver-se considerado apenas o valor da causa e não o da alegada e inexistente condenação.***

***- Apelo da empresa Luanda Industrial e Comercial Ltda. improvido. Apelo da empresa Água Mineral Gravatá Indústria e Comércio Ltda. provido, em parte.***

### **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação de Luanda Comercial Ltda. e dar parcial provimento à apelação de Água Mineral Gravatá Indústria e Comércio Ltda., nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 27 de janeiro de 2005 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de dois recursos de apelação contra sentença que concedeu parcialmente liminar e no mérito julgou procedente em parte o pedido, para suspender os efeitos do registro da marca Gravatá, determinando que a ré (Luanda Comercial e Industrial Ltda.-ME) se encontra obstada de invocar o direito de exclusividade do uso da marca, bem como, exclui Orlando Pereira da Costa do feito.

Luanda Comercial e Industrial Ltda.-ME, apela, sustentando: a) que as alegações do INPI e da apelada foram feitas a destempo, eis que deviam ter impugnado o pedido de registro da marca “Água Mineral Gravatá” até o deferimento do mesmo, ou no prazo legal



de 180 (cento e oitenta) dias, consoante art. 169 da Lei marcária; b) que após as afirmações do INPI, este passou a intervir como litisconsorte, trazendo a baila questões de ordem pública, motivo pelo qual far-se-ia necessário a intimação do Ministério Público, eivando o processo de nulidade insanável (art. 246, § único do CPC); c) que transitou em julgado sentença proferida em processo anteriormente instaurado pelo apelante, na comarca de Gravatá- PE, onde restou decidido que a apelada está proibida de fazer uso da marca, e reconheceu a validade do certificado de registro, ora impugnado; d) que o pedido de registro da marca foi feito em data anterior a da constituição da sociedade apelada; e) que a apelante seria parte ilegítima, visto que somente a pessoa jurídica de representatividade coletiva poderia atuar como substituto legal da coletividade, que tem direito ao uso da alegada indicação geográfica (ato normativo nº 143 e resolução nº 30/32 do INPI); f) que o simples pedido de registro de marca nominativa, caso em análise, não deve ser confundido com o pedido de registro de indicação geográfica, que tem tramitação diferenciada; g) que não há notoriedade do município de Gravatá, no que tange a extração de água mineral, conforme documentos constantes aos autos; h) que a opção pela marca deu-se ao fato de sua fonte estar localizada em região onde há plantas herbáceas, da família das bromeliáceas, conhecidas na localidade como Gravatá; i) que o processo devia ter sido suspenso face a exceção de incompetência interposta pelo INPI, constituindo em nulidade insanável; j) que a petição interposta pelo INPI deve ser desentranhada por nulidade, visto que somente a parte apelada teve acesso a referida petição; k) que a apelante é uma firma legalmente constituída, autorizada para engarrafamento e gaseificação de águas minerais; e, l) que a MM. Juíza *a quo* deixou de analisar diversas questões de ordem pública.

Apela, também, Água Mineral Gravatá, sustentando que dada a complexidade da causa, os honorários advocatícios devem ser arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

O INPI, em suas contra-razões a apelação de Luanda Comercial e Industrial Ltda., defende que a concessão do registro de marca, além de ser revista administrativamente dentro de 180 (cento e oitenta) dias, pode ser revista judicialmente dentro de 5 (cinco)

anos contados da concessão do registro, consoante art. 174 da Lei 9.279/96. Sustenta, ainda, que a área técnica da Autarquia dispõe que os nomes das estâncias hidro-minerais constituem indicação geográfica, o que não é registrável conforme inciso IX, art. 124 da mencionada lei.

Água Mineral Gravatá Indústria e Comércio Ltda., nas suas contra-razões, sustenta: preliminarmente, que o recurso não deve ser aceito face a falta de comprovante de pagamento do preparo; e, no mérito, que peticionou informando ao Juiz da Comarca de Gravatá sobre o fato do certificado de registro da marca estar suspenso tendo em vista a decisão proferida pelo Desembargador Castro Meira; que a sentença proferida pelo MM. Juiz da Comarca de Gravatá não transitou em julgado, encontrando-se pendente de decisão de recurso; e, que o apelante jamais preencheu o requerimento de efetivo desenvolvimento da atividade produtiva para que registrasse a marca, induzindo o INPI em erro.

É o relatório.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Novamente aqui se apreciam dois apelos, um da empresa Luanda Comercial e Industrial Ltda. – ME, contra sentença que concedeu medida liminar, parcialmente, e, no mérito, julgou procedente, em parte, o pedido da empresa Água Mineral Gravatá Indústria e Comércio Ltda., para impedir-lhe de invocar o direito de exclusividade do uso da marca Água Mineral Gravatá, com exclusão do feito de Orlando Pereira da Costa. Pretende, naturalmente, a reforma do respeitável *decisum*.

Na outra apelação, a empresa Água Mineral Gravatá Indústria e Comércio Ltda., embora vitoriosa porque foi tutelada sua pretensão, também investe contra mesma sentença para exarcebar a condenação em honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa, por considerá-la diminuta, tendo em vista de causa trabalhosa, requerendo que se a aumente para 20% do valor da condenação.

De modo semelhante ao julgamento que anteriormente proce-

di na AC 344129-PE, muito embora observe o descabimento de agitar-se, em sede de cautelar, as mesmas questões agitadas no processo de conhecimento, considero indispensável enfrentar os argumentos apresentados pelas apelantes, para demonstrar o atendimento de um dos requisitos exigidos nessa tutela – o *fumus boni juris* - pelo que inicio com o exame das questões levantadas pela empresa Luanda Comercial e Industrial Ltda. – ME, naturalmente pelas questões de ordem processual, indo depois para as questões de mérito propriamente dito, para o que procedo a uma seleção do resumo constante do relatório.

a) o processo em que se proferiu a sentença impugnada deveria ter sido suspenso em face da exceção de incompetência levantada pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI – e não o foi, pelo que é nulo;

b) a sentença impugnada é também nula porque teria deixado de examinar várias questões de ordem pública, bem como, a partir da intervenção do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI – passou a existir interesse público, tornando-se indispensável a intervenção do Ministério Público, que não houve na espécie, o que também implica nulidade da sentença;

c) a empresa apelada - Água Mineral Gravatá Indústria e Comércio Ltda. – seria parte ilegítima, visto que somente a pessoa jurídica de representatividade coletiva poderia atuar como substituto legal da coletividade na defesa do direito desta ao uso da alegada indicação geográfica, nos termos do Ato Normativo nº 143 e Resolução nº 30/32 do INPI;

d) as alegações do INPI foram intempestivas porque feitas depois do prazo de 180 dias do deferimento de registro da marca Água Mineral Gravatá, na forma do art. 169 da Lei nº 9.279/1999;

e) haveria sentença, trânsita em julgado, proferida pelo juiz de Direito da Comarca de Gravatá-PE, proibindo que a empresa Água Mineral Gravatá Indústria e Comércio Ltda. fizesse uso da marca Água Mineral Gravatá e a opção pela referida marca havia sido feita apenas pelo fato de que a fonte produtora da água por ela explorada estar situada em região onde há plantas herbáceas, da família das bruneliáceas, conhecidas com essa mesma designação;

f) a empresa Luanda Comercial e Industrial Ltda. – ME é firma legalmente constituída, autorizada para engarrafamento e gaseificação de águas minerais.

Passo a enfrentar essas questões, na ordem em que aqui foram sumariadas. Em respeito às alegações de que o processo principal onde se teria prolatado a sentença ora impugnada era nulo porque não tinha sido suspenso por ocasião da exceção de incompetência que a mesma empresa Luanda Comercial e Industrial Ltda.-ME havia suscitado em face da existência de processo anterior sobre a mesma matéria perante o Exmo. Juiz de Direito da Comarca de Gravatá e, também, porque ela teria deixado de se pronunciar sobre várias questões de ordem pública – constantes das alíneas a e b acima – tenho que já foram apreciadas no exame da AC 314129-PE, permanecendo os mesmos argumentos que as afastam.

Importa rejeitar-se, em primeiro lugar, as alegações de que a sentença impugnada havia sido omissa em respeito às questões de ordem pública, que podem ser resumidas, a partir do que havia sido alegado nos Embargos de Declaração opostos pela mesma Luanda Comercial e Industrial Ltda. – como se lê às fls. 610-618 – às seguintes: o fato de a autora Água Mineral Gravatá haver omitido, segundo alega:

I - já existir decisão interlocutória, determinando que fosse expedido mandado proibitório, de busca e apreensão e de notificação, já de conhecimento de Diretor da mesma empresa – Sr. Orlando Andrade Araújo;

II - o pedido de registro que havia feito da marca Água Mineral Gravatá se dera não com base no nome da localidade com esse mesmo nome, mas na existência de várias plantas da família das bromacélias ou bromélias assim designadas;

III - a referida empresa – Água Mineral Gravatá – somente teve o primeiro contrato social arquivado na Junta Comercial de Pernambuco em data posterior a 04.11.1977 e somente teve deferido autorização para exploração dos direitos minerários – exploração da referida água mineral – em meados de maio de 1999;

IV - em conseqüência, a empresa Água Mineral Gravatá era

carecedora de ação para impugnar o registro da marca que havia sido requerido em 09.09.1997.

Todas essas questões já haviam sido examinadas – e rejeitadas – pela douta Juíza *a quo*, como consta expressamente da sentença de fls. 1033-1037, quando se observou – com absoluta correção – que o magistrado não está obrigado a apreciar – e decidir – sobre cada uma das questões levantadas.

Nesse sentido, tem a doutrina insistido que:

“Sempre que o pedido estiver assentado em mais de uma causa de pedir autônoma, ou a defesa fundada em mais de um argumento suficiente para a improcedência da pretensão deduzida pelo autor, é possível que a sentença não os tenha que examinar por inteiro”<sup>1</sup>.

Cada uma dessas alegações, no entanto, conduzem a um só e mesmo capítulo da sentença – no magistério de Cândido Dinamarco, os capítulos de sentença devem ser entendidos como “unidades autônomas do decisório da sentença”<sup>2</sup> – consistente na alegação de que a empresa Água Mineral Gravatá não teria direito de ação – e, portanto, dela ela carecedora – para impugnar o registro da marca Água Mineral Gravatá. Em respeito à pretensa nulidade do processo em virtude da não suspensão do feito por ocasião do suscitamento da exceção de incompetência, tem-se como inteiramente ajustado o entendimento da douta magistrada *a quo* de que muito embora houvesse ocorrido isso, não passou de uma mera irregularidade, pois que não trouxe nenhum prejuízo para a parte, tanto mais que a referida exceção havia sido rejeitada (Cf. fl. 606).

Realmente, o princípio maior que norteia o capítulo das nulidades no CPC está expresso no art. 249, § 1º do CPC, no sentido de que não se repetirá o ato nem lhe suprirá a falta quando não preju-

---

<sup>1</sup> - Cf. Manoel Caetano Ferreira Filho, “Comentários ao Código de Processo Civil”, volume 7 – Do Processo de Conhecimento – arts. 496 a 565 – Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 121.

<sup>2</sup> - Cf. “Capítulos de Sentença”, Ed. Malheiros, São Paulo, 2002, p. 35.

dicar a parte. Embora não tivesse havido a suspensão do feito principal nenhum prejuízo acarretou para a parte Luanda Comercial e Industrial Ltda., o que bem se observa pelo fato de que esta empresa não recorreu dessa decisão que lhe repeliu a exceção, sendo certo que não tendo ela sido acolhida, a douta juíza que funcionava no feito nele continuou.

Rejeito, também, a alegação de que a empresa apelada - Água Mineral Gravatá Indústria e Comércio Ltda. – seria parte ilegítima para propor a ação visando a suspensão do registro da marca comercial Água Mineral Gravatá, visto que somente a pessoa jurídica de representatividade coletiva poderia atuar como substituto legal da coletividade na defesa do direito desta ao uso da alegada indicação geográfica, nos termos do Ato Normativo nº 143 e Resolução nº 30/32 do INPI.

Não me convenço de que essa ação de nulidade somente pudesse ser proposta pela coletividade e não por quem alegasse estar sofrendo lesão em seu direito. Na verdade, segundo a garantia estampada no art. 5º, XXXV da CF/88, cada cidadão, individualmente, tem o direito subjetivo público de ser ouvido a respeito da alegada lesão ou ameaça de lesão, pelo Poder Judiciário.

Não é de se aceitar que mesmo quando se propõe uma ação coletiva para defesa de interesses coletivos – no caso a Ação Civil Pública – se admita, por força do art. 21 da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), que manda aplicar-se à defesa dos direitos e interesses difusos coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

Evidente que esse Título III trata da Defesa do Consumidor em Juízo, estabelecendo no art. 103 a disciplina da coisa julgada, quando se exclui dos efeitos da sentença proferida nessas ações – principalmente as manejadas para defesas dos direitos e interesses difusos e coletivos, previstas nos incisos I e II do art. 103, os interesses individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe, na forma do § 1º do mesmo dispositivo, reconhecendo-lhes o direito de propor ação de indenização a título individual, como se lê na parte final do § 2º do mesmo art. 103.

No caso em exame, a empresa Água Mineral Gravatá Indús-

tria e Comércio Ltda. é parte legítima por haver alegado, na Medida Cautelar que havia proposto contra a empresa Luanda Comercial e Industrial Ltda.-ME, que tendo adotado o nome de fantasia Água Mineral Gravatá Cinco Estrelas para o seu produto, fora denunciada perante o Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM - por esta última empresa, sob a alegação da existência de um corpo estranho num de seus vasilhames, quando então foi informada de que a mesma empresa se arvorava em proprietária exclusiva da marca.

A razão desfechadora da ação de nulidade do registro da marca comercial, de que a medida cautelar é consequência, resulta pois de uma lesão já não apenas potencial a um alegado direito individual da empresa Água Mineral Gravatá Indústria e Comércio Ltda.. Considero-a, pois, parte legítima para propositura de ambas as ações.

Tampouco acolho o argumento de que as alegações do INPI foram intempestivas porque feitas depois do prazo de 180 dias do deferimento de registro da marca Água Mineral Gravatá, na forma do art. 169 da Lei nº 9.279/1999. Como bem explicado pelo próprio Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI – a respeito do alegado direito decorrente do registro da marca, pela empresa Luanda Comercial e Industrial Ltda., ao contrário do que mencionou a respeito de haver-se transcorrido prazo para impugnação do referido registro, além de a concessão do registro da marca poder ser revista, administrativamente, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data de expedição do registro, na forma do art. 169 da Lei nº 9.279/1996, pode também ser revista, judicialmente, através da ação própria – denominada ação de nulidade – no prazo de cinco (05) anos, a contar da data de sua concessão, como o refere o art. 174 da mencionada lei.

Ainda que se considere ter-se operado a caducidade em respeito à impugnação administrativa, certo é que tem cabimento e é tempestiva a pretensão anulatória, manifestada na ação de nulidade do registro de que a ação cautelar depende.

Rejeito, por fim, a alegação de que haveria sentença, trânsito em julgado, proferida pelo juiz de Direito da Comarca de Gravatá-PE, proibindo que a empresa Água Mineral Gravatá Indústria e

Comércio Ltda. fizesse uso da marca Água Mineral Gravatá e a opção pela referida marca havia sido feita apenas pelo fato de que a fonte produtora da água por ela explorada estar situada em região onde há plantas herbáceas, da família das bromeliáceas, conhecidas com essa mesma designação.

A questão da alegada coisa julgada – decorrente de sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito de Gravatá, com base no reconhecido direito de a empresa Luanda Comercial e Industrial Ltda. utilizar-se da marca Água Mineral Gravatá, não aproveita à referida empresa. Como bem explicado pela douta juíza *a quo*, no julgamento da ação principal, já existe entendimento firmado pelo STF de que, nessa hipótese, sequer há conexão entre as ações e, por conseqüência, a coisa julgada não alcança o presente feito, bastando ler-se o precedente da lavra do Min. Cunha Peixoto que, por ajustar-se como uma luva, embora transcrito às fl. 607, volta a ser registrado:

“A Justiça Federal tem sua competência restrita, destinada na Constituição, e sua participação no processo de nulidade de marca deve-se unicamente ao fato do Instituto Nacional de Propriedade Industrial, autarquia federal, ser réu na ação.

(...)

*Por outro lado, inexistente entre as duas ações conexão, pois elas tratam de coisas diversas* (dei ressaltado), que podem perfeitamente tramitar em juízos diferentes. A condenatória limitar-se-á a assegurar o cumprimento de lei, isto é, o resguardo do registro da marca regulamente procedido no Departamento Nacional de Propriedade Industrial, até que, como assinala o Juiz de Direito da Comarca de Porto Alegre, eventualmente, seja anulado pelo órgão competente. A ação proposta perante a Justiça Federal objetiva a nulidade daquele registro. Se esta for vitoriosa, a vencedora desta ação terá a proteção judicial”.

(Cf. Conflito de Jurisdição nº 6119/RS. Julgamento em 30.08.1978. Revista Trimestral de Jurisprudência, 92/520).



Considero que muito embora seja engenhosa a argumentação a respeito da razão do requerimento do registro - não com base no nome da localidade Gravatá, mas na existência de várias plantas da família das bromacélias ou bromélias assim designadas – não convence a qualquer inteligência mediana. O fato de existirem, eventualmente como é o caso, várias plantas da família das bromacélias ou bromélias com o mesmo nome da localidade não afasta o fato de que se está a requerer o registro da marca de um produto comercial com o nome de uma localidade pernambucana, ou seja, uma indicação geográfica, o que é proibido pelo art. 124, IX da Lei nº 9.279/1996. Pode-se aceitar a explicação como a da existência de razões pessoais, íntimas, sem que isso afaste a proibição legal que as abstrai.

Em respeito aos requisitos próprios da tutela cautelar, recuso, por derradeiro, alegação da mesma empresa apelante Luanda Comercial e Industrial Ltda. de que é firma legalmente constituída, autorizada para engarrafamento e gaseificação de águas minerais, não se tem nada de relevo ao desate da questão, cabendo, pelo contrário, e insisto que o apelo investe contra sentença proferida em ação cautelar cuja lide possui contornos diversos, não tolerando que, no exame desta, se resolva a lide principal.

Realmente, como pôs em resalto Nelson Luiz Pinto, na obra que publicou em parceria como Arruda Alvim:

“O processo cautelar se coloca como um terceiro gênero de tutela jurisdicional, ao lado dos processos de conhecimento e de execução. Tem o processo cautelar o objetivo de garantir a eficácia mais perfeita e completa possível da tutela jurisdicional de conhecimento ou de execução. Serve, pois, o processo cautelar, às outras duas espécies de processo.

Não tem o processo cautelar uma finalidade em si mesmo. Presta-se, sempre, à garantia de um outro processo, chamado de ‘principal’, em relação ao qual o processo cautelar guarda certo grau de dependência.

Essa dependência, entretanto, diz respeito tão-somente ao seu objeto, no sentido de que não há falar

em tutela cautelar, senão quando ligada à garantia de um outro processo de conhecimento ou de execução”<sup>3</sup>.

No caso sob julgamento, a douda sentença impugnada demonstrou à saciedade a existência dos elementos constantes da lide cautelar: *fumus boni juris* e *periculum in mora*, tal como previsto no art. 801, IV, do CPC. O primeiro deles – a aparência do bom direito – quando repeliu, e nós também o fizemos, todos os argumentos levantados pela empresa, ora apelante, Luanda Comercial e Industrial Ltda.-ME, a revelar a aparente existência do direito da empresa Água Mineral Gravatá Indústria e Comércio Ltda., sem que se inclinasse para proteger nenhum direito alegado, em si, mas tão-somente para garantir o resultado útil do outro processo que visa a nulidade do registro comercial Água Mineral Gravatá.

A demonstração do *periculum in mora*, no sentido de garantir-se o resultado útil de outro processo, foi feita de maneira absolutamente correta, quando a douda sentença chamou a atenção de que:

“A cautelar, dessa maneira, deve produzir o efeito de suspensão do direito de uso da marca por parte da ré Luanda, mas não assegura, por outro lado, a legitimidade do direito de uso da marca ‘Gravatá’ por parte da autora. O que se verifica, em verdade, é que nenhuma das empresas está a exercer legitimamente o direito”.

(Cf. f. 210. I Volume)

Concluo, portanto, que em respeito ao apelo da empresa Água Mineral Gravatá Indústria e Comércio Ltda.-ME, nada há a modificar-se na sentença, pelo que a mantenho.

Por fim, no que respeita ao apelo da empresa Água Mineral Gravatá Indústria e Comércio Ltda., tenho que se resume à irresignação com o valor dos ônus de sucumbência fixados em referência aos honorários advocatícios, em 10% sobre o valor da causa,

---

<sup>3</sup> - Cf. “Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Processo Cautelar”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, p. 09.

sendo esta fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), como se vê às fl. 120, no 1º volume dos autos, que se pretende seja aumentado para 20% do valor da condenação.

Considero, de um lado, que a solicitação é razoável, pois vinha sendo feita desde a inicial e que a elevação desse ônus se encontra justificado em face do considerável trabalho do douto procurador da referida empresa. De outro lado, porém, não vejo como atendê-lo no sentido de fixar o percentual de 20% sobre o valor da condenação, porque esta não houve nos presentes autos. Penso que lhe atendo a pretensão, no entanto, se lhe fixar a verba honorária em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em lugar de R\$ 1.000,00 (um mil reais) anteriormente atribuído na sentença, melhor representa a remuneração pelo trabalho desenvolvido, sem que se revele nenhum absurdo.

Por tais fundamentos, nego provimento ao apelo da empresa Luanda Comercial e Industrial Ltda., para manter a suspensão do registro da marca comercial Água Mineral Gravatá decretada na sentença, por seus próprios fundamentos.

Dou provimento em parte, no entanto, ao apelo da empresa Água Mineral Gravatá e, por isso, aumento a verba honorária constante dos ônus da sucumbência para 20% do valor da causa, correspondente a R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e não incidente sobre o valor da condenação, como requerido, até porque, em se tratando de sentença que se limitou a suspender os efeitos do registro de marca comercial, não se identifica nenhuma condenação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 315.241-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Apelantes: FAZENDA RECREIO LTDA. E INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA  
Apelados: OS MESMOS  
Advogados: DRS. BENIGNO DA COSTA GÓES E VIVIANE MOURÃO DUTERVIL E OUTROS

***EMENTA: ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. ENCARGOS SOCIAIS NÃO COMPROVADOS. EXCLUSÃO DA INDENIZAÇÃO. BENFEITORIAS NÃO IMPUGNADAS. ACOLHIMENTO DO VALOR OFERTADO. PERITO JUDICIAL. FÉ PÚBLICA.***

***- O juiz é livre para formar o seu convencimento de acordo com as provas constantes dos autos e está autorizado pelo art. 130 do CPC a indeferir as diligências que entender inúteis ou protelatórias, não tendo configurado cerceamento de defesa o fato de não ter sido realizada audiência.***

***- Uma vez não comprovado o recolhimento dos encargos sociais pela parte expropriada, os mesmos devem ser excluídos da indenização. Precedentes.***

***- Nos termos do art. 9º, § 1º, da LC nº 76/93, o perito judicial fica restrito aos pontos do laudo de avaliação administrativa resistidos pela desapropriada, presumindo-se como verdadeiros os fatos não contestados.***

***- Hipótese em que não há falar-se em erro material da sentença dos embargos de declaração, uma vez que a mesma apurou corretamente o quantum indenizatório.***

***- É devida a inclusão do sistema de irrigação no rol das benfeitorias indenizáveis, uma vez que, quando da atribuição do valor correspondente,***

**foi levado em consideração pelo perito judicial o seu estado de conservação.**

**- As informações prestadas pelo perito oficial, que está equidistante do interesse das partes, revestem-se de fé pública.**

**- Inobstante o art. 12, § 3º, da Lei nº 8.629/93, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.577/97, estabelecer que o laudo de avaliação deve ser acompanhado do registro de Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, não deve a perícia ser anulada, em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas (art. 244 do CPC).**

**- São devidos os juros compensatórios mesmo no caso de imóvel improdutivo, pois os mesmos se destinam a ressarcir o proprietário da perda antecipada do bem.**

**- Os juros moratórios devem ser computados a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que deveria ser realizado o pagamento (MP nº 2.183-56/01).**

**- É possível a expedição do mandado translativo de domínio antes do trânsito em julgado do título judicial proferido na ação de desapropriação.**

**- Apelação da expropriada improvida. Apelo do INCRA parcialmente provido.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento à apelação da expropriada e dar parcial provimento ao apelo do INCRA, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 14 de dezembro de 2004 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de apelações interpostas pelo INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária e pela Fazenda Recreio Ltda. (expropriada) contra sentença proferida nos autos de ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária.

Em seu recurso, a expropriada requer a reforma da r. sentença para que seja acolhido o valor consignado no laudo do perito judicial, por encontrar-se o mesmo bem fundamentado e de acordo com as normas técnicas da ABNT. Aduz, em síntese, que o juízo monocrático descontou valores de encargos sociais federais e de contribuição sindical sem ser acionado para tal fim.

Por seu turno, o INCRA sustenta, preliminarmente, o cerceamento do seu direito de defesa, em face da ausência de audiência de instrução e julgamento após a conclusão da perícia, violando o art. 11 da LC nº 76/93, razão pela qual requer a anulação de todos os atos processuais realizados desde então. No mérito, aduz, resumidamente, a existência de erro material na sentença dos embargos de declaração, uma vez que o MM. Juiz *a quo* não considerou, quando da exclusão dos valores referentes às benfeitorias não impugnadas pela expropriada (fl. 447), o item 15 da fl. 191 (transformador de 45 KVA no valor de R\$ 1.084,00); que a desapropriada firmou Escritura Pública de Concordância e Renúncia de Direitos e Ações perante o Primeiro Cartório Judiciário de Macaíba/RN, segundo o qual concorda com o recebimento em TDA's de importância que exceder R\$ 148.815,33, relativo às benfeitorias úteis e necessárias, por tratar-se de direito patrimonial disponível; que o perito nomeado não apresentou Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contrariando o disposto na Lei nº 8.629/93, de modo que requer o desentranhamento do Laudo Judicial, a devolução dos honorários e nova perícia; que não é devida a inclusão no rol das benfeitorias indenizáveis do sistema de irrigação, pois o mesmo, após ser retirado da propriedade, foi “despejado” sem reinstalação, assim como não tem funcionalidade no projeto de assentamento; que através da medição de GPS, cuja precisão esbarra

nos 100%, verificou o assistente técnico, quando da realização de seu parecer, que a área efetivamente plantada com a cultura de coqueiro é de 87,5358 ha, e não de 123,90 ha, consoante apurado na perícia judicial; ser incabível a condenação de juros compensatórios na desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária de imóvel rural reconhecidamente improdutivo; que, nos termos da MP nº 2.183-56/01, a incidência dos juros moratórios deverá ser a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito; que, como a expropriada levantou 80% do valor depositado, incorre a hipótese do art. 17 da LC nº 76/93, impondo-se a expedição de mandado translativo de domínio antes do trânsito em julgado. Por fim, requer seja fixado o valor da indenização de acordo com o apresentado no laudo do assistente técnico.

Contra-razões.

Encaminhados os autos a este Tribunal, deu-se vista ao *Parquet*, que ofertou parecer opinando pelo provimento da apelação do INCRA e pelo improvimento do apelo da expropriada – Fazenda Recreio (fls. 504/508).

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

O INCRA sustenta, preliminarmente, o cerceamento do seu direito de defesa, em face da ausência de audiência de instrução e julgamento após a conclusão da perícia.

A preambular suscitada não merece ser acolhida.

Com efeito, o juiz é livre para formar o seu convencimento de acordo com as provas constantes dos autos e está autorizado pelo art. 130 do CPC a indeferir as diligências que entender inúteis ou protelatórias.

Passo ao exame do mérito.

O cerne da contenda a ser aqui dirimida diz respeito ao *quantum* indenizatório pela desapropriação do imóvel rural denominado

“Fazenda Maturaia”, declarado de interesse social para fins de reforma agrária.

O MM. Juiz *a quo* adotou, com alguns ajustes, o laudo firmado pelo experto judicial, excluindo, para tanto, as importâncias referentes aos encargos sociais e às benfeitorias não impugnadas pela expropriada.

Requer a Fazenda Recreio seja acolhido o valor consignado no laudo do perito oficial, enquanto que o INCRA o apresentado por seu assistente técnico.

No tocante aos encargos sociais, esta Egrégia Corte já se pronunciou sobre o tema, estabelecendo que, uma vez não comprovado o seu recolhimento pela parte expropriada, os mesmos devem ser excluídos da indenização.

Confira o seguinte julgado:

“PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. APLICAÇÃO DE REDUTOR DE 15% (DESVALORIZAÇÃO). BENFEITORIAS JUROS COMPENSATÓRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI COMPLEMENTAR 76/93, LEI Nº 8.629/93 E MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.577/97.

(...)

- Dada a total inexistência de documentos comprobatórios desse tipo de pagamento, exclui-se da indenização das benfeitorias a verba destinada a encargos sociais.

(...)

- Apelação do INCRA e remessa oficial parcialmente providas, para reduzir os juros compensatórios a 6% (seis por cento), para reconhecer corresponder a área indenizável a 1.309,0136 hectares e, ainda, para reduzir o valor da indenização pelos poços perfurados pela Petrobrás.” (TRF 5ª R., 1ª T., AC 187177/RN, Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJU 16/06/2000, p. 631).



No que diz respeito aos valores referentes às benfeitorias não impugnadas pela expropriada, assim dispõe o art. 9º, § 1º, da LC nº 76/93:

“Art. 9º. A contestação deve ser oferecida no prazo de quinze dias se versar matéria de interesse da defesa, excluída a apreciação quanto ao interesse social declarado.

§ 1º. Recebida a contestação, o juiz, se for o caso, determinará a realização de prova pericial, adstrita a pontos impugnados do laudo de vistoria administrativa, a que se refere o art. 5º, inciso IV e, simultaneamente: (...)”

Destarte, consoante o dispositivo legal supracitado, o perito judicial fica restrito aos pontos do laudo de avaliação administrativa resistidos pela desapropriada, presumindo-se como verdadeiros os fatos não contestados.

Apesar de este ter sido o entendimento acolhido pelo juízo monocrático, alega o INCRA a existência de erro material na sentença dos embargos de declaração, uma vez que o MM. Juiz *a quo* não considerou, quando da exclusão dos valores referentes às benfeitorias não refutadas (fl. 447), o item 15 da fl. 191 (transformador de 45 KVA no valor de R\$ 1.084,00).

Para melhor compreensão, faz-se necessário relacionar as benfeitorias não impugnadas com seus respectivos valores (itens 6 a 9, 15 a 18, 20 e desmatamento - fl. 191; cultura do cajueiro fl. 188):

- Item 6. Galpão com 96,00 m<sup>2</sup> – 4.199,04.
- Item 7. Galpão com 44,44 m<sup>2</sup> – 1.943,80.
- Item 8. Casa de bomba com 43,29 m<sup>2</sup> – 1.893,50.
- Item 9. Casa de bomba com 27,69 m<sup>2</sup> – 1.211,16.
- Item 15. Um transformador de 45 KVA – 1.084,00.
- Item 16. Um transformador de 45 KVA – 2.178,00.
- Item 17. Um transformador de 45 KVA – 2.178,00.
- Item 18. 2,52 Km de rede de alta tensão – 30.240,00.

- Item 20. Uma barragem escavada – 5.600,00.
- Desmatamento – 31.073,28. (já incluída a importância de 10.281,60 relativa aos encargos sociais).
- Cultura de cajueiro – 2.454,72.

Consoante apurado na sentença dos embargos, o seu somatório, considerando, inclusive, o item 15 referido no apelo do INCRA, representa o montante de 84.055,50, que adicionado aos encargos sociais das cercas resulta em 84.735,90 (fl. 447), sendo esta a importância a ser deduzida do valor apurado pelo perito oficial.

Assim, o *quantum* indenizatório relativo às benfeitorias é de 258.249,79 (342.985,69 – 84.735,90), de modo que não há que se falar em erro material do *decisum* de fls. 446/448.

Argumenta, ainda, o INCRA que não é devida a inclusão do sistema de irrigação no rol das benfeitorias indenizáveis, pois o mesmo, após ser retirado da propriedade, foi “despejado” sem reinstalação, assim como não tem funcionalidade no projeto de assentamento.

Igualmente, não vislumbro razão ao expropriante.

De fato, conforme se verifica à fl. 187, o perito oficial levou em consideração o estado do sistema de irrigação, atribuindo um fator de segurança de 50%.

No intento de elucidar esse enredo, cumpre trazer à colação trecho da perícia:

*“(…) Obs: Conforme depoimento de antigos moradores e funcionários do imóvel, o expropriado retirou o sistema de irrigação por ocasião da invasão; Posteriormente, este realizou a reposição, contudo, conforme observação In loco, comprovadas através de seqüências de fotos acima apresentada, o sistema só poderá ser reaproveitado após um minucioso estudo técnico de correção e adaptação.*

- Face o conteúdo supra mencionado e diante do exposto, este perito é obrigado a atribuir um fator de segurança de 50%, em função da incógnita, exis-

tente com relação a qualidade do material, capacidade de funcionamento e estado de conservação e uso, (...)” (grifo original).

Quanto à alegação de que há de prevalecer a área da cultura de coqueiro apurada pelo assistente técnico do INCRA (87,5358 ha), e não a apresentada pela perícia judicial (123,90 ha), verifico que a mesma também não merece prosperar.

Isso porque no caso de discordância de laudos, preponderam as informações prestadas pelo perito oficial, que está equidistante do interesse das partes e reveste-se de fé pública.

A propósito, vale transcrever o julgado a seguir:

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL, PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. INDENIZAÇÃO COM BASE NO LAUDO DO VISTOR OFICIAL. DIVERGÊNCIA DO LAUDO DA AUTARQUIA E DO ASSISTENTE TÉCNICO DA EXPROPRIADA. BENEFÍCIOS. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO INDEVIDA. COBERTURA VEGETAL INDENIZÁVEL, EM FACE DO SEU POTENCIAL ECONÔMICO. PAGAMENTO EM TDA'S. ENCARGOS SOCIAIS. REPOSIÇÃO NO MONTANTE DA INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO. JUSTO PREÇO. VALOR DE MERCADO DO IMÓVEL. ACUMULAÇÃO DE JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DOS JUROS COMPENSATÓRIOS PARA 6% (SEIS POR CENTO) AO ANO, POR FORÇA DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.774-26/99. CORREÇÃO MONETÁRIA DEVIDA. SÚMULA 561 DO STF.

1. Na hipótese de ocorrência de laudos divergentes, igualmente fundamentados, o laudo judicial deve ser prestigiado, mormente quando não haja indicações de que tenha sido realizado em desacordo com as regras que regulam a elaboração das perícias judiciais, nem de que o vistor tenha deixado de respei-

tar a necessária eqüidistância dos interesses em litígio.

(...)

12. Apelação da expropriada improvida. Apelação do INCRA e remessa oficial parcialmente providas, apenas para reduzir o percentual dos juros compensatórios de 12% para 6% ao ano.” (TRF 5ª R., 3ª T., AC 189559/RN, Des. Federal Geraldo Apoliano, *DJU* 08/09/2000, p. 803).

Sustenta, também, a desapropriante que o perito nomeado não apresentou Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contrariando o disposto na Lei nº 8.629/93, razão pela qual requer o desentranhamento do laudo judicial, a devolução dos honorários e nova perícia.

É certo que o art. 12, § 3º, da Lei nº 8.629/93, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.577/97, estabelece que o laudo de avaliação deve ser acompanhado do registro de ART, o que não foi observado no caso vertente. Ocorre que o art. 244 do Código de Processo Civil dispõe que “quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

Observo que o profissional designado realizou um trabalho criterioso, demonstrando detalhadamente como chegou ao valor apontado, tendo o laudo pericial, por isso, cumprido a sua finalidade, não devendo ser declarado nulo em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas, insculpido no acima referido dispositivo do nosso ordenamento processual.

Vale conferir o seguinte precedente:

“CONSTITUCIONAL. CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. INTERESSE SOCIAL. REFORMAAGRÁRIA. NULIDADE PELA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. NOMEAÇÃO DO PERITO. ENGENHEIRO AGRÔNOMO. NECESSIDADE. PRELIMINARES RECHACADAS. ACATAMENTO DO LAUDO PERICIAL. INCLUSÃO DO VALOR DA MATA NATIVA NO PREÇO DA TERRA NUA. JUROS MORATÓRIOS E COM-

PENSATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS DO ASSISTENTE-TÉCNICO E DE SUCUMBÊNCIA. ADEQUAÇÃO LEGAL. EXECUÇÃO PELOS ARTS. 14, 15 E 16 DA LC Nº 76/93. INCONSTITUCIONALIDADE. APELOS E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDOS.

(...)

II. A confecção do laudo pericial por engenheiro agrônomo, desprovida da anotação de responsabilidade técnica - ART, nos termos do art. 12, da Lei nº 8.629/93, não é passível de declaração de nulidade, constituindo-se apenas em mera irregularidade.

XII. Parcial provimento da remessa oficial e dos apelos". (TRF 5ª R., 4ª T., AC 273490/CE, Des. Federal Manuel Maia, *DJU* 06/04/2004, p. 556).

Relativamente aos juros compensatórios, defende o INCRA ser incabível a sua condenação na desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária de imóvel rural reconhecida-mente improdutivo.

Ocorre que uma possível improdutividade da propriedade não significa que o seu titular não possua direito a uma justa indenização.

Na verdade, os juros compensatórios destinam-se a ressarcir o proprietário da perda antecipada do bem. Como o expropriado deixa de fruir do seu patrimônio antes de sua total recomposição, impõe-se que lhe seja paga uma remuneração para compensá-lo dessa perda.

Nesse sentido, é o julgado a seguir:

“CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMAAGRÁRIA. INDENIZAÇÃO. IMÓVEL RURAL. INEXISTÊNCIA DE ÁREA URBANA INCRUSTADA NA FAZENDA OBJETO DA DESAPROPRIAÇÃO. SIMPLES CONTIGÜIDADE ENTRE O IMÓVEL A SER DESAPROPRIADO E A ZONA URBANA DE CIDADE DO INTERIOR. MULTIPLICIDADE DE PERÍCIAS. ATENDI-

MENTO, PELO SEGUNDO PERITO OFICIAL COM ATUAÇÃO NOS AUTOS, DAS DIRETRIZES DE AVALIAÇÃO DA TERRA NUA E DAS BENFEITORIAS DEFINIDAS ORIGINARIAMENTE NA LEI Nº 8.629/93 E NAS MODIFICAÇÕES PROCEDIDAS PELA MP Nº 1.577/97 E REEDIÇÕES. CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO SEGUNDO LAUDO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE JUROS COMPENSATÓRIOS E JUROS MORATÓRIOS. JUROS COMPENSATÓRIOS DEFINIDOS EM 12% AO ANO, INCIDENTES DESDE A IMISSÃO DE POSSE. ADIN Nº 2.332/DF. DEVIDOS OS COMPENSATÓRIOS AINDA QUANDO SE TRATE DE PROPRIEDADE IMPRODUTIVA. JUROS MORATÓRIOS NO PERCENTUAL DE 6% AO ANO, A PARTIR DE 10 DE JANEIRO DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O PAGAMENTO DEVERIA SER FEITO, NOS TERMOS DO ART. 100, DA CF/88. APLICABILIDADE DO ART. 15-B, DO DECRETO-LEI Nº 3.365/1941, COM A REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.183-56/2001. SENTENÇA PROLATADA EM 29.04.2002. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS CORRETAMENTE SEGUNDO A REGRA ART. 27, PARÁGRAFO 10 DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41, COM A REDAÇÃO DETERMINADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.183-56/2001.

(...)

7. “É irrelevante o fato de o imóvel ser ou não produtivo para a fixação dos juros compensatórios na desapropriação, vez que estes são devidos tendo em vista a perda antecipada da posse que implica na diminuição da garantia da prévia indenização constitucionalmente assegurada”.

(AGRESP nº 426.336/PR, rel. Min. Paulo Medina, *DJ* de 02.12.2002).

(...)” (TRF 5ª R., 4ª T., AC 303132/AL, rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti, *DJU* 03/11/03, p. 453).

No tocante aos juros moratórios, alega a expropriante que, nos

termos da MP nº 2.183-56/01, a sua incidência deverá ser a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito.

Sobre o tema, assim dispõe o art. 15-B do Decreto-lei nº 3.365/41 (redação dada pela MP nº 2.183-56/01):

“Nas ações a que se refere o art. 15-A, os juros moratórios destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, e somente serão devidos à razão de até seis por cento ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição”.

Esse comando legal se aplica ao caso em comento, uma vez em vigor quando da prolação da sentença.

A propósito, vale conferir:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. JUROS COMPENSATÓRIOS. IMÓVEL IMPRODUTIVO. CABIMENTO. TERMO INICIAL. TAXA. BASE DE CÁLCULO. MP 1.577/97. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 114/STJ. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. MP 1.997/00. OMISSÃO (CPC, ART. 535). INOCORRÊNCIA.

(...)

5. A determinação trazida pela Medida Provisória 1.997-34, de 13.01.2000, ao introduzir no Decreto-lei 3.365/41 o art. 15-B, para que o termo inicial dos juros moratórios seja “1º de janeiro do exercício àquele em que o pagamento deveria ser feito”, é regra que se coaduna com orientação mais ampla do Supremo, segundo a qual não há caracterização de mora do ente público, a justificar a incidência dos correspondentes juros, sempre que o pagamento se faça na forma e no prazo constitucionalmente estabelecidos (arts. 33 do ADCT e 100 da Constituição Federal).

6. Recurso especial parcialmente provido". (STJ, 1ª T., RESP 591656/PA, rel. Min. Teori Albino Zavasck, DJU 30/08/04, p. 217).

Quanto à expedição do mandado translativo de domínio, já perfilhei o entendimento de que, para tanto, seria mais seguro aguardar o trânsito em julgado da sentença. Porém, analisando o assunto sob outro ângulo de vista, atento a questões de ordens práticas (necessidade de desencadeamento dos procedimentos administrativos relativos à concessão de uso, legitimação de posse, etc.) e, principalmente, ao fato de que, após a prolação da sentença, os recursos não têm mais o condão de excluir a legitimidade do ato expropriatório, verifico que deve ser prestigiada a tese do INCRA no sentido da formalização imediata da tradição do direito de propriedade, mediante transcrição do título judicial nos registros do Cartório Imobiliário competente.

Por todo o exposto, nego provimento à apelação da expropriada e dou parcial provimento ao apelo do INCRA, para determinar a imediata expedição do mandado translativo de domínio, bem como para estabelecer que os juros moratórios incidam a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que deveria ser realizado o pagamento correspondente.

É como voto.

### **APELAÇÃO CÍVEL Nº 321.737-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO CAVALCANTE  
Apelantes: FAZENDA NACIONAL E MACEIÓ VEÍCULOS E PEÇAS LTDA. - MAPEL  
Apelados: OS MESMOS  
Advs./Procs.: DRS. GEORGE SILVA MELO E OUTROS

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. APELAÇÃO.***



**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO ADMITIDOS. MERO EQUÍVOCO. ART. 515 DO CPC. PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO 535 DO CPC. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 515 DO CPC. EMBARGOS REJEITADOS. PIS. BASE DE CÁLCULO. SEMESTRALIDADE. DECRETOS-LEIS NºS 2.445/88 E 2.449/88. LEI COMPLEMENTAR Nº 7/70. FATO GERADOR. BASE DE CÁLCULO. LEGISLAÇÃO POSTERIOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. RECONHECIMENTO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. SELIC.**

**- A egrégia Primeira Seção do col. STJ, na assentada de 24 de março de 2004, afastou o entendimento de que em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, cuja lei instituidora fora declarada inconstitucional pelo col. STF, o prazo para pleitear judicialmente a restituição seria contado da publicação da decisão que declarou a inconstitucionalidade da norma que fundamentava sua cobrança ou da edição de Resolução do Senado Federal que suspendeu a sua eficácia. Assim, com ressalva do meu entendimento, acolho o novo posicionamento no sentido de nos casos de lançamento por homologação, a prescrição do direito de pleitear a restituição tributária ocorrerá após transcorridos os cinco anos contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos a partir da homologação tácita.**

**- A interposição de recurso de apelação aduzindo a ilegalidade da decisão que julgou prejudicado os embargos de declaração por ilegitimidade da parte, não obsta a apreciação pela instância "ad quem" dos motivos pelos quais foram rejeitados os referidos embargos. Aplicação analógica do art. 515, §3º, do CPC e dos princípios da**

**efetividade e da economia processual. Precedente do col. STJ.**

**- O mero equívoco relativo ao nome da parte recorrente não pode servir de fundamento para a não apreciação do recurso. Todavia, não caracteriza omissão na decisão embargada a ausência de menção explícita aos dispositivos legais questionados, nem está obrigado o Julgador a analisar todos os pontos suscitados pelas partes para formar o livre convencimento, sendo-lhe possível analisar os fatos apresentados, as provas carreadas e utilizar-se da jurisprudência e da legislação aplicável, bem assim, não se prestam os embargos de declaração à pretensão de rejugamento da causa nem são cabíveis para fim específico de prequestionamento, na ausência de omissão, obscuridade ou contradição. Ausência dos vícios elencados no art. 535 do CPC. Apelação da parte autora provida. Embargos de declaração rejeitados.**

**- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, decidindo o Recurso Extraordinário nº 148.754-2/RJ, declarou a inconstitucionalidade das alterações introduzidas pelos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, que introduziram modificações na sistemática de recolhimento da contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, instituída pela Lei Complementar nº 7/70, tendo o Senado Federal editado, nos termos do artigo 52, inciso X, da CF, a Resolução nº 49, de 09.10.95 (DOU de 10.10.2000), suspendendo a execução dos referidos Decretos-Leis. Assim, a sistemática de cobrança do PIS voltou a ser aquela estabelecida na Lei Complementar nº 7/70, inclusive no que se refere ao seu artigo 6º, parágrafo único, relativa à semestralidade da base de cálculo.**

**- A compensação tributária realizada no âmbito do lançamento por homologação extingue a obrigação tributária sob condição resolutória, pois a**

***eficácia do crédito lançado depende da homologação formal do Fisco ou do decurso do prazo legal, não se lhe aplicando o art. 170 A do CTN, diferentemente da compensação de valores exatos, que extingue imediatamente o crédito respectivo.***

***- É de se fazer distinção entre reconhecer a compensabilidade pretendida e determinar a compensação requerida. Ao Judiciário cabe declarar ser compensável o valor recolhido indevidamente, por conta e risco do contribuinte, ressaltando-se, todavia, a fiscalização e controle da administração fazendária no procedimento compensatório.***

***- É de se reconhecer o direito à restituição, na forma de compensação, por conta e risco do contribuinte, dos valores indevidamente recolhidos, a título de correção monetária da base de cálculo do PIS, decorrente da diferença entre a sistemática de apuração dos Decretos-Leis nºs. 2.445/88 e 2.449/88 e a LC nº 07/70, no que se refere à semestralidade da base de cálculo, com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, conforme autorizado pelo art. 74 §§ 1º e 2º da Lei nº 9.430/96, alterado pelo art. 49 da Lei nº 10.637 de 30-12-2002, ressaltando-se, todavia, a fiscalização e controle da administração fazendária no procedimento compensatório.***

***- Nos casos de repetição/compensação de indébito os índices de correção monetária a serem utilizados, por serem os que mais refletem a inflação do período, são os seguintes: OTN, de março/86 a janeiro/89; BTN, de fevereiro/89 a fevereiro/90; IPC para o período de março/90 a janeiro/91; INPC a partir da promulgação da Lei n. 8.177/91 — fevereiro/91 a dezembro/91; UFIR a partir de janeiro/92 até dezembro/95; e pela TAXA***

***SELIC, a partir da vigência da Lei nº 9.250/95, não podendo esta ser aplicada cumulativamente com outros índices de reajustamento.***

***- Apelação da parte autora provida; remessa oficial e apelação da Fazenda Nacional providas em parte.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação da parte autora e dar parcial provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 9 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

MAPEL – Maceió Veículos e Peças Ltda. ajuizou ação ordinária objetivando o reconhecimento do seu direito à compensação dos valores relativos à diferença entre a quantia recolhida a título de PIS, com base no faturamento do mês imediatamente anterior, na forma dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, cujo pagamento fora efetuado através de parcelamento cumprido entre 1997 e 2000 (relativo ao período de fevereiro de 1992 a maio de 1993), e os valores devidos na forma da LC nº 07/70, ou seja, com base no faturamento do sexto mês anterior e sem correção monetária no semestre; fundamentou sua pretensão em ter sido gerado um crédito decorrente do recolhimento mais oneroso, na forma dos Decretos-leis supracitados, declarados inconstitucionais e cujos efeitos são *ex tunc*, correspondente à correção monetária aplicada ao mencionado período; requereu fosse realizada a compensação do pretendido crédito: “sem qualquer restrição infralegal; com a expe-

dição dos competentes DCC's; sem autuação fiscal; com quaisquer tributos devidos à União, vencidos ou vincendos; tendo a autora o direito a não lhe ser exigido o estorno dos lançamentos efetuados na sua escrita fiscal; bem como direito à expedição de certidões negativas e, ainda, a não ser inscrita nem na sua Dívida Ativa nem em cadastro de devedores em razão da compensação realizada", fls. 03/24.

Na sentença do Juízo Federal da 3ª Vara de Alagoas foram julgados parcialmente procedentes os pedidos constantes na inicial, "para garantir a exclusão da correção monetária da base de cálculo do PIS; para ajustar os critérios de correção do indébito, determinando que a correção monetária seja feita pelos índices oficiais, devendo, a partir de 01/01/96, ser aplicada a taxa SELIC, afastados, nesse período, os juros de mora e qualquer outro índice de atualização; para certificar que serão compensáveis os recolhimentos efetuados nos termos do pedido, isto é, entre fevereiro de 1992 a maio de 1993", fls. 189/174.

Foram opostos embargos de declaração, fls.185/186, tendo referido recurso sido julgado prejudicado por ilegitimidade da parte, haja vista constar como embargante Laginha Agro Industrial, fls. 227.

Apelou a Fazenda Nacional, fls. 190/225, afirmando que, embora na sentença tenha sido reconhecida a prescrição do período posterior a outubro de 2000, o julgamento foi favorável em parte ao autor; alegou terem sido reclamadas parcelas referentes a operações que datam de mais de cinco anos a partir da publicação da Resolução do Senado que suspendeu os efeitos dos Decretos-leis em tela, pelo que aduziu a ação encontrar-se prescrita; sustentou, ainda, a impossibilidade de compensação com débitos vencidos e antes do trânsito em julgado da decisão (art. 170-A do CTN) e aduziu não ser a base de cálculo do PIS o faturamento do sexto mês anterior, mas o faturamento do mês, conforme previu a LC nº 17 de 1973, não sendo possível considerar momentos distintos para a base de cálculo e a hipótese de incidência, nem manter os valores da contribuição em foco sem qualquer correção monetária, mencionando, ainda, o art. 97, §2º, do CTN, que previu não constituir majoração de tributo a atualização do valor monetário da

respectiva base de cálculo, requerendo a aplicação da taxa de juros apenas a partir do trânsito em julgado.

A parte interpôs apelação, fls. 230/236, alegando a admissibilidade dos embargos de declaração por ter havido mero equívoco de digitação quanto ao nome da parte, não havendo, assim, ilegitimidade no caso em tela, requerendo fosse mencionado no julgamento que a compensação seja efetuada “sem qualquer restrição infralegal; sem autuação fiscal; expedição de certidões negativas; sem inscrição na Dívida Ativa e nem no CADIN.

Foram apresentadas as respectivas contra-razões, fls.237/250 e 254/264.

É o relatório.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Quanto ao prazo para pleitear a restituição do valor do tributo pago indevidamente é de se contar cinco anos da efetiva extinção do crédito tributário. No caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação a referida extinção ocorre, na data da homologação e, não havendo homologação expressa, esta se considera realizada de forma tácita, pelo decurso de 5 (cinco) anos, contados do fato gerador. Assim, em regra, o prazo de 5 (cinco) anos para se pleitear judicialmente a repetição do indébito só inicia após transcorrido o prazo que a autoridade fiscal teria para proceder a respectiva homologação, ou seja, a restituição alcança os créditos relativos ao período de 10 (dez) anos posteriores ao fato gerador.

Sobre a matéria em foco, decidiu o col. STJ, *verbis*:

“TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. PRESCRIÇÃO. NOVA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA 1ª SEÇÃO DO STJ, NA APRECIÇÃO DO ERESP 423.994/MG.

1. Tendo o acórdão recorrido emitido juízo expresso

acerca do prazo prescricional para a repetição de indébito tributário, tem-se por prequestionada a matéria, não havendo óbice a que o STJ introduza novos critérios para seu cômputo, ainda que não referidos pela decisão atacada.

2. A 1ª Seção do STJ, no julgamento do ERESP 423.994/MG, Min. Peçanha Martins, sessão de 08.10.2003, consagrou o seguinte entendimento, quanto ao prazo para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação cuja cobrança foi declarada inconstitucional pelo STF: (a) se a declaração de inconstitucionalidade ocorreu em sede de ação de controle concentrado, o prazo de cinco anos inicia na data da publicação do respectivo acórdão; e (b) se a inconstitucionalidade foi declarada na via do controle difuso, o prazo quinquenal tem início na data da resolução do Senado Federal suspendendo a execução da norma (CF, art. 52, X). **Inexistindo resolução do Senado, aplica-se a regra geral adotada para a repetição de tributos sujeitos a lançamento por homologação, qual seja, a de considerar como termo inicial do cinco anos da prescrição a data da homologação do lançamento.** Adota-se o entendimento firmado pela Seção, com ressalva do ponto de vista pessoal, no sentido da subordinação do termo *a quo* do prazo ao universal princípio da *actio nata* (voto-vista proferido nos autos dos referidos embargos).

3. Agravo regimental improvido.”

(AGRESP 576365 / RS DJ DATA:09/02/2004 PG:00137 Min. TEORIALBINO ZAVASCKI) (Grifei).

Assim o col. STJ já firmou o entendimento segundo o qual nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, é de se considerar como termo inicial dos cinco anos da prescrição a data da homologação tácita do lançamento. Essa é a regra geral.

No caso de restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação, cuja cobrança foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, vinha perfilhando entendimento antes

também adotado pelo col. STJ, no sentido de o quinquênio para o ingresso em Juízo pleiteando a restituição do respectivo crédito ser contado da publicação da decisão que declarou a inconstitucionalidade da norma que fundamentava sua cobrança ou da edição de Resolução do Senado Federal que suspendeu a sua eficácia.

Assim vinha decidindo o col. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

**“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - TRIBUTÁRIO - PIS SEMESTRAL - BASE DE CÁLCULO - DECRETOS-LEIS NºS 2.445/88 E 2.449/88 DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL - RESOLUÇÃO Nº 49 DO SENADO FEDERAL.**

Importa analisar, na espécie, se as modificações trazidas pelos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, alteraram a sistemática de cobrança do PIS baseada na regra da semestralidade prevista no artigo 6º, parágrafo único da Lei Complementar nº 7/70.

**O Decreto-lei nº 2.445/88, alterado posteriormente pelo Decreto-lei nº 2.449/88, introduziu modificações essenciais na sistemática de cobrança, na alíquota e na base de cálculo do PIS, inclusive, quanto à semestralidade prevista no artigo 6º, parágrafo único da LC n. 7/70 (cf. REsp 240.938/RS, DJU 15.05.2000, Rel. Min. José Delgado).**

**Ambos os diplomas, porém, tiveram sua eficácia suspensa pela Resolução n. 49 do Senado Federal, após a declaração de inconstitucionalidade pela excelsa Corte no Recurso Extraordinário 148.754-2/210/RJ.**

**Verifica-se, portanto, que a declaração de inconstitucionalidade dos referidos Decretos-leis não é questão alheia à semestralidade da contribuição para o PIS. Ao serem banidos do ordenamento jurídico os mencionados diplomas, a**



**sistemática de cobrança do PIS voltou a ser aquela estabelecida na Lei Complementar nº 7/70, inclusive no que se refere ao seu artigo 6º, parágrafo único (cf. Resp 529.606/RS, DJU de 03.11.2003, relatado por este magistrado).**

**Esta Corte já pacificou o entendimento no sentido de que o termo *a quo* do lapso prescricional para pleitear a restituição dos valores recolhidos indevidamente a título de PIS é o da Resolução do Senado que suspendeu a execução dos Decretos-leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal por meio do controle difuso.**

Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGRESP 460235/RS. DJ DATA:22/03/2004 PÁGINA:279. Rel. Min. FRANCIULLI NETTO)

Todavia, a egrégia Primeira Seção do col. STJ, na assentada de 24 de março de 2004, por maioria, afastou o referido entendimento, firmando novo posicionamento, segundo o qual, nos casos de lançamento por homologação, a prescrição do direito de pleitear a restituição tributária ocorrerá após transcorridos os cinco anos contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos a partir da homologação tácita, passando, em tais casos a assim decidir:

**“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO STF - PRESCRIÇÃO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - TERMO A QUO - OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO.**

No entender deste Relator, nas hipóteses de restituição ou compensação de tributos declarados inconstitucionais pelo excelso Supremo Tribunal Federal, o termo *a quo* do prazo prescricional é a data do trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade, em controle concentrado de constitucionalidade, ou a publicação da Resolução do Senado Federal, caso a declaração de inconstitucionalidade tenha-se dado em controle difuso de constitucionalidade.

Com efeito, a declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora de um tributo altera a natureza jurídica dessa prestação pecuniária, que, retirada do âmbito tributário, passa a ser de indébito sem causa do Poder Público, e não de indébito tributário. Desarte, aquela lei declarada inconstitucional desaparece do mundo jurídico, como se nunca tivesse existido (veja-se, a esse respeito, o REsp 534.986/SC, Relator p/acórdão este Magistrado, j. em 04.11.2003).

**A egrégia Primeira Seção deste colendo Superior Tribunal de Justiça, porém, na assentada de 24 de março de 2004, houve por bem afastar, por maioria, a tese acima esposada, para adotar o entendimento segundo o qual, para as hipóteses de devolução de tributos sujeitos à homologação declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a prescrição do direito de pleitear a restituição se dá após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita (cf. Informativo de Jurisprudência do STJ n° 203, de 22 a 26 de março de 2004).** Dessarte, na hipótese em exame, ocorreu a prescrição, pois a ação foi ajuizada em 27 de setembro de 2000 e os créditos a serem compensados datam de setembro e outubro de 1989. Agravo regimental improvido, ressalvado o entendimento deste Relator no que toca ao termo *a quo* do prazo prescricional”.

(AgRg no AgRg no RESP 554131 / MG ; Rel. Ministro Franciulli Netto. DJ: 18.10.2004 p. 231

Assim, com ressalva do meu entendimento, adoto o novo posicionamento do col. STJ no sentido de consagrar a regra geral para a contagem do prazo prescricional das ações para a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação, sem distinguir as hipóteses em que houve declaração de inconstitucionalidade da exação pelo col. Supremo Tribunal Federal.

No caso vertente, fora ajuizada ação de rito ordinário objetivando o reconhecimento do direito à compensação dos valores relativos à diferença entre a quantia recolhida a título de PIS, com base no faturamento do mês imediatamente anterior, na forma dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, cujo pagamento fora efetuado através de parcelamento cumprido entre 1997 e 2000 (relativo ao período de fevereiro de 1992 a maio de 1993), e os valores devidos na forma da LC nº 07/70, ou seja, com base no faturamento do sexto mês anterior e sem correção monetária no semestre.

Considerando a data do ajuizamento, 18.03.2002, fls.03, buscando a restituição de indébito tributário relativo ao período de fevereiro de 1992 a maio de 1993, mas que só fora pago após a realização de acordo de parcelamento, cujas parcelas foram quitadas entre os anos de 1997 e 2000, é de se afastar a prescrição do direito de ação no caso em tela.

Relativamente a admissibilidade dos embargos de declaração, adoto o mesmo entendimento acolhido pelo col. Superior Tribunal de Justiça em caso semelhante, no sentido de que a interposição de recurso à instância *ad quem* veiculando a ilegalidade da decisão que rejeitou embargos de declaração, sem que tenha havido apreciação do mérito pela instância *a quo*, não impede ao Tribunal, no julgamento da apelação, analisar, de logo, os demais motivos pelos quais foram rejeitados os referidos embargos declaratórios, aplicando-se analogicamente o § 3º do art. 515 do CPC. Ademais, não seria razoável determinar-se o retorno dos autos em casos como tais, considerando os princípios da efetividade e da economia processual.

Assim decidiu o col. STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. ART. 512, FRENTE AO NOVEL § 3º, ART. 515, AMBOS DO CPC. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA.

1. O recurso à instância *ad quem* veiculando a ilegalidade da decisão conclusiva pela intempestividade dos embargos de declaração não impede o Tribunal *a quo* apreciá-lo, incontinenti, analisando os demais motivos pelos quais o juiz os rejeitou, evitando determinar o retorno dos autos, quer em prol

dos princípios da efetividade e da economia processual, quer por força da aplicação analógica do novel § 3º, art. 515, do CPC.

2. Recurso Especial desprovido”.

(RESP 474796/SP. *DJ* DATA:23/06/2003 Página: 255. Rel. Min. Luiz Fux)

No caso em tela, foram opostos embargos de declaração, fls.185/186, tendo o referido recurso sido julgado prejudicado por ilegitimidade da parte, haja vista constar na petição como embargante Laginha Agro Industrial, fls. 227.

Entendo não ser possível considerar como fundamento para a não apreciação do recurso o erro quanto ao nome da parte recorrente, se de outros elementos, como o número do processo, pedido, matéria, identifica-se, claramente, ter havido mero equívoco.

Quanto às alegações veiculadas nos embargos declaratórios, não é de se considerar caracterização de omissão na decisão embargada a ausência de referência expressa aos dispositivos legais questionados, sendo suficiente a apreciação da questão jurídica envolvida para que tenha havido pleno exame da lide, inclusive para fins de prequestionamento para acesso à instância extraordinária, conforme tem decidido o col. STJ (EDROMS 16623/DF. *DJ*:08/03/2002, p.283; RESP 475129/RJ, *DJ*:09/12/2003, p.314).

Da mesma forma, não está o Julgador adstrito ao exame da questão posta apenas de acordo com o que foi pleiteado pelas partes, haja vista ser possível formar seu livre convencimento da análise dos fatos apresentados, das provas carreadas, utilizando-se da jurisprudência e da legislação aplicável, não estando também obrigado a analisar todos os pontos suscitados pelas partes.

Observo, no caso em tela não ter sido demonstrada a presença de qualquer dos vícios elencados no art. 535 do Código de Processo Civil, enveredando-se no caminho da rediscussão de matéria que já foi apreciada e decidida, sendo defesa, tal pretensão, em sede de embargos de declaração, que é recurso de integração e não de modificação do julgado.

O acórdão embargado decidiu de forma clara, sem qualquer omissão, contradição ou obscuridade, pelo que devem ser rejeita-

dos os embargos de declaração opostos pela parte autora.

Assim, é de se dar provimento à apelação da parte autora, para admitir o recurso de embargos declaratórios por ela opostos e, mediante aplicação analógica do § 3º do art. 515 do CPC, rejeitar o referido recurso.

Quanto à apelação da Fazenda Nacional, ressalte-se o objeto da ação ordinária em tela, na qual pleiteou a parte autora a compensação dos valores relativos à diferença entre a quantia recolhida, a título de PIS, com base no faturamento do mês imediatamente anterior, na forma dos Decretos Leis nºs 2445/88 e 2449/88, cujo pagamento fora efetuado através de parcelamento cumprido entre 1997 e 2000 (relativo ao período de fevereiro de 1992 a maio de 1993), e os valores devidos na forma da LC nº 07/70, ou seja, com base no faturamento do sexto mês anterior e sem correção monetária no semestre, requerendo a compensação do pretendido crédito, apresentando planilha na qual consta o valor de R\$ 610.498,35 (seiscentos e dez mil, quatrocentos e noventa e oito reais e trinta e cinco centavos), atualizado até fevereiro de 2002, pleiteando o deferimento à compensação “sem qualquer restrição infralegal; com a expedição dos competentes DCC’s; sem autuação fiscal; com quaisquer tributos devidos à União, vencidos ou vincendos; tendo a autora o direito a não lhe ser exigido o estorno dos lançamentos efetuados na sua escrita fiscal; bem como direito à expedição de certidões negativas e, ainda, a não ser inscrita nem na sua Dívida Ativa nem em cadastro de devedores em razão da compensação realizada”, fls. 03/24.

Na sentença recorrida foi julgado parcialmente procedente o pedido, “para garantir a exclusão da correção monetária da base de cálculo do PIS; para ajustar os critérios de correção do indébito, determinando que a correção monetária seja feita pelos índices oficiais, devendo, a partir de 1º/01/96, ser aplicada a taxa SELIC, afastados, nesse período, os juros de mora e qualquer outro índice de atualização; para certificar que serão compensáveis os recolhimentos efetuados nos termos do pedido, isto é, entre fevereiro de 1992 a maio de 1993”, fls. 189/174.

Com a declaração de inconstitucionalidade das alterações veiculadas nos supracitados Decretos-Leis, declarada pelo col.

STF (julgamento do RE nº 148.754-2/210/RJ) e cuja execução foi posteriormente suspensa pela Resolução nº 49/1995 (DOU de 10.10.1995) do Senado Federal, nos termos do artigo 52, inciso X, da CF, a cobrança da contribuição ao PIS voltou aos moldes estabelecidos na LC nº 07/70, inclusive quanto ao parágrafo único do seu art. 6º, o qual se refere à base de cálculo da contribuição em foco e não ao prazo para o seu recolhimento.

Por outro lado, a base de cálculo da contribuição ao PIS não foi alterada pela legislação posterior à LC nº 07/70, o que ocorreu somente com a edição da Medida Provisória nº 1.212/95, prevenindo expressamente que o PIS seria apurado mensalmente, com base no faturamento do mês.

O col. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de a base de cálculo do PIS apurada na forma da LC nº 7/70 não estar, por ausência de previsão legal, sujeita à atualização monetária.

Portanto, cabível o reconhecimento do direito à exclusão da correção monetária da base de cálculo do PIS, cabendo-lhe a restituição, sob a forma de compensação, dos valores porventura recolhidos indevidamente.

Esse é o entendimento assente na Jurisprudência, conforme se infere da seguinte ementa:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. PRESCRIÇÃO.

INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA NA BASE DE CÁLCULO DO PIS SEMESTRAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA. PRECEDENTES.

No entender deste Relator, nas hipóteses de restituição ou compensação de tributos declarados inconstitucionais pelo excelso Supremo Tribunal Federal, o termo *a quo* do prazo prescricional é a data do trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade, em controle concentrado de constitucionalidade, ou a publicação da Resolução do Sena-

do Federal, caso a declaração de inconstitucionalidade tenha-se dado em controle difuso de constitucionalidade.

Com efeito, a declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora de um tributo altera a natureza jurídica dessa prestação pecuniária, que, retirada do âmbito tributário, passa a ser de indébito sem causa do Poder Público, e não de indébito tributário. Desarte, aquela lei declarada inconstitucional desaparece do mundo jurídico, como se nunca tivesse existido (veja-se, a esse respeito, o Resp 534.986/SC, Relator p/acórdão este subscritor, j. em 04.11.2003). A egrégia Primeira Seção deste colendo Superior Tribunal de Justiça, porém, na assentada de 24 de março de 2004, houve por bem afastar, por maioria, a tese acima esposada, para adotar o entendimento segundo o qual, para as hipóteses de devolução de tributos sujeitos à homologação declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a prescrição do direito de pleitear a restituição se dá após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, a partir da homologação tácita.

Dessarte, na hipótese em exame ocorreu a prescrição em parte, pois a ação foi ajuizada em junho de 2001 e os créditos a serem compensados datam de abril de 1990 a novembro de 1994. Não merece, portanto, reforma o v. acórdão recorrido que decidiu em conformidade com o entendimento ora esposado.

Saliente-se, por fim, **que é pacífico nesta Corte Superior de Justiça o entendimento segundo o qual a base de cálculo da contribuição para o PIS é o faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador, sobre a qual não incide correção monetária, ante a ausência de previsão normativa.**

Agravo regimental provido para negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional”.

(STJ. AGRESP 554382/RS. DJ:23/08/2004, p. 196. Rel. Min. Franciulli Netto) (Grifei).

Quanto à compensação tributária, é de se distinguir a compensação de valores exatos, que extingue imediatamente a obrigação tributária, daquela referida efetivada no âmbito do lançamento por homologação, cuja extinção do crédito ficará sob condição resolutória.

A forma de compensação no âmbito do lançamento por homologação é procedida pelo próprio contribuinte, mediante registro na escrita fiscal do crédito oponível contra a Fazenda Pública e independente de requerimento à Autoridade Fazendária, caso em que o Fisco terá o prazo de cinco anos para fiscalizar o procedimento compensatório efetuado, só havendo a extinção do crédito respectivo com a homologação expressa ou após o transcurso do referido lapso temporal.

O jurista Misabel Abreu Machado, ao mencionar a compensação no âmbito do lançamento por homologação, leciona:

“...a peculiaridade da compensação no Direito Tributário, realçada especialmente nos tributos lançados por homologação, conforme modelo adotado pela Lei nº 8.383/91, está exatamente no fato de que ela extingue a obrigação sob condição resolutória, como é próprio do pagamento antecipado (art. 150, §4º do CTN). A certeza e liquidez serão apuradas pelo sujeito passivo, que procederá à compensação, ficando os atos assim praticados sujeitos à fiscalização futura pelo prazo de cinco anos”. (*in* Direito Tributário Brasileiro, *apud* Aliomar Baleeiro, 11ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p.903)

Assim, a exigência de prévio reconhecimento do valor do crédito pela Secretaria de Receita Federal não se compatibiliza com o procedimento extintivo do crédito tributário para estes, pois sujeito à futura homologação ou ao transcurso do prazo legal para que esta seja procedida.

O col. Superior Tribunal de Justiça já distinguiu as formas de compensação tributária:



“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ICMS. AQUISIÇÃO DE INSUMOS POR PRODUTORES RURAIS. COMPENSAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. SÚMULA Nº 213/STJ. ALEGADA DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO NO QUE SE REFERE À SÚMULA N. 126/STJ. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE.

‘Ao editar a Súmula nº 213, este Sodalício consagrou o entendimento no sentido da possibilidade de utilização do mandado de segurança para a declaração do direito à compensação de créditos tributários. **É uníssona a jurisprudência do STJ, outrossim, ao proclamar que a compensação de tributos sujeitos ao lançamento por homologação não necessita de prévia manifestação da autoridade fazendária ou de decisão judicial transitada em julgado para a configuração da certeza e liquidez dos créditos**’ (REsp nº 238.727/MG, da relatoria deste subscritor, *DJ* de 08.10.2001).

No que concerne à apontada divergência relativa à aplicação da Súmula nº 126 desta Corte Superior de Justiça, denota-se que efetivamente não se verifica a semelhança nas decisões trazidas como desoantes.

Embargos de divergência não conhecidos no que toca à apontada divergência quanto a Súmula nº 126/STJ, e conhecidos e acolhidos quanto ao cabimento do mandado de segurança para a declaração do direito à compensação de créditos tributários.”

(STJ. RESP 254099/MT. Primeira Seção. *DJ*: 28/10/2003. Página:183. Rel. Min. Franciulli Netto). (Grifei).

Assim, tendo em vista as considerações expostas, evidencia-se a coexistência de regimes diversos regulando o instituto da compensação tributária.

Dispõe o Código Tributário Nacional, em seu art. 170, acerca da compensação de tributos, como forma de extinção do crédito tributário:

“Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que a lei estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública”.

Previu o diploma supracitado a possibilidade de a lei estipular a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos do sujeito passivo contra a Fazenda Pública, a ser autorizada pela autoridade administrativa.

Saliente-se ter a LC nº 104/2001 alterado dispositivos do Código Tributário Nacional, determinando que a compensação somente poderá ser efetivada após o trânsito em julgado da respectiva decisão judicial, *verbis*:

“Art.170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.”

É de se ressaltar, ainda, ser a compensação tributária matéria de várias alterações legislativas. Recentemente, a Lei nº 10.637 de 30-12-2002, em seu artigo 49, alterou o art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96, *verbis*:

“Art. 49. O art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

**‘Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.**

**§ 1º A compensação de que trata o *caput* será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos res-**

**pectivos débitos compensados.**

**§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.**

§ 3º Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação:

I - o saldo a restituir apurado na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física;

II - os débitos relativos a tributos e contribuições devidos no registro da Declaração de Importação.

§ 4º Os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos neste artigo.

§ 5º A Secretaria da Receita Federal disciplinará o disposto neste artigo". (NR) (Grifei).

Observa-se, todavia, no que se refere à compensação no âmbito do lançamento por homologação, realizada pelo próprio contribuinte mediante registro na sua escrita fiscal e cuja eficácia do crédito lançado está sujeita à fiscalização da autoridade fazendária e à homologação formal do Fisco ou do decurso do prazo legal, não haver necessidade do prévio reconhecimento da autoridade fazendária ou de decisão judicial transitada em julgado, para a configuração da certeza e liquidez dos créditos, pois esta será controlada pela Administração Fazendária, ao fiscalizar o encontro de contas realizado pelo contribuinte, bem assim poderá cobrar eventual saldo devedor, não se lhe aplicando a norma veiculada no art. 170-A do CTN, relativa à compensação de valores exatos, cuja extinção do crédito tributário será imediata.

Distingue-se, ainda, o reconhecimento da compensabilidade pretendida e a determinação da compensação requerida.

No caso dos autos, é de se reconhecer o direito à compensação, por conta e risco do contribuinte, dos valores indevidamente recolhidos, a título de correção monetária da base de cálculo do PIS, decorrente da diferença entre a sistemática de apuração dos

Decretos-Leis nºs 2445/88 e 2449/88 e a LC nº 07/70, no que se refere à semestralidade da base de cálculo, com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, conforme autorizado pelo art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96, alterado pelo art. 49 da Lei nº 10.637 de 30-12-2002, ressaltando-se, todavia, a fiscalização e controle da administração fazendária no procedimento compensatório.

Na repetição/compensação de indébito, os índices de correção monetária a serem utilizados, por serem os que mais refletem a inflação do período, são os seguintes: OTN, de março/86 a janeiro/89; BTN, de fevereiro/89 a fevereiro/90; IPC para o período de março/90 a janeiro/91; INPC a partir da promulgação da Lei n. 8.177/91 – fevereiro/91 a dezembro/91; UFIR a partir de janeiro/92 até dezembro/95; e pela TAXA SELIC, a partir da vigência da Lei nº 9.250/95, não podendo esta ser aplicada cumulativamente com outros índices de reajustamento.

Com essas considerações, dou provimento à apelação da parte autora, para admitir os embargos de declaração, rejeitando-os, e dou parcial provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial, para reconhecer direito à compensação, a ser efetuada por conta e risco do contribuinte, sujeitando o referido procedimento compensatório ao controle do Fisco.

É como voto.

### **APELAÇÃO CÍVEL Nº 336.596-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelado: JOÃO BERNARDO DOS SANTOS  
Advs./Procs.: DRS. FLODOALDO CARNEIRO DA SILVA E OUTROS (APTE.) E MARIA DO SOCORRO TARGINO PRAXEDES E OUTROS (APDO.)

***EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. INCORPORAÇÃO AO SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO DE***

**HORAS EXTRAS. ARTIGO 201, § 4º, DA CF/88. IGP-DI.**

**- A Constituição Federal vigente remeteu à legislação ordinária o disciplinamento dos reajustes dos benefícios previdenciários. No momento em que esta legislação, então em vigor, elege determinado índice para reger os reajustamentos, a manutenção do valor dos benefícios resta assegurada, na medida em que os mesmos são regulados e não sofrem estagnação.**

**- Não há ofensa ao preceito constitucional que garantiu o reajustamento dos benefícios quando determinado índice eleito pelo legislador ordinário não consegue afastar os efeitos inflacionários em sua plenitude.**

**- Em se tratando de prestações de trato sucessivo, o prazo prescricional renova-se a cada mês pela omissão do pagamento, não começando a correr da data do ato ou fato que originou o direito, a prescrição quinquenal só abrange as parcelas anteriores ao lustro anterior à data do ajuizamento da demanda.**

**- Apelação e remessa oficial parcialmente providas.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível, em que são partes as acima mencionadas, acorda a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 26 de abril de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -  
Relator Convocado

## RELATÓRIO

O SEWNHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado):

João Bernardo dos Santos promoveu ação ordinária contra o INSS, objetivando a revisão do benefício previdenciário, mediante incorporação das horas extras obtidas em Reclamação Trabalhista, aos salários-de-contribuição do período base de cálculo, 04/1995 a 10/1997, com reflexos na RMI, correspondente a 100%, além do índice de reajuste aplicados pela IGP-DI, a fim de perceber seus direitos nos moldes do art. 201, § 4º da CF/88.

O MM. Juiz de primeiro grau julgou procedente a ação, determinando que o INSS procedesse à revisão do cálculo do auxílio-doença e da aposentadoria por invalidez. Levando em consideração a relação dos salários-de-contribuição de novembro/94 a novembro/99, obtida na Reclamação Trabalhista.

O autor embargou da decisão por não terem sido apreciados todos os seus pedidos.

O Juízo monocrático acolheu os embargos, parcialmente, acrescentado a sua decisão o reajuste de acordo com INPC, IRSM, FAS, URV E IPC-r e a implantação de 14,1870% sobre o valor da renda mensal devida em junho/2000 e de 10,9104% sobre o valor da renda mensal devida em junho/2001.

Novamente embargou o autor, requerendo a condenação do INSS na obrigação de fazer em implantar reajustes do IGP-DI e as diferenças.

O MM. Juiz Federal, acolheu, em parte, os embargos, para reconhecer o direito ao pagamento das diferenças de renda mensal inicial, vencidas e vincendas, inclusive sobre os abonos anuais, acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação e correção monetária desde o vencimento do débito, excluídas as parcelas atingidas pela prescrição quinquenal.

Inconformada, apela a autarquia, aduzindo, em síntese, que o julgamento foi *extra petita*, pois houve condenação em matéria não tratada na inicial, ou seja, auxílio-doença/aposentadoria por invalidez, bem como considerou o período de 11/1994 a 11/1999, sa-

bedo-se que a aposentadoria em questão foi concedida em 26/11/1997. Requer, também, o conhecimento da prescrição de qualquer valor anterior a 05 anos da data do ajuizamento da ação. No mérito, alega que o benefício da parte autora foi concedido nos moldes da legislação vigente, como também seu reajustamento, de acordo com os índices previstos em lei.

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

Peço a inclusão do feito na Pauta.

É o relatório.

### VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Relator Convocado):

Inicialmente, entendo que realmente a sentença foi *extra petita*, quando houve condenação em matéria não tratada na inicial, ou seja, auxílio-doença/aposentadoria por invalidez, bem como considerou o período de 11/1994 a 11/1999, sabendo-se que a aposentadoria em questão foi concedida em 26/11/1997. Assim, deve ser anulada esta parte da decisão monocrática.

No que se refere à incorporação das horas extras ao salário-de-contribuição, uma vez que o segurado fez acordo em reclamação trabalhista, para o recebimento de parcelas salariais decorrentes de horas extras, relativamente aos meses em que foi apurado o salário-de-benefício, tem direito de integrar tais parcelas ao respectivo salário-de-contribuição e, assim, à revisão da renda mensal inicial como o pagamento das diferenças daí advindas. (Precedentes do STJ, RESP 4917, Min. Américo Luiz).

Com referência à prescrição, em se tratando de prestações de trato sucessivo, o prazo prescricional renova-se a cada mês pela omissão do pagamento, não começa a correr da data do ato ou fato que originou o direito, a prescrição quinquenal só abrange as parcelas anteriores ao lustro anterior à data do ajuizamento da demanda.

Quanto à questão sobre o critério de cálculo para reajuste de benefício, ante a preservação do valor real assegurada constitu-

cionalmente, saliento que pretende o autor, a preservação em caráter permanente do valor de seu benefício, dito defasado, em decorrência da aplicação do disposto no artigo 41 da Lei nº 8.213/91.

Diante da intenção do legislador constituinte em resgatar o poder aquisitivo dos benefícios concedidos anteriormente à promulgação da Carta Magna, é clara a necessidade de que os benefícios concedidos durante a sua vigência também não sofressem desatualização, sendo exigível, portanto, a manutenção atualizada dos mesmos até a implantação do Plano de Custeio e Benefícios.

Com o advento da Lei nº 8.213/91, artigo 41, II, o INPC/IBGE passa a ser adotado para reajustamento de benefícios até sua substituição pelo IRSM (Lei nº 8.542/92), e posteriormente pelo FAS (Lei nº 8.700/93). Adiante tivemos a conversão em URV e em seguida a conversão para o Real, tendo o IPC como índice (Lei nº 8.880/94) e assim se seguiram outros índices.

O disposto no art. 41, II, da Lei 8.213/91, assim como os critérios subseqüentes, editados pelo legislador infraconstitucional para regular os reajustamentos dos benefícios previdenciários, não infringem os princípio constitucional da irredutibilidade dos proventos ou à preservação de seu valor real, não se podendo substituir os índices oficiais por outros escolhidos pelo beneficiário.

Na linha do decidido pelo eg. STF, quando do julgamento do RE 376.846, tem a jurisprudência pátria entendido que a aplicação dos índices de reajustes previstos legalmente não constitui afronta às garantias da preservação do valor real do benefício e de sua irredutibilidade. Assim, não há amparo legal para a aplicação do IGP-DI nos reajustamentos dos benefícios previdenciários nos meses de junho/97, junho/99, junho/2000 e junho/2001. (RESP 505.270, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 26/08/2003 e Resp 535544, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 14/09/2004).

O comando inserto no artigo 201, § 4º da CF/88 sempre foi observado, na medida em que a lei ordinária criou regras próprias para os reajustes dos benefícios procurando manter o valor real dos mesmos. Inobstante tal fato, a situação econômica do país afetou não só os benefícios como os salários de um modo geral.



Não podemos dizer que houve ofensa ao preceito constitucional que garantiu o reajustamento dos benefícios só porque determinado índice eleito pelo legislador ordinário não conseguiu afastar os efeitos inflacionários, de modo que, não tem a parte autora direito à atualização de seu benefício pela variação apurada pelo IGP-DI.

Juros de mora e honorários advocatícios fixados em conformidade com a decisão recorrida.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao apelo e à remessa oficial, para anular a parte da sentença que foi *extra petita*, conforme disposto acima, como também para que seja observada a prescrição quinquenal, deixando, ainda, de reconhecer o direito do autor ao reajuste de seu benefício pelo IGP-DI.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 342.739-PE**

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI  
Apelantes: JOSE FERNANDES PAULETTI, CLEOFAS ISMAEL DE MEDEIROS UCHOA E UNIÃO  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Advs./Procs.: DRS. JOSE HENRIQUE WANDERLEY FILHO E OUTROS E HÉLIO ESTRELLA

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE MEMBROS DO CONSELHO CONSULTIVO DA ANATEL. CABIMENTO. ILEGALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. DISCRICIONARIEDADE. APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ILEGALIDADE DA NOMEAÇÃO. ART. 34 DA LEI Nº 9.472/97. ART. 37 DO DECRETO Nº 2.338/97. REPRESENTANTES DA SOCIEDADE E DOS USUÁRIOS. NULIDADE DOS ATOS DE DESIGNAÇÃO. AFASTAMENTO. MANUTENÇÃO DA**

## **SENTENÇA.**

**- Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal a fim de que seja declarado nulo ato de designação dos apelantes para integrar o Conselho Consultivo da ANATEL na qualidade de representantes dos usuários e da sociedade, haja vista os cargos ocupados por eles, Presidência da Tele Norte Leste Participações S/A e da TELEMAR Norte Leste S/A e Presidência da TELEBRASIL.**

**- Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido afastada, tendo em conta a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.**

**- Todos os elementos dos atos administrativos, inclusive os discricionários, são passíveis de revisão pelo Judiciário, para fins de avaliação de observância aos princípios constitucionais da Administração Pública explícitos e implícitos e de respeito aos direitos fundamentais.**

**- Em face do inciso XXXV do art. 5º da CF, o qual proíbe seja excluída da apreciação judicial a lesão ou ameaça de lesão a direito, o Judiciário pode examinar todos os atos da Administração Pública, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários sob o aspecto da legalidade e da moralidade, nos termos dos arts. 5º, inciso LXXIII, e 37 da Carta Magna.**

**- A competência discricionária da Administração “é relativa no sentido de que, em todo e qualquer caso, o administrador estará sempre cingido – não importa se mais ou menos estritamente – ao que haja sido disposto em lei, já que discricção supõe comportamento ‘intra legem’ e não ‘extra legem’. Neste sentido pode-se dizer que o administrador se encontra sempre e sempre ‘vinculado’ aos ditames legais”.**

**- “A necessidade de autonomia no desempenho**

*de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuam sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum. Esse controle deverá recair não apenas sobre a nomeação e demissão dos administradores das agências, mas também sobre o desempenho de suas atribuições”.*

*- “Na dicção sempre oportuna de Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível”. STF, RE 131661/ES - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO.*

*- No caso concreto, é de se realçar que se pretende seja reconhecida a ilegalidade da nomeação dos apelantes, como membros do Conselho Consultivo da ANATEL, não se objetiva, destarte, que o Poder Judiciário se imiscua na competência discricionária do Poder Executivo, tanto que a escolha, e isso não se discute, é do Poder Executivo.*

*- Prejudicial de não cabimento da ação civil pública rechaçada.*

*- No caso em apreço é cabível a ação civil pública, essa conclusão é concebida a partir da observação da legislação, sobretudo quando considerados os escopos que norteiam a ação civil pública, cujo objeto consiste na defesa do interesse público, cotejando-os com o caso concreto em apreciação, que envolve uma categoria de pessoas, os usuários de serviços de telecomunicações, e mais, toda a sociedade. O arcabouço desse posicionamento consubstancia-se, fundamentalmente, no regramento constitucional (art. 129, III, da Constituição Federal), no art. 1º, incisos*

***II e V, da Lei nº 7.347/85, na alínea b, inciso V, do art. 5º e na alínea c, inciso V, do art. 6º, ambos da Lei Complementar nº 75/93, atinente ao Ministério Público da União, bem como no art. 25, IV, b, da Lei nº 8.625, de 12.02.1993, a qual instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.***

***- O objeto da presente ação civil pública está absolutamente em consonância com os limites objetivos delineados nos preceitos normativos a ela referentes, porquanto visa à proteção dos consumidores - usuários de serviço de telecomunicações – os quais, por força do art. 34 da Lei nº 9.472/97, devem ser representados no Conselho Consultivo da ANATEL, além dos interesses da sociedade como um todo, que em face do citado dispositivo legal também deve estar representada no aludido Conselho. Ademais, não é de se olvidar que dentre as funções institucionais do Ministério Público da União se inclui o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública no que tange à observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, inteligência do art. 5º, V, b, da Lei Complementar nº 75/93.***

***- O Conselho Consultivo é órgão superior da ANATEL, o qual representa a participação institucionalizada da sociedade na atuação da agência, sendo integrado por doze conselheiros designados por decreto do Presidente da República, sendo dois indicados pelo Senado Federal, dois pela Câmara dos Deputados, dois pelo Poder Executivo, dois conselheiros das entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, dois das entidades representativas dos usuários e dois representantes da sociedade. Essa estruturação do Conselho Consultivo, certamente, possibilita aos usuários e à sociedade como um todo acompanhar a gestão da***

*agência e a regularidade da atuação da mesma na consecução de seus fins. É, assim, imprescindível a nomeação de conselhos de usuários e da sociedade compostos por representantes apontados por entidades de classe e associações civis, para se assegurar a satisfação do interesse público.*

*- No que tange à atividade do Conselho Consultivo, verifica-se que ao mesmo se atribui a cooperação e colaboração na definição da política do setor de telecomunicações, opinando sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas para universalização de serviços prestados no regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações, além de aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público. Demais disso, é dada ao Conselho Consultivo atribuição fiscalizadora, ao qual cabe apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor e requerer informação e fazer proposição atinentes a sua atuação. É, assim, de se concluir pela relevância e importância das incumbências do Conselho Consultivo dentro da agência.*

*- Na hipótese dos autos, foi nomeado como representante da sociedade o Presidente da Tele Norte Leste Participações S/A e da TELEMAR Norte Leste S/A, empresas prestadoras de serviços de telecomunicações. Ora, a indicação do Presidente de grandes empresas de telecomunicações para representar a sociedade civil perante o Conselho Consultivo da ANATEL rompe a toda evidência a pluralidade representativa ou mesmo a representação democrática inerente à estrutura do referido Conselho. Com efeito, o legislador claramente estabeleceu que o Conselho Consultivo deveria possuir composição híbrida, isto é, integrado por conselheiros indicados pela Casas Parlamentares, pelo Poder Exe-*

*cutivo, pelas entidades de classe das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações e, também, pelos usuários e pela sociedade. Sem dúvida, o cargo ocupado pelo apelante é absolutamente incompatível com a representação da sociedade perante o Conselho Consultivo. Por certo, além de membro da sociedade o referido apelante é, mormente, Presidente de grandes empresas de telecomunicações, com interesses na definição da política do setor de telecomunicações e, portanto, voltado para a defesa de seu interesse como presidente da Tele Norte Leste Participações S/A e da TELEMAR Norte Leste S/A e, assim, “diante de um conflito envolvendo interesses contrapostos da sociedade e das prestadoras de serviço de telecomunicações, a sua atuação estaria comprometida com os interesses deste último segmento. Necessário, pois, para que alguém represente a sociedade, não esteja comprometido com um segmento específico desta, a fim de que possa ter uma atuação imparcial em prol do bem comum”.*

*- Quanto ao segundo apelante, fora o mesmo nomeado membro do Conselho Consultivo da ANATEL, como representante dos usuários, quando era Presidente da TELEBRASIL, associação composta por pessoas físicas e jurídicas exercentes de atividades em telecomunicações e em tecnologia afins, a qual congrega grandes empresas do setor de telecomunicações, tais como a Ericsson Telecomunicações S.A., Siemens Ltda., Tele Norte Leste Participações S/A, Telecom Itália do Brasil S/C Ltda., Telecomunicações de São Paulo S/A, Telesp Celular Participações S/A, Intelig Telecomunicações Ltda., Vésper S/A, Portugal Telecom Brasil S/A, Nokia do Brasil Ltda., entre outras. Manifesta, destarte, a ilegalidade de sua nomeação para representar os usuários perante o Conselho Consultivo da*

### **ANATEL.**

**- Não há que se alegar ser o bastante a indicação do segundo apelante por entidades representantes dos usuários. A uma, porque se vislumbra ser a ABRANET – Associação Brasileira de Provedores de Acesso, Conteúdo e Informações da Rede Internet entidade representativa dos usuários dos serviços de telecomunicações, pois seu objetivo social, consoante se colhe do site [www.abranet.org.br](http://www.abranet.org.br), “é dar apoio ao esforço brasileiro na implantação de empresas provedoras de acesso, serviços e informações e buscar o desenvolvimento da Internet – Brasil”. A duas, porquanto “não basta que o candidato ao cargo seja indicado por uma entidade representativa dos usuários e da sociedade, mas também que o mesmo seja um legítimo representante deste segmento, de forma que os seus interesses coincidam com aqueles cuja defesa lhe foi outorgada, sob pena de não haver uma efetiva participação de todos os segmentos da sociedade naquele Conselho e, por conseguinte, de descumprimento do artigo 33 da Lei 9.427/97”. In casu, flagrante é o conflito entre os interesse dos usuários dos serviços de telecomunicações e os interesses da associação que o segundo apelante representa, implicando, pois, em se reconhecer a impossibilidade de sua indicação como representante dos usuários perante o Conselho Consultivo da ANATEL.**

**- A nomeação dos apelantes como membros do Conselho Consultivo da ANATEL representa o que a doutrina estrangeira e alguns doutrinadores brasileiros têm denominado de captura da agência pelos interesses regulados.**

**- Ocorre a captura do ente regulador quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos in-**

*teresses das empresas (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos. “É a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados”.*

*- No respeitante ao § 4º do art. 37 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 07 de outubro de 1997, é salutar destacar que, em não havendo indicações, a escolha do Presidente da República será livre, desde que em obediência à lei, fulcrado nela e visando o fiel cumprimento das finalidades previstas na lei e na Constituição. Deveras, outra interpretação não pode sobressair do aludido § 4º do art. 37 do Regulamento da ANATEL.*

*- Não havendo indicação das entidades de classe dos usuários e das entidades representativas da sociedade dentro do prazo fixado, fica ao alvedrio do Presidente da República a indicação dos membros do Conselho Consultivo, respeitada, evidentemente, a representação democrática, ou melhor, a pluralidade representativa, assegurada pela Lei nº 9.472/97 e, ainda, obedecidos os princípios constitucionais norteadores da administração pública, sobretudo da moralidade e da legalidade, e considerada a qualificação do indicado, isto é, a compatibilidade da sua qualificação com as matérias afetas ao colegiado.*

*- É de se ressaltar, outrossim, ser prescindível prova conclusiva de que os apelantes estariam a serviço de interesses contrários à sociedade a fim de caracterizar a ilegalidade, visto que, como demonstrado, houve descumprimento do art. 34 da Lei nº 9.427/97, além de inobservância dos princípios constitucionais da Administração Pública, a exemplo do princípio da moralidade, legalidade e razoabilidade.*



**- Recursos de apelação e remessa oficial improvidos.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os presentes autos, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 30 de novembro de 2004 (data do julgamento).

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI:

Trata-se de apelações interpostas pelos litisconsortes passivos, os Srs. CLEOFAS ISMAEL DE MEDEIROS UCHÔA e JOSÉ FERNANDES PAULETTI, e pela União Federal, em face de sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação para declarar nulo o ato de designação dos Srs. CLEOFAS ISMAEL DE MEDEIROS UCHÔA e JOSÉ FERNANDES PAULETTI para integrar o Conselho Consultivo da ANATEL, e determinar o afastamento definitivo dos mesmos do referido Conselho, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais), bem assim para obstar a designação de representantes dos usuários e da sociedade pela Associação Brasileira de Telecomunicações – TELEBRASIL, ou por qualquer outra que congregue em seus quadros empresas operadoras de serviços de telecomunicações. Condenou, ainda, os litisconsortes passivos ao pagamento, *pro rata*, das custas processuais.

Em razões de apelação, o Sr. JOSÉ FERNANDES PAULETTI alegou, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido, sob o fundamento de ser inadmissível a “interferência do Poder Judiciário quanto ao ato de escolha e nomeação do apelado (sic) como membro do Conselho Consultivo da ANATEL, diante da força da competência atribuída ao Exmo. Sr. Presidente da República, fulcrada nos arts. 21, XI, e art. 84, VI, “a”, da Carta Política de 1988;

nos arts. 34 e 37 da Lei Geral de Telecomunicações, de nº 9.472/97, e no art. 37, § 4º, do Decreto nº 2.338/97”. Defendeu, outrossim, que “o controle jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários se restringe à análise dos seus requisitos de validade que, *in casu*, correspondem tão-somente à qualificação do conselheiro de acordo com a matéria afeta ao colegiado, qual seja, a área de telecomunicações”. Sustentou o não cabimento da ação civil pública, alegando que “o ato de escolha e de nomeação do apelado (*sic*) pelo Chefe do Poder Executivo atendeu a todos os ditames impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro, segundo os critérios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade, respeitando-se o preconizado na Carta Constitucional e na legislação infra-constitucional”. Discorreu, em seguida, sobre a natureza jurídica da ANATEL e sua composição. Argumentou que a “atuação efetiva da citada agência quanto à **imparcialidade** de seus atos decorre **exclusivamente** da escolha dos membros do **Conselho Diretor**, para o qual é vedada a participação de conselheiros que representem interesse direto, ou indireto, de empresas de telecomunicações”. Realçou, ademais, “pelo caráter de participação institucionalizada da sociedade, o Conselho Consultivo não poderia ter natureza imparcial”. Ressaltou que “a previsão de possibilidade de indicação por entidades representativas da sociedade não significa que o membro irá defender os interesses particulares de quem quer que seja”. Acrescentou que “a nomeação e a escolha do Apelante para o Conselho Consultivo não tolhe, não desfavorece, não cerceia, não invalida, não cria desigualdades de representação, não suplanta interesse e não condiciona decisão, nem demanda imparcialidade em prol do bem comum”, em face de “sua reputação ilibada, seu amplo conhecimento e larga experiência no âmbito das telecomunicações”. Requereu, por fim, o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença recorrida.

O litisconsorte passivo CLEOFAS ISMAEL DE MEDEIROS UCHÔA também apelou, aduzindo, em síntese, que “em não havendo indicação das entidades representativas, o Presidente da República escolherá livremente os Conselheiros, sujeitando-se à única condição constante do artigo 37 do Regulamento (Decreto nº 2.338/97): a qualificação dos integrantes do Conselho deverá ser compatível com as matérias afetadas ao colegiado”. Discorreu

acerca do conceito de usuário e sobre a natureza e objetivo da TELEBRASIL. Defendeu, demais disso, a legalidade da indicação do apelante para o Conselho Consultivo da ANATEL. Asseverou que “o magistrado *a quo* rejeitou a indicação do apelante para aquele cargo, por presumir que ele, no exercício da Presidência da TELEBRASIL, uma associação de pessoas ligadas a atividades de telecomunicações cujo objetivo seria a defesa dos direitos e interesses de seus membros, esteja na linha de confronto com os interesses dos usuários, por ele ilegalmente representados”.

Acrescentou que o MM. Juiz *a quo* invocou “um inexistente parágrafo único que constaria do art. 5º do diploma estatutário da associação”. Argumentou que os usuários de telecomunicações estão relacionados no quadro associativo da TELEBRASIL e que as associações de classe dos usuários ABT e a ABRANET, que indicaram o apelante, estão também associadas à TELEBRASIL. Sustentou, ainda, que “o MM. Juiz adentrou no conteúdo da decisão presidencial, numa clara ingerência na esfera da Administração, ultrapassando o limite da possibilidade jurídica”. Ressaltou que a TELEBRASIL foi julgada e condenada à perda de uma prerrogativa inerente a qualquer entidade de classe, qual seja, a de indicar associados e pessoas qualificadas de sua especialidade, na área de telecomunicações, para o Conselho da ANATEL. Ao final, pleiteou o provimento do recurso e a conseqüente reforma da sentença.

A União interpôs recurso de apelação aduzindo, em suma, “que o Exmo. Sr. Presidente da República, quando nomeou os aludidos membros do Conselho Consultivo da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, apenas cumpriu uma atribuição que lhe compete, ou seja, inerente ao Poder Executivo, atribuição essa decorrente da Lei 9.472/97”. Afirmou que o Sr. CLEOFAS ISMAEL DE MEDEIROS UCHÔA foi indicado pela ABT – Associação Brasileira de Telemarketing e ABRANET – Associação Brasileira de Provedores de Acesso, Conteúdo e Informações da Rede Internet, para representante das entidades representativas dos usuários, e o Sr. JOSÉ FERNANDES PAULETTI foi indicado pela Associação Brasileira de Telecomunicações para representante das entidades representativas da sociedade. Ressaltou que a indicação efetuada pela Associação Brasileira dos Consumidores de Telecomunica-

ções foi intempestiva, haja vista que feita em 20 de fevereiro de 2002, quando, segundo alegou, o prazo para apresentação da lista de três nomes, de acordo com o § 2º do art. 37 do Decreto nº 2.338, deve ser de 30 dias contado da publicação, o que se deu em 25 de outubro de 2001. Defendeu, ainda, que “caso não haja indicações no prazo legal, fica o Presidente da República autorizado a escolher livremente os conselheiros que considerar aptos para ocupação de tal função”. Asseverou inexistir prova conclusiva de que os citados “conselheiros da ANATEL legitimamente indicados por entidades ligadas à sociedade e aos usuários de Telecomunicações, na forma da lei, estariam a serviço de interesses contrários à sociedade”. Por fim, pleiteou o conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja julgada improcedente a cautelar.

O Ministério Público Federal apresentou contra-razões às fls. 318/330, defendendo, inicialmente, a possibilidade jurídica do pedido. Aduziu, em seguida, que “a presente ação não visa à substituição pelo Poder Judiciário do poder discricionário do Executivo na nomeação de membros do Conselho Consultivo”. Argumentou, demais disso, o que a ação visa é a correção de uma ilegalidade, sendo que a escolha em si continuará a ser do Poder Executivo. Realçou, outrossim, não proceder o argumento segundo o qual o § 4º do art. 37 do Decreto nº 2.338/97 garantiria liberdade irrestrita ao Presidente da República para nomeação dos conselheiros na hipótese de inexistirem indicações das entidades representativas. Acrescentou que “a única interpretação possível do § 4º do art. 37 do Decreto nº 2.338/97 que se coaduna com a Lei nº 9.472/92 e com os princípios da administração pública é de que a escolha será livre para o Presidente, desde que respeite a pluralidade de composição do conselho, prevista na lei”. Sustentou, ainda, o cabimento da ação civil pública. Ressaltou que o art. 3º da Lei nº 7.347/85 não restringe o objeto da ação civil pública aos casos ali elencados, apenas afirma que a ação civil poderá ter aqueles objetos. Defendeu, outrossim, o cabimento da ação civil sob o prisma do direito do consumidor, considerando ter havido violação ao direito dos consumidores a se verem representados na ANATEL. Invocou, demais disso, a Lei nº 8.625/93, que trata da Lei Orgânica do Ministério Público e explicita a possibilidade de anulação de atos administrativos pela via da ação civil pública. Discorreu, em seguida,

sobre a ilegalidade das nomeações e, ao final, pugnou pelo não provimento do recurso.

Duplo grau obrigatório.

Vieram os autos conclusos por distribuição.

**É o relatório.**

Dispensada a revisão. Peço dia para julgamento.

### **VOTO**

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI (Relator):

Como ensaiado no relatório, cuida-se de remessa oficial obrigatória e de apelações interpostas pelos litisconsortes passivos, os Srs. CLEOFAS ISMAEL DE MEDEIROS UCHÔA e JOSÉ FERNANDES PAULETTI, e pela União Federal, em face de sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação para declarar nulo o ato de designação dos Srs. CLEOFAS ISMAEL DE MEDEIROS UCHÔA e JOSÉ FERNANDES PAULETTI para integrar o Conselho Consultivo da ANATEL, e determinar o afastamento definitivo dos mesmos do referido Conselho, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais), bem assim para obstar a designação de representantes dos usuários e da sociedade pela Associação Brasileira de Telecomunicações – TELEBRASIL, ou por qualquer outra que congregue em seus quadros empresas operadoras de serviços de telecomunicações. Condenou, ainda, os litisconsortes passivos ao pagamento, *pro rata*, das custas processuais.

Inicialmente, quanto à competência deste Juízo, consoante decidido no AGTR nº 46221/PE, a União Federal possui representação em todas as seções judiciárias, estando devidamente estruturada para se defender em qualquer uma delas. Além disso, o § 2º do art. 109 da CF/88 faculta o ajuizamento em qualquer dos foros ali referidos de ação em que a União figure como parte ré. Ademais, sendo a ANATEL uma agência reguladora de âmbito nacional, suas decisões têm efeitos nacionais e, portanto, eventuais danos delas decorrentes serão sentidos em todo o país. Daí a possibilidade de ajuizamento da ação em tela em qualquer seção judiciária.

Passa-se a apreciar a **preliminar de impossibilidade jurídica do pedido** suscitada pelos apelantes.

Aduziu-se a impossibilidade jurídica do pedido, sob o fundamento de ser inadmissível a “interferência do Poder Judiciário quanto ao ato de escolha e nomeação do Apelado (sic) como membro do Conselho Consultivo da ANATEL, diante da força da competência atribuída ao Exmo. Sr. Presidente da República, fulcrada nos arts. 21, XI, e 84, VI, “a”, da Carta Política de 1988; nos arts. 34 e 37 da Lei Geral de Telecomunicações, de nº 9.472/97, e no art. 37, § 4º, do Decreto nº 2.338/97” e que “o controle jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários se restringe à análise dos seus requisitos de validade que, *in casu*, correspondem tão-somente à qualificação do conselheiro de acordo com a matéria afeta ao colegiado, qual seja, a área de telecomunicações”.

Razão não assiste aos apelantes.

O controle jurisdicional dos atos administrativos constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos do Estado de Direito. De fato, como observa Maria Sylvia Zanella de Pietro, “de nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados”.<sup>1</sup> Por isso, com razão assegura Celso Antônio Bandeira de Mello que “de nada valeria proclamar-se o assujeitamento da Administração à Constituição e às leis, se não fosse possível, perante um órgão imparcial e independente, contestar seus atos com as exigências delas decorrentes, obter-lhes a fulminação quando inválidos, e as reparações patrimoniais cabíveis”<sup>2</sup>. Destarte, todo e qualquer ato ou comportamento da Administração Pública atentatório ao Direito pode e deve ser revisito pelo Poder Judiciário a fim de retirá-lo do ordenamento jurídico, se desconforme com os princípios constitucionais.

---

<sup>1</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001 p. 603.

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 650.

Ademais, em face do inciso XXXV do art. 5º da CF, o qual proíbe seja excluída da apreciação judicial a lesão ou ameaça de lesão a direito, o Judiciário pode examinar todos os atos da Administração Pública, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, sob o aspecto da legalidade e da moralidade, nos termos dos arts. 5º, inciso LXXIII, e 37 da Carta Magna. O objetivo do controle jurisdicional é assegurar que a Administração Pública atue nos padrões fixados na lei e em consonância com os princípios que lhes são impostos pelo ordenamento jurídico, cumprindo ao Poder Judiciário na apreciação de legalidade e moralidade do ato “examinar o ato administrativo sob todos os aspectos, a partir do nascimento, passando depois por todos os elementos integrantes, sem descuidar, entretanto, de aprofundar a investigação e perscrutar-lhe as entranhas, ou seja, a finalidade visada”.<sup>3</sup>

Destarte, todos os elementos dos atos administrativos, inclusive os discricionários, são passíveis de revisão pelo Judiciário, para fins de avaliação de observância aos princípios constitucionais da Administração Pública explícitos e implícitos e de respeito aos direitos fundamentais.

Decerto, a competência discricionária da Administração “é relativa no sentido de que, em todo e qualquer caso, o administrador estará sempre cingido – não importa se mais ou menos estritamente – ao que haja sido disposto em lei, já que discricção supõe comportamento ‘intra legem’ e não ‘extra legem’. Neste sentido pode-se dizer que o administrador se encontra sempre e sempre ‘vinculado’ aos ditames legais”.<sup>4</sup>

Assim, ao Judiciário caberá “verificar se a inteligência administrativa se manteve ou não dentro dos limites do razoável perante o caso concreto e fulminá-la sempre que se vislumbre ter havido uma imprópria qualificação dos motivos face à lei, uma abusiva

---

<sup>3</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 336.

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Relatividade da Competência Discricionária. *Revista Diálogo Jurídico*. vol. I. nº 3. junho/2001

dilação no sentido da norma, uma desproporcional extensão do sentido extraível do conceito legal ante os fatos a que se quer aplicá-lo”.<sup>5</sup>

Nesta contextura, bastante elucidativa a lição de Marçal Justen Filho:

“A necessidade de autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuaram sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum.

Esse controle deverá recair não apenas sobre a nomeação e demissão dos administradores das agências, mas também sobre o desempenho de suas atribuições. Deverá submeter-se à fiscalização a atuação das agências relativamente à adoção de políticas públicas, de edição de normas tanto gerais e abstratas como individuais e concretas”.<sup>6</sup>

A seguir, acrescenta o autor, “Insista-se em que o ato produzido pela agência reguladora, ainda quando apto a produzir efeitos abstratos e gerais, continua a se qualificar como ato administrativo. Trata-se de uma manifestação de discricionariedade, que demanda exame e fiscalização pelo Judiciário segundo os princípios gerais vigentes”. Por conseguinte, como já referido, ainda no que concerne à discricionariedade, é passível o ato administrativo do controle jurisdicional. É possível, portanto, se invalidar ato que não seja praticado de acordo com a sua finalidade, ou ainda que tenha sido produzido sem se levar em conta os objetivos da agência e os princípios norteadores de sua atuação, sem que importe em

---

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Relatividade da Competência Discricionária. *Revista Diálogo Jurídico*. vol. 1. nº 3. junho/2001

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 584-585.



violação ao princípio da separação dos poderes.

Controvérsias, conseqüentemente, não há na jurisprudência e na doutrina, no sentido de que existe sempre a possibilidade de invalidação de todo ato administrativo, inclusive os resultantes da ação discricionária da Administração, pelo Poder Judiciário, sob o aspecto da legalidade e da moralidade.

Confiram-se, no pertinente, os seguintes julgados, com negritos acrescentados:

*“SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
RE 131661 / ES - ESPÍRITO SANTO  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min.  
MARCO AURÉLIO*

*Julgamento: 26/09/1995*

*Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA*

*Publicação: DJ DATA-17-11-95 PP-39209 EMENT  
VOL-01809-06 PP-01393*

*Ementa*

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRESSUPOSTO ESPECÍFICO DE RECORRIBILIDADE. A parte sequiosa de ver o recurso extraordinário admitido e conhecido deve atentar não só para a observância aos pressupostos gerais de recorribilidade como também para um dos específicos do permissivo constitucional. Longe fica de vulnerar o artigo 6º, paragrafo único, da Constituição de 1969, acórdão em que afastado ato administrativo praticado com abuso de poder, no que revelou remoção de funcionário sem a indicação dos motivos que estariam a respaldá-la. **Na dicção sempre oportuna de Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível (Discricionariedade e Controle judicial).***

*Observação*

*VOTAÇÃO: UNÂNIME.*

*RESULTADO: NÃO CONHECIDO.*

N.PP.:(5). ANÁLISE:(LMS). REVISÃO:(NCS).  
INCLUSÃO : 21.11.95, (ARV).  
ALTERAÇÃO: 29.02.96, (SMK)”

“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
MS 6166 / DF ; MANDADO DE SEGURANÇA  
1999/0008087-4 Relator(a) Ministro HUMBERTO  
GOMES DE BARROS (1096) Órgão Julgador S1 -  
PRIMEIRA SEÇÃO

Data do Julgamento 13/10/1999

Data da Publicação/Fonte DJ 06.12.1999 p.00062  
RSTJ VOL.:00133 p.00078

Ementa

ADMINISTRATIVO - ATO DISCRICIONÁRIO -  
CONTROLE JURISDICIONAL - PORTARIA QUE  
OBRIGA A VENDA DE COMBUSTÍVEIS A PRE-  
ÇOS MENORES QUE OS RESPECTIVOS CUS-  
TOS - INCOMPETÊNCIA - DESVIO DE FINALI-  
DADE.

*I - Em nosso atual estágio, os atos administrativos  
devem ser motivados e vinculam-se aos fins para  
os quais foram praticados (V. Lei 4.717/65, art. 2º).*

**Não existem, nesta circunstância, atos discricio-  
nários, absolutamente imunes ao controle jurisdic-  
cional.** Diz-se que o administrador exercita com-  
petência discricionária quando a lei lhe outorga a  
faculdade de escolher entre diversas opções aque-  
la que lhe pareça mais condizente com o interesse  
público. No exercício desta faculdade, o Adminis-  
trador é imune ao controle judicial. Podem, entre-  
tanto, os tribunais apurar se os limites foram obser-  
vados. II - A Portaria 324/98, em estabelecendo pre-  
ços insuficientes à correta remuneração dos comer-  
ciantes varejistas de combustíveis sediados na Ama-  
zônia, inviabilizou a atividade econômica de tais ne-  
gociantes, atingindo fim diverso daquele previsto na  
Lei 8. 175/95.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam

*os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros José Delgado, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Garcia Vieira e Francisco Peçanha Martins”.*

*“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
ROMS 15018 / GO ; RECURSO ORDINÁRIO EM  
MANDADO DE SEGURANÇA 2002/0075502-5  
Relator(a) Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096)*

*Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA*

*Data do Julgamento 22/10/2002*

*Data da Publicação/Fonte DJ 10.03.2003 p.00089  
RSTJ VOL.:00171 p.00071*

*Ementa*

*ADMINISTRATIVO – ATO DISCRICIONÁRIO – CONTROLE JUDICIAL – LEI 4.717/65 – AGENTE DE PROTEÇÃO VOLUNTÁRIO DO JUIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE – NATUREZA DA FUNÇÃO – PARTICULAR EM COLABORAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO – EXCLUSÃO – PENALIDADE – DEVIDO PROCESSO LEGAL.*

*- “Em nosso atual estágio, os atos administrativos devem ser motivados e vinculam-se aos fins para os quais foram praticados (V. Lei 4.717/65, art. 2º). Não existem, nesta circunstância, atos discricionários, absolutamente imunes ao controle jurisdicional. Diz-se que o administrador exercita competência discricionária quando a lei lhe outorga a faculdade de escolher entre diversas opções aquela que lhe pareça mais condizente com o interesse público. No exercício desta faculdade, o Administrador é imune ao controle judicial. Podem, entretanto, os tribunais apurar se os limites foram observados.” (MS 6166/Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros)*

*- O agente voluntário de Proteção do Juizado da Infância e Juventude insere-se na categoria dos particulares que colaboram com a Administração. Eles exercem múnus público, sem vínculo permanente com o Estado. Eles não gozam de estabilidade, mas sua investidura não pode ser desconstituída ad nutum.*

*- Se o Regimento Interno define como penalidade a exclusão dos Agentes de Proteção Voluntários do Juizado da Infância e Juventude de Goiânia, não é lícito aplicar-se tal sanção, sem observar-se o contencioso previsto no próprio Regimento (art. 20, § 2º).*

*Acórdão*

*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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros José Delgado e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux. Licenciado o Sr. Ministro Francisco Falcão”.*

No caso concreto, é de se realçar que se pretende é seja reconhecida a ilegalidade da nomeação dos apelantes, os Srs. CLEOFAS ISMAEL DE MEDEIROS UCHÔA e JOSÉ FERNANDES PAULETTI, como membros do Conselho Consultivo da ANATEL, não se objetiva, destarte, que o Poder Judiciário se imiscua na competência discricionária do Poder Executivo, tanto que a escolha, e isso não se discute, é do Poder Executivo.

Em face dessas razões, é de se reconhecer a possibilidade jurídica do pedido e rejeitar a preliminar suscitada.

Cabe analisar, nesse passo, a **prefacial de não cabimento da ação civil pública** argüida pelos apelantes.

Defendeu-se o não cabimento da ação civil pública, sob a alegação de que “o ato de escolha e de nomeação do apelado (*sic*) pelo Chefe do Poder Executivo atendeu a todos os ditames impos-

tos pelo ordenamento jurídico brasileiro, segundo os critérios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade, respeitando-se o preconizado na Carta Constitucional e na legislação infraconstitucional”. Sustentou-se, ademais, que “neste caso, far-se-ia necessário e imprescindível desconstituir o próprio ato, para tão-somente assim afastar qualquer efeito dele decorrente, o que não é permitido através da ação civil pública”, aduziu-se, outrossim, que o objeto em uma ação civil pública se restringe à condenação à obrigação em dinheiro ou obrigação de fazer. Acrescentou-se que “caso tivesse havido ilegalidade ou inconstitucionalidade no ato administrativo de nomeação dos membros do Conselho Consultivo, o que não houve, caberia tão-somente a intervenção judicial para desconstituí-lo se restasse caracterizado ato de improbidade (ação de improbidade) nos termos dos arts. 1º, 9º e 11 da Lei nº 8.429/92, lesão ao patrimônio público nos moldes do art. 1º da Lei nº 4.717/65 (ação popular) ou inconstitucionalidade da Lei nº 9.427/97 (LGT) e do Decreto nº 2.338/97 (ADIN)”.

A despeito dos argumentos defendidos pelos apelantes, penso, diferentemente, que no caso em apreço é cabível a ação civil pública. Essa conclusão, concebo-a a partir da observação da legislação, sobretudo quando considerados os escopos que norteiam a ação civil pública, cujo objeto consiste na defesa do interesse público, cotejando-os com o caso concreto em apreciação, que envolve uma categoria de pessoas, os usuários de serviços de telecomunicações, e mais, toda a sociedade. Eis as balizas da tese que ora se sustenta.

O arcabouço do posicionamento desse Relator consubstancia-se, fundamentalmente, no regramento constitucional (art. 129, III, da Constituição Federal), no art. 1º, incisos II e V, da Lei nº 7.347/85, na alínea *b*, inciso V, do art. 5º, e na alínea *c*, inciso V, do art. 6º, ambos da Lei Complementar nº 75/93, atinente ao Ministério Público da União, bem como no art. 25, IV, *b*, da Lei nº 8.625, de 12.02.1993, a qual instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

Eis o teor do aludido preceito constitucional, *litteris*:

**“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:**

(...)

**III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;**

(...)” (grifos que não constam do original)

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, de seu turno, preconiza:

*“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)*

(...)

*II - ao consumidor;*

(...)

*V - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990) (Inciso renumerado pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001)”.*

Dispõe, outrossim, a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993:

**“Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União:**

(...)

***V - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto:***

(...)

***b) aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade;***

(...)

**Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:**

(...)

***VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:***

(...)

***c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao ado-***

**lescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;”. (Destques acrescldos)**

É de se atentar, ainda, para a Lei nº 8.625, de 12.02.1993, a qual estabelece (negritos que não estão no original):

*Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:*

*(...)*

***IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:***

***a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, artístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;***

Apreende-se, portanto, que ao Ministério Público se confere o dever de salvaguarda, não apenas dos direitos ditos indisponíveis, mas também dos interesses socialmente relevantes, independentemente da indisponibilidade que os grave ou não, ou seja, das pretensões que se reconheçam com repercussão ou reflexão na coletividade considerada em conjunto, para cujo mister entre outros remédios processuais se insere a ação civil pública.

*In casu*, frise-se que o Órgão Ministerial se insurge contra a nomeação do apelante JOSÉ FERNANDES PAULETTI como membro do Conselho Consultivo da ANATEL, como representante da sociedade civil, por ser o mesmo Presidente da Tele Norte Leste Participações S/A e da TELEMAR Norte Leste S/A, e contra a nomeação do apelante CLEOFAS ISMAEL DE MEDEIROS UCHÔA, Presidente da TELEBRASIL, ao menos quando da nomeação, como membro do Conselho Consultivo da ANATEL, na qualidade de representante dos usuários.

Verifica-se, destarte, que o objeto da presente ação civil pública está absolutamente em consonância com os limites objetivos delineados nos preceitos normativos a ela referentes, porquanto visa à proteção dos consumidores - usuários de serviço de telecomunicações - os quais, por força do art. 34 da Lei nº 9.472/97,

devem ser representados no Conselho Consultivo da ANATEL, além dos interesses da sociedade como um todo, que em face do citado dispositivo legal também deve estar representada no aludido Conselho. Ademais, não é de se olvidar que dentre as funções institucionais do Ministério Público da União se inclui o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública no que tange à observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, inteligência do art. 5º, V, b, da Lei Complementar nº 75/93.

Acerca do objeto da ação civil, assevera Rodolfo de Camargo Mancuso:

*“Pode-se dizer que a ação civil pública, de natureza cominatória, tem por objeto uma pretensão visando uma obrigação de fazer ou de não fazer, que recomponha in specie a lesão ao interesse metaindividual violado, sob pena de execução por terceiro, às suas expensas, ou de cominação de multa diária pelo retardamento no cumprimento do julgado. O interesse objetivado pode referir-se ao meio ambiente, aos consumidores ou ao patrimônio público do País, lato sensu”.<sup>7</sup>*

Nesse ponto, leciona Hugo Nigro Mazzilli:

*“Sensível à necessidade de conferir à coletividade um instrumento para defesa global dos interesses difusos ou coletivos de categorias de pessoas, e superando o veto lançado quando da sanção da Lei nº 7.347/85, a legislação mais recente alargou o campo de tutela dos interesses metaindividuais. Antes de mais nada, a própria ordem constitucional ampliou a legitimação ativa de sindicatos, associações de classe e do próprio Ministério Público, para alcançar justamente a proteção de interesses glo-*

---

<sup>7</sup> MANCUSO, Rogério de Camargo. *Ação civil pública, em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 9ª ed. p. 46.



bais da coletividade. Depois, diversas leis esparsas ampliaram o objeto da ação civil pública, e em 1990 o Código do Consumidor devolveu à Lei da Ação Civil Pública a amplitude que lhe fora inicialmente destinada, permitindo-se a defesa por meio da ação coletiva de qualquer interesse difuso ou coletivo. (...) Atualmente inexistente, portanto, taxatividade de objeto para a defesa judicial de interesses transindividuais. Por isso, além das hipóteses já expressamente previstas em diversas leis (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, crianças e adolescentes, pessoas portadoras de deficiência, investidores lesados nos mercados de valores mobiliários, ordem econômica, economia popular, ordem urbanística), quaisquer outros interesse difusos, coletivos ou individuais homogêneos podem em tese ser defendidos em juízo por meio de tutela coletiva, tanto pelo Ministério Público com pelos demais co-legitimados do art. 5º da LACP – Lei de Ação Civil Pública e art. 82 do CDC”<sup>8</sup>

Quanto ao art. 3º da Lei nº 7.347/85, o qual, segundo os apellantes, restringiria o objeto da ação civil pública à condenação à obrigação em dinheiro ou obrigação de fazer, bem deslindou a questão o MM. Juiz *a quo* na sentença:

“(…) A presente ação tem por objeto o cumprimento de uma obrigação de fazer – destituição dos Srs. Cleofas e José Fernandes do Conselho Consultivo da ANATEL –, e de não fazer – ‘obstar que a União designe representante das entidades representativas dos usuários e sociedade, tomando por indicação nomes apresentados pela ABT e pela TELEBRASIL’, estando, portanto, alcançada pelo disposto no artigo 3º da Lei 7.347/85”.

---

<sup>8</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Saraiva, 1996. 8ª ed. rev. ampl. e atual. p. 92-93.

Ademais, caracteriza-se a hipótese dos autos de ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, na medida que os apelantes usurparam o cargo de conselheiro do Conselho Consultivo da ANATEL dos representantes dos usuários e da sociedade civil.

Impõe-se, portanto, rechaçar a preliminar de não cabimento da ação civil pública.

Passa-se à análise do mérito.

No que atine ao Conselho Consultivo da ANATEL, dispõe a Lei nº 9.472/1997, *verbis*:

*“Art. 33. O Conselho Consultivo é o órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência.*

*Art. 34. **O Conselho será integrado por representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, por entidades representativas dos usuários e por entidades representativas da sociedade, nos termos do regulamento.***

*Parágrafo único. O Presidente do Conselho Consultivo será eleito pelos seus membros e terá mandato de um ano.*

*Art. 35. Cabe ao Conselho Consultivo:*

*I - opinar, antes de seu encaminhamento ao Ministério das Comunicações, sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas para universalização de serviços prestados no regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações;*

*II - aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público;*

*III - apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor;*

*IV - requerer informação e fazer proposição a respeito das ações referidas no art. 22.*

*Art. 36. Os membros do Conselho Consultivo, que não serão remunerados, terão mandato de três anos,*

*vedada a recondução.*

*§ 1º Os mandatos dos primeiros membros do Conselho serão de um, dois e três anos, na proporção de um terço para cada período.*

*§ 2º O Conselho será renovado anualmente em um terço.*

*Art. 37. O regulamento disporá sobre o funcionamento do Conselho Consultivo". (Grifos acrescentados)*

Por sua vez, o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 07 de outubro de 1997, estabelece:

*"Art.36. O Conselho Consultivo, órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência, será integrado por doze conselheiros e decidirá por maioria simples, cabendo ao seu Presidente o voto de desempate.*

*§ 1º Cabe ao Conselho Consultivo:*

*a) opinar, antes do seu encaminhamento ao Ministério das Comunicações, sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas para universalização dos serviços prestados no regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações;*

*b) aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público;*

*c) apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor;*

*d) requerer informação e fazer proposição a respeito das ações referidas no art.35.*

*§ 2º Será publicado no Diário Oficial da União o extrato das decisões do Conselho Consultivo, as quais serão também inscritas na Biblioteca.*

***Art. 37. Os integrantes do Conselho Consultivo, cuja qualificação deverá ser compatível com as matérias afetas ao colegiado, serão designados por decreto do Presidente da República, mediante indicação:***

*I - do Senado Federal: dois conselheiros;*

*II - da Câmara dos Deputados: dois conselheiros;*  
*III - do Poder Executivo: dois conselheiros;*  
*IV - das entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações: dois conselheiros;*  
***V - das entidades representativas dos usuários: dois conselheiros;***  
***VI - das entidades representativas da sociedade: dois conselheiros.***

*§ 1º No caso dos incisos I e II, as indicações serão remetidas ao Presidente da República trinta dias antes do vencimento dos mandatos dos respectivos representantes.*

*§ 2º As entidades que, enquadrando-se nas categorias a que se referem os incisos IV a VI, pretendam indicar representantes, poderão fazê-lo livremente, em trinta dias contados da publicação do edital convocatório no Diário Oficial da União, remetendo ao Ministério das Comunicações lista de três nomes para cada vaga, acompanhada de demonstração das características da entidade e da qualificação dos indicados.*

*§ 3º A designação para cada uma das vagas referidas nos incisos IV a VI será feita por escolha do Presidente da República, dentre os indicados pela respectiva categoria.*

***§ 4º Na ausência de indicações, o Presidente da República escolherá livremente os conselheiros.***

*§ 5º Para a escolha dos primeiros integrantes do Conselho Consultivo, as entidades terão o prazo de dez dias, a contar da instalação da Agência, para formular suas indicações, dispensada a publicação de edital convocatório.*

*§ 6º A posse dos novos integrantes do Conselho Consultivo ocorrerá na primeira reunião que este realizar após a nomeação.*

*Art. 38. Os integrantes do Conselho Consultivo, que não serão remunerados, terão mandato de três anos, vedada a recondução.*

§ 1º A Agência arcará com custeio de deslocamento e estada dos Conselheiros quando no exercício das atribuições a eles conferidas.

§ 2º Os mandatos dos primeiros conselheiros serão de um, dois e três anos, definidos pelo Presidente da República quando da designação, na proporção de um terço para cada período.

Art. 39. O Presidente do Conselho Consultivo será eleito pelos seus integrantes e terá mandato de um ano.

§ 1º Será eleito Presidente aquele que obtiver o maior número de votos, em único escrutínio secreto, independentemente de candidatura, sendo o desempate feito em favor do conselheiro mais idoso.

§ 2º O mandato do primeiro Presidente terá início, quando de sua eleição, na reunião de instalação do Conselho.

Art. 40. Os integrantes do Conselho Consultivo perderão o mandato, por decisão do Presidente da República, a ser tomada de ofício ou mediante provocação do Conselho Diretor da Agência, nos casos de:

I - conduta incompatível com a dignidade exigida pela função;

II - mais de três faltas não justificadas consecutivas a reuniões do Conselho;

III - mais de cinco faltas não justificadas alternadas a reuniões do Conselho.

Art. 41. O Presidente do Conselho Diretor convocará o Conselho Consultivo a reunir-se ordinariamente, uma vez por ano, no mês de abril, para eleição do seu Presidente e apreciação dos relatórios anuais do Conselho Diretor.

Art. 42. Haverá reunião extraordinária do Conselho Consultivo toda vez que este for convocado pelo Presidente do Conselho Diretor para apreciar as proposições relativas ao art. 35, incisos I e II, da Lei nº 9.472, de 1997.

*Parágrafo único. As proposições do Conselho Diretor referidas no caput serão consideradas aprovadas caso o Conselho Consultivo não delibere a respeito em até quinze dias contados da data marcada para a reunião.*

*Art. 43. Por convocação do seu Presidente ou de um terço de seus integrantes, o Conselho Consultivo reunir-se-á extraordinariamente para opinar sobre assunto de sua competência.*

*Art. 44. Os requerimentos formulados pelo Conselho Consultivo na forma do art. 35, inciso IV, da Lei nº 9.472, de 1997, serão dirigidos ao Presidente do Conselho Diretor, devendo ser atendidos no prazo máximo de sessenta dias.*

*Art. 45. O Secretário do Conselho Diretor será também o Secretário do Conselho Consultivo". (Negritos nossos)*

Dos dispositivos supracitados, verifica-se que o Conselho Consultivo é órgão superior da ANATEL, o qual representa a participação institucionalizada da sociedade na atuação da agência. Assim, o anunciado Conselho é integrado por doze conselheiros designados por decreto do Presidente da República, sendo dois indicados pelo Senado Federal, dois pela Câmara dos Deputados, dois pelo Poder Executivo, dois conselheiros das entidades de classe prestadoras de serviços de telecomunicações, dois das entidades representativas dos usuários e dois representantes da sociedade.

Essa estruturação do Conselho Consultivo, certamente, possibilita aos usuários e a sociedade como um todo acompanhar a gestão da agência e a regularidade da atuação da mesma na consecução de seus fins. É, assim, imprescindível a nomeação de conselhos de usuários e da sociedade, compostos por representantes apontados por entidades de classe e associações civis, para se assegurar a satisfação do interesse público. Destarte, com muita razão afirma Marçal Justen Filho, "o sucesso do modelo de agências depende dessa estruturação democrática, em que haja permanente acompanhamento da sua atuação por parte da sociedade civil". Afinal, "a comunidade arcará com os efeitos das esco-

lhas das agências, sejam eles positivos ou negativos”.<sup>9</sup>

No que tange à atividade do Conselho Consultivo, verifica-se que ao mesmo se atribui a cooperação e colaboração na definição da política do setor de telecomunicações, opinando sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas para universalização de serviços prestados no regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações, além de aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público. Demais disso, é dada ao Conselho Consultivo atribuição fiscalizadora, ao qual cabe apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor e requerer informação e fazer proposição atinentes a sua atuação. É, assim, de se concluir pela relevância e importância das incumbências do Conselho Consultivo dentro da agência.

Na hipótese dos autos, foi nomeado como **representante da sociedade** o Sr. JOSÉ FERNANDES PAULETTI, Presidente da Tele Norte Leste Participações S/A e da TELEMAR Norte Leste S/A, empresas prestadoras de serviços de telecomunicações. Ora, a indicação do Presidente de grandes empresas de telecomunicações para representar a sociedade civil perante o Conselho Consultivo da ANATEL rompe a toda evidência a pluralidade representativa ou mesmo a representação democrática inerente à estrutura do referido Conselho. Com efeito, o legislador claramente estabeleceu que o Conselho Consultivo deveria possuir composição híbrida, isto é, integrado por conselheiros indicados pela Casas Parlamentares, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, e, também, pelos usuários e pela sociedade. Sem dúvida, o cargo ocupado pelo apelante JOSÉ FERNANDES PAULETTI é absolutamente incompatível com a representação da sociedade perante o Conselho Consultivo.

Por certo, além de membro da sociedade e de incontestável experiência na área de telecomunicações, o referido apelante é, mormente, Presidente de grandes empresas de telecomunicações, com interesses na definição da política do setor de telecomunica-

---

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. pp. 378 e 586.

ções e, portanto, voltado para a defesa de seu interesse como presidente da Tele Norte Leste Participações S/A e da TELEMAR Norte Leste S/A. Como bem realçou o MM. Juiz *a quo*, “diante de um conflito envolvendo interesses contrapostos da sociedade e das prestadoras de serviço de telecomunicações, a sua atuação estaria comprometida com os interesses deste último segmento. Necessário, pois, para que alguém represente a sociedade, não esteja comprometido com um segmento específico desta, a fim de que possa ter uma atuação imparcial em prol do bem comum”.

Ademais, é de se realçar que já havia sido indicado e nomeado membro representante dos prestadores de serviço, assim, a sociedade restou prejudicada, pois desfalcada de um dos seus representantes no Conselho Consultivo da ANATEL. Não é de se olvidar, ainda, que a indicação do referido apelante se deu pela TELEBRASIL, cujo Presidente à época era o Sr. CLEOFAS ISMAEL DE MEDEIROS UCHÔA, demonstrando, destarte, uma estreita relação entre a TELEBRASIL e as empresas de telefonia.

Acrescente-se que o fato de a sociedade estar representada na agência por outros órgãos, em nada afasta ou minora a imoralidade da indicação de JOSÉ FERNANDES PAULETTI para membro do Conselho Consultivo da ANATEL como representante da sociedade, nem arreda a violação ao disposto no art. 37 da Lei nº 9.472/97.

Quanto ao apelante CLEOFAS ISMAEL DE MEDEIROS UCHÔA, fora o mesmo nomeado membro do Conselho Consultivo da ANATEL, como representante dos usuários. Ocorre que, consoante se observa dos autos, o mesmo era, ao menos quando de sua nomeação, Presidente da TELEBRASIL, associação composta por pessoas físicas e jurídicas exercentes de atividades em telecomunicações e em tecnologia afins, consoante se observa de seu estatuto às fls. 138/139, que, por certo, conforme se verifica de sua composição (vide fls. 55/57), congrega grandes empresas do setor de telecomunicações, tais como, a Ericsson Telecomunicações S.A., Siemens Ltda., Tele Norte Leste Participações S/A, Telecom Itália do Brasil S/C Ltda., Telecomunicações de São Paulo S/A, Telesp Celular Participações S/A, Intelig Telecomunicações Ltda., Vésper S/A, Portugal Telecom Brasil S/A, Nokia do Brasil



Ltda., entre outras. Manifesta, destarte, a ilegalidade de sua nomeação para representar os usuários perante o Conselho Consultivo da ANATEL.

Ademais, não há que se alegar ser o bastante a indicação do apelante por entidades representantes dos usuários. A uma, porque não vislumbro ser a ABRANET – Associação Brasileira de Provedores de Acesso, Conteúdo e Informações da Rede Internet entidade representativa dos usuários dos serviços de telecomunicações, pois seu objetivo social, consoante se colhe do *site* [www.abranet.org.br](http://www.abranet.org.br), “é dar apoio ao esforço brasileiro na implantação de empresas provedoras de acesso, serviços e informações e buscar o desenvolvimento da Internet – Brasil”. A duas, como afirmou o MM. Juiz sentenciante, porquanto “não basta que o candidato ao cargo seja indicado por uma entidade representativa dos usuários e da sociedade, mas também que o mesmo seja um legítimo representante deste segmento, de forma que os seus interesses coincidam com aqueles cuja defesa lhe foi outorgada, sob pena de não haver uma efetiva participação de todos os segmentos da sociedade naquele Conselho e, por conseguinte, de descumprimento do artigo 33 da Lei 9.427/97”. *In casu*, flagrante é o conflito entre os interesse dos usuários dos serviços de telecomunicações e os interesses da associação que o apelante CLEOFAS ISMAEL DE MEDEIROS UCHÔA representa, implicando, pois, em se reconhecer a impossibilidade de sua indicação como representante dos usuários perante o Conselho Consultivo da ANATEL.

No que tange ao alegado “inexistente” parágrafo único do art. 5º do Estatuto Social da TELEBRASIL, com certeza o apelante CLEOFAS ISMAEL DE MEDEIROS UCHÔA equivocou-se, porquanto o aludido parágrafo único não só existe, como trata (vide fls. 137) do objetivo da associação, segundo o qual “A TELEBRASIL deverá, mediante consulta a seus associados, ou por sua solicitação, defender os direitos e os interesses de seus membros, em conformidade com o art. 5º, XXI, e art. 103, IX, da Constituição Federal”.

A nomeação dos apelantes JOSÉ FERNANDES PAULETTI e CLEOFAS ISMAEL DE MEDEIROS UCHÔA como membros do Conselho Consultivo da ANATEL representa o que a doutrina es-

trangeira tem denominado de captura da agência pelos interesses regulados. Acorrem à mente as lições dos doutrinadores europeus e americanos, tais como, Maria Salvador Martínez, Gaspar Ariño Ortiz, Maria Rosaria Ferrarese e de doutrinadores brasileiros, a exemplo de Marçal Justen Filho, Fabio Nusdeo e Alexandre dos Santos Aragão.

Ocorre a captura do ente regulador quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos. Discorrendo sobre o processo de captura pelo setor regulado, aduz Maria Salvador Martinez, a agência começa a funcionar com um espírito agressivo, interpretando amplamente suas competências e mostrando-se atrevida na solução dos seus problemas com o fim de demonstrar ser capaz de fazer frente aos problemas e defender os interesses públicos. Assim, uma vez consolidada sua posição, a agência se identifica cada vez mais com as empresas e indústrias reguladas. Chegado esse ponto, suas decisões refletem os desejos dos operadores do setor e a regulação dificilmente vai além dos limites que estes (empresas e indústrias reguladas) considerem aceitáveis (tradução livre).<sup>10</sup>

No pertinente, em substanciosa ensinança, diz-nos Marçal Justen Filho:

“A doutrina cunhou a expressão ‘captura’ para indicar a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados. A captura configura quando a agência perde a condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. A captura da agência se configura, então, como mais uma faceta do

---

<sup>10</sup> MARTÍNEZ, Maria Salvador. *Autoridades independientes*. Barcelona: Editora Ariel, 2002. p. 387.

fenômeno de distorção de finalidades dos setores burocráticos estatais”.<sup>11</sup>

Destarte, é premente uma completa separação entre os órgãos reguladores e as empresas reguladas. Neste contexto, o escritor espanhol Gaspar Ariño Ortiz assevera ser essa separação um dos princípios básicos da ordenação das telecomunicações, além de constituir ponto essencial dos acordos da Organização Mundial do Comércio – OMC e do GATT de 1997 e ponto central da política de telecomunicações da União Européia.<sup>12</sup>

Por fim, no respeitante ao § 4º do art. 37 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 07 de outubro de 1997, é salutar destacar, a despeito do defendido pela União e pelos apelantes, que em não havendo indicações, a escolha do Presidente da República será livre, desde que em obediência à lei, fulcrada nela e visando o fiel cumprimento das finalidades previstas na lei e na Constituição. Deveras, outra interpretação não pode sobressair do aludido § 4º do art. art. 37 do Regulamento da ANATEL. Nesse sentido, advertiu a sabendas Celso Antônio Bandeira de Mello, “os motivos e a finalidade indicados na lei, bem como a causa do ato, fornecem as limitações ao exercício da discricção administrativa”.<sup>13</sup>

Assim, não havendo indicação das entidades de classe dos usuários e das entidades representativas da sociedade dentro do prazo fixado, fica ao alvedrio do Presidente da República a indicação dos membros do Conselho Consultivo, respeitada, evidentemente, a representação democrática, ou melhor, a pluralidade representativa, assegurada pela Lei nº 9.472/97 e, ainda, obedecidos os princípios constitucionais norteadores da administração pública, sobretudo da moralidade e da legalidade, e considerada a qualificação do indicado, isto é, a compatibilidade da sua qualificação

---

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. pp. 369-370.

<sup>12</sup> ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico*. Granada: Editora Comares, 2001. p. 747.

<sup>13</sup> MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 651.

com as matérias afetas ao colegiado.

É de se ressaltar, outrossim, ser prescindível prova conclusiva de que os apelantes estariam a serviços de interesses contrários à sociedade a fim de caracterizar a ilegalidade, visto que, como demonstrado às ensanchas, houve descumprimento do art. 34 da Lei nº 9.427/97, além de inobservância dos princípios constitucionais da Administração Pública, a exemplo do princípio da moralidade, legalidade e razoabilidade.

Quanto à condenação da TELEBRASIL a fim de obstar a designação de representantes dos usuários e da sociedade pela Associação Brasileira de Telecomunicações – TELEBRASIL, ou por qualquer outra que congregue em seus quadros empresas operadoras de serviços de telecomunicações, não merece reproche, outrossim, a sentença vergastada. É que, à vista do já esposado, inexistente compatibilidade entre os interesses da referida associação com os anseios, quer seja dos usuários dos serviços de telecomunicações, quer seja da sociedade.

Em face do exposto, **nego provimento à remessa oficial e às apelações, mantendo a sentença por seus judiciosos termos.**

É o meu voto.

### **APELAÇÃO CÍVEL Nº 345.436-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA  
Apelante: MARIA EUNICE MIRANDA DE AGUIAR  
Apelada: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC  
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE  
Adv./Proc.: DR. RODRIGO ANTONIO MAIA BARRETO (APTE.)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROFESSOR DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. PENSIONISTA. VANTAGEM DO DECRETO Nº 94.664/1987. EFETIVA EXIGÊNCIA DO TÍTULO DE DOUTOR OU DE LIVRE-DOCEN-***

**TE. SENTENÇA EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA.**

*- Ação em que pensionista pleiteia a incorporação da vantagem instituída pelo art. 31, §3º, a, do Decreto nº 94.664/87, com a alteração do percentual efetivada pela Lei nº 8.213/91, com fundamento na titulação (grau de Doutor e título de Docente-Livre) que alega que detinha o seu falecido marido.*

*- Não há que se falar em julgamento extra petita, quando não é analisada matéria estranha à lide e o pleito autoral é plenamente apreciado. O fato de não ter o julgador ficado adstrito aos fundamentos trazidos pelas partes nada tem a ver com julgamento extra petita, pois que, não está ele obrigado a limitar o embasamento de sua decisão aos fundamentos colacionados pelos litigantes.*

*- Não consta dos autos prova de que o apelante tenha participado do concurso a que se refere o art. 1º da Lei nº 444/1937, de forma que lhe fosse aplicado o art. 5º desse mesmo diploma legal, que estabeleceu que aos candidatos habilitados seria conferido o grau de doutor e o título de livre-docente;*

*- A vantagem instituída pelo Decreto nº 94.664/87, com a alteração efetivada pela Lei nº 8.213/91, exige, para o seu recebimento, a efetiva detenção de título de Doutor ou de Livre-Docente, não havendo, em nenhuma delas, dispositivo determinando a sua automática concessão, independentemente da efetiva titulação, a certa categoria de professores.*

*- O fato de o art. 13 da Lei nº 6.182/1974 ter concedido, automaticamente, aos ocupantes de cargo de Professor Titular, o incentivo funcional do inciso II do art. 5º da Lei nº 6.182/1974 (Incentivo Doutor) não significou que o falecido professor passou a possuir o Título de Doutor ou de Livre-*

**Docente. Cuidou-se, apenas, de uma específica e expressa extensão legal que teve como efeito único a percepção do Incentivo Doutor previsto no referido dispositivo legal.**  
**- Apelação improvida.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 7 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Cuida-se de apelação interposta por Maria Eunice Miranda de Aguiar, pensionista, contra sentença que julgou improcedente o pedido por ela formulado, em ação ordinária, em desfavor da Universidade Federal do Ceará – UFC –, com o intuito de incorporar a vantagem instituída pelo Decreto nº 94.664/87, com a alteração do percentual efetivada pela Lei nº 8.213/91, consubstanciando-se num acréscimo de 50% sobre seu provento, em decorrência da titulação (grau de Doutor e título de Docente-Livre) que alega que detinha o seu falecido marido, Professor Moacir Teixeira Aguiar.

Alega a apelante, em síntese, que:

a) a sentença foi *extra petita*, pois solucionou causa diversa da que foi proposta por meio dos seus pedidos formulados na exordial, não refletindo, o fundamento jurídico invocado para indeferir o pleito, a *causa petendi* exposta na inicial;

b) em momento algum deduziu pretensão no sentido de incorporar a vantagem de que se trata (Incentivo Doutor) em virtude da

extensão concedida pela Lei nº 6.182/1974, e tampouco por ter sido seu falecido cônjuge transposto do cargo de Professor Catedrático para o de Titular;

c) persegue seu direito com base no fato de que o *de cujus* era portador do grau de Doutor e do título de Livre-Docente por expressa determinação legal (Lei nº 444/37, art. 5º), preenchendo, assim, os requisitos insculpidos na legislação pertinente (Decreto nº 94.664/87 e Lei nº 8.213/91);

d) se a Lei nº 444/37, ao dispor sobre o concurso para o magistério superior, estabeleceu, em seu art. 5º, que “aos candidatos habilitados conferir-se-á o grau de Doutor e o título de docente-livre”, não pode ser a ele negada a questionada vantagem, até porque nem o Decreto nº 94.664/87 nem a Lei nº 8.213/91 fizeram qualquer distinção ou ressalva quanto à origem ou natureza do título para a concessão da gratificação Doutor;

e) é fato incontroverso que o Professor Moacir Teixeira Aguiar possuía tanto o grau de Doutor quanto o título de Docente-Livre;

f) o MM. juiz *a quo* sequer analisou a questão sob o prisma da Lei nº 444/37, principal fundamento da demanda;

g) a Universidade tem-lhe negado o direito à incorporação da gratificação, o que perdura há mais de 15 anos, malferindo expressamente direito já por ela adquirido;

h) seria falácia alegar que o falecido servidor não possuía a titulação exigida, pois, além de a Lei nº 444/37 lhe ter conferido, a mesma já foi reconhecida pela Administração quando estendeu aos antigos Professores Catedráticos o incentivo funcional criado pela Lei nº 6.182/74.

Por fim, pugna para que seja conhecido o presente recurso e, caso seja superada a preliminar suscitada, seja-lhe dado provimento para reformar a sentença em todos os seus termos, invertendo-se os ônus da sucumbência. Requer, ainda, a condenação da UFC no pagamento das diferenças de vencimentos acrescidas de juros e correção monetária.

Contra-razões apresentadas tempestivamente.

É o relatório.

## VOTO

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

O cerne da questão a ser aqui dirimida consiste em saber se faz jus a autora a obter a vantagem instituída pelo Decreto nº 94.664/87, com a alteração efetivada pela Lei nº 8.213/91.

De início, cumpre apreciar a preliminar levantada pela apelante, referente à suposta nulidade da sentença, em face de o julgamento ter sido, no seu entender, *extra petita*, já que teria solucionado causa diversa da que foi proposta. Sem a mínima pertinência o alegado. Não houve julgamento de matéria estranha à lide. Analisou o *decisum* recorrido se faria jus a autora a incorporar a vantagem instituída pelo Decreto nº 94.664/1987 com a modificação realizada pela Lei nº 8.243/1991, restando consignado que ela não possui alegado direito. Sendo esse o pedido autoral, não há que se falar em desobediência à norma que preceitua que a lide será decidida nos limites em que foi proposta. Ademais, o fato de não ter o julgador ficado adstrito aos fundamentos trazidos pelas partes nada tem a ver com julgamento *extra petita*, pois que, não está ele, de modo algum, obrigado a limitar o embasamento de sua decisão aos fundamentos colacionados pelos litigantes. Assim sendo, rejeito tal preliminar.

Superado esse aspecto introdutório, passo ao exame do mérito.

Como visto, pleiteia a autora a incorporação da vantagem instituída pelo Decreto nº 94.664/87, com a alteração do percentual efetivada pela Lei nº 8.213/91, sob o argumento de que seu falecido marido e instituidor da pensão em seu favor, Professor Moacir Teixeira Aguiar, detinha o grau de Doutor e título de Docente-Livre.

Compulsando os autos, especialmente a fl. 17, observa-se que o Sr. Moacir Teixeira Aguiar foi admitido na UFC para exercer, em caráter efetivo, a partir de 28.12.1962, o cargo de Assistente do Ensino Superior, tendo sido, posteriormente, enquadrado no cargo de Professor Assistente, com efeitos a partir de 01.01.1966. Após, de acordo com a Portaria nº 386, de 10.10.1966, foi efetivado como Catedrático da Cadeira de Filosofia da Educação da Faculdade de



Filosofia, com efeitos a partir de 15.03.1967. Tempos depois, foi transposto para o cargo de Professor Titular. Nos termos do art. 5º, V, da Lei nº 6.182/1974, foi-lhe concedido o Incentivo de Produção Científica e, a contar de 01.08.1976 até 31.12.1988, recebeu o Incentivo de Doutor. Foi, ainda, enquadrado, em caráter definitivo, na Classe de Professor Titular do Magistério Superior, nível IV. Por fim, foi aposentado no cargo de Professor Titular, em conformidade com a Emenda Constitucional nº 18/1981.

Feita essa sucinta narrativa da evolução funcional do falecido marido da autora, necessária ao desate da querela, cumpre apreciar se tem ela direito a receber a vantagem do Decreto nº 94.664/87 com a modificação realizada pela Lei nº 8.243/1991.

Não merece guarida o pleito autoral.

A vantagem almejada pela apelante foi instituída pelo Decreto nº 94.664/87, que aprova o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos de que trata a Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987, consoante se observa da leitura do seu art. 31, §3º, a:

**“Art. 31. (...)**

§3º O vencimento e o salário dos integrantes da carreira do Magistério Superior que possuírem titulação é acrescido:

a) de 25% para os detentores de título de Doutor ou de Livre-Docente; (...)”

Posteriormente, o percentual dessa vantagem foi majorado, nos termos do §1º do art.1º da Lei nº 8.243/1991, que dispõe sobre os vencimentos dos professores incluídos no Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos de que trata a Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987, e dá outras providências, conforme se observa *in verbis*:

**“Art. 1º (...)**

§1º O vencimento a que fizer jus o docente integrante da Carreira do Magistério Superior será acrescido dos seguintes percentuais, incidentes sobre os valores de vencimentos constantes da tabela anexa, e conforme nela especificado:

a) quanto à titulação:

1. Cinquenta por cento, no caso de possuir o título de Doutor ou de Livre-Docente; (...)"

Da mera leitura desses dispositivos, resta cristalino que somente fará jus à referida vantagem o professor que possuir o título de Doutor ou de Livre-Docente.

Resta saber se o falecido marido da autora possuía tal titulação.

Nesse ponto, alega a apelante que o art. 5º da Lei nº 444/1937 ("Aos candidatos habilitados conferir-se-á o grau de doutor e o título de docente-livre") concedeu ao *de cujus* tanto o grau de Doutor quanto o título de Docente-Livre, o que asseguraria seu direito de perceber a vantagem em questão.

O art. 1º desse mesmo diploma legal assim estabeleceu:

**"Art. 1º** A Congregação de institutos de ensino superior, que contar menos de dois terços de professores catedráticos, indicará, para cumprir as disposições do Decreto nº 19.851, de 11 de abril de 1931, art. 54, §2º e art. 57, professores catedráticos de institutos congêneres, oficiais ou equiparados, escolhidos de preferência, entre os que lecionem a mesma cadeira submetida a concurso em número suficiente para que preencham os dois terços exigidos. (...)"

Não procede o alegado pelo autor. Isso porque não consta dos autos prova de que ele tenha participado do concurso a que se refere o art. 1º, de forma que lhe fosse aplicado o art. 5º.

Também não deve prosperar o argumento da recorrente de que a titulação exigida para a percepção da vantagem almejada já fora reconhecida ao falecido servidor pela Administração quando estendeu aos Professores Titulares o incentivo funcional criado pela Lei nº 6.182/1974.

O incentivo funcional a que se refere a autora (Incentivo Doutor) foi previsto no inciso II do art. 5º daquela lei, conforme se observa abaixo:

**“Art 5º** A concessão dos Incentivos Funcionais, nos percentuais fixados nos itens I a VI do Anexo desta Lei, far-se-á, desde que satisfeitos pelo docente, respectivamente, os seguintes requisitos: (...)

II - obtenção do grau de Doutor em curso credenciado pelo conselho Federal de Educação ou título de Livre-Docência obtido na forma da legislação em vigor; (...)”

Por seu turno, o art. 13 do mesmo diploma legal assim dispôs:

**“Art 13.** Será automaticamente concedido aos atuais ocupantes de cargos ou empregos de Professor Titular e Professor Adjunto o Incentivo Funcional correspondente ao item II e aos de Professor Assistente o correspondente ao item III do artigo 5º desta Lei.”

Inferre-se daí que o Sr. Moacir Teixeira Aguiar, antigo Professor Catedrático que posteriormente foi transposto para o cargo de Professor Titular, recebeu o incentivo funcional do inciso II do art. 5º da Lei nº 6.182/1974, por força de expressa disposição legal que estendeu, automaticamente, sua concessão aos ocupantes de cargo de Professor Titular. Isso, porém, não significa dizer que, a partir dessa previsão normativa, ele passou a possuir o Título de Doutor ou de Livre-Docente. Cuidou-se, apenas, de uma específica e expressa extensão legal que teve como efeito único a percepção do Incentivo Doutor previsto na Lei nº 6.182/1974. Assim sendo, esse fato nada tem a ver com a percepção do benefício ora pleiteado.

A vantagem instituída pelo Decreto nº 94.664/87, com a alteração efetivada pela Lei nº 8.213/91, exige, para o seu recebimento, a efetiva detenção de título de Doutor ou de Livre-Docente, não havendo, em nenhuma delas, dispositivo determinando a sua automática concessão, independentemente da efetiva titulação, a certa categoria de professores, como fez o art. 13 da Lei nº 6.182/1974.

Diante disso, ante a ausência do fato gerador (título de Doutor ou de Livre-Docente) não faz jus a autora a perceber a vantagem

do Decreto nº 94.664/87.

Por todo o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 348.781-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO  
Apelante: MUNICÍPIO DE BRANQUINHA - AL E UNIÃO  
Apelados: OS MESMOS  
Advs./Procs.: DRS. DAVI ANTONIO LIMA ROCHA E OUTROS

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO INDIVIDUAL E AÇÃO COLETIVA PROPOSTA POR ASSOCIAÇÃO QUE ATUA COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL. LITISPENDÊNCIA. INEXISTÊNCIA. MUNICÍPIO. DEFINIÇÃO DO VALOR MÍNIMO ANUAL POR ALUNO PARA FINS DE COMPLEMENTAÇÃO DO FUNDEF. UNIÃO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.**

*- Não existe litispendência entre a ação proposta individualmente e a ação coletiva proposta por Associação, que atua como substituto processual, já que esta não pode inibir o exercício de direito de ação por via de processo individual ajuizado pelo respectivo titular. Preliminar rejeitada.*

*- Tratando-se de ato administrativo que, pelo menos em tese, pode lesar direitos e interesses legítimos, e pressupondo, o exercício do poder discricionário pela Administração, a valoração do interesse público, e a utilização de critérios de oportunidade e conveniência, nem por isso prescindirá o agente público do juízo prévio da adequação de tais critérios às regras jurídicas, princípios, valores, e aspectos de legalidade e de*

**constitucionalidade, que legitimam o controle judicial do ato.**

**- O FUNDEF, a teor das suas normas de regência – Lei n.º 9.424/96, regulamentada pelo Decreto n.º 2.264/97 –, é fundo contábil, cujos recursos devem ser aplicados para a manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização do magistério, e distribuídos no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, na proporção do número de alunos matriculados anualmente nas escolas cadastradas, consideradas as matrículas da 1.ª à 8.ª séries do ensino fundamental.**

**- A União somente complementarará os recursos destinados ao FUNDEF, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, caso o valor destes recursos não alcance o mínimo definido nacionalmente. O Valor Mínimo Anual por Aluno (VMAA) é fixado por ato do Presidente da República, e seu cálculo é efetuado a partir da razão entre a previsão da receita total para o FUNDEF e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescido do total estimado de novas matrículas, cujos dados são extraídos do censo anual educacional realizado pelo Ministério da Educação.**

**- O § 1.º do art. 6.º da Lei n.º 9.424/96 dispõe que o VMAA “nunca será inferior à razão entre o total para o fundo e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas”, devendo-se definir tais variáveis no âmbito nacional, sem que isso implique o desvirtuamento do caráter plural do FUNDEF.**

**- O Presidente da República poderá fixar o VMAA (nacional) no patamar que entender mais conveniente para a consecução de seu programa de governo (art. 6.º, caput, da Lei n.º 9.424/96), desde que esse valor mínimo seja superior à média**

*nacional, que é quociente dos recursos totais (nacionais) do Fundo e da matrícula total (nacional) no ano anterior, acrescida do total (nacional) estimado de novas matrículas (§ 1.º, do artigo 6.º, da Lei n.º 9.424/96).*

*- A Constituição Federal erigiu a eliminação das desigualdades regionais e o acesso universal à educação básica à categoria de garantias fundamentais, disso resultando que as normas infraconstitucionais que regem a matéria devem ser interpretadas à luz daqueles princípios superiores encartados na Lei Maior.*

*- O artigo 60, § 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 14/96, adotou como mecanismo de repartição igualitária dos recursos destinados ao FUNDEF, a sua complementação pela União, quando o valor mínimo por aluno, nos Estados e no Distrito Federal, não alcançar o mínimo nacionalmente estipulado. Nesse contexto, a complementação dos recursos do FUNDEF, servindo aos princípios emanados da Constituição Federal, é instrumento de erradicação do analfabetismo, de universalização da educação fundamental, e de diminuição das disparidades regionais, nisto residindo a mens legis vinculante do ato em apreciação.*

*- É inaceitável a utilização como valor mínimo nacional por aluno, do menor valor médio por aluno encontrado nos Estados, já que, mesmo na hipótese de o Presidente da República fixar um VMAA superior ao menor quociente estadual, porém menor do que a média nacional, não seria este o critério mais adequado para efetivar o mandamento constitucional, pois limita arbitrariamente, a concretização da diretriz constitucional de repartição igualitária dos recursos destinados aos Fundos instituídos nos entes federativos, em homenagem ao princípio da*

**universalização do acesso à educação fundamental. Isto sem mencionar que, levado ao seu extremo, tal sistemática inviabilizaria qualquer hipótese de repartição.**

**- O grau de discricionariedade conferido ao Presidente da República, na fixação do VMAA, não é absoluto, encontrando limites constitucionais e legais nos artigos 212 da Constituição, e 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, por sua vez inspiradores da fórmula do § 1.º, do artigo 6º, da Lei n.º 9.424/96. Na hipótese, o ato em questão revela-se alheio aos aludidos mandamentos constitucionais e legais, não podendo, assim, subsistir.**

**- Faz jus o Município ao repasse dos valores devidos à título de complementação do FUNDEF, em virtude da aplicação da sistemática efetivamente prevista no § 1.º, do artigo 6.º, Lei n.º 9.424/96, que não admite a estipulação do VMAA em patamar inferior à média nacional obtida através da razão entre o somatório dos valores destinados aos diversos fundos estaduais, e o número total de alunos matriculados no ensino fundamental, em todo o País, acrescido da previsão de novas matrículas.**

**- O cálculo de tais verbas deverá ser efetuado na fase de liquidação, de acordo com a fórmula supracitada, com efeito retroativo aos exercícios financeiros findos desde a instituição do FUNDEF, observando-se a prescrição quinquenal, a contar da data do despacho judicial que ordenou a citação da União Federal (artigos 1.º, do Decreto n.º 20.910/32, e 212, do Código Civil).**

**- Sentença reformada para condenar a União a fixar doravante o VMAA com observância dos limites legais supracitados, bem como a efetuar o repasse das diferenças vencidas, observada a prescrição quinquenal.**

**- Verba honorária a ser paga pela União, em vir-**

***tude da sucumbência, à razão de 1% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 4.º, do Código de Processo Civil. Incabível a condenação da União ao pagamento de custas e despesas processuais. Artigo 4.º, § 1.º, da Lei n.º 9.289/96.***

***- Apelação da União improvida. Remessa oficial e apelação do Município de Branquinha/AL parcialmente providas.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar, negar provimento à apelação da União, e dar parcial provimento à remessa oficial e à apelação do Município de Branquinha/AL, 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, 12 de abril de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de remessa oficial, e apelações cíveis interpostas pelo Município de Branquinha/AL e pela União, em face de sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal da 3.ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas, que, em Ação Ordinária com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada por aquela edilidade, julgou parcialmente procedente o pedido ali deduzido, apenas para determinar à União a complementação das verbas do Fundo de Manutenção e de Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF destinadas ao Município-autor, nos exercícios fiscais de 1998, 2000 e 2001, consoante os termos dos Decretos Presidenciais que regulamentaram o artigo 6.º, § 1.º, da Lei n.º 9.424/96.



Com o apelo de fls. 226/253, o Município de Branquinha/AL visa a demonstrar o equívoco na fixação de valores mínimos anuais por aluno, para efeito de complementação do FUNDEF, conforme os critérios que, a seu ver, foram arbitrariamente adotados pela União. Sob tal ângulo, busca o provimento do recurso que implique a aplicação dos critérios previstos no artigo 6.º, § 1.º, da Lei n.º 9.424/96, para a obtenção do valor mínimo anual por aluno, que não poderia ser inferior à razão entre a receita total prevista para o Fundo e o número total de matrículas, obtido mediante a soma do número de matrículas do ano anterior e o número estimado de novas matrículas, tudo em âmbito nacional. Pede, sucessivamente, a reforma da sentença em face de sua omissão no tocante aos valores incontroversos correspondentes à complementação devida pela União, nos exercícios financeiros de 2000 e 2001.

Em suas contra-razões, sustenta a União a inexistência de um FUNDEF nacional, que na realidade constituiria uma pluralidade de fundos – um em cada Estado e no Distrito Federal –, independentes entre si, que seriam alimentados por, pelo menos, quinze por cento dos recursos a que se referem os artigos 155, inciso II, 158, inciso IV, e 159, incisos I, alíneas *a* e *b*, e II, da Constituição Federal, competindo à União complementar os recursos sempre que, em cada Estado e no Distrito Federal, o valor por aluno não alcançasse o mínimo definido nacionalmente. A sistemática do fundo, tal como revelada pela Lei n.º 9.424/96, e pelo decreto n.º 2.264/97, não estamparia fórmula para encontrar-se um valor nacional, devendo o cálculo do valor mínimo por aluno ser feito no âmbito de cada fundo, ficando a complementação sujeita à disponibilidade financeira, observando-se a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Também apelou a União, argüindo a litispendência do processo em apreço, com relação à ação coletiva ajuizada pela Associação dos Municípios de Alagoas – AMA (Processo n.º 2003.11204-0/AL), que versa sobre o mesmo objeto.

Contra-razões do Município de Branquinha, às fls. 273/281.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte, vindo-me conclusos.

Sentença sujeita ao reexame necessário (artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil).

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Rejeito a preliminar argüida pela União. Não existe litispendência entre a ação proposta individualmente e a ação coletiva proposta por Associação, que atua como substituto processual, já que esta não pode inibir o exercício de direito de ação por via de processo individual ajuizado pelo respectivo titular. Este Tribunal já decidiu reiteradamente a respeito:

“(…) É pacífico o entendimento de que a propositura de ação coletiva não obsta o ajuizamento de ação individual (Precedentes do STJ), no entanto, devem ser afastados do alcance da decisão proferida nestes autos, os substituídos processuais que demandam individualmente o mesmo direito aqui buscado. (...)” (AC 131.393/SE, rel. Des. Federal César Carvalho (conv.), 1.<sup>a</sup> T., DJ 11.11.2004).

“(…) Preceitua o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor que o ajuizamento de ação individual não induz litispendência em relação às ações coletivas. Por outro lado, “os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (...)”. (AC 337.952/PB, rel. Des. Federal Petrúcio Ferreira, 2.<sup>a</sup> T., DJ 24.02.2005).

“(…) A existência de ação coletiva promovida por entidade de classe não induz litispendência em relação ao ajuizamento de ação individual promovida por um dos representados. (...). (AC 270.596/AL, rel.

Des. Federal Carlos Rebêlo Júnior (conv.), 3.<sup>a</sup> T., DJ 6.11.2003).

Cingindo-se o apelo da União à preliminar acima invocada, a sua rejeição implica o improvimento do próprio recurso. Passo, agora, a apreciar a apelação do Município de Branquinha, e a matéria sujeita ao duplo grau de jurisdição.

O *thema decidendum* reside na definição do valor mínimo nacional por aluno, para fins de complementação dos valores do FUNDEF pela União.

O Juiz monocrático disse, na sentença, que “em se tratando de ato editado no exercício de competência discricionária do Presidente da República, não cabem questionamentos de ordem subjetiva quanto à conveniência e oportunidade do critério adotado, sendo pressuposto para sua invalidação a demonstração inequívoca da incompatibilidade em face da Constituição e da Lei”.

Do enfoque dado à questão, sobressai o tema concernente ao controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, que é conexo com o das limitações à discricionariedade administrativa.

Não se pode deixar de notar que a extensão e o alcance do controle judicial da atividade administrativa constituem, ainda, matéria pouco pacífica no direito brasileiro, sendo temerário extrair simplesmente, da percepção pouco precisa de categorias cujo significado é controverso, como, por exemplo, a distinção entre ato discricionário e ato vinculado, conseqüências jurídicas gravosas, como a de excluir peremptoriamente da apreciação judicial uma série de situações em que ela seria, em tese, possível.

Justifica-se, portanto, o esclarecimento dos conceitos empregados, antes de se adentrar, propriamente, no mérito da demanda.

Na decisão em apreço, o uso da expressão “incompatibilidade” não indica, no sentido mais amplo da palavra, a contrariedade do ato controlado com a lei da qual deveria emanar, mas evoca, apenas, a circunstância de que o conteúdo formal do primeiro não apresenta vícios objetivamente ponderáveis diante da redação da norma legal (vícios de forma, competência, objeto, etc.). Não se pode dizer, com isso, e em termos gerais, que apenas a demonstração inequívoca daquela “incompatibilidade” seria capaz de pro-

piciar ao Judiciário o controle do ato infirmado.

Num sistema normativo hierárquico, a relação entre a norma ou ato de grau inferior, e outra de grau superior, será sempre estrita, predeterminada pelas exigências de compatibilidade ou de conformidade, que se submetem à mesma lógica de sujeição, distinguindo-se apenas, de acordo com a situação em concreto, quando a norma superior confere maior liberdade ao autor do ato controlado, ou então quando tal liberdade é quase inexistente.

A esse respeito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>1</sup> diz, com muita propriedade, que mesmo a atividade discricionária é suscetível de ser controlada pelo Judiciário, já que o espaço para a livre decisão – isto é, o espaço fora do alcance do controle jurisdicional – foi previamente destinado à Administração Pública pela norma de referência (a Lei), sendo a legalidade, portanto, o limite da discricionariedade, sujeita à apreciação judicial.

A questão vai mais além, pois também é verdade que não há âmbito material da atividade administrativa isento de valoração diante do Direito, entendido aqui como conceito mais amplo do que o mero texto da lei, englobando, como disse Eduardo Garcia de Enterría<sup>2</sup>, “além das leis formais, todos os *valores* constitucionais, desde os proclamados como *superiores* [na Constituição espanhola] até aqueles que se encontram disseminados no corpo daquela e, sobretudo, os direitos fundamentais (...), que incluem certas garantias institucionais, e os chamados expressamente de *principios* (...).”

Por outro lado, não se justifica a distinção rígida, muito comum na jurisprudência pátria, entre poderes administrativos vinculados e discricionários, como se fossem conceitos estanques e antagônicos.

Essa simplificação contida na fórmula “atos vinculados” e “atos discricionários”, na opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello,

---

<sup>1</sup> *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, págs. 93-94.

<sup>2</sup> *Democracia, jueces y control de la Administración*. 3. ed. Madri: Civitas, 1998, p. 127.

citado por Andreas Krell<sup>3</sup>, tem “despertado a enganosa sugestão de que existe uma radical antítese entre atos de uma ou de outra destas *supostas categorias* antagônicas”. A seu ver, dessa “falta de precisão conceitual resulta o danosíssimo efeito de arredar o Poder Judiciário do exame completo da legalidade de inúmeros atos e conseqüente comprometimento da defesa de direitos individuais”. Conclui que “vinculação e discricionariedade se entrelaçam em vários aspectos”.

Nesse sentido adverte Mariano Bacigalupo<sup>4</sup>: “A discricionariedade administrativa – entendida em sentido amplo, como a ausência de programação plena ou positiva da atuação administrativa – não é uma grandeza rígida, derivada de uma determinada qualidade intrínseca da atividade administrativa de que se trata, mas, ao contrário, é uma magnitude em qualquer caso graduável pelo normalizador”.

Assim, a nota característica que diferencia os poderes discricionários dos vinculados é a densidade com a qual a atividade administrativa é regulada juridicamente, sendo esta, portanto, a medida do controle jurisdicional dos atos administrativos.

Nesse particular, a densidade do conteúdo vinculante da norma adquire fundamental importância, sobretudo quando, *in casu*, a Administração Federal alega, em prol da legalidade do ato infirmado, a fluidez do conceito de valor mínimo por aluno, para efeitos de complementação do FUNDEF por parte da União (art. 6.º, *caput* e § 1.º, da Lei n.º 9.424/96).

A eventual indeterminação de tal conceito não é capaz, em termos apriorísticos, de afastar o controle judicial do ato, como demonstrou, à luz da melhor doutrina de direito administrativo, o ilustre Desembargador Federal João Batista Moreira, quando da apreciação do Agravo Regimental nº 1998.34.00.027682-0/DF:

---

<sup>3</sup> *Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial*. Revista da ESMAFE da 5.ª Região, n.º 08, 2004, págs. 177/224.

<sup>4</sup> *La discrecionalidad administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 1997, pág. 84.

“(…) Impõe-se incursão no capítulo doutrinário dos *conceitos indeterminados*, para mostrar que a determinação de tais conceitos, conforme as opiniões mais autorizadas, é suscetível de controle judicial. Na doutrina alemã, a determinação do conceito indeterminado não é atividade discricionária imune a tal controle; não se subordina aos juízos de conveniência e oportunidade, peculiares à discricionariedade. No representativo pensamento de Eduardo García de Enterría, que se filia a essa doutrina, a luta contra as imunidades do poder administrativo traduz-se na busca de critérios para o controle da discricionariedade, o controle dos atos políticos e o controle do poder normativo da Administração. A luta pelo controle da discricionariedade, designada como *verdadero caballo de Tróia no direito administrativo de um Estado de Direito*, operou-se nas seguintes etapas: a) reconhecimento de que em todo ato discricionário há elementos regrados, suscetíveis de sindicância judicial; b) inclusão da finalidade do ato administrativo entre os aspectos sindicáveis, graças à vigorosa teoria do desvio de poder; c) admissão do controle dos fatos determinantes do ato; d) por último, distinção entre discricionariedade e operação com o que os juristas alemães denominaram *conceitos jurídicos indeterminados* (*conceitos de valor e conceitos de experiência, como justo preço, utilidade pública, urgência, circunstâncias excepcionais, ordem pública etc*). A medida concreta para aplicação do conceito jurídico indeterminado a um caso particular não é estabelecida pela lei, mas “é um erro comum e tradicional, e de penosas consequências para a história das garantias jurídicas, confundir a presença de conceitos dessa natureza, nas normas que a Administração há de aplicar, com a existência de poderes discricionários”<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3. ed. Madri: Civitas, 1995, pág. 94.

A peculiaridade dos conceitos jurídicos indeterminados – ensina o renomado autor – consiste em que, numa situação concreta, diferentemente da discricionariedade, não pode haver mais que uma solução adequada (existe ou não existe utilidade pública; dá-se ou não uma perturbação à ordem pública; o preço é ou não justo). Não há possibilidade de meio-termo. O processo de concretização de um conceito jurídico indeterminado “não pode ser nunca um processo volitivo de discricionariedade ou de liberdade, mas um processo de julgamento ou estimação que há de ater-se, necessariamente, por uma parte, às circunstâncias reais que hão de ser qualificadas e, por outra, ao sentido jurídico preciso pretendido pela lei, com a intenção de que a solução possível seja só uma”. Assim – conclui – tomando-se como referência o par de conceitos *regrado-discricionário*, pode-se dizer que o processo de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é um processo regrado, porque não admite mais que uma solução justa e um resultado da interpretação e aplicação da lei (subsunção de dados às suas categorias). Não há liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou de decisão entre indiferentes jurídicos em razão de critérios extrajurídicos, que é próprio das faculdades discricionárias. A funcionalidade imediata desta fundamental distinção consiste em que, na presença de um conceito jurídico indeterminado, cabe com perfeita normalidade a fiscalização jurisdicional de sua aplicação<sup>6</sup>.

Há quem considere extremada essa posição em função da solução única dada a ambas as categorias de conceitos indeterminados – os de experiência e os de valor. A divergência, entretanto, é apenas quanto à segunda categoria de conceitos (os de valor), admitindo-se em relação a estes a possibilida-

---

<sup>6</sup> *Idem*, p. 38.

de de mais de uma solução administrativa plausível e, em conseqüência, a redução dos limites do controle judicial. Relativamente aos conceitos de experiência – que é o caso em apreciação -, é aceito plenamente tal controle<sup>7</sup>. Na opinião de Maria Sylvia Zanella di Pietro, nos conceitos de experiência ou empíricos, “a discricionariedade fica afastada, porque existem critérios objetivos, práticos, extraídos da experiência comum, que permitem concluir qual a única solução possível. Quando a lei usa esse tipo de expressão é porque quer que ela seja empregada no seu sentido usual. É o caso de expressões como caso fortuito ou força maior, jogos de azar, premeditação, bons antecedentes. Suponha-se que a autoridade administrativa se recuse a aceitar a alegação de força maior para liberar um particular da obrigatoriedade de dar cumprimento ao contrato; não há dúvida de que a matéria é de pura interpretação e pode o Poder Judiciário rever a decisão administrativa, porque ela está fora do âmbito da discricionariedade”.<sup>8</sup>

Em complemento às considerações em destaque, há que se ressaltar, no campo da imprecisão dos conceitos jurídicos empregados na lei, que, se há limites para a atuação administrativa, estes também existem no âmbito do controle judicial. Cito, por exemplo, os casos em que a lei deixa margem para mais de uma solução possível. Nessa hipótese, ensina Bandeira de Mello<sup>9</sup> que a legitimação para o controle jurisdicional não pode se dar além do juízo da racionalidade do ato, ou de sua compatibilidade com a finalidade da norma legal de referência.

Quanto ao aspecto da racionalidade do ato, assevera o festejado autor que “induidosamente, havendo litígio sobre a correta

---

<sup>7</sup> COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Revista da PGE/SP, jun/1988, págs. 79-108.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, pág. 93.

<sup>9</sup> *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, págs. 22-24.



subsunção do caso concreto a um suposto preceito legal descrito mediante conceito indeterminado, caberá ao Judiciário conferir se a Administração, ao aplicar a regra, *se manteve no campo significativo de sua aplicação ou se o desconheceu*. Verificado, entretanto, que a Administração se firmou em uma inteligência perfeitamente cabível, ou seja, comportada pelo conceito ante o caso concreto – *ainda que outra também pudesse sê-lo* – desassistirá ao Judiciário assumir est’outra, substituindo o juízo administrativo pelo seu próprio”. Pode-se dizer, portanto, que havendo racionalidade no ato administrativo, não cabe ao Judiciário restringi-lo sob esse aspecto.

Mais espinhoso é o tema do controle da finalidade do ato, quando a norma de referência permita várias soluções possíveis. Embora o admita Celso Antônio<sup>10</sup>, desde que a escolha da Administração não corresponda a uma opção de *mérito*, isto é, não seja comportada abstratamente pela norma, nem compatível com a situação empírica, pode-se objetar a tal pensamento a subjetividade do conceito de finalidade.

É inegável a dificuldade de se estabelecer, com a precisão exigida da atividade jurisdicional, o intuito do legislador, mas também é verdade que é igualmente árdua a sustentação da validade de um ato com fundamento na sua adequação à finalidade da lei. Ora, nos casos em que é possível discernir a *mens legis* – e isto ocorre, com frequência, na aplicação dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados –, não haverá, em tese, óbice para a censura do ato administrativo que lhe nega efetivação, ainda que seja “razoável” a escolha de outra solução pelo agente público.

Já foi dito que a Administração se encontra plenamente submetida à Lei e ao Direito. No entanto, para que este mandato seja efetivo, é necessário que os órgãos de controle da Administração – administrativos e judiciários – possam controlar em termos jurídicos, de forma igualmente plena, toda e qualquer expressão da atuação administrativa, cada vez que alguém provoque a tutela jurisdicional de seus direitos e interesses legítimos (artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

---

<sup>10</sup> *Idem*, pág. 24.

Nesse contexto, anota Garcia de Enterría<sup>11</sup>, “uma *submissão plena à Lei e ao Direito* não pode ter sentido se não implicar uma submissão plena ao juiz, que é o elemento indispensável para que qualquer direito seja eficaz (...) Não há Direito sem juiz. O juiz é uma peça absolutamente essencial em toda a organização do Direito, e isto não é exceção no Direito Público quando se trata de sua observância pela Administração.”

O controle ao qual se refere é o de juridicidade, que vai mais além da legalidade, estreitamente considerada. Com razão, não se deve entendê-lo em termos estritos, como a verificação da conformidade ou da compatibilidade do ato administrativo à lei, *stricto sensu*, mas essa confrontação deve ter como paradigma o ordenamento jurídico como um todo, cuja maior ou menor densidade dependerá dos parâmetros fixados pelo mesmo ordenamento. A legalidade, que legitima a atividade administrativa, abrange, além das normas positivas, os bens e valores juridicamente tutelados, as garantias fundamentais e os princípios do Direito.

Vale dizer, na feliz expressão de Miguel Beltrán de Felipe<sup>12</sup>, que “onde houver uma *norma de conduta* dirigida à Administração, haverá sempre oportunidade para uma *norma de controle*, dirigida ao juiz”.

Das reflexões trazidas em excerto, pode-se tirar algumas conclusões: 1) Tratando-se de ato administrativo que, pelo menos em tese, pode lesar direitos e interesses legítimos, não há como deixar de apreciá-lo, em toda a sua amplitude; 2) O limite do controle jurisdicional a ser exercido depende da mensuração da densidade mandamental da norma de referência, a qual determinará o grau de vinculação ou de discricionariedade do agente público que elaborou o ato; 3) O exercício do poder discricionário pela Administração pressupõe a valoração do interesse público, e a utilização de critérios de oportunidade e conveniência, mas nem por isso prescindirá o agente público do juízo prévio da adequação de tais critérios às regras jurídicas, princípios, valores, e aspectos de legalida-

---

<sup>11</sup> *Op. cit.*, págs. 127/128.

<sup>12</sup> *Idem*, pág. 78.

de e de constitucionalidade, que legitimam o controle judicial do ato.

Com tais considerações, não há fundamento para deixar de apreciar, em toda a sua amplitude, o ato ora impugnado. É o que passo a fazer.

Cumpra, porém, antes de adentrar no ponto nuclear da questão, traçar um perfil sumário do referido Fundo.

Por força do disposto no artigo 212, *caput*, da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são obrigados a aplicar, no mínimo, 25% de sua receita na manutenção e desenvolvimento do ensino. Na redação original do artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabeleceu-se prazo de dez anos para que o Poder Público empreendesse esforços para aplicar, ao menos, 50% dos recursos estabelecidos no artigo 212, para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental.

Com o advento da Emenda Constitucional n.º 14/96, o prazo inicialmente previsto restou prorrogado por mais dez anos, a contar da data de sua publicação, desta vez aumentando-se a proporção dos recursos públicos destinados à educação fundamental – que agora devem ser de pelo menos 60% dos recursos estabelecidos no artigo 212 –, bem como criou-se o FUNDEF, estipulando a origem dos recursos para a constituição do mencionado fundo, que passou a existir a partir de 1.º de janeiro de 1998.

O FUNDEF, a teor das suas normas de regência – Lei n.º 9.424/96, regulamentada pelo Decreto n.º 2.264/97 –, é fundo contábil, cujos recursos são provenientes do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, do Fundo de Participação dos Estados – FPE, do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, e do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI.

Estes recursos são aplicados para a manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização do magistério, e são distribuídos no âmbito de cada Estado e no Distrito Federal, na proporção do número de alunos matriculados anualmente nas escolas cadastradas, consideradas as matrículas da 1.ª à 8.ª séries do ensino fundamental. Conforme disposição da

Lei n.º 9.424/96, o custo por aluno será obtido de acordo com os níveis de ensino e tipos de estabelecimento.

A União somente complementarará os recursos destinados ao FUNDEF, no âmbito de cada Estado e no Distrito Federal, caso o valor destes recursos não alcance o mínimo definido nacionalmente. O valor mínimo anual por aluno é fixado por ato do Presidente da República, e seu cálculo é efetuado a partir da razão entre a previsão da receita total para o FUNDEF e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescido do total estimado de novas matrículas, cujos dados são extraídos do censo anual educacional realizado pelo Ministério da Educação.

A competência do Presidente da República para fixar o valor mínimo anual, encontra claro suporte no artigo 6.º, § 1.º, da Lei n.º 6.424/96.

Resta saber como deve ser feito o cálculo do valor mínimo anual por aluno (VMAA), cuja fórmula é prevista no mesmo artigo 6.º, *verbis*:

“Art. 6.º A União complementarará os recursos do Fundo a que se refere o art. 1.º sempre que, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.

§ 1.º O valor mínimo anual por aluno, ressalvado o disposto no § 4.º, será fixado por ato do Presidente da República e nunca será inferior à razão entre a previsão da receita total para o Fundo e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas, observado o disposto no art. 2.º, § 1.º, incisos I e I.” (*sic*).

Entendeu a douta sentença, acolhendo os argumentos trazidos pela União, que “a tese da obrigatoriedade da média ponderada nacional, como critério de fixação do VMAA [tese expendida pelo Município-apelante], confere à norma do art. 6.º, § 1.º, da Lei n.º 9.424/96 um sentido estrito, quando atribui rigor a expressões, rigor este que as mesmas não possuem”.

Aduz a União que o § 1.º, do artigo 6.º da Lei n.º 9.424/96,

menciona a palavra “Fundo”, no singular, enquanto que o seu artigo 1.º, seguindo a orientação do *caput* do artigo 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), refere-se aos “Fundos” instituídos em cada Estado e no Distrito Federal.

A análise da questão transcende o limitado âmbito da “densidade semântica” e da relativa indeterminação dos termos empregados na norma de referência. A controvérsia situa-se, sobretudo, no campo da densidade mandamental da norma, que não abrange somente os comandos e as fórmulas de vinculação nela expressas, mas também todo o arcabouço jurídico que lhe serve de superestrutura, este sim, capaz de delimitar o grau de discricionariedade do agente público.

Em qualquer caso, porém, assiste razão ao município recorrente. Senão vejamos.

Não se contesta a estadualização do FUNDEF. Ela decorre do artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. No entanto, os “Fundos” do artigo 1.º, e o “Fundo” do artigo 6.º, § 1.º, da mesma Lei n.º 9.424/96, referem-se a finalidades diversas, expressamente enunciadas na mesma norma.

O citado artigo 1.º apenas enuncia a natureza do fundo e suas características essenciais, bem como a origem de seus recursos. Já o artigo 6.º trata especificamente da complementação dos referidos fundos, pela União, em homenagem ao sistema incondicional de repartição de receita, adotado na espécie pela própria Constituição Federal. Não há, portanto, contradição entre os dois dispositivos, pois o segundo é dotado de especificidade com relação ao primeiro.

Por outro cobro, a boa regra de exegese ensina que o parágrafo deve ser interpretado em conformidade com o *caput* do artigo. No caso em apreço, a cabeça do artigo 6.º diz que: “A União complementarará os recursos do Fundo a que se refere o art. 1º sempre que, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.” Tratando o dispositivo em questão da complementação dos recursos do FUNDEF pela União, é forçoso reconhecer que a lei define claramente, como pressuposto da aludida complementação, a hipótese na qual o valor por aluno, nas diversas unidades federati-

vas, esteja aquém do mínimo definido nacionalmente.

O § 1.º do artigo em tela, por sua vez, não cuida da fórmula a ser empregada para a obtenção do valor mínimo ao qual se refere o *caput*, mas diz apenas que o VMAA “nunca será inferior à razão entre o total para o fundo e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas.”

Ora, se o VMAA é “nacionalmente definido”, e não pode ser inferior à “razão entre a previsão da receita **total** para o fundo e a matrícula **total** do ensino fundamental no ano anterior, acrescida do **total** estimado de novas matrículas”, não se pode atribuir ao termo “total”, que qualifica especialmente o “fundo”, a “receita” e a “matrícula”, senão o sentido de que essas variáveis também devem ser definidas nacionalmente.

Do contrário, ter-se-ia um “valor mínimo nacional para cada Estado”, o que é uma *contradictio in terminis*.

Ademais, analisando-se o rigor semântico do período “previsão da receita total **para** o fundo”, é de se notar que não se trata, aqui, da previsão das receitas **dos** respectivos fundos estaduais, tomados singularmente, mas da mera expressão contábil da soma dos recursos alocados àqueles diversos fundos, unicamente para compor a fórmula do cálculo do limite mínimo de fixação do VMAA pelo Presidente da República. Se não fosse assim, o legislador teria optado pelo emprego da expressão “previsão da receita total do fundo”.

E não se diga que o poder discricionário conferido ao Presidente da República, nos termos do artigo 6.º, *caput*, da Lei n.º 9.424/96, encontra-se imune a qualquer controle jurisdicional.

Com efeito, não convence a afirmação de que o valor mínimo nacionalmente definido pelo Presidente da República (VMAA) não se submete a qualquer limitação.

Na realidade, consubstancia verdadeiro sofisma inverter a ordem lógica de leitura dos dispositivos legais supracitados, para afirmar que, 1) se o § 1.º, do artigo 6.º, da Lei n.º 9.424/96, diz que a fórmula do VMAA não pode ser inferior à razão do valor do Fundo sobre o número de alunos matriculados, 2) o *caput* atribui ao Presidente da República competência para estipulá-lo, e 3) o artigo 1.º

institui os fundos nos diversos entes federativos, logo 4) o Fundo e o número de alunos matriculados, aos quais se refere o § 1.º do artigo 6.º, serão também definidos no âmbito estadual ou distrital.

Na verdade, o § 1.º do artigo 6.º da Lei n.º 9.424/96 estipula um piso para a sua fixação, que é média nacional descrita como a “razão entre o total para o fundo e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas”.

Retomando o que já foi dito, o Presidente da República poderá fixar o VMAA (nacional) no patamar que entender mais conveniente para a consecução de seu programa de governo (art. 6.º, *caput*, da Lei n.º 9.424/96), desde que esse valor mínimo seja superior à média nacional, que é quociente dos recursos totais (nacionais) do Fundo e da matrícula total (nacional) no ano anterior, acrescida do total (nacional) estimado de novas matrículas (§ 1.º, do artigo 6.º, da Lei n.º 9.424/96).

Outro sofisma é a interpretação “semântica” dada pela União ao texto legal em comento, que, no seu entender, permite ao Presidente da República a fixação de um VMAA em cada Estado (artigo 6.º, *caput*, Lei n.º 9.424/96), vedando apenas a sua estipulação em valor inferior ao menor dentre os quocientes apurados nos Estados.

Em primeiro lugar, a União reconhece, com tal formulação, que o poder discricionário do Presidente da República é limitado pelo patamar mínimo do § 1.º, do artigo 6.º, da Lei n.º 9.424/96.

Depois, as variáveis da fórmula daquele “piso” são definidas em termos nacionais, conforme já se demonstrou.

Por último, a noção de “valor mínimo” não contradiz a de “valor médio”, para efeitos de aplicação do VMAA, pois da exegese da norma de referência extrai-se que o Presidente da República não é obrigado a fixar um determinado valor mínimo nacional, mas, necessariamente, não poderá fixá-lo abaixo de um patamar, que é uma média nacional, obtida mediante a aplicação de uma fórmula claramente contida no texto legal.

Ademais, pretender que a Lei n.º 9.424/96 restrinja a discricionariedade do Presidente da República, apenas no sentido de proi-

bi-lo de fixar o VMAA com base no menor quociente entre receita vinculada ao Fundo e matrícula total, é, como disse Ricardo Chaves de Rezende Martins<sup>13</sup>, tornar a lei inócua, pois admitiria a hipótese de inviabilizar a complementação do Fundo pela União.

Nesse passo, é de fundamental importância ressaltar que Constituição Federal erigiu o acesso universal à educação básica à categoria de direito fundamental do cidadão, disso resultando que as normas infraconstitucionais que regem a matéria devem ser interpretadas à luz daquele princípio superior encartado na Lei Maior.

O artigo 60, § 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 14/96, adotou como mecanismo de repartição igualitária dos recursos destinados ao FUNDEF a sua complementação pela União, quando o valor mínimo por aluno, nos Estados e no Distrito Federal, não alcançar o mínimo nacionalmente estipulado.

A questão do direito fundamental à educação, e sua correlação com o FUNDEF, foi examinada com muita propriedade pelo Ministério Público Federal, no parecer da Procuradora Regional Dra. Vera Maria Nunes Michels, ofertado nos autos da Apelação Cível n.º 2000.72.03.000717-9/SC, em curso no Tribunal Regional Federal da 4.ª Região.

“(...) [Deve] ser mantida a r. sentença recorrida, que julgou improcedente a pretensão, porque com precisão e coerência examinou a finalidade que o legislador constituinte derivado teve ao criar o FUNDEF, através da EC n.º 14/96, ou seja, a socialização de receitas, para posterior redistribuição. Se o Município autor recebe valores menores do que os anteriormente contribuídos, diversos outros menos desenvolvidos economicamente recebem mais. No que se refere à implementação do direito fundamental à educação, o mais importante é que todas as crianças brasileiras possam dispor, ao menos, do ensi-

---

<sup>13</sup> *Direito à Educação: uma questão de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 185.



no fundamental, indiscutivelmente assegurado pela atual Carta.

Também entendo que o FUNDEF, criado pela EC n.º 14/96, foi um instrumento inovador que possibilitou a articulação entre os três níveis de governo, dentro de uma política de igualdade e equilíbrio, distribuindo os recursos vinculados ao ensino obrigatório entre cada Estado e seus Municípios, conforme o número de alunos atendidos em suas respectivas redes de ensino.

Conforme lapidarmente focado nas contra-razões da União, fl. 259, “não se pode conceber uma Federação forte quando existem membros extremamente desiguais com encargos iguais. O quadro anterior à EC n.º 14/96, continha graves distorções exatamente porque constatava-se com freqüência que os Municípios mais ricos não aplicavam 25% de suas receitas na educação fundamental obrigatória e na educação infantil, destinando parte significativa dos recursos ao ensino médio e mesmo ao ensino superior, quando não lhe davam destinação diversa. Desta forma, como o FUNDEF veio corrigir as desigualdades entre os entes federados, possibilitando a distribuição de recursos vinculados à educação de forma mais equânime entre os Municípios e o Estado, não tem razão o apelante, pois certamente terá ele sempre uma receita compatível com os seus encargos por aluno/ano.”

Assim entendida, a Lei n.º 9.424/96 destina-se, naquilo que pertine à complementação dos recursos do FUNDEF, a assegurar o quanto possível a concretização do direito fundamental à educação básica – que muitas vezes recai sobre Municípios extremamente pobres, como ocorre com freqüência na Região Nordeste – mediante a repartição igualitária dos recursos destinados aos Fundos instituídos nos entes federativos, em homenagem ao princípio da universalização do acesso à educação fundamental.

É claro que seria ideal que o valor do FUNDEF por matriculado fosse equivalente à maior média estadual, mas a solução mais

conforme à Constituição – imposta, aliás, pela Lei n.º 9.424/96 – é a de definir como piso do valor mínimo nacional um valor médio, também nacional, senão as inaceitáveis disparidades regionais na Educação nunca seriam eliminadas, ou pelo menos atenuadas. Para se ter um exemplo, segundo dados do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (site <http://www.inep.gov.br/saeb>), que realizou em 2004, pelos mesmos critérios, a avaliação do ensino fundamental e médio em todo o País, os alunos da 4.ª série do ensino público fundamental, em Minas Gerais, obtiveram médias mais altas, nas provas de matemática, do que os estudantes do 3.º ano do ensino público médio de Sergipe.

O Censo nacional de 2000 ([www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br)), revela com clareza a desigualdade regional, quando constata uma relativa homogeneidade das taxas de analfabetismo, entre os brasileiros de 15 a 19 anos, nas Regiões Sul (1,5%), Sudeste (1,9%), Centro-Oeste (2,2%), enquanto que a Região Nordeste ainda padece com o índice de 10,7%, naquela faixa etária, ou seja, pelo menos cinco vezes mais que nas demais regiões, e mais que o dobro da taxa nacional, que é de 5,0%.

E não é por coincidência que as Regiões mais ricas do Brasil apresentam uma situação educacional menos precária do que as mais pobres, pois isso se deve, em grande medida, à maior disponibilidade de recursos públicos aos Estados e aos Municípios do Centro-Sul do País, fenômeno que se explica, também, pela maior arrecadação tributária nas regiões com maior grau de desenvolvimento econômico.

Abstraindo, por um só momento, a clara redação da Lei n.º 9.424/96 – circunstância que bastaria para fulminar de ilegalidade a prática da Administração Federal – a análise, sob a perspectiva do Direito, dos atos defendidos pela recorrida-União, revela a sua incompatibilidade com os princípios constitucionais acima referidos.

Definir o valor mínimo nacional “por Estado”, como já foi dito, é absurdo. Ainda que tal critério não ferisse a literal disposição da lei, nem assim seria admissível, pois não atenderia ao princípio da universalização do acesso à educação básica, muito menos ao princípio da diminuição das desigualdades regionais.

Igualmente inaceitável é a utilização como valor mínimo nacional (VMAA), do menor valor médio por aluno encontrado nos Estados, já que, mesmo na hipótese de o Presidente da República fixar um VMAA superior ao menor quociente estadual, porém menor do que a média nacional, não seria este o critério mais adequado para efetivar o mandamento constitucional, pois, em homenagem ao que disse a douta Procuradora da República já citada, limita arbitrariamente, ao arrepio da Lei n.º 9.424/96, a concretização da diretriz constitucional de “corrigir as desigualdades entre os entes federados, possibilitando a distribuição de recursos vinculados à educação de forma mais equânime entre os Municípios e o Estado” (artigo 3.º, inciso III, da Constituição). Isto sem mencionar que, levado ao seu extremo, a sistemática defendida pela Administração Federal inviabilizaria qualquer hipótese de repartição.

Nesse contexto, a complementação dos recursos do FUNDEF, servindo aos princípios emanados da Constituição Federal, é instrumento de erradicação do analfabetismo, de universalização da educação fundamental, e de diminuição das disparidades regionais, nisto residindo a *mens legis* vinculante do ato em apreciação.

Portanto, o grau de discricionariedade conferido ao Presidente da República, na fixação do VMAA, não é absoluto, encontrando limites constitucionais e legais nos artigos 212 da Constituição, e 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, por sua vez inspiradores da fórmula do § 1.º, do artigo 6.º, da Lei n.º 9.424/96. Na hipótese, o ato em questão revela-se alheio aos aludidos mandamentos constitucionais e legais, não podendo, assim, subsistir.

Por derradeiro, diante do reconhecimento da ilegalidade da forma de cálculo do VMAA empreendida nos atos atacados, perde o objeto a pretensão do Município apelante, quanto ao repasse das parcelas incontroversas dos anos de 2000 e 2001.

Nada obstante, adquire relevância o pedido do município para a condenação da União ao repasse dos valores devidos a título de complementação do FUNDEF, em virtude da aplicação da sistemática efetivamente prevista no § 1.º, do artigo 6.º Lei n.º 9.424/96, que não admite a estipulação do VMAA em patamar inferior à mé-

dia nacional obtida através da razão entre o somatório dos valores destinados aos diversos fundos estaduais, e o número total de alunos matriculados no ensino fundamental, em todo o País, acrescido da previsão de novas matrículas.

O cálculo de tais verbas deverá ser efetuado na fase de liquidação, de acordo com a fórmula supracitada, com efeito retroativo aos exercícios financeiros findos desde 1.º de janeiro de 1998, porém não de maneira irrestrita, como pretende o apelante, mas observando-se a prescrição quinquenal, a contar da data do despacho judicial que ordenou a citação da União Federal (artigos 1.º, do Decreto n.º 20.910/32, e 212, do Código Civil).

Ante o exposto, rejeito a preliminar, nego provimento à apelação da União, e dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação do Município de Branquinha/AL, para declarar, apenas no âmbito da presente relação processual, a ilegalidade dos Decretos Presidenciais que, a partir da vigência da Lei n.º 9.424/96, fixaram o Valor Mínimo Anual por Aluno (VMAA), para fins de complementação dos recursos do FUNDEF, em patamar inferior ao mínimo estipulado pelo art. 6.º, § 1.º daquela norma, qual seja, a média nacional obtida através da razão entre o somatório dos valores destinados aos diversos fundos estaduais, e o número total de alunos matriculados no ensino fundamental, em todo o País, acrescido da previsão de novas matrículas.

Outrossim, condeno a União a fixar doravante o VMAA com observância dos requisitos legais supracitados, bem como a efetuar o repasse das diferenças vencidas, nos termos já referidos, observada a prescrição quinquenal.

Em decorrência da sucumbência, a União deverá arcar com os honorários advocatícios, os quais, de acordo com o artigo 20, § 4.º, do Código de Processo Civil, arbitro à razão de 1% sobre o valor da condenação. Incabível a condenação da União ao pagamento das custas e despesas processuais, por força do disposto no artigo 4.º, § 1.º, da Lei n.º 9.289/96.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 353.999-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
E MARIA AURENTINA DOS SANTOS  
Repte: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE  
Apelados: OS MESMOS  
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ BARROS CORREIA E OUTROS

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PERSISTÊNCIA DA CONDIÇÃO INCAPACITANTE. AUTORA COM IDADE AVANÇADA. COMPROVAÇÃO. LAUDO MÉDICO PERICIAL. SUSPENSÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA. IMPOSSIBILIDADE. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA E DO PROCESSO DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 62 DA LEI Nº 8.213/91. OCORRÊNCIA. TERMO A QUO DO RESTABELECIMENTO. DATA DA SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. HONORÁRIOS. PERCENTUAL DE 10%, INCIDENTES SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. ART. 20, § 3º, DO CPC.**

*- Não é de se admitir a suspensão de benefício de auxílio-doença da autora se resta comprovada a sua incapacidade para as atividades laborativas, e não houve processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade, mormente quando o benefício foi suspenso com desrespeito ao princípio constitucional da ampla defesa.*

*- Persistindo a condição incapacitante da autora, o termo a quo para o restabelecimento do benefício deve ser a data da suspensão irregular.*

*- O percentual dos honorários advocatícios, arbitrados em 10%, deve incidir sobre o valor da condenação. Inteligência do art. 20, § 3º, do CPC.*

**- Apelação do INSS improvida. Apelação da autora provida.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação do INSS e dar provimento à apelação da autora, 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, 17 de março de 2005 (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 restabelecimento do auxílio-doença da autora, bem como a condenação do INSS no pagamento das prestações atrasadas.

Citado, o INSS ofereceu contestação, aduzindo que o benefício de auxílio-doença da autora foi cessado administrativamente por ter sido constatado que a mesma não mais preenchia os requisitos mínimos da legislação pertinente para a manutenção do aludido benefício. Requereu a improcedência da ação.

Réplica à contestação (fls. 43/45).

Despacho determinando a produção de prova pericial (fls. 47).  
Quesitos (fls. 48; 50/51).

Laudo pericial (fls. 66/70).

Manifestação da autora (fls. 91/92). Manifestação do INSS (fls. 94/95).

O MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o INSS na reimplantação do auxílio-doença, além do pagamento das parcelas devidas, desde a data do laudo pericial, devidamente corrigidas e acrescidas de juros de mora de 1% ao

mês. Condenou, ainda, o INSS em custas e honorários advocatícios, fixados em 10%, sobre o valor da causa.

O INSS apela da sentença, requerendo a sua reforma, aduzindo que a suspensão do benefício não foi realizada imotivadamente, uma vez que foram realizados exames médicos periódicos, sendo constatado, em dado momento, a ausência de incapacidade. Aduz, ainda, que o disposto no art. 62 da Lei nº 8.213/91 só se aplica para os casos de impossibilidade de recuperação para as suas atividades habituais.

A autora apela de parte da sentença, requerendo a sua reforma, aduzindo que o termo *a quo* do restabelecimento, seja a data da suspensão do benefício, e que o percentual dos honorários incidida sobre o valor da condenação.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

A questão debatida no presente recurso versa sobre a possibilidade de restabelecimento do benefício de auxílio-doença, bem como a condenação do Instituto no pagamento das prestações atrasadas, desde a data da suspensão.

Nota-se, inicialmente, que a suspensão do benefício do autor se realizou de forma unilateral, sem a presença do contraditório e da ampla defesa.

Princípio basilar da democracia, o direito ao contraditório e à ampla defesa está consagrado na Constituição Federal em seu art. 5º, LV, que assim dispõe, *in verbis*:

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A egrégia Segunda Turma deste Tribunal, no julgamento da AMS nº 889/CE, cujo Relator foi o eminente Ministro José Delgado, então Juiz deste Tribunal, assim se pronunciou sobre o tema, *in verbis*:

**“BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. SUSPENSÃO SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE.**

I - A administração pública, ao expedir atos administrativos, faz gerar para os mesmos a presunção de legitimidade. Se tais atos produzem, de imediato, efeitos patrimoniais fundados em direitos subjetivos reconhecidos, como é o caso de concessão de aposentadorias previdenciárias, só podem ser invalidados, ‘a posteriori’, graças ao direito de revisão outorgado à administração pública quanto ao seu próprio atuar, se houver rigorosa obediência ao devido processo legal. Essa garantia constitucional não pode, por qualquer motivo, deixar de ser respeitada em um Estado de Direito.

II - Controle da legalidade da atividade administrativa que se impõe seja feito pelo Poder Jurisdicional.

III - Concessão de mandado de segurança que se confirma”. (Publ. no *DJ* de 28.11.89)

Analisando a perícia realizada na autora, verifico que o Médico José Reinaldo de Melo Paes concluiu que a autora está incapacitada para o exercício de qualquer tipo de trabalho, conforme trechos abaixo transcritos, *in verbis*:

**“CONCLUSÃO**

A autora está totalmente incapacitada para o desempenho de qualquer tipo de trabalho.” (fls. 70)

Considerando a idade avançada da autora, com 51 (cinquenta e um) anos, na época da realização do exame médico pericial, e a conclusão do laudo acima referido, entendo comprovada a persistência da patologia que deu origem ao benefício, sendo necessário o seu restabelecimento, mormente quando o benefício foi suspenso com desrespeito ao princípio constitucional da ampla defesa, e sem realização de processo de reabilitação profissional, previsto no art. 62 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

“Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabili-



tação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez”.

Quanto ao termo inicial do restabelecimento do auxílio-doença, entendo que deve ser a data da suspensão, uma vez que restou comprovada a persistência da patologia incapacitante da autora.

Quanto ao percentual dos honorários, entendo que deve incidir sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

Com essas considerações, nego provimento à apelação do INSS e dou provimento à apelação da autora, para que o termo *a quo* do restabelecimento, seja a data da suspensão do auxílio-doença, bem como para que o percentual dos honorários incida sobre o valor da condenação.

É como voto.

### **APELAÇÃO CÍVEL Nº 354.986-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelado: JOSÉ MARTINS DA COSTA  
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE  
Adv./Proc.: DR. CRISTIANO CESAR BRAGA DE ARAGÃO CABRAL (APDO.)

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. SEGURIDADE SOCIAL. EXERCENTES DE MANDATO ELETIVO. VEREADOR. SEGURADO OBRIGATÓRIO. FONTE DE CUSTEIO: RENDIMENTOS PERCEBIDOS EM RAZÃO DO CARGO ELETIVO. DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR À LUZ DO DIS-**

**POSTO NO ART. 195, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL COM A REDAÇÃO DADA PELA EC 20/98. ALÍNEA J DO ART. 12 DA LEI Nº 8.212/91 COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 10.887/2004. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL JULGADAS PROVIDAS.**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e do que consta nas notas taquigráficas que integram o presente julgado.

Recife, 10 de maio de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

**RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Cuida-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em face de José Martins da Costa, qualificado nos autos como vereador, visando a reforma da sentença proferida pelo Juiz Federal substituto da 1ª Vara em Sergipe.

A teor da sentença recorrida, foi julgado procedente o pedido de inexistência de tributo cumulado com repetição de indébito, para determinar que a autarquia-apelante se abstenha de efetuar a cobrança da contribuição previdenciária de que trata o parágrafo primeiro do artigo 13 da Lei nº 9.506/97, sobre os subsídios do autor-apelante, bem como para que esta restitua os valores indevidamente recolhidos, a título da referida contribuição, devidamente corrigidos em conformidade com o que determina o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal (Resolução nº 242/CJF, de 3.07.2001).

Alega a apelante que a sentença merece ser reformada porque: a) não é preciso lei complementar para criar a exação questi-

onada; que os vereadores estão no universo dos trabalhadores; que o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 351.717-7, que fundamentou a sentença recorrida, deu-se em sede de controle difuso, em ação ajuizada anteriormente à Emenda Constitucional nº 20/98, que acresceu o inciso II ao artigo 195 da Constituição Federal; que assim o artigo 13, parágrafo primeiro, da Lei nº 9.506/97, que deu nova redação ao artigo 12, inciso I, alínea *h*, da Lei nº 8.212/91, não se ressentiu de qualquer vício de inconstitucionalidade; que houve uma constitucionalização superveniente; que a decisão do STF no recurso extraordinário mencionado considerou a redação da Constituição anterior à EC nº 20/98; que na nova redação constitucional os agentes políticos estão incluídos e, portanto, plenamente constitucional a cobrança em tela após a EC nº 20/98, e que afastada a reserva de lei complementar, a Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, que acresceu a alínea *j* ao inciso I do artigo 12 da Lei nº 8.212/91, incluiu os exercentes de mandato eletivo federal, estadual ou municipal no regime geral de Previdência Social, desde que não vinculado a regime próprio de previdência.

Contra-razões apresentadas no sentido de que os que exercem mandato eletivo não podem ser considerados trabalhadores para fins de contribuição patronal; que somente com a EC nº 20/98 passou a inexistir empecilho para que lei ordinária pudesse vir a considerar os agentes políticos segurados do regime geral de previdência e com isso lhe exigir contribuição, nos moldes em que fez a Lei 9.506/97, editada anteriormente à Emenda Constitucional nº 20/98 e que a contribuição *sub judice* só pode ser instituída mediante Lei Complementar. Por fim, apenas por precaução, prequestiona a matéria.

É o relatório.

## VOTO

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

A teor da sentença recorrida, entendeu o juiz *a quo* ser inexigível a contribuição previdenciária incidente sobre os subsídios dos agentes políticos, no caso, do vereador, considerando a decisão do Supremo Tribunal Federal julgando inconstitucional a alínea *h*

do inciso I do artigo 12 da Lei nº 8.212/91, com a redação da Lei nº 9.506/97, que inclui como segurado obrigatório da Previdência Social o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, lastreado em voto do Min. Carlos Velloso, ao julgar o Recurso Extraordinário 351.717/PR, manifestou-se, *verbis*:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL: PARLAMENTAR: EXERCENTE DE MANDATO ELETIVO FEDERAL, ESTADUAL ou MUNICIPAL. Lei 9.506, de 30.10.97. Lei 8.212, de 24.7.91. CF, art. 195, II, sem a EC 20/98; art. 195, § 4º; art. 154, I, I. – A Lei 9.506/97, § 1º do art. 13, acrescentou a alínea *h* ao inc. I do art. 12 da Lei 8.212/91, tornando segurado obrigatório do regime geral de previdência social o exercente de mandato eletivo, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social. II. – Todavia, não poderia a lei criar figura nova de segurado obrigatório da previdência social, tendo em vista o disposto no art. 195, II, CF. Ademais, a Lei 9.506/97, § 1º do art. 13, ao criar figura nova de segurado obrigatório, instituiu fonte nova de custeio da seguridade social, instituindo contribuição social sobre o subsídio de agente político. A instituição dessa nova contribuição, que não estaria incidindo sobre “a folha de salários, o faturamento e os lucros” (CF, art. 195, I, sem a EC 20/98), exigiria a técnica da competência residual da União, art. 154, I, *ex vi* do disposto no art. 195, § 4º, ambos da CF. É dizer, somente por lei complementar poderia ser instituída citada contribuição. III. – Inconstitucionalidade da alínea *h* do inc. I do art. 12 da Lei 8.212/91, introduzida pela Lei 9.506/97, § 1º do art. 13. IV. – R. E. conhecido e provido”. (Ementa de Ac., un. do Pleno do STF, aos 08/10/2003, no RE 351717/PR, rel.: Min. Carlos Velloso, pub. *DJ* de 21/11/2003, p. 10).

Ao ensejo do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 334.794-2 – Paraná, o Supremo Tribunal Federal tornou a se manifestar:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL: PARLAMENTAR: EXERCENTE DE MANDATO ELETIVO FEDERAL, ESTADUAL OU MUNICIPAL. Lei 9.506, de 30.10.97. Lei 8.212, de 24.7.91. CF, art. 195, II, sem a EC 20/98; art. 195, § 4º; art. 154, I.

I. – A Lei 9.506/97, § 1º do art. 13, acrescentou a alínea *h* ao inc. I do art. 12 da Lei 8.212/91, tornando segurado obrigatório do regime geral de previdência social o exercente de mandato eletivo, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social.

II. – Todavia, não poderia a lei criar figura nova de segurado obrigatório da previdência social, tendo em vista o disposto no art. 195, II, CF. Ademais, a Lei 9.506/97, § 1º do art. 13, ao criar figura nova de segurado obrigatório, instituiu fonte nova de custeio da seguridade social, instituindo contribuição social sobre o subsídio de agente político. A instituição dessa nova contribuição, que não estaria incidindo sobre “*a folha de salários, o faturamento e os lucros*” (CF, art. 195, I, sem a EC 20/98), exigiria a técnica da competência residual da União, art. 154, I, *ex vi* do disposto no art. 195, § 4º, ambos da CF. É dizer, somente por lei complementar poderia ser instituída citada contribuição.

III. – Inconstitucionalidade da alínea *h* do inc. I do art. 12 da Lei 8.212/91, introduzida pela Lei 9.506/97, § 1º do art. 13. RREE 351.717/PR e 351.717-ED/PR (Plenário, 08.10.2003 e 05.02.2004, respectivamente).

IV. – R. E. conhecido e provido. Agravo não provido”. (Ementa de Ac. da Segunda Turma do STF, aos 10/02/2004, un., no Ag.Reg. no RE 334.794/PR, rel.: Min. CARLOS VELLOSO, pub. DJU 05.03.2004).

O entendimento do STF pauta-se, como se vê, no pressuposto de que houve criação de uma nova contribuição, à medida que se criou figura nova de segurado obrigatório e fonte nova de custeio, hipótese para a qual se exige lei complementar, que inexistiu.

Ocorre que o autor foi eleito no pleito de 1º de outubro de 2000, sendo empossado em janeiro de 2001, como consta na exordial, portanto, quando a Constituição Federal já havia sofrido a Emenda Constitucional nº 20, que data de 1998, modificando o sistema de previdência social, e cujos termos não foram levados em conta ao ensejo do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 351.717/PR.

A teor da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, o artigo 195 da Constituição da República Federativa do Brasil passou a vigorar com a seguinte redação, *verbis*:

Art. 195 - .....

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201”

Nestes termos, com a ampliação da linguagem constitucional, não resta dúvida de que os exercentes de mandatos eletivos são segurados obrigatórios da previdência social sem qualquer mácula ao ordenamento jurídico-constitucional e, inclusive, sem desrespeito ao entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Como o sistema previdenciário no Brasil é contraprestativo, resulta daí que, sendo segurado obrigatório, deve sê-lo contribuinte obrigatório.

O inciso II do artigo 195 da Constituição Federal reporta-se às

contribuições advindas não só do trabalhador, mas dos “demais segurados da previdência social”, o que denota a preocupação do órgão legislativo com a abrangência do financiamento da seguridade social, coerentemente com o disposto no *caput* do dispositivo, que estabelece o financiamento da seguridade social por toda a sociedade.

Não bastasse, na expressão “demais segurados da previdência social” do inciso II do artigo 195 da Constituição Federal, não há óbice que os exercentes de mandatos eletivos estejam açambarcados.

Segurados “são as pessoas físicas que exercem, exerceram ou não atividade, remunerada ou não, efetiva ou eventual, com ou sem vínculo empregatício”. (Cf. MARTINS, Sérgio Pinto – Direito da seguridade social. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 101).

Ora, na expressão constitucional, amolda-se perfeitamente a figura do exercente de mandato eletivo como contribuinte da previdência social, como agente político que é, seja no âmbito federal, seja no estadual, ou no municipal, pois percebe rendimentos pelo trabalho que, pelo menos, teoricamente, deve realizar, sem vínculo empregatício, em razão do cargo público, no caso, eletivo, que ocupa.

Por fonte de custeio, entende-se, “os meios econômicos e, principalmente, financeiros obtidos e destinados à concessão e à manutenção das prestações da seguridade social” (Ob. cit., id., p. 85).

A teor do dispositivo referido, nota-se também a preocupação do legislador com a criação dos meios financeiros destinados à concessão e à manutenção das prestações para a seguridade social, qual seja a correspondente fonte de custeio, resultante dos respectivos rendimentos percebidos por esses demais segurados, de maneira que não há que se cogitar de ausência da definição de segurado e da necessária fonte de custeio já no texto constitucional, dispensando assim a exigência de lei complementar de que trata o artigo 154, I, da Constituição Federal.

Afastada a necessidade de lei complementar, observo ainda que foi editada a Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, incluindo a

alínea *j* ao artigo 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que contempla como contribuinte obrigatório da previdência social o exercente de mandato eletivo, das três esferas de governo, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social.

Como *in casu* a questão da vinculação do autor-apelante a regime próprio de previdência social não foi sequer suscitada, muito menos provada, sobeja o entendimento de que deve submeter-se o autor-apelante ao regime geral da previdência social, não havendo que se suspender a respectiva contribuição previdenciária, nem se proceder a nenhuma restituição.

Ante as considerações esposadas, dou provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

### **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 3.592-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO  
Apelante: HORÁCIO DE QUEIROZ MONTEIRO  
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA  
Adv./Proc.: DR. NILZARDO CARNEIRO LEÃO (APTE.)

***EMENTA: PROCESSO PENAL. ART. 168-A DO CP. DOLO ESPECÍFICO. ANIMUS REM SIBI HABENDI. NÃO DEMONSTRADO. DIREITO À COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS DECLARADO POR SENTENÇA CIVIL TRANSITADA EM JULGADO. REPERCUSSÃO NA ESFERA PENAL. CRÉDITO SUPERIOR AO VALOR DEVIDO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL PROVIDA.***

***- É omissivo o delito tipificado no art. 168-A do Código Penal; todavia, a possibilidade real de agir deve ser imanente à própria conduta. Sendo a causa impeditiva do recolhimento das contribui-***



*ções previdenciárias descontadas, as dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa, não de ser analisadas no próprio tipo, como pressuposto objetivo, matéria antes tratada na esfera da antijuridicidade (estado de necessidade) ou da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa). Se há justificativa para o não recolhimento, não existe a consciência e a vontade de delinquir, o que afasta o dolo e, em decorrência, o crime.*

*- No Direito Penal não existe a responsabilidade objetiva, sem dolo ou culpa. Não havendo forma culposa para o tipo penal em espécie, na falta do dolo não há a correspondência entre o tipo incriminador e a conduta do Apelante.*

*- Pensar de outro modo, é concorrer para punir o réu pela prática de um ilícito fiscal - o não pagamento de dívida -, o que importaria em menoscabo à Constituição Federal e ao Pacto de San Jose da Costa Rica que, em princípio, vedam a prisão por dívida.*

*- Embora haja prova do não recolhimento, a tempo e modo, das contribuições previdenciárias devidas, não existe prova da efetiva apropriação do quantum arrecadado, a caracterizar o animus rem sibi habendi elementar do tipo penal sob exame.*

*- O Apelante faz jus à compensação de tributos reconhecida por sentença transitada em julgado, confirmada nas Instâncias Superiores, inclusive por essa Corte, nos autos da Remessa Ex Officio nº 123.985-PE.*

*- Com o trânsito em julgado da citada decisão, que ocorreu em 5 de agosto de 2002, há um obstáculo intransponível à persecução criminal, por flagrante falta de justa causa, visto que o crédito a receber supera o valor devido aos cofres do INSS. Se no âmbito civil, já foi apreciada a questão da compensação dos créditos, a força da*

***coisa julgada aí produzida perpassa para a esfera penal, impondo-se a absolvição do réu.  
- Apelação criminal provida.***

## **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, absolver Horácio de Queiroz Monteiro, 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, 13 de janeiro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Cuida-se de Apelação Criminal manejada por Horácio de Queiroz Monteiro contra a sentença da lavra do MM. Juiz Federal da 13ª Vara de Pernambuco, que o condenou pela prática do delito tipificado no art. 168-A c/c o art. 71, ambos do Código Penal, à pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a qual foi convertida em restritiva de direito, a teor do art. 44 do referido Diploma Legal, consistente na prestação de serviços a uma entidade pública, a ser definida pelo Juízo das Execuções, cumulada com o pagamento de 200 dias-multa, arbitrado cada dia em um quarto do salário mínimo vigente à época da execução.

Segundo a denúncia, o acusado, como responsável pela administração da empresa REASA – Recife Automóveis S/A, promoveu, no período de outubro de 1999 a junho de 2001, descontos das contribuições previdenciárias de seus funcionários e não os repassou ao Órgão Previdenciário, resultando na NFLD nº 35.387.063-6, imputando à empresa um débito total de R\$ 171.711,42, sendo R\$ 131.519,24 a título de valor sonegado e o

restante como juros de mora e multa.

Afirma, ainda, que o acusado reteve valores devidos ao INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, os quais foram cobrados em nota fiscal de prestação de serviços referentes a contribuições devidas pelo respectivo prestador, a teor do art. 31, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela MP nº 1663-15, de 23-10-1998, posteriormente convertida na Lei nº 9.711, de 21-11-1998.

Nas suas razões recursais, pugna o Apelante pela sua absolvição, sob o fundamento de que a presente ação criminal não poderia ter sido iniciada, ante a existência de créditos tributários compensáveis, o que excluiria o débito que foi imputado à empresa pelo INSS; sustenta, outrossim, que o motivo para o não recolhimento das contribuições previdenciárias foi que a empresa passava por sérias dificuldades financeiras, não tendo condições de adimplir com suas obrigações para com a Previdência Social, de sorte que não teria restado configurado o dolo específico, necessário para o enquadramento legal na hipótese do art. 168-A do CP.

Contra-razões apresentadas às fls. 247/254.

O opinativo da douta Procuradoria Regional da República foi no sentido do improvimento da Apelação Criminal (fls. 262/267).

É o relatório. Ao eminente Revisor.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Com o devido respeito aos pensamentos divergentes, merece ser reformada a sentença vergastada.

Em relação ao tipo de que cuida o art. 168-A, parte da jurisprudência optou por sufragar o entendimento (ao qual em princípio me afiliei), de que se tratava de crime omissivo puro, cujo elemento subjetivo esgotar-se-ia no próprio tipo, ou seja, estaria consumado com o simples fato de se deixar de repassar à Previdência Social, a tempo e modo, as contribuições descontadas dos contribuintes (leia-se, dos empregados – sentido amplo da expressão)

Todavia, após uma melhor reflexão, e em face do grande nú-

mero de ações envolvendo esse tipo penal, pareceu-me haver uma distorção do meio utilizado, tendo-se em vista o fim colimado; ou dizendo de outra forma, entre a necessidade de punir uma conduta penalmente relevante e a tentativa de utilização do Poder Judiciário ao feitiço de uma agência de cobranças, quando a Administração não dispusesse de outros meios para compelir o contribuinte a adimplir as obrigações tributárias em figurasse ele (o contribuinte) como sujeito passivo da relação obrigacional.

Atento a essa particularidade, passei a endossar a tese contrária entendendo que, para a caracterização do ilícito referido nos autos, seria necessária a demonstração da existência efetiva do *animus* (por parte do contribuinte – o responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias) de reter para si ou em favor de outrem os valores em disputa, e deles dispor como bens de que fosse proprietário.

Todavia, no tocante à análise da culpabilidade nos crimes omissivos puros, penso que não pode aquela ser cindida do próprio ato considerado, em tese, típico.

Sob o influxo da asserção consignada no tópico antecedente, penso que a possibilidade concreta de agir (ou de não agir) há de ser imanente à própria conduta.

As causas impeditivas do recolhimento das contribuições descontadas dos empregados, foram as dificuldades financeiras enfrentadas ao tempo dos fatos pela empresa.

Hão de ser aquelas (as causas impeditivas) analisadas no próprio tipo, como pressuposto objetivo, matéria antes tratada na esfera da antijuridicidade (estado de necessidade) ou da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa).

Sendo assim, se houve uma justificativa concreta para o não recolhimento, a tempo e modo, das contribuições previdenciárias em disputa, penso que se deve afastar da conduta a existência de uma consciência, de um desiderato (vontade) de delinquir e, com assim, afasta-se o dolo e, por decorrência, o ilícito penal.

Dado que no Direito Penal não existe a responsabilidade objetiva, sem dolo ou culpa, não havendo forma culposa para o tipo penal em espécie, na falta do dolo, não há a correspondência en-

tre o tipo incriminador e a conduta do Apelante, à míngua do elemento subjetivo exigido.

Penso, portanto, que no caso concreto, não se trata de mera *ausência de culpabilidade*, mas de inexistência de crime, ante a ausência da elementar subjetiva do ilícito (o dolo).

Este Tribunal prestigia esse entendimento, consoante se vê dos arestos que a seguir transcrevo:

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DENÚNCIA QUE DESCREVE FATO ATÍPICO. REJEIÇÃO

- A lei penal não pode descrever como crime o mero não pagamento, posto que não é lícito ao legislador comum contornar proibição inserta na Lei Maior, que vedou a prisão por dívidas, ressalvadas as exceções que ela própria consagrou.

- O crime de apropriação indébita previdenciária não se exaure com o mero deixar de pagar, exigindo dolo específico de se apropriar dos valores, iludindo o fisco, razão por que não comete o crime quem registra todos os débitos em sua contabilidade e não dispõe de ativos suficientes para a quitação dos tributos questionados.

- A denúncia, para ser apta, deve conter a descrição de todos os elementos constitutivos do ilícito.

Recurso improvido.”

(Tribunal - Quinta Região, RSE - 631/CE, Primeira Turma, Decisão: 20/05/2004, DJ - Data: 05/07/2004 - Página: 876 - Nº: 127, Desembargador Federal Francisco Wildo)

“PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. APROPRIAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ARTIGO 168-A DO CÓDIGO PENAL. EXIGÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. INOCORRÊNCIA. ATÍPICA DA CONDUTA.

- É imprescindível à caracterização, tanto do crime

de apropriação indébita como das modalidades equiparadas, no caso, a apropriação de contribuições sociais, que o agente tenha agido dolosamente.

- É necessária a prova inequívoca da ocorrência do dolo específico, consistente no especial fim de agir o réu com intenção de não restituir aos cofres públicos a contribuição previdenciária descontada da folha de salários.

- Improvado o dolo específico, não se tipifica o crime capitulado no art. 168-A do Código Penal.” (TRIBUNAL - QUINTA REGIAO, ACR - 3236/PE, Terceira Turma, Decisão: 20/05/2004, DJ - Data: 15/06/2004 - Página: 369 - Nº: 113, Desembargador Federal Rivaldo Costa)

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES DEDUZIDAS. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA

1. A lei penal não pode descrever como crime o mero não pagamento, posto que não é lícito ao legislador comum contornar proibição inserta na lei maior, que vedou a prisão por dívidas, ressalvadas as exceções que ela própria consagrou;

2. O crime de apropriação indébita previdenciária não se exaure com o mero deixar de pagar, exigindo dolo específico de se apropriar os valores, iludindo o fisco, razão por que não comete o crime quem registra todos os débitos em sua contabilidade e não dispõe de ativos suficientes para a quitação dos tributos questionados;

3. A denúncia para ser apta deve conter a descrição de todos os elementos constitutivos do ilícito;

4. Ordem concedida para o trancamento da ação penal.” (Tribunal - Quinta Região, HC - 1549/CE, Segunda Turma, Decisão: 22/10/2002, DJ - Data: 20/05/2003 - Página:649, Desembargador Federal Pau-

lo Roberto de Oliveira Lima )

Pensar de outra forma, conduziria à punição do indivíduo pela prática de um ilícito fiscal (o não recolhimento das contribuições previdenciárias, a tempo e modo, ou seja, pelo fato de pôr-se o contribuinte em débito para com o Fisco); isso, data vênua, implicaria em flagrante despreço à Constituição Federal e às disposições do Pacto de San Jose da Costa Rica que, em princípio, vedam a prisão por dívida.

Ora bem, há nos autos prova de que o recolhimento das contribuições descontadas não foi feito na forma e no tempo previsto em lei; contudo, inexistente prova acerca da efetiva apropriação do *quantum* arrecadado a caracterizar o *animus rem sibi habendi* elementar do tipo penal sob comento.

Outrossim, impende ressaltar que o Apelante faz jus à compensação da contribuição patronal indevidamente recolhida (declaração da inconstitucionalidade de tal arrecadação pelo Supremo Tribunal Federal) com as contribuições sociais, cujo crédito a receber superaria o valor devido aos cofres do INSS (fls.123).

Encontra-se, ainda, desprovida de fundamentação, a asserção da acusação de que o aludido negócio jurídico não poderia ser efetivado, por se tratarem de contribuições de origem diversa, quando na realidade não o são.

Conquanto tenham fatos geradores distintos, uma incidente sobre a remuneração patronal, e outra sobre os salários dos empregados, as contribuições são destinadas à mesma Instituição e compõem o mesmo gênero “contribuição social”, satisfazendo as condições do art. 66, § 1º, da Lei nº 8.383/91.

Com o fito de deduzir dos créditos o débito lançado pelo INSS, o Apelante, em sede civil, teve declarado o direito de compensar, por sentença transitada em julgado, confirmada nas Instâncias Superiores, inclusive por essa Corte, nos autos da Remessa *Ex Officio* nº 123.985-PE, cuja ementa restou assim vazada:

“CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. LEIS 7.787/89 E 8.212/91. INEXISTÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O TOTAL DA REMUNERAÇÃO PAGA AOS AUTÔNOMOS E ADMINIS-

## TRADORES. DIREITO À COMPENSAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 166.772-9, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade da expressão “autônomos e administradores”, contida no art. 3º, I, da Lei nº 7.787/89, desobrigando as empresas do recolhimento da contribuição social incidente sobre a remuneração paga aos administradores e trabalhadores autônomos.

2. A expressão declarada inconstitucional pelo STF está repetida no art. 22, I, da Lei nº 8.212/91, devendo também esta ser considerada inconstitucional.

3. É plausível a pretensão de se deduzir, em juízo, o direito à compensação de tributos pagos, a título de contribuição previdenciária, com outros da mesma espécie, visto que expressamente autorizado pela Lei nº 8.212/91.

4. A liquidez e a certeza dos créditos estão consubstanciadas no próprio direito à compensação, outorgado pela Lei nº 8.383/91, direito este fundado no pagamento indevido de uma contribuição social inconstitucional.

5. Remessa Oficial improvida.”

Com o devido respeito, penso que o trânsito em julgado desta decisão, ocorrido em 05 de agosto de 2002 (fls.121), tornou-se obstáculo intransponível à persecução criminal, por flagrante falta de justa causa. Se no âmbito civil já fora apreciada a questão da compensação dos créditos, a força da coisa julgada aí produzida perpassa para a esfera penal, mormente quando se trata do mesmo fato jurídico.

Destarte, se inexistente débito, não há que se falar em supressão de tributo e conseqüentemente expurgada está a hipótese de crime contra a ordem tributária.

Perfilhando esse entendimento, o ilustre Juiz Federal da 1ª Vara Criminal de Porto Alegre/RS, Antônio Corrêa, em estudo intitulado “Eficácia da Sentença Civil em Crimes Tributários”, publicado na Revista do Conselho de Justiça Federal, número 10, preleciona, *verbis*:



“Estas notas têm como pretensão **sustentar a prevalência da sentença civil sobre a penal, quando se cuidar de crimes tributários e houver, na jurisdição civil, provocação pelo contribuinte envolvendo o mesmo fato tratado na ação penal, onde surja sentença civil transitada em julgado, desconstituindo o fato imponible ou fato gerador da obrigação tributária ou mesmo alterando a afirmação da autoridade lançadora.**

Surge, para o contribuinte, o direito de adotar outra conduta ou, como defendido, é lícito a ele discutir na jurisdição civil a validade do lançamento, sem que esteja com isso praticando delito tributário ou sujeito às suas penas.

Presente, neste instante, a construção doutrinária referida anteriormente como “inexigibilidade de outra conduta” em que o contribuinte, discordando da validade da lei ou da ação administrativa de lançamento, recusa-se a cumprir a lei tributária e ao mesmo tempo age no sentido de obter pronunciamento jurisdicional na esfera civil, sendo lícita a sua atuação e que impede venha a ser alcançado por processo criminal, sob fundamento de supressão ou redução de tributo ou contribuição social.

As limitações ao poder de tributar que indiquem ser a obrigação tributária decorrente de lei infraconstitucional, que deve estar amoldada à Constituição, como tem sido freqüente a criação de leis contrastantes ou aplicadas antes de ter vigência efetiva, **leva-nos a sustentar que a conduta adotada, visando afastar os atos administrativos de lançamentos, é lícita e impede a deflagração de ação penal ou, se já deflagrada, que seja levada a termo, quando cobertas as decisões judiciais cíveis pelo fenômeno da coisa julgada.**

A sentença civil, portanto, prevalece sobre a pretensão de natureza penal e constitui causa extintiva da punibilidade, fora do elenco do Código Penal.

Como no *numerus clausus* do art. 107 do Código

Penal e nas situações descritas em seus diversos artigos da Parte Especial não estão previstas situações como a apontada, adotamos como conclusão a de que a 'coisa julgada civil', decidindo sobre o mesmo objeto, **constitui causa anormal de extinção da punibilidade**". (Destaquei)

Forrado nessas razões, dou provimento à apelação criminal, para absolver Horácio de Queiroz Monteiro, com supedâneo no art. 386, III, da Lei Adjetiva Penal.

É como voto.

### **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 79.119-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA  
Apelante: PHILIPS ELETRÔNICA DO NORDESTE S/A  
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Advs./Procs.: DRS. DEMÓCRITO RAMOS REINALDO E OUTROS (APTE.) E MARCOS ANDRÉ COUTO SANTOS E OUTROS (APDO.)

***EMENTA: TRIBUTÁRIO. COOPERATIVAS DE TRABALHO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVISTA NA LEI Nº 9.876/99, NO PERCENTUAL DE 15%, INCIDENTE SOBRE O VALOR DA NOTA FISCAL OU FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EXIGIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR.***

***- As cooperativas de trabalho são sociedades de pessoas que não prestam serviços a terceiros, mas sim a seus próprios associados ou cooperados, sem qualquer finalidade lucrativa, atuando como meras intermediárias da prestação de serviços dos seus cooperados. São os cooperados que prestam os serviços pessoalmente e por sua exclusiva responsabilidade.***

**- A contribuição previdenciária da empresa incidente sobre o valor da nota fiscal ou fatura de serviços prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho não exige Lei Complementar, pois tal base de cálculo está prevista no art.195, I, a, da Constituição Federal.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da impetrante, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

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

DESEMBARDOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

Trata-se de apelação interposta por Philips Eletrônica do Nordeste S.A. de sentença do MM. Juiz Federal da 10ª vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco que denegou a segurança, reconhecendo a constitucionalidade da contribuição prevista na Lei nº 9.876/99, incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços às empresas por cooperados integrantes de cooperativas de trabalho.

Sustenta a apelante que: a) a Lei nº 9.876/99 criou uma nova fonte de custeio, contrariando o §4º, do art. 195, da CF, que exige, nesse caso, lei complementar; b) os serviços por ela contratados o foram com uma cooperativa (UNIMED), que é pessoa jurídica e não física, o que afasta a incidência do art. 195, I, a, da CF que fixa a contribuição social do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.

Com contra-razões.

É o relatório.

### VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

Insurge-se a apelante contra o disposto na Lei nº 9.876/99, que deu nova redação ao art. 22, IV, da Lei nº 8.212/91:

“Art. 22 – A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

...

IV - quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho”.

O recurso está fundamentado em duas assertivas:

1 - A Lei nº 9.876/99 criou uma nova fonte de custeio, contrariando o § 4º, do art. 195, da CF, que exige, nesse caso, lei complementar;

2 - Os serviços contratados pela apelante o foram com uma cooperativa (UNIMED), que é pessoa jurídica e não física, afastando a incidência do art. 195, I, a, da CF, que fixa a contribuição social do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a contribuição previdenciária sobre valores pagos a cooperados não é nova, sendo, antes, veiculada pelo art. 1º, II, da Lei Complementar nº 84/96, o qual atribuía à própria cooperativa a sujeição passiva, com o mesmo percentual de 15% (quinze por cento). Com a Lei nº 9.876/99, essa contribuição passou a ser suportada pela empresa tomadora de serviços e incidindo sobre o valor da nota fiscal.

Na oportunidade, não era possível usar lei ordinária para cria-

ção de contribuição previdenciária patronal sobre os valores pagos a pessoas que não possuísem vínculo empregatício. Entretanto, com a Emenda Constitucional nº 20/98, a base de cálculo fora alargada, constando, agora, no inciso I, a, do art. 195, a possibilidade de tributação, além da folha de salários, “demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício”.

Nesse sentido, a partir da nova redação imposta pela EC nº 20/98, essa matéria pode ser disposta por lei ordinária.

Quanto ao segundo ponto levantado pela apelante, creio não haver suporte legal, pois as cooperativas de trabalho são sociedades de pessoas que não prestam serviços a terceiros, se não a seus próprios associados ou cooperados, sem qualquer finalidade lucrativa, atuando como meras intermediárias da prestação de serviços dos seus cooperados. São os cooperados que prestam os serviços pessoalmente e por sua exclusiva responsabilidade, embora se utilizem do ente cooperativo como intermediário.

Eis as decisões deste Tribunal sobre a matéria:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA LIMINAR INDEFERIDA. COOPERATIVA. INCISO IV ART. 22 DA LEI 8.212/91, ALTERADO PELA LEI 9.876/99. CONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão da douta Juíza de origem, Dra. Ana Cecília Mendonça de Souza, que indeferiu liminar nos Autos do Mandado de Segurança nº 2002.84.2664-4, por considerar as cooperativas equiparadas às empresas, para fins de aplicação da legislação do custeio da previdência social.

2. Legalidade da retenção de 15% sobre o valor bruto da Nota Fiscal ou Fatura da prestação dos serviços prestados por cooperados, a título de contribuição à Seguridade Social.

3. As alterações na sistemática do recolhimento da contribuição previdenciária pela Lei 9.876/99 não padecem de qualquer vício de inconstitucionalidade. Este é o entendimento predominante nos Egs. Tribunais Regionais Federais das 1ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões.

4. Agravo improvido.”

(AGTR Nº 42971/RN, Des. Federal Hélio Sílvio Ourem Campos, Terceira Turma, *DJ* 26/08/2004)

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO INCIDENTE SOBRE A FATURA OU NOTA FISCAL EMITIDA POR COOPERATIVAS OU COOPERADOS. PREVISÃO DA LEI Nº 9.876/99. POSSIBILIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVISTA NO ART. 195 DA CF. INEXIGIBILIDADE DE EDIÇÃO POR LEI COMPLEMENTAR. LEI ORDINÁRIA PODE REVOGAR LEI COMPLEMENTAR QUANDO ESTA NÃO FOR EXIGIDA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE.

1. A Lei nº 9.876/99 instituiu contribuição social na alíquota de quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho.

2. O art. 195 da CF prevê que as entidades equiparadas às empresas podem ter contra si, a criação de contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.

3. As cooperativas são consideradas como empresas nos termos do art. 15 da Lei nº 8.212/91.

4. A instituição da contribuição prevista na Lei nº 9.876/99 não violou o art. 154, *i*, da CF, por criar contribuição prevista no texto constitucional.

5. Os dispositivos constitucionais que tratam dos atos cooperativos não prevêm imunidade e o trata-

mento diferenciado somente poderá ser instituído por lei e não pela interpretação dos contribuintes.

6. Apelação improvida. sentença mantida.”

(AMS Nº 81165/PE, Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti, Quarta Turma, DJ 02/09/2003)

Inegável, portanto, o alcance da norma constitucional, quanto à incidência da contribuição em comento sobre o valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços cooperados.

Nesses termos, nego provimento à apelação da impetrante.

É como voto.

### **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 264.793-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO  
Apelante: PASCHOAL DE CASTRO ALVES S/A  
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Embargante: PASCHOAL DE CASTRO ALVES S/A  
Advs./Procs.: DRS. ENISIO CORDEIRO GURGEL (APTE.) E FRANCISCO DANILO FEITOSA E OUTROS (APDO.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADES. OCORRÊNCIA PARCIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. CONTRADIÇÃO. CDA. UTILIZAÇÃO DA TR COMO FATOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA. UTILIZAÇÃO DA UFIR EM SUBSTITUIÇÃO. NULIDADE DA CDA. DESCABIMENTO. CÁLCULOS ARITMÉTICOS. PREQUESTIONAMENTO.**

**- O Magistrado não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas, sim, com o seu livre convencimento utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso posto**

*para julgamento, pelo que não há que se falar em omissão do acórdão.*

*- Os embargos de declaração não se prestam à revisão do julgado, se o embargante não concorda com o julgamento da apelação interposta, cumpre-lhe interpor o recurso adequado. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada.*

*- Havendo obscuridades no voto, cabe ao relator esclarecê-las, contudo, sem a necessidade de alteração do julgamento.*

*- Conforme pacífica jurisprudência desta egrégia Corte, a TR/TRD não pode ser utilizada como fator de correção monetária, para fins de atualização de débitos cobrados pela Fazenda Pública. (TRF 5ª R. – AC 05100833 – (9605165384) – AL – 3ª T. – Rel. Juiz Geraldo Apoliano)*

*- Na hipótese dos presentes autos, constata-se através da Certidão de Dívida Ativa a utilização da TR/TRD, como fator de correção monetária na execução promovida pelo INSS, devendo a mesma ser substituída pela UFIR. Contradição suprida.*

*- Constando da CDA o valor consolidado e o valor da multa, cabe tão-somente excluir a aplicação da Taxa Referencial, utilizando-se a UFIR em substituição, prosseguindo a execução nos seus demais termos.*

*- Não é nula a CDA que reúne as informações necessárias à sua existência, de molde a assegurar ao contribuinte o pleno exercício da ampla defesa, notando-se que possui esse título executivo presunção de certeza e liquidez, sendo certo que a necessidade de simples operações aritméticas não conduz à sua nulidade.*

*- Acerca do prequestionamento, as matérias suscitadas pelo INSS encontram-se analisadas nas próprias razões de decidir, o que atende seu objetivo para fins de interposição de recurso às Instâncias Superiores.*



***- Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos infringentes, para julgar parcialmente provido o apelo do particular.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, acolher parcialmente os embargos de declaração, com efeitos infringentes, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 2 de dezembro de 2004 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de embargos de declaração interpostos pelo particular, contra acórdão de fls. 137, de minha lavra, que, à unanimidade, julgou improcedente a apelação do embargante, nos embargos à execução fiscal.

Insurge-se o particular contra r. acórdão aduzindo, em apertada síntese, omissão pela ausência de apreciação da preliminar de cerceamento de defesa, diante da conclusão do juiz sentenciante pelo julgamento antecipado da lide. Contradição tendo em vista que pugnou pelo afastamento da TR como fator de atualização monetária, e não como taxa de juros, conforme decidido no acórdão embargado. Obscuridade por diversos trechos dos acórdãos não constar a jurisprudência em que se embasou o relator, conforme observa-se em diversas passagens. Por fim, prequestiona a matéria.

Vista ao INSS para se pronunciar sobre os embargos, pugnando pela manutenção do julgamento na íntegra.

Em mesa para julgamento.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Têm os embargos de declaração por escopo esclarecer obscuridade, eliminar contradição ou suprir omissão existente no julgado. Na hipótese, aduz o embargante estarem presentes os três requisitos do citado recurso (art. 535 do CPC): omissão, contradição e obscuridade.

No tocante ao pedido de omissão, pela ausência de apreciação da questão de cerceamento de defesa, não merece prosperar referida impugnação, onde da leitura do voto às fls. 132/133, resta de todo resolvida a questão, *verbis*:

“O apelo alega, inicialmente, que o juiz não poderia julgar antecipadamente a lide porque teria desprezado a produção de provas anteriormente requeridas, pelo que invoca cerceamento do direito de defesa. Tal invocação não se compadece com o exato teor da sentença. O autor, ora apelante, alegou que havia excesso de execução por parte do INSS, por haver-se utilizado da TR como indexador das contribuições previdenciárias, haver-se empregado a UFIR com desrespeito ao princípio da anterioridade e haver-se efetuado a cobrança ilegal de multa, em razão do que a Certidão da Dívida Ativa – CDA – que lastreia a execução era nula. Nenhuma dessas alegações carece da produção de prova em audiência, o que autoriza o magistrado a optar – como corretamente o fez – pelo julgamento antecipado da lide, na forma autorizada pelo art. 330 do CPC. Aliás, é remansoso o entendimento de que o magistrado exercita uma prudente discricção na apreciação da realização ou não de prova em audiência, como se lê no precedente que, se transcreve, por todos: “Em matéria de julgamento antecipado da lide, predomina a prudente discricção do magistrado, no exame da necessidade ou não da realização de prova em audiência, ante as circunstâncias de cada caso con-

creto e a necessidade de não ofender o princípio basilar do pleno contraditório (STJ-4ª Turma. REsp 3.047-ES. Rel. Min. Athos Carneiro, j. 21.8.90, não conheceram, v.u., *DJU* 17.9.90, p. 9.514, 2ª col., em.)”<sup>1</sup>

Observo que as questões aventadas, contradição e obscuridade, não se encontram devidamente apreciadas pelo acórdão em tela, pelo que passo a suprir tais impropriedades.

Inicialmente esclareço as questões no tocante às obscuridades apontadas, transcrevendo os parágrafos na sua integralidade:

“De há muito já se pacificou o entendimento a respeito da utilização da TR como taxa de juros aplicável nas cobranças das obrigações fiscais, como é o caso das contribuições previdenciárias, sem caráter de índice de correção monetária, como se colhe do REsp nº 40.464 e da ADIn nº 493-0/DF, abaixo transcritos, respectivamente:

‘RESP 40464/SP; Recurso Especial 1993/0031033-0. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Primeira Turma. *DJ*: 06/06/1994. *DJU*: 27.06.1994, p. 16907. Ementa: EXECUÇÃO FISCAL - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - IPC - TR.

1. A jurisprudência do STJ consagrou orientação no sentido da inclusão dos índices inflacionários expressos pelo IPC, para fins de atualização de crédito tributário, em processo executivo fiscal.

2. A taxa referencial de juros configura coeficiente de remuneração do capital, portanto, não traduz a variação do poder aquisitivo da moeda.

3. Recurso provido”.

---

<sup>1</sup> - Cf. Theotônio Negrão, “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor”, Ed. Saraiva, S. Paulo, 26ª ed. atualizada até 20 de fevereiro de 1995, p. 295-296.

“Por maioria de votos, o Tribunal conheceu da ação, integralmente, vencido, em parte, o Ministro Carlos Velloso, que dela conhecia, apenas, no ponto em que impugna os artigos 023 e parágrafos, 024 e parágrafos da Lei nº 8.177, de 1º/03/1991, não, assim, quanto aos artigos 018, *caput*, parágrafos 001º e 004º, 020, 021 e parágrafo único. No mérito, por maioria de votos, o Tribunal julgou a ação procedente, *in totum*, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 018, *caput*, parágrafos 001º e 004º, 020, 021 e parágrafo único, 023 e parágrafos, 024 e parágrafos da Lei nº 8177, de 1º/03/1991, vencidos, em parte, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a julgavam procedente, também em parte, para declarar a inconstitucionalidade, apenas, do parágrafo 003º do art. 024; e, ainda, o Ministro Carlos Velloso, que a julgava parcialmente procedente, para declarar inconstitucionais somente os artigos 023 e seus parágrafos, 024 e seus parágrafos. Votou o Presidente. Plenário, 25.06.1992. Acórdão, *DJ* 04.09.1992”.

“A expressão do débito previdenciário no seu equivalente em UFIR (Unidade Fiscal de Referência) não contraria o CTN, porque se trata de exprimir o valor do débito em valor correspondente da moeda, como o autoriza o art. 97, § 2º do referido diploma legal. Pelo contrário, se não houvesse essa correção o contribuinte poderia se liberar da obrigação tributária pagando menos do que devia”.

“Importa conferir-se o que o STF decidiu a respeito da correção monetária dos débitos de natureza tributária, como são as contribuições previdenciárias, conforme precedente abaixo colacionado: “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – CORREÇÃO MONETÁRIA DE DÉBITOS DE NATUREZA TRIBUTÁRIA – INCLUSÃO DO IPC DE JANEIRO DE 1989 – Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas. Lei nº 7.730/89, que determinou

a conversão, em pecúnia, do quantitativo fixado em Obrigações do Tesouro Nacional. Providência que não aboliu a correção monetária do débito fiscal. Superveniência da Lei nº 7.738/89, que, em seu artigo 15, introduziu novo índice (IPC) para atualização das quotas do tributo correspondentes ao período-base encerrado em 1988. Alegação de ofensa aos princípios da legalidade, irretroatividade, anterioridade e do direito adquirido. Improcedência, por não se cuidar de majoração do tributo. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento”. (STF – AGRAG 282660 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 11.10.2001 – p. 00010)

“É fora de dúvida, ademais, que os juros moratórios incidem na atualização dos referidos créditos, na forma do § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250/95, que soa: ‘Art. 39. A compensação de que trata o artigo 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo artigo 58 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais de mesma espécie e destinação constitucional, apurado em períodos subseqüentes. (...) § 4º. A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada”.

Por fim, no tocante à ementa, no item 2, deverá ser considerada da seguinte forma:

“2. É cabível a cobrança da TR como índice da incidência de juros na cobrança de créditos de natureza tributária, como as contribuições previdenciárias.

Precedentes do c. STF na ADIn nº 493-0/DF e do STJ no REsp nº 40.464-SP”.

Acerca da utilização da TR – Taxa Referencial, como fator de atualização monetária, merece prosperar as razões do embargante.

Conforme resta assentada na jurisprudência em nossos Tribunais, descabe sua utilização como fator de correção monetária.

Neste sentido, é firme a jurisprudência desta Corte, onde destaco o seguinte aresto:

“EMBARGOS À EXECUÇÃO – PARCELAMENTO DE DÉBITO – INADIMPLÊNCIA – APLICAÇÃO DA TAXA REFERENCIAL – TR COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. Conforme precedente jurisprudencial desta egrégia Corte, a TR e a TRD não podem ser utilizadas como fatores de correção monetária.

2. A TR representa a remuneração do capital aplicado, baseado na variação do custo do dinheiro no mercado. Trata-se, pois, de uma taxa de juros.

3. Apelação provida, para excluir-se dos débitos do embargante a incidência da taxa Referencial – TR aplicada como índice de correção monetária”. (TRF 5ª R. – AC 05100833 – (9605165384) – AL – 3ª T. – Rel. Juiz Geraldo Apoliano – DJU 06.11.2000 – p. 289)

Na hipótese dos presentes autos, cumpre ressaltar que a própria CDA, no campo destinado para informar o índice de atualização monetária, consta de forma inequívoca a aplicação da Taxa Referencial, sendo desnecessária a realização de perícia contábil, aventada pelo embargante.

Constando da mesma o valor consolidado e o valor da multa, cabe tão-somente excluir a aplicação da Taxa Referencial, utilizando-se a UFIR em substituição, prossequindo a execução nos demais termos.

Não é nula a CDA que reúne as informações necessárias à sua existência, de molde a assegurar ao contribuinte o pleno exer-

cício da ampla defesa, notando-se que possui esse título executivo presunção de certeza e liquidez, sendo certo que a necessidade de simples operações aritméticas não conduz à sua nulidade.

Neste sentido, entendimento jurisprudencial do c. STJ e deste e. Tribunal, cujos arestos trago à colação, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO FISCAL – NULIDADE – INOCORRÊNCIA – CORREÇÃO – CDA – CÁLCULOS ARITMÉTICOS – PRECEDENTES – SÚMULA Nº 07/STJ.

I - De acordo com a jurisprudência desta Corte, não enseja a nulidade do título executivo o excesso de execução, quando a correção da CDA puder ser feita por simples cálculos aritméticos. Precedentes.

II - A verificação acerca da presença, ou não, do exercício financeiro na CDA, demanda a reapreciação do substrato fático-probatório contido nos autos, o qual é incabível nesta Corte, ante o óbice sumular nº 07/STJ.

III - Agravo regimental improvido. (STJ – AGRESP 503441 – RS – 1ª T. – Rel. Min. Francisco Falcão – DJU 17.05.2004 – p. 00117)”

“PROCESSO CIVIL – TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – CDA – SUBSTITUIÇÃO – SUPRESSÃO DE PARCELA CERTA – POSSIBILIDADE – CONTRIBUIÇÃO DE AUTÔNOMOS – LEGISLAÇÃO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO NÃO RECEPCIONADA – UFIR – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE TR/TRD – INCIDÊNCIA COMO JUROS DE MORA – POSSIBILIDADE.

I - É possível a substituição da CDA, antes do julgamento de embargos, com a supressão de parcela certa.

II - A legislação anterior à Constituição Federal, no que diz respeito à cobrança das empresas de contribuição incidente sobre valores pagos a autônomos

não foi recepcionada.

III - É possível a incidência de TRD a título de juros moratórios. Precedentes do Tribunal.

IV - A aplicação da UFIR, na forma preconizada pela Lei nº 8.383/91, não macula o princípio da anterioridade, pois não implicou majoração de tributos ou modificação de base de cálculo e do fato gerador. Precedentes do Supremo Tribunal Federal". (TRF 5ª R. – AC 310052 – (2002.05. 00.029852-8) – PE – 4ª T. – Rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel – *DJU* 11.03.2004 – p. 567/568)

Por derradeiro, não há que se falar em omissão, visto que, mesmo que de forma sucinta, pronunciei-me de forma clara e suficiente sobre a questão posta em julgamento. Ademais, não está o magistrado obrigado a rebater, ponto a ponto, o argumento trazido pelas partes, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para o deslinde da demanda.

Em relação ao prequestionamento, a questão encontra-se apreciada nas próprias razões de decidir, no voto por mim proferido, onde as razões de embargos apresentam-se como mera re-discussão da matéria, sendo incabível em sede de embargos de declaração, onde não se encontrando satisfeito com o resultado do julgamento ao seu recurso de apelo, cabe ao mesmo interpor o recurso adequado.

Posto isto, dou parcial provimento aos presentes embargos de declaração, para suprir as omissões e obscuridades, e com efeitos infringentes, tão-somente excluir a utilização da TR como fator de atualização monetária da dívida, aplicando-se em substituição a UFIR – Unidade Fiscal de Referência.

É como voto.



**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO  
NO HABEAS CORPUS Nº 1.894-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE  
Impetrante: CARLOS HENRIQUE VERÍSSIMO LOURINHO  
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DA PARAÍBA  
Embtes: JOSEVALDO FLORENCIO FERREIRA, JOSE CARLOS DA SILVA ANDRADE E JOSILENO ROSA DOS SANTOS

***EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL – AVENTADAS CONTRADIÇÃO, OMISÃO E AMBIGÜIDADE A MACULAREM ACÓRDÃO PROLATADO POR ESTA 1ª TURMA, O QUAL DENEGOU RENOVAÇÃO DE PEDIDO DE HABEAS CORPUS – PEDIDO DE EXTENSÃO DE EFEITOS DE DECISUM ANTERIOR AO PRESENTE WRIT (ART. 580 DO CPP) – DESCABIMENTO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE QUANDO SE TRATA DE LIBERTAR RÉUS QUE TIVERAM SUA CUSTÓDIA PREVENTIVA MANTIDA POR ESTA CORTE FEDERAL, À VISTA DA PERTURBAÇÃO DA SEGURANÇA E DA PAZ DA COLETIVIDADE QUE OS MESMOS IRIAM CAUSAR – ACÓRDÃO QUE SE PRETENDE UTILIZAR COMO PARADIGMA LAVRADO DE FORMA NÃO UNÂNIME, E AINDA NÃO TRANSITADO EM JULGADO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, O QUAL NÃO FOI INTIMADO PARA RECORRER DE TAL DECISUM – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA DEFESA CONHECIDOS MAS IMPROVIDOS. CUSTÓDIA PREVENTIVA DOS EMBARGANTES QUE SE MANTÉM.***

***- Trata-se de embargos de declaração, opostos contra acórdão da lavra desta e. 1ª Turma, a qual denegou a ordem de habeas corpus requerida***

*em favor dos ora pacientes. Pretende-se a extensão dos efeitos do julgamento exarado no HC 1865-PB, em que foi concedida a ordem em favor de co-réu pela prática de idêntico delito, com espeque no art. 580 do CPP.*

*- Não bastasse o acórdão paradigma cujos efeitos se pretende sejam estendidos aos ora pacientes não ter sido lavrado de forma unânime, ainda assim, não consta que o Ministério Público Federal tenha sido intimado de tal decismum (consoante consulta efetivada nos terminais informatizados deste TRF da 5ª Região), o que significa dizer que tal acórdão ainda não transitou em julgado para o parquet e pode, uma vez ultimada a diligência intimatória e aberto o prazo para o recurso ministerial, perfeitamente ser modificado em instância superior.*

*- O colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “(...) O fato de haver na mesma Turma ou Seção decisões divergentes do acórdão embargado não significa que este seja contraditório ou omissivo, sendo certo que o recurso aclaratório não se presta à uniformização de jurisprudência dos Tribunais, que deve ser buscada pela via processual adequada.” (STJ – EDHC 18946 – SC – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 15.12.2003 – p. 00404)*

*- O magistrado a quo ressaltou, com destaque, que os motivos para a decretação da custódia preventiva dos Embargantes ainda se encontram presentes, pois se trata de pessoas acusadas da prática de crime violento, sendo um deles Policial Militar, cujas condutas revelam-se extremamente ameaçadoras à segurança da comunidade caso venham a ser postos em liberdade.*

*- Embargos declaratórios opostos pela defesa conhecidos mas improvidos. Custódia preventiva dos embargantes mantida.*

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conhecer mas negar provimento aos presentes embargos de declaração opostos pela defesa, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 17 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

Trata-se de embargos de declaração, opostos contra acórdão de fls. 51-62 da lavra desta e. 1ª Turma, a qual denegou a ordem de *habeas corpus* requerida em favor os pacientes acima nominados.

Nas razões de seus embargos, os recorrentes fizeram questão de frisar, preliminarmente, sua tempestivamente, eis que estão representados por Defensor Público da União, e o mesmo, até a data de oposição do presente recurso, ainda não fora intimado do inteiro teor do acórdão vergastado. Quanto ao mérito, apontou-se decisão contraditória emanada dos Desembargadores Federais integrantes da 1ª Turma deste TRF da 5ª Região, que apesar de não conceder o *writ*, sob o fundamento de não haver excesso na prisão preventiva dos pacientes, descurou-se de entendimento anteriormente esposado por referidos Desembargadores, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 1865-PB (2004.05.00.007820-3), do mesmo processo originário nº 2004.82.01.00.0665-8, no bojo do qual foi concedida a ordem requestada em relação a co-réu. Daí, no seu dizer, exsurgiu manifesta a contradição existente, argumentando-se que não se pode emprestar tratamento diferenciado aos réus, visto que a única diferença existente é a condição de hipossuficiência dos que ainda estão presos.

Ao final, requereu-se a imediata expedição de alvará de soltura em favor dos pacientes, bem como que fosse feita a intimação pessoal do membro da Defensoria Pública da União, com a urgência peculiar às ações de *habeas corpus*.

Instado, o membro do Ministério Público Federal aduziu que, muito embora as mencionadas decisões judiciais sejam contraditórias, aquela cujos efeitos se pretende estender ao presente HC 1894-PB (decisão exarada no julgamento do HC 1865-PB) não emanou de votação unânime, conforme informações colhidas no sítio deste TRF da 5ª Região, ainda não gozando do *status* de definitiva, pois ao MPF, cuja manifestação foi no sentido da denegação da ordem, não foi aberta a oportunidade adequada para a interposição do recurso pertinente.

Por seu turno, o Juízo Federal da 6ª Vara-PB, em exercício na 4ª Vara-PB (Campina Grande), informou que, atualmente, o processo se encontra para cumprimento do despacho que determinou a expedição de Cartas Precatórias para as Comarcas de Pilões-PB, Guarabira-PB e Seção Judiciária da Paraíba, em João Pessoa, para inquirição das testemunhas arroladas pelas defesas. Ademais, o magistrado *a quo* ressaltou que os motivos para a decretação da custódia preventiva dos Embargantes ainda se encontram presentes, pois se trata de pessoas acusadas da prática de crime violento, sendo Josevaldo um Policial Militar, cujas condutas revelam-se extremamente ameaçadoras à segurança da comunidade caso venham a ser postos em liberdade.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Acerca do assunto, compete-me, preliminarmente, fazer algumas digressões acerca do princípio da razoabilidade.

J. J. Canotilho teceu as seguintes observações sobre o “excesso de poder legislativo ou desvio de poder legislativo”, quanto aos vícios de mérito:

“As hipóteses de vício de mérito conduzem-se, fun-

damentalmente, as duas categorias: (1) vícios de mérito porque o uso do poder legislativo no sentido de impor determinadas soluções é objectivamente inadmissível perante determinadas circunstâncias, violando-se regras e princípios constitucionais (princípio da igualdade, princípio da proibição do excesso de direitos, liberdades e garantias); (2) vícios de mérito por irrazoabilidade da lei captada através de um conjunto de manifestações (inconseqüência, incoerência, ilogicidade, completo afastamento do senso comum e da consciência ético-jurídica comunitária). Na primeira hipótese, há casos que se entrecruzam com dimensões presentes na segunda hipótese (ex: violação da proibição do excesso). As hipóteses mais discutíveis são aquelas que os fins da lei ou dos meios utilizados são materialmente falsos. Nestes últimos casos, a falsidade material dos meios e dos fins poderá legitimar um controle mais intenso...”<sup>1</sup>

Preciosa também é a lição do jurista Mauro Roberto Gomes de Mattos acerca da matéria. Confira-se:

“(...) A doutrina e jurisprudência mais moderna enfatizam que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, abrigados no artigo inaugural da Constituição Federal, que consagrou nosso país ao status de Estado Democrático de Direito.

Assim, por essa nova orientação, é permitido converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, J.J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5ª ed., Almedina, Coimbra, pp. 1302-1303.

verhältnisniössigen Gestzes), pressupondo não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a convicção dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização.

Dessa forma, pelo princípio da razoabilidade das lei, é possível sanar o problema da lei arbitrária, que permite *excéss de pouvoir* por parte da autoridade legislativa . De forma pioneira em nosso cenário doutrinário, Suzana de Toledo Barros advertiu que a lei tem que ser razoável para ser eficaz:

‘De fato, a responsabilidade de exame da razoabilidade da lei por parte do judiciário constitui importante mecanismo de proteção aos direitos fundamentais, porquanto a total liberdade do legislador para regulamentá-los tornaria pouco eficaz a cláusula de eternidade a que estão submetidos estes direitos em diversas ordens jurídicas, como é o caso da nossa’.

Nessa mesma trilha, Linares realça que o princípio da razoabilidade valoriza a lei justa, banindo a norma arbitrária e descompassada com a realidade da Constituição:

“En síntesis, lo que alli sostenemos es que la razonabilidad consiste en una valoración jurídica de justicia, por manera que cuando la constitución política del país impone a los cuerpos legislativos el deber de dictar leyes razonables los obliga a dictar leyes justas.”<sup>2</sup>

Deve, portanto, o Poder Judiciário, no confronto com a razoabilidade, verificar os abusos ou excessos praticados pelo legislador, quando do seu exercício legal.

É preciso que reste necessariamente esclarecido que o pedido ínsito nos presentes Embargos Declaratórios envolve a ques-

---

<sup>2</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Controle dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Supremo Tribunal Federal. Revista Eletrônica Juris Síntese nº 48. Porto Alegre: Síntese, 2004.

tão do conflito entre direitos fundamentais plantados no art. 5º da Constituição Federal, como sejam: (a) o direito à liberdade que possuem os pacientes deste *writ* e (b) o direito à inviolabilidade da vida e da segurança como um todo, os quais detêm a sociedade.

É certo que da aplicação sensata e lógica do princípio da razoabilidade ao caso em comento coloca em jogo a indagação de qual deve ser a corrente a prevalecer ao final: I) a liberdade dos Embargantes e a insegurança diuturna da sociedade ou, ao revés, II) o cerceamento da liberdade dos pacientes e a paz e a segurança da coletividade, aliada ao caráter repressivo e educativo da custódia preventiva, para que eventuais e futuros infratores não venham a delinqüir?

Inclino-me para a segunda alternativa. Entendo que a paz da sociedade deve ser buscada e defendida a qualquer custo, devendo os indivíduos que a colocam em risco serem penalizados com as reprimendas da lei, com o seu alijamento do convívio social. Observe-se que os Embargantes, em nenhum momento, questionaram a legalidade do julgamento que manteve suas prisões preventivas, nem mesmo, sequer, negaram a autoria do fato mas, tão-somente, apoiaram-se em vetusto dispositivo do Código de Processo Penal para postular uma benesse descabida, frente à gravidade do delito cometido. Não desconheço o posicionamento do colendo STJ acerca da matéria, mas devo frisar que a jurisprudência não é estanque, estática, mas, antes, move-se dinamicamente, devendo ser mudada sempre que a realidade social assim o exigir.

Sem dúvida, o mencionado artigo do Código de Processo Penal se apresenta em franco descompasso com o mundo em que vivemos e, porque não dizer, verdadeiramente ultrapassado por nossa realidade violenta e assustadora, que impõe seja imprimido maior rigor na repressão de tais crimes e seus agentes, rigor este que não se fazia necessário há décadas atrás, época da elaboração da norma na qual se apóiam, agora, os Embargantes, para formularem seu pleito.

Demais disso, o STJ já decidiu que “(...) O fato de haver na mesma Turma ou Seção decisões divergentes do acórdão embargado não significa que este seja contraditório ou omissivo, sen-

do certo que o recurso aclaratório não se presta à uniformização de jurisprudência dos Tribunais, que deve ser buscada pela via processual adequada.(...)” Confira-se o julgado:

**“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – HABEAS CORPUS – DIREITO PROCESSUAL PENAL – QUADRI-LHA – CONDENAÇÃO – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO – ORDEM DENEGADA – CONTRADIÇÃO – INOCORRÊNCIA – ORDEM CONCEDIDA AO CO-RÉU EM OUTRO HABEAS CORPUS – EXTENSÃO DOS EFEITOS – “Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de 2 (dois) dias contado da sua publicação, quando houver na sentença ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão.” (artigo 619 do Código de Processo Penal). 2. **A contradição a que se refere o artigo 619 do Código de Processo Penal em nada se identifica com divergência jurisprudencial.** 3. **“(...) O fato de haver na mesma Turma ou Seção decisões divergentes do acórdão embargado não significa que este seja contraditório ou omissivo, sendo certo que o recurso aclaratório não se presta à uniformização de jurisprudência dos Tribunais, que deve ser buscada pela via processual adequada.” (EDclHC 25.620/SP, Relator Ministro Felix Fischer, in DJ 16/6/2003).** 4. *Omissis.* (STJ – EDHC 18946 – SC – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 15.12.2003 – p. 00404) (grifos nossos)**

Demais disso, não bastasse o acórdão paradigma cujos efeitos se pretende sejam estendidos aos ora pacientes não ter sido lavrado de forma unânime, ainda assim, não consta que o Ministério Público Federal tenha sido intimado de tal *decisum* (consoante consulta efetivada nos terminais informatizados deste TRF da 5ª Região), o que significa dizer que tal acórdão ainda não transitou em julgado para o *Parquet* e pode, uma vez ultimada tal diligência,



perfeitamente ser modificado em instância superior.

Por fim, cumpre-se frisar que o Magistrado *a quo* ressaltou que os motivos para a decretação da custódia preventiva dos embargantes ainda se encontram presentes, pois se trata de pessoas acusadas da prática de crime violento, sendo Josevaldo um Policial Militar, cujas condutas revelam-se extremamente ameaçadoras à segurança da comunidade caso venham a ser postos em liberdade.

Assim, conheço dos presentes embargos declaratórios opostos pela defesa para lhes negar provimento, fundado nas razões acima lançadas.

É como voto.

### **HABEAS CORPUS Nº 2.087-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
Impetrante: DRA. LÚCIA MARIA DE FIGUEIREDO  
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA- RECIFE/PE  
Paciente: JOSUÉ LUIZ DA SILVA

**EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. RÉU PRESO PREVENTIVAMENTE (GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL) DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. RELAXAMENTO DE PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA NA AÇÃO PENAL. PENA - RECLUSÃO DE 07 ANOS E 04 MESES EM REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ÓRGÃOS (MODALIDADE INTERMEDIAR E REALIZAR TRANSPLANTE ILEGALMENTE) EM CONCURSO COM FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ARTIGO 15, § ÚNICO E 16 DA LEI Nº 9.434/97 C/C ARTIGO**

**288 DO CPB. NULIDADES ARGÜIDAS NA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ESTREITA DO WRIT. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. EFEITO DO DECRETO CONDENATÓRIO. IMPROCEDÊNCIA DO WRIT.**

**- Réu preso preventivamente, e que nessa condição permanece durante toda a instrução criminal, não tem direito a apelar em liberdade, por isso que a sua conservação em prisão consubstancia um dos efeitos da própria sentença condenatória recorrível. Precedentes STJ.**

**- A gravidade dos crimes apurados na instrução criminal e reconhecidos e confirmados na sentença condenatória recorrível, que redundou na aplicação da pena definitiva de 07 anos e 04 meses de reclusão, em regime fechado e 320 dias-multa, é daquela que, inclusive, nos termos do artigo 312 do CPPB, autoriza a manutenção da prisão preventiva, não só por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, principalmente em relação aos estrangeiros, como, e principalmente, em razão de tratar-se de crime cuja prática afeta a garantia da ordem pública, por ofender a própria dignidade humana e o nome do país, que, não bastando a vergonha de ter entre os seus filhos escravas sexuais levadas para os países ricos europeus, sofre agora a ignomínia de ver brasileiros miseráveis sendo levados para o exterior para vender órgãos de seu corpo.**

**- Quanto às nulidades, é matéria a morar no recurso próprio a atacar a sentença, e não na via do habeas corpus.**

**- Ordem de Habeas Corpus denegada.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, denegar a ordem de *habeas*

*corpus*, 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, 1º de março de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de ação de *habeas corpus* liberatório impedido pela Advogada, Dr<sup>a</sup>. Lúcia Maria de Figueiredo, OAB nº 8398/PE, contra ato praticado pela Exma. Juíza Federal Substituta, Dr<sup>a</sup>. Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo, da 13ª Vara – Seção Judiciária de Pernambuco, que decretou a prisão preventiva do paciente Josué Luiz da Silva, com arrimo nos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal, bem como julgou procedente a ação penal contra o acusado, ora paciente, condenando-o à pena definitiva de 07(sete) anos e 04(quatro) meses de reclusão, em regime fechado e 320 dias-multa.

Objetiva-se no presente *writ* a suspensão da ordem de prisão preventiva do paciente, decretada pelo Magistrado singular, com arrimo nos artigos 311 e 312 do CPPB. Alega-se que a r. sentença padeceria de nulidade em virtude de: (a) não haver se pronunciado quanto à manutenção da segregação excepcional do paciente, bem como (b) haver cerceado o seu direito de defesa.

Alega a impetrante que não se justifica a manutenção do decreto preventivo contra o paciente, porquanto: (a) é o paciente primário, portador de impecável antecedente criminal (diz-se não se tratar de indivíduo perigoso e ousado, capaz de furtar-se à aplicação da lei penal ou atentar contra a ordem pública); (b) não pode ser mantido o paciente em segregação excepcional, cumprindo uma pena ainda não imposta e trãnsita em julgado.

Alega, ainda, a impetrante, que a sentença de mérito proferida pela Magistrada singular estaria eivada de nulidade, porquanto: (a) não se pronunciou quanto à necessidade da prisão preventiva; (b)

ignorou por completo a preliminar de cerceamento de defesa ar-  
güida pelo acusado, ora paciente, em suas razões finais.

Nos fatos, conforme narra a denúncia ofertada pelo MPF, o  
acusado, ora paciente, ocupava no esquema da quadrilha a fun-  
ção de diretor, posição das mais importantes e imediatamente in-  
ferior ao gerente e assessores, cabendo-lhe o processo de agen-  
ciamento dos doadores de órgãos, atuando nos pagamentos e re-  
cebimentos, bem como unindo os interesses entre compradores  
e vendedores, de modo a tornar possível a mercância. Foi incurso  
nos crimes de tráfico internacional de órgãos (modalidade inter-  
mediar por dezenove vezes correspondente ao número de vende-  
dores e realizar transplante ilegalmente), em concurso com o cri-  
me de quadrilha – artigo 15, parágrafo único, e 16 da Lei nº 9.434/  
97, c/c artigo 288 do CPB. A cópia da decisão proferida pela Exma.  
Juíza Federal Substituta da 13ª Vara/PE que, entre outras, após o  
interrogatório do acusado, ora paciente, determinou a manuten-  
ção da prisão preventiva do mesmo, com base no artigo 312 do  
CPP – garantia da ordem pública, uma vez que a acusada Fernan-  
da, juntamente com o Capitão Ivan e Josué poderiam contactar  
com outras pessoas necessitadas para dar continuidade às via-  
gens e ao tráfico de órgãos, já que o ramo israelense da quadrilha  
também é representado por Ilan e Shuck, sendo possível que es-  
sas pessoas pudessem manter contato com os citados réus para  
perpetuarem a atuação criminosa até então desenvolvida. Regis-  
trando, ainda, a Exma. Juíza *a quo* que o acusado Josué, ora  
paciente, após tomar conhecimento de que existia mandado de  
prisão expedido em seu favor, fugiu para não ser encontrado e só  
após algum tempo resolveu se apresentar, provavelmente porque  
percebeu que a sua fuga apenas o comprometeria mais. Acaso  
posto em liberdade, poderá novamente ausentar-se do distrito da  
culpa, comprometendo a aplicação da lei penal – risco processu-  
al.

Em despacho de fls.198/200, a Exma. Des. Federal Convova-  
da, Drª Joana Carolina Lins Pereira, indeferiu o pedido de liminar.  
Informações prestadas, às fls. 203/206. A Exma. Procuradora da  
República, Dra. Eliane de Oliveira Recena, ofertando o parecer de  
fls. 209/218, opinou pela denegação da ordem do presente *habeas*  
*corpus*.

É o relatório. Em mesa, para julgamento.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Nos fatos, conforme narra a denúncia ofertada pelo MPF, o acusado, ora paciente, ocupava no esquema da quadrilha a função de diretor, posição das mais importantes e imediatamente inferior ao gerente e assessores, cabendo-lhe o processo de agenciamento dos doadores de órgãos, atuando nos pagamentos e recebimentos, bem como unindo os interesses entre compradores e vendedores, de modo a tornar possível a mercancia.

O paciente foi indiciado nos autos do IPL nº 427/2003 e denunciado pelo MPF, com ação penal já na fase de intimação da sentença condenatória, na qual o paciente foi condenado, em concurso material, a uma pena de reclusão, em regime fechado, de 07 anos e 04 meses.

Inicialmente, importa registrar os motivos que levaram a autoridade coatora a decretar a prisão preventiva do paciente (fls.29/33), *in verbis*:

“...Ainda cumpre referir a necessidade da prisão de Josué Luiz da Silva. Tal pessoa agenciava doadores para GAD, tendo participação efetiva na quadrilha, semelhante à de Ivan e Fernanda. Observo que ele funcionou diversas vezes, inclusive, como intérprete, substituindo Ivan em período no qual este não pôde atuar mais detidamente.

Demais disso, tão logo os fatos apurados no presente caso passaram a ser indevidamente veiculados pela imprensa, não mais se conseguiu localizar referida pessoa, que se encontra foragida, justificando-se, com maior razão, o decreto de sua prisão preventiva, para garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. (...)

Pelas razões acima consignadas, entendo existirem fundadas razões para decretar-se as prisões preventivas das pessoas acima referidas, seja para

garantia da ordem pública, seja para assegurar a instrução criminal ou para aplicação da lei penal, mormente porque está suficientemente demonstrado a ocorrência dos crimes apurados (tipificados nos art. 14, § 2º, III e 15, *caput*, parágrafo único, da Lei nº 9.434/97 – tráfico de órgãos –, em concurso com o crime de quadrilha – art. 288 do CP – todos punidos com reclusão) e o envolvimento dos citados presos em toda a trama criminosa (...). (Grifos acrescentados)

Alega a impetrante que não se justifica a manutenção do decreto preventivo contra o paciente, porquanto: (a) é o paciente primário, portador de impecável antecedente criminal (diz-se não se tratar de indivíduo perigoso e ousado, capaz de furtar-se à aplicação da lei penal ou atentar contra a ordem pública); (b) não pode ser mantido o paciente em segregação excepcional, cumprindo uma pena ainda não imposta e trânsita em julgado.

Alega, ainda, a impetrante, que a sentença de mérito proferida pela Magistrada singular estaria eivada de nulidade, porquanto: (a) não se pronunciou quanto à necessidade da prisão preventiva; (b) ignorou por completo a preliminar de cerceamento de defesa argüida pelo acusado, ora paciente, em suas razões finais.

A decisão, que decretou a prisão preventiva, foi incisiva ao destacar existirem fundadas razões para decretar-se a custódia excepcional, seja para garantia da ordem pública, seja para assegurar a instrução criminal ou para aplicação da lei penal, mormente porque estaria suficientemente demonstrada a ocorrência dos crimes apurados (tipificados nos arts. 14, § 2º, III, e 15, *caput*, parágrafo único, da Lei nº 9.434/97 – tráfico de órgãos –, em concurso com o crime de quadrilha – art. 288 do CP –, todos punidos com reclusão) e o envolvimento dos citados presos em toda a trama criminosa.

Conforme já me posicionei em outros *habeas corpus*, os quais atacavam a prisão preventiva, que "...O noticiário trouxe como verdadeiro escândalo nacional a revelação da prática de tais atos envolvendo estrangeiros e pessoas do nível médio e de grau de conhecimento superior ou equivalente, no caso, um Médico Oficial

da Polícia Militar de Pernambuco na patente de Coronel, um Oficial Militar da mesma corporação na patente de Capitão, e uma advogada, com banca de advocacia instalada nesta cidade do Recife, além de apresentar como envolvidos como pacientes pessoas desempregadas e pobres, que simplesmente, como se noticia na imprensa, após aliciados por uma promessa numerária recompensadora, e encontrados hábeis, do ponto de vista médico, como doadores comprados a preço vil, porque nem o valor numerário exclui a torpeza do ato da compra de órgão, eram levados para terras do estrangeiro – África do Sul para lá, de modo a ofender a dignidade do povo brasileiro, vender e ter extirpado o rim, somando-se a prática de tal crime, em termos de humilhação ao povo brasileiro ao livre comércio de escravas brasileiras feitas por países ricos europeus. A ignomínia do ato, se constatado, exige uma atuação rápida e eficiente do Estado, que não pode ser obstado nas pesquisas que envolvam o conhecimento do agir de toda esta máquina criminoso, a justificar, na hipótese, as prisões temporárias decretadas”.

E, já no corpo daqueles *writ*, registrei: A gravidade dos crimes apontados aos indiciados é daquela que, inclusive, nos termos do artigo 312 do CPPB, fundamentaria a prisão preventiva, não só por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, principalmente em relação aos estrangeiros, como e principalmente, em razão de tratar-se de crime cuja prática afeta a garantia da ordem pública, por ofender a própria dignidade humana e o nome do país, que como acima registrei, não bastando a vergonha de ter entre os seus filhos escravas sexuais levadas para os países ricos europeus, sofre agora a ignomínia de ver brasileiros miseráveis sendo levados para o exterior para vender órgãos de seu corpo”.

Atente-se que o paciente, juntamente com os acusados Capitão Ivan, Teresinha e Fernanda, citados na denúncia como diretores da quadrilha, foram os únicos acusados que tiveram, pelo juízo singular, mantido o decreto cautelar.

Ademais, é cediço que a Constituição Federal exige motivação por parte do juiz, para que o cidadão fique preso antes do trânsito em julgado de sua condenação. *In casu*, entendo que a

juíza *a quo* invocou no seu decreto prisional preventivo os dispositivos ensejadores da prisão cautelar – artigo 312 do CPP, bem como demonstrou *in concreto* a necessidade da manutenção de tal prisão.

Não é o fato de ter-se encerrada ou não a instrução criminal, que o decreto preventivo não teria mais a sua validade. No momento em que a Juíza singular decretou a prisão preventiva, esta já se justificava, e, no caso concreto, a hipótese permanece a mesma, qual seja, não só por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, principalmente em relação aos estrangeiros, como e principalmente, em razão de tratar-se de crime cuja prática afeta a garantia da ordem pública, por ofender a própria dignidade humana e o nome do país, que, não bastando a vergonha de ter entre os seus filhos escravas sexuais levadas para os países ricos europeus, sofre agora a ignomínia de ver brasileiros miseráveis sendo levados para o exterior para vender órgãos de seu corpo. Ademais, entendo que restam indícios suficientes de autoria e materialidade delituosas a justificarem a manutenção do decreto preventivo, que teve, em sua motivação, os fundamentos da conveniência da instrução criminal, da garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

Quanto às nulidades, é matéria a morar no recurso próprio a atacar a sentença, e não na via do *habeas corpus*.

É de registrar-se, ainda, que o paciente, conforme se verifica do teor da sentença (fls.113) foi condenado, em concurso material, a uma pena de reclusão em regime fechado de 07 anos e 04 meses e 320 dias-multa. Ademais, observa-se que a Magistrada singular justificou expressamente da impossibilidade de substituição das penas privativas de liberdade, bem como de concessão de *sursis*.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica em não se aplicar ao réu, que permaneceu preso durante toda a instrução processual, mormente por prisão preventiva para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, o direito de apelar em liberdade da sentença condenatória, que é a hipótese dos autos, principalmente, quando se tem na hipótese que a manutenção da prisão constitui-se em um dos efeitos da respectiva condenação.



Neste sentido, registre-se: **“o réu preso preventivamente, e que nessa condição permanece durante toda a instrução criminal, não tem direito a apelar em liberdade, por isso que a sua conservação em prisão consubstancia um dos efeitos da própria sentença condenatória recorrível (CPP, art. 393, I)”** (STJ, **Habeas Corpus Nº 29.642, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, julg.18/02/2004**). Grifos acrescidos.

*Ex positis, denego a ordem de habeas corpus.*

É o meu voto.

### **INCIDENTE DE QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO RESCISÓRIA Nº 5.089-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Parte Autora: FAZENDA NACIONAL  
Parte Ré: JUAREZ DOS SANTOS CARVALHO  
Advs./Procs.: DRS. BENEDITO MELO DOS SANTOS E OUTROS (PARTE R.)

**EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. COMPETÊNCIA. STJ.**  
**- Em razão do efeito substitutivo dos recursos, a decisão sobre o mérito recursal substitui integralmente a decisão recorrida. Ainda que a decisão do recurso seja por seu provimento, confirmando a decisão recorrida, persiste o efeito substitutivo, de modo que passa a valer e ter eficácia a decisão do órgão ad quem e não a decisão confirmada.**  
**- A decisão final de mérito, transitada em julgado naquele feito, foi proferida no âmbito do STJ, substituindo integralmente o decisum desta Corte. Em realidade, portanto, o que a demandante pretende é a rescisão do acórdão exarado por aquele Tribunal Superior, única decisão do processo originário passível de impugnação me-di-**

***ante ação rescisória, cujo processamento e julgamento se insere na competência constitucional expressa do STJ, nos termos do art. 105, I, e, da Constituição da República.***

***- Incompetência absoluta do TRF. Remessa dos autos ao STJ.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, declinar da competência e determinar a remessa dos autos ao STJ, 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, 1º dezembro de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de ação rescisória, com pedido de tutela antecipada, interposta pela União, cujo objeto é a rescisão de acórdão prolatado pela Terceira Turma deste Tribunal – tendo como relator o MM. Desembargador Federal Ridalvo Costa – o qual deu provimento parcial à apelação do autor naquele feito, ora demandado, para isentar do imposto de renda a parcela da complementação de aposentadoria.

Alega a União, em resumo, que a decisão rescindenda afrontou literal disposição de lei. Junta aos autos cópia integral do processo originário, dando conta da existência, naquele feito, de acórdão do STJ, o qual conheceu e negou provimento ao recurso especial interposto pela União, confirmando a decisão proferida nesta Corte (fl. 171).

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Submeto a este Plenário questão de ordem atinente à competência para o julgamento da presente ação rescisória.

Nos termos do art. 512 do CPC, “o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso”. É o efeito substitutivo dos recursos, em razão do qual a decisão sobre o mérito recursal substitui integralmente a decisão recorrida. Ressalte-se que apenas a decisão de mérito do tribunal *ad quem* substitui a decisão recorrida, pois somente em tal hipótese terá havido o efetivo pronunciamento acerca da pretensão deduzida em juízo. Ainda que a decisão recursal negue provimento ao recurso, confirmando a decisão recorrida, persiste o efeito substitutivo, de modo que passa a valer e ter eficácia a decisão do recurso e não a decisão confirmada.

Da análise dos autos, observo que o acórdão rescindendo foi objeto de impugnação mediante recurso especial, o qual, após juízo de admissibilidade positivo nesta Corte, foi conhecido e improvido pelo STJ, em acórdão já transitado em julgado (fls. 171 e 173).

Do exposto, percebe-se que a decisão final de mérito, transitada em julgado naquele feito, foi proferida no âmbito do STJ, substituindo integralmente o *decisum* desta Corte. Em realidade, portanto, o que a demandante pretende é a rescisão do acórdão exarado por aquele Tribunal Superior, única decisão do processo originário passível de impugnação mediante ação rescisória, cujo processamento e julgamento se insere na competência constitucional expressa do STJ, nos termos do art. 105, I, e, da Constituição da República.

Afigura-se manifesta, portanto, a incompetência deste Tribunal para a apreciação da presente ação rescisória.

Nesse sentido, confira-se os seguintes julgados deste mesmo órgão julgador:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA.

**DECISÃO RESCINDENDA – ACÓRDÃO PROFERIDO EM RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA DO STJ, ART. CF, 105, I, E.**

**- O JULGADO QUE A AUTORA PRETENDE RESCINDIR, EM REALIDADE, É A DECISÃO DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE MONOCRATICAMENTE, POR MEIO DO MINISTRO RELATOR, MODIFICOU O ACÓRDÃO DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL, DE SORTE A APLICAR, À ESPÉCIE, A SÚMULA Nº 149 DAQUELA CORTE.**

**- NOS TERMOS DO ARTIGO 105, I, E, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMPETE AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PROCESSAR E JULGAR, ORIGINARIAMENTE, AS REVISÕES CRIMINAIS E AS AÇÕES RESCISÓRIAS DE SEUS JULGADOS.**

**- NÃO SE INSERE NA COMPETÊNCIA DESTE TRF DA 5ª REGIÃO A APRECIÇÃO DESTA AÇÃO RESCISÓRIA. REMESSA DOS AUTOS AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTES: TRF5, AÇÃO RESCISÓRIA Nº 2.546/CE, TRIBUNAL PLENO, *DJU* 20.10.2000, P. 975; TRF5, AÇÃO RESCISÓRIA Nº 3.591/AL, TRIBUNAL PLENO, *DJU* 20.02.2002, P. 1216.**

**- REMESSA DOS AUTOS AO COLENDO STJ (CF, ART. 105, I, E).” (Grifos nossos)**

(Origem: Tribunal – Quinta Região. Classe: AR – Ação Rescisória – 3977. Processo: 200105000 468041. UF: CE. Órgão Julgador: Pleno. Data da decisão: 06/08/2003. Documento: TRF500072824. Fonte: *DJ* – Data: 23/10/2003 – Página: 379. Relator(a): Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante. Decisão: Unânime)

**“QUESTÃO DE ORDEM. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. COMPETÊNCIA. AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA DECISÃO DE MINISTRA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PROFERIDA NOS TERMOS DO ART. 557, DO CPC. INCOM-**

**PETÊNCIA ABSOLUTA DO TRF. REMESSA DOS AUTOS AO COL. STJ – CF, ART. 105, I, E.”** (Grifos nossos)

(Origem: Tribunal – Quinta Região. Classe: QUO-AR – Questão de Ordem na Ação Rescisória – 4404. Processo: 200205000150914. UF: AL. Órgão Julgador: Pleno. Data da decisão: 07/08/2002. Documento: TRF500058651. Fonte: *DJ* – Data: 20/09/2002 – Página: 988. Relator(a): Desembargador Federal Rivalvo Costa. Decisão: unânime)

Posto isto, declaro a incompetência absoluta do TRF da 5ª Região para o processamento e julgamento da presente ação rescisória, determinando a remessa dos autos ao STJ.

É como voto.

**MEDIDA CAUTELAR N° 1.992-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
Requerente: BENJAMIN MOREIRA DE SOUZA  
Requerida: UNIÃO FEDERAL  
Agrte. Reg.: UNIÃO FEDERAL  
Advogado: DR. FERNANDO JOSÉ DO LAGO COSTA (RQTE.)

***EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR INCIDENTE EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. CUMULAÇÃO DE TRÊS CARGOS DE PROFESSOR. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA À CARTA MAGNA VIGENTE. MODIFICAÇÃO DO DECISUM. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. MEDIDA CAUTELAR IMPROCEDENTE. LIMINAR CASSADA. - Discute-se nos autos a liminar deferida, que assegurou ao requerente que fosse impedida a cassação da aposentadoria, e por conseguinte a***

*suspensão do pagamento dos proventos dela oriundos até decisão final no mandado de segurança, bem como o pedido de procedência da ação cautelar, que busca ter assegurada a cumulatividade de percepção dos proventos com os vencimentos da ativa, o primeiro decorrente de aposentadoria, e o segundo decorrente de concurso público de provas e títulos e referendado pela justiça através de decisão transitada em julgado.*

*- Verifica-se da documentação acostada aos autos pela União que o impetrante está acumulando dois cargos de regime de dedicação exclusiva e um de aposentadoria, e não dois cargos, como fez crer o impetrante em sua petição inicial.*

*- A jurisprudência é pacífica no sentido de se admitir a cumulação de dois cargos, desde que em sintonia com o ínsito no art. 37, XVI, da CF/1988, reconhecendo, contudo, a impossibilidade da cumulação de três cargos, haja vista ofensa à Carta Magna vigente que apenas permite a cumulação de dois cargos em situações específicas, assim, não há falar-se na possibilidade de cumulação de três cargos;*

*- O equívoco da decisão proferida liminarmente o foi por entender à época que se tratava de cumulação de dois cargos, e não de três;*

*- Agravo regimental prejudicado;*

*- Medida cautelar improcedente, cassação da liminar substitutiva anteriormente deferida.*

### **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, julgar improcedente o pedido cautelar, cassando a liminar substitutiva anteriormente deferida e julgar prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos au-

tos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 15 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de ação cautelar incidental ao Mandado de Segurança nº 2002.81.00.017218-6, onde se objetivava a concessão de liminar *inaudita altera pars*, para que fosse impedida a cassação da aposentadoria, e por conseguinte a suspensão do pagamento dos proventos dela oriundos até decisão final do feito mandamental e, no mérito, objetiva a procedência da ação, assegurando a cumulatividade de percepção dos proventos com os vencimentos da ativa, o primeiro decorrente de aposentadoria, e o segundo decorrente de concurso público de provas e títulos e referendado pela justiça através de decisão transitada em julgado, fundamentando o seu direito, na existência do *periculum in mora*, com base em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais pela possibilidade de acumulação remunerada de proventos de inatividade e vencimentos de cargos exercidos em atividade, quando oriundos de situações de nomeações decorrentes de aprovação em concurso público, bem como a impossibilidade de alterações supervenientes da jurisprudência, sob pena de afronta ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada, identificados no art. 5º, XXXVI, da CF/88.

Em apreciando o pedido monocraticamente, concedi a liminar requerida, ao fundamento de que estando o requerente, na iminência de ver-se sem os seus proventos de aposentadoria, em virtude da decisão proferida na ação mandamental a que esta MC é incidental, que julgou improcedente o pedido deduzido no referido *mandamus*, não há como deixar de conceder-se a liminar ora requerida.

Contra tal decisão a União Federal interpôs agravo regimental, pugnano pela reforma da decisão, ao argumento de que:

a) não estão presentes os requisitos autorizadores da medida cautelar, posto que não há plausibilidade jurídica nas alegações do autor (*fumus boni juris*), nem existe o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*);

b) segundo as informações prestadas pelo Comandante do Colégio Militar de Fortaleza ao Juiz da 10ª Vara-CE, o servidor Benjamin Moreira de Souza está incluído na relação dos servidores com acumulação de cargos, sendo um cargo de Professor aposentado pelo Estado, um cargo de Professor de 1º e 2º graus no Ministério da Defesa – Comando do Exército – Colégio Militar de Fortaleza com carga horária de 40 horas semanais e mais um cargo de professor de 1ª classe no Governo do Estado do Ceará, Secretaria de Segurança Pública e Defesa da Cidadania – Academia de Polícia Civil, com carga horária de 40 horas semanais, portanto acumulando 03 (três) cargos;

c) a acumulação de proventos com vencimentos somente será possível quando forem acumuláveis, na atividade, os 02 (dois) cargos de que promanam as situações remuneratórias, no mesmo sentido da regra ínsita no art. 37, XVI, da CF/1988, o que não é o caso do autor que acumula 03 (três) cargos, sendo o pedido do requerente insubsistente, mais ainda, contrário à lei, à doutrina e à jurisprudência mansa e pacífica dos nossos tribunais pátrios.

Apresentada a contestação, manifestou-se a União nos mesmos termos expostos nas razões de agravo regimental.

É o relatório.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Cuida a hipótese de ação cautelar incidental ao Mandado de Segurança nº 2002.81.00.017218-6, onde se objetivava a concessão de liminar *inaudita altera parte*, para que fosse impedida a cassação da aposentadoria, e por conseguinte a suspensão do pagamento dos proventos dela oriundos até decisão final do feito mandamental e, no mérito, objetiva a procedência da ação, assegurando a cumulatividade de percepção dos proventos com os vencimentos da ativa, o primeiro decorrente de aposentadoria, e o se-



gundo decorrente de concurso público de provas e títulos e referendado pela justiça através de decisão transitada em julgado, fundamentando o seu direito na existência do *periculum in mora*, com base em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais pela possibilidade de acumulação remunerada de proventos de inatividade e vencimentos de cargos exercidos em atividade, quando oriundos de situações de nomeações decorrentes de aprovação em concurso público, bem como a impossibilidade de alterações supervenientes da jurisprudência, sob pena de afronta ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada, identificados no art. 5º, XXXVI, da CF/88.

Em apreciando o pedido monocraticamente, concedi a liminar requerida, ao fundamento de que estando o requerente na iminência de ver-se sem os seus proventos de aposentadoria, em virtude da decisão proferida na ação mandamental a que esta MC é incidental, que julgou improcedente o pedido deduzido no referido *mandamus*, não há como deixar de conceder-se a liminar ora requerida.

Contra tal decisão a União Federal interpôs agravo regimental pugnando pela reforma da decisão, alegando, em síntese, a inexistência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, requisitos necessários à concessão de medida cautelar, posto que a acumulação de proventos com vencimentos somente será possível quando forem acumuláveis, na atividade, os 02 (dois) cargos de que promanam as situações remuneratórias, no mesmo sentido da regra ínsita no art. 37, XVI, da CF/1988, o que não é o caso do autor que acumula 03 (três) cargos, sendo o pedido do requerente insubsistente e contrário à lei, à doutrina e à jurisprudência mansa e pacífica dos nossos tribunais. Apresentou na oportunidade a contestação, manifestando-se nos mesmos termos expostos nas razões de agravo regimental.

O despacho ora vergastado assim se houve, *in verbis*:

“Rh.

Cuida a hipótese de ação cautelar incidental ao Mandado de Segurança nº 2002.81.00.017218-6.

Objetiva a presente cautelar a concessão da liminar *inaudita altera pars*, para que seja impedida a

cassação da aposentadoria, e por conseguinte a suspensão do pagamento dos proventos dela oriunda até decisão final do feito mandamental.

Fundamenta a requerente o seu direito, na existência do *periculum in mora*, com base em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais pela possibilidade de acumulação remunerada de proventos de inatividade e vencimentos de cargos exercidos em atividade, quando oriundos de situações de nomeações decorrentes de aprovação em concurso público, bem como a impossibilidade de alterações supervenientes da jurisprudência, sob pena de afronta ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada, identificados no art. 5º, XXXVI, da CF/88.

O STF já se pronunciou sobre a matéria no RE 163.204-6, tendo por Relator o e. Ministro Carlos Velloso, em cuja ementa do acórdão, textualmente se lê:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROVENTOS E VENCIMENTOS. ACUMULAÇÃO. CF, ART. 37, XVI, XVII.

I - A acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição. CF art. 37, XVI, XVII; art. 95, parágrafo único, I. Na vigência da Constituição de 1946, art. 185, que continha norma igual à que está inscrita no art. 37, XVI, CF/88, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era no sentido da impossibilidade da acumulação de proventos com vencimentos, salvo se os cargos de que decorrem essas remunerações fossem acumuláveis.

II - Precedentes do STF: RE 81.729-SP, ERE 68.480, MS 19.902, RE 77.237-SP, RE 76.241-RJ.

III - RE conhecido e provido”.

Destaco do voto do Relator:

“32. Portanto, como ficou demonstrado acima, é improcedente o fundamento adotado no acórdão recorrido, no sentido de que o art. 37, inc. XVI, da Cons-

tuição Federal não alcança a acumulação de cargo público com proventos de aposentadoria decorrente de cargo público inacumulável na atividade, porque a disposição constitucional somente se refere a cargos públicos que, ao meu ver, é suficiente para justificar o provimento do recurso.

33. Todavia, é conveniente que se faça um exame, ainda que breve, do outro argumento utilizado pelos que defendem a solução adotada no acórdão questionado. É aquele no sentido de que o inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal, por ser uma regra restritiva de direitos, deve ser interpretado restritivamente.

34. A regra interpretativa que determina a exegese restritiva das disposições que instituem exceções às regras gerais, em matéria de interpretação constitucional, não tem a importância que se lhe quer emprestar. Na espécie, a finalidade da norma suplanta tudo. Não se pode admitir interpretação que impeça a realização ampla do objetivo ou subjetivos visados pelo texto.

35. Já se mostrou acima que somente uma inteligência compreensiva da mencionada disposição constitucional, de modo a abranger também os casos de acumulação de cargo público com a percepção de proventos da aposentadoria em cargo público, capaz de impedir qualquer violação ao princípio da inacumulabilidade, que se destina a prestigiar os valores e os objetivos anteriormente destacados, revela o exato alcance da regra em questão.

36. Ademais, não se pode perder de vista que a regra é a inacumulabilidade, de modo que restrita há de ser a interpretação que se deve dar às suas exceções.

... 38. Em conclusão, no inciso XVI do art. 37, da Constituição, que estabelece o princípio da inacumulabilidade de cargos públicos, está compreendida a vedação de acumulação de aposentadoria em cargo público com o exercício de outro cargo públi-

co, vedação que se aplica a todas as espécies de acumulação, submetida a uma única exceção: quando se tratar de acumulação que seria lícita também na atividade (letras *a*, *b* e *c* do inciso XVI do art. 37, CF/88)”.

O STF igualmente se pronunciou sobre a matéria no AI 199.320-1, DJU de 14.8.1997, p. 36801, concluindo, em tal julgamento que tanto os proventos quanto os vencimentos encontram suporte fático no exercício, atual ou passado, de cargos públicos, daí porque não merecer prosperar a afirmação de que o aposentado não ocupa cargo público. Atente-se que no voto proferido pelo Exmo. Min. Marco Aurélio, na qualidade de Relator do referido AI 199.320-1, embora ressaltando o seu posicionamento anteriormente adotado no julgamento do RE 163.204-6 acima referido, homenageou a precedente do Plenário, razão pela qual, conheceu do agravo, negando-lhe, entretanto, o provimento.

Assim sendo, a regra é o incabimento da acumulação remunerada, independentemente de cuidar-se de vencimento com vencimento ou vencimento com proventos, somente se admitindo exceção na regra prevista no art. 37, XVI, da CF/88.

Atente-se, ainda, que a acumulação de proventos com vencimento somente será possível quando forem acumuláveis, na atividade, os dois cargos de que promanam as situações remuneratórias, no mesmo sentido da regra insita no art. 37, XVI, da CF/88.

No caso presente, objetiva-se acumular os proventos inerentes à inatividade do cargo de Professor prestado junto ao Colégio Militar de Fortaleza, com os vencimentos decorrentes do exercício do cargo efetivo de professor na Academia de Polícia Civil do Estado do Ceará.

Cuidando, pois, a hipótese de cargos acumuláveis na atividade, não haveria *prima facie* qualquer óbice à acumulação pretendida. Ademais, *in casu*, não há

falar-se em incompatibilidade de horários, atendendo encontrar-se inativo no cargo de Professor prestado junto ao Colégio Militar de Fortaleza.

Estando, pois, o requerente na iminência de ver-se sem os seus proventos de aposentadoria, em virtude da decisão proferida na ação mandamental a que esta MC é incidental, que julgou improcedente o pedido deduzido no referido *mandamus*, não há como deixar de conceder-se a liminar ora requerida.

Por tais considerações, concedo o pedido liminar requerido na presente cautelar.

Cite-se, mediante carta de ordem, nos exatos termos do art. 802 do CPC.

Intime-se. Cumpra-se. Recife, 14.09.2004”.

Verifica-se da documentação, de fls. 62, acostada aos autos pela União que, nas informações prestadas pelo Comandante do Colégio Militar de Fortaleza ao Juiz da 10ª Vara-CE, o servidor Benjamin Moreira de Souza está incluído na relação dos servidores com acumulação de cargos, sendo um cargo de Professor aposentado pelo Estado, um cargo de Professor de 1º e 2º graus no Ministério da Defesa – Comando do Exército – Colégio Militar de Fortaleza, com carga horária de 40 horas semanais, e mais um cargo de Professor de 1ª Classe no Governo do Estado do Ceará, Secretaria de Segurança Pública e Defesa da Cidadania – Academia de Polícia Civil, com carga horária de 40 horas semanais, portanto, acumulando 03 (três) cargos.

Compulsando os autos principais, constata-se que houve acerto na sentença, de fls. 52 a 54, da lavra do MM. Juiz Federal Substituto José Vidal Silva Neto, da 10ª Vara-CE, que, – ao averiguar que o impetrante, está em situação irregular, posto que acumula 03 (três) cargos ao invés de 02 (dois), como afirmado na inicial, violando, assim, dispositivo constitucional (art. 37, XVI, da CF/1988) –, deneugou a segurança, cassando liminar anteriormente deferida.

Destaco parte da fundamentação da sentença do MM. Juiz *a quo*, *in verbis*:

“(....)

A Constituição Federal não tolera que uma pessoa

receba proventos e vencimentos da Administração Pública dos três escalões, de forma cumulada, provindos de três cargos públicos efetivos. O máximo que as normas constitucionais permitiram foi a sobreposição de dois cargos de Professor, se os mesmos fossem cumuláveis na atividade, ou seja, havendo compatibilidade de horários entre si, o que não parece ser o caso sequer das funções do impetrante de quarenta horas (em tese, dedicação exclusiva), referentes ao Colégio Militar e à Academia de Polícia Civil do Estado. O desfrute simultâneo de vencimentos e proventos oriundos de três cargos excede o limite estabelecido no art. 37, XVI, da Constituição, seja com as alterações da Emenda Constitucional nº 20/98, seja antes disso.  
(...)”

A jurisprudência é pacífica no sentido de se admitir a cumulação de 02 (dois) cargos, desde que em sintonia com o ínsito no art. 37, XVI, da Constituição Federal de 1988, reconhecendo, contudo, a impossibilidade da cumulação de 03 (três) cargos, haja vista ofensa à Carta Magna vigente que apenas permite a cumulação de 02 (dois) cargos em situações específicas, *verbis*:

“AGCRA 302.522 – RS.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MAGISTÉRIO. PROVENTOS E VENCIMENTOS. ACUMULAÇÃO TRÍPLICE. ART. 37, XVI E XVII.

I – A acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição.

II – Precedente do Plenário: RE 163.204–SP.

III – Agravo não provido.

Rel.: Min. Carlos Velloso, Julgado: 14-05-2002, Decisão: Unânime, Publicação: DJU – 21-06-2002 – Pág.: 395, Órgão Julgador: STF – Segunda Turma.”

“RE 141.376 – RJ - RECURSO ESPECIAL.

EMENTA: Recurso extraordinário. Administrativo.

Funcionalismo Público. Acumulação de cargos. 2. Acórdão que concedeu mandado de segurança contra ato administrativo que afirmou a inviabilidade de tríplice acúmulo no serviço público. 3. Alegação de ofensa ao art. 37, XVI e XVII, da CF/88, e art. 99, § 2º, da CF pretérita. 4. A acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição. Precedente do Plenário RE 163.204. Entendimento equivocado no sentido de, na proibição de não acumular, não se incluem os proventos. RE 141.734-SP. 5. Recurso conhecido e provido, para cassar a segurança.

Rel.: Min. Néri da Silveira, Julgado: 02-10-2001, Decisão: Unânime, Publicação: DJ - 22-02-02, Órgão Julgador: STF - Segunda Turma”.

“ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Processo: 199400181000 UF: RN

EMENTA: RMS - CUMULAÇÃO DE CARGOS - PROFESSOR - COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS.

- A incompatibilidade de horários, na acumulação de cargos de professor, configura-se em hipótese diversa da prevista pela Constituição Federal, em seu art. 37, inc. XVI.

- Recurso desprovido.

Rel.: Min. Cid Flaquer Scartezini, Julgado: 26-08-1997, Decisão: Unânime, Publicação: 06-10-1997, STJ – Quinta Turma”.

“MS 8.323–DF - MANDADO DE SEGURANÇA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA. TRÍPLICE ACUMULAÇÃO DE CARGOS. DOIS VENCIMENTOS COM PROVENTOS ORIUNDOS DE APOSENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, XVI, DA CF/88. EC 20/98. ORDEM DENEGADA. PRECEDENTES.

I - Consoante entendimento consolidado do colendo Supremo Tribunal Federal, bem como desta eg. Corte, a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida, quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade.

II - *In casu*, a impetrante ocupa dois cargos. O primeiro de professora municipal. O segundo de Técnica de Assuntos Educacionais da UFRJ, além de encontrar-se aposentada em terceiro, qual seja, de Especialista em Educação.

III - Nos termos do art. 37, XVI, da Constituição Federal de 1988, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional 20/98, não é permitida a tríplice acumulação, especialmente de dois vencimentos com proventos, ainda que todos os estípidios sejam provenientes de cargos providos mediante prévia aprovação em concurso público. Precedentes.

IV - Segurança denegada.

Rel.: Min. Gilson Dipp, Julgado: 12-02-2003, Decisão: Unânime, Publicação: *DJ* - 10.03.2003 - Pág. 84, STJ - Terceira Seção”.

“AgRg no RMS 14.937 - PR

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. SERVIDOR. DIREITO DE OPÇÃO.

- O servidor que percebe proventos oriundos de dois cargos públicos mais vencimentos relativos a um terceiro cargo, também público, extrapola o limite previsto no art. 37, XVI, da Constituição Federal, com as alterações introduzidas pela EC nº 20/98, incorrendo em acumulação ilegal de cargos, ainda que tenha logrado aprovação em concurso público anteriormente à vigência da citada emenda.

- Agravo regimental desprovido.

Rel.: Min. Felix Fischer, Julgado: 03-06-2003, Decisão: Unânime, Publicação: *DJ* 23.06.2003 - Pág. 395, STJ - Quinta Turma.”



“ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Processo: 199400181000 UF: RN

EMENTA: RMS - CUMULAÇÃO DE CARGOS - PROFESSOR - COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS.

- A incompatibilidade de horários, na acumulação de cargos de professor, configura-se em hipótese diversa da prevista pela Constituição Federal, em seu art. 37, inc. XVI.

- Recurso desprovido.

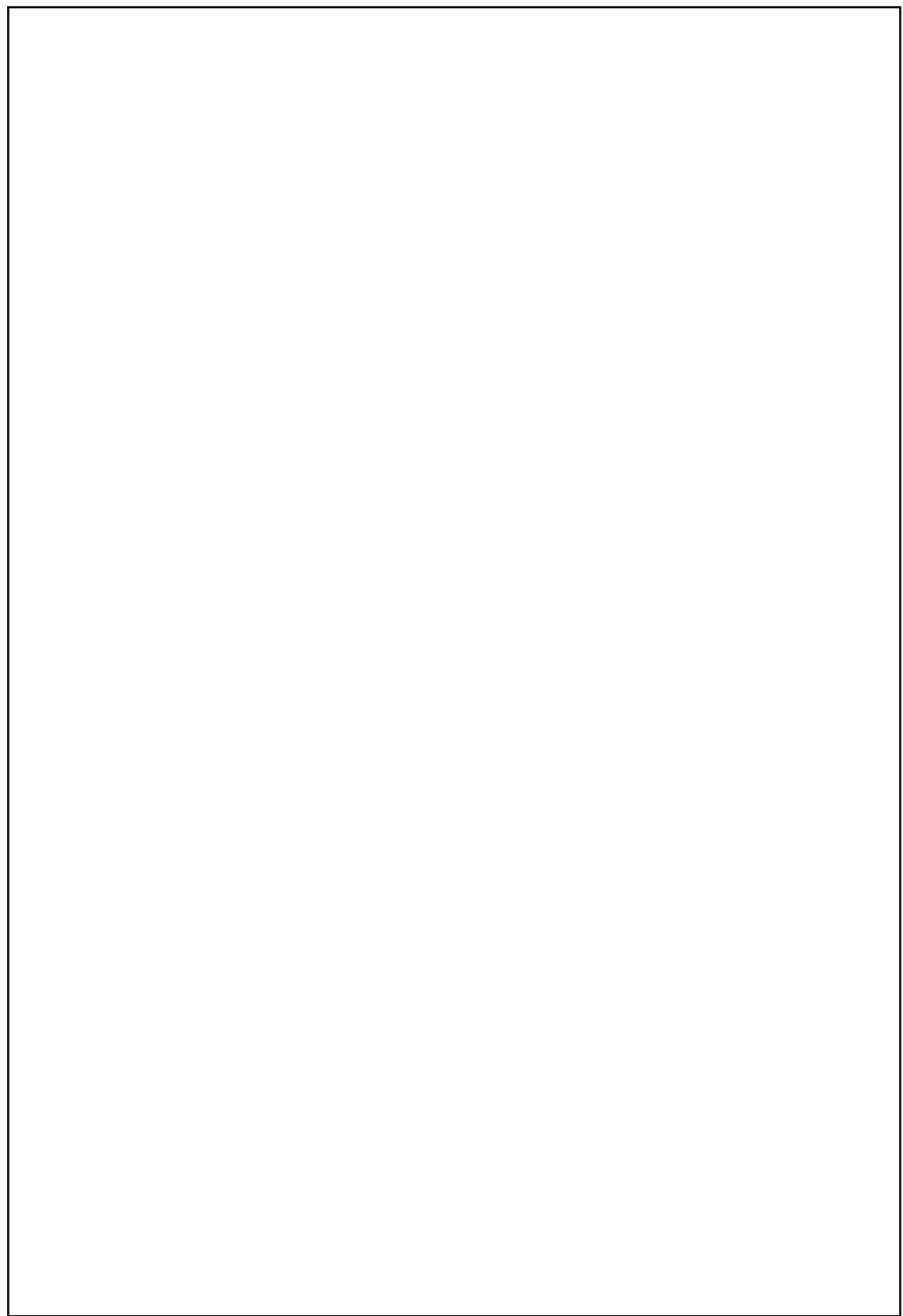
Rel.: Min. CID Flaquer Scartezini, Julgado: 26/08/1997, Decisão: Unânime, Publicação: 06/10/1997, Órgão Julgador: STJ - Quinta Turma”.

O equívoco da decisão proferida liminarmente o foi por entender à época que se tratava de cumulação de dois cargos, e não de três.

Ante tais considerações, não há falar-se na possibilidade de cumulação de 03 (três) cargos, restando, assim, ausente o *fumus boni juris* em relação ao impetrante.

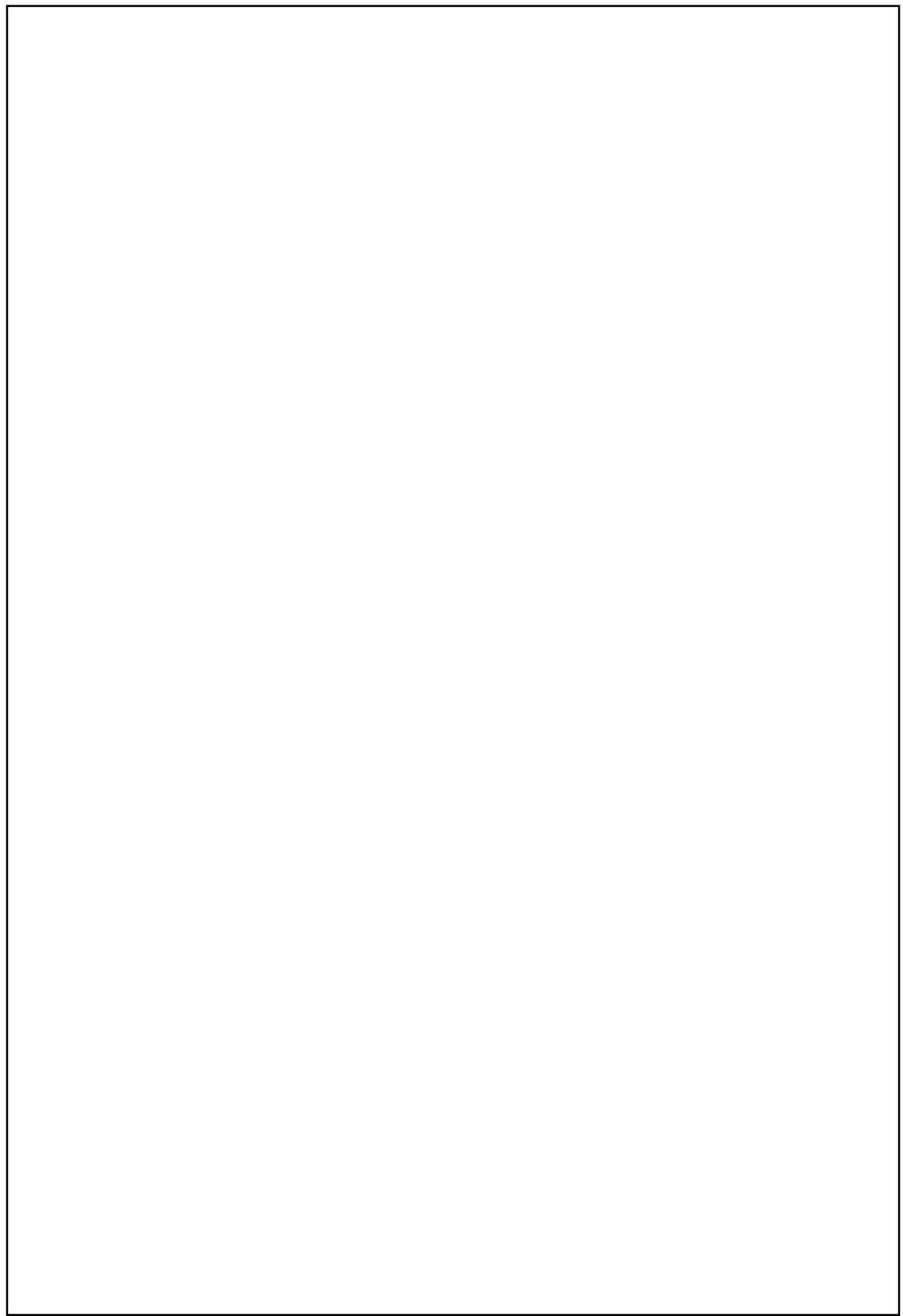
Razão porque, julgo improcedente a medida cautelar, cassando a liminar substitutiva anteriormente deferida, considerando prejudicada a análise do presente agravo regimental.

É o meu voto.



## **ÍNDICE SISTEMÁTICO**

---



## **JURISPRUDÊNCIA**

### **AÇÃO RESCISÓRIA**

4525-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro .....	49
---------	---	----

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

44201-CE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	59
55024-PB	Rel. Des. Federal Ridalvo Costa .....	64

### **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO**

60761-RN	Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho .....	68
----------	---	----

### **APELAÇÃO CÍVEL**

183691-PB	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano .....	74
269864-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	85
288461-CE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....	94
299066-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	107
314127-PE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo .....	126
315241-RN	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ....	140
321737-AL	Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante .....	152
336596-PB	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado) .....	172
342739-PE	Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti .....	177
345436-CE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	212
348781-AL	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro .....	220
353999-AL	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....	245
354986-SE	Rel. Des. José Baptista de Almeida Filho .....	249

### **APELAÇÃO CRIMINAL**

3592-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano .....	256
---------	--	-----

## **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA**

79119-PE Rel. Des. Federal Ridalvo Costa .....266

## **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL**

264793-CE Rel. Des. Federal Francisco Wildo .....271

## **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS***

1894-PB Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante .....281

## ***HABEAS CORPUS***

2087-PE Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira .....289

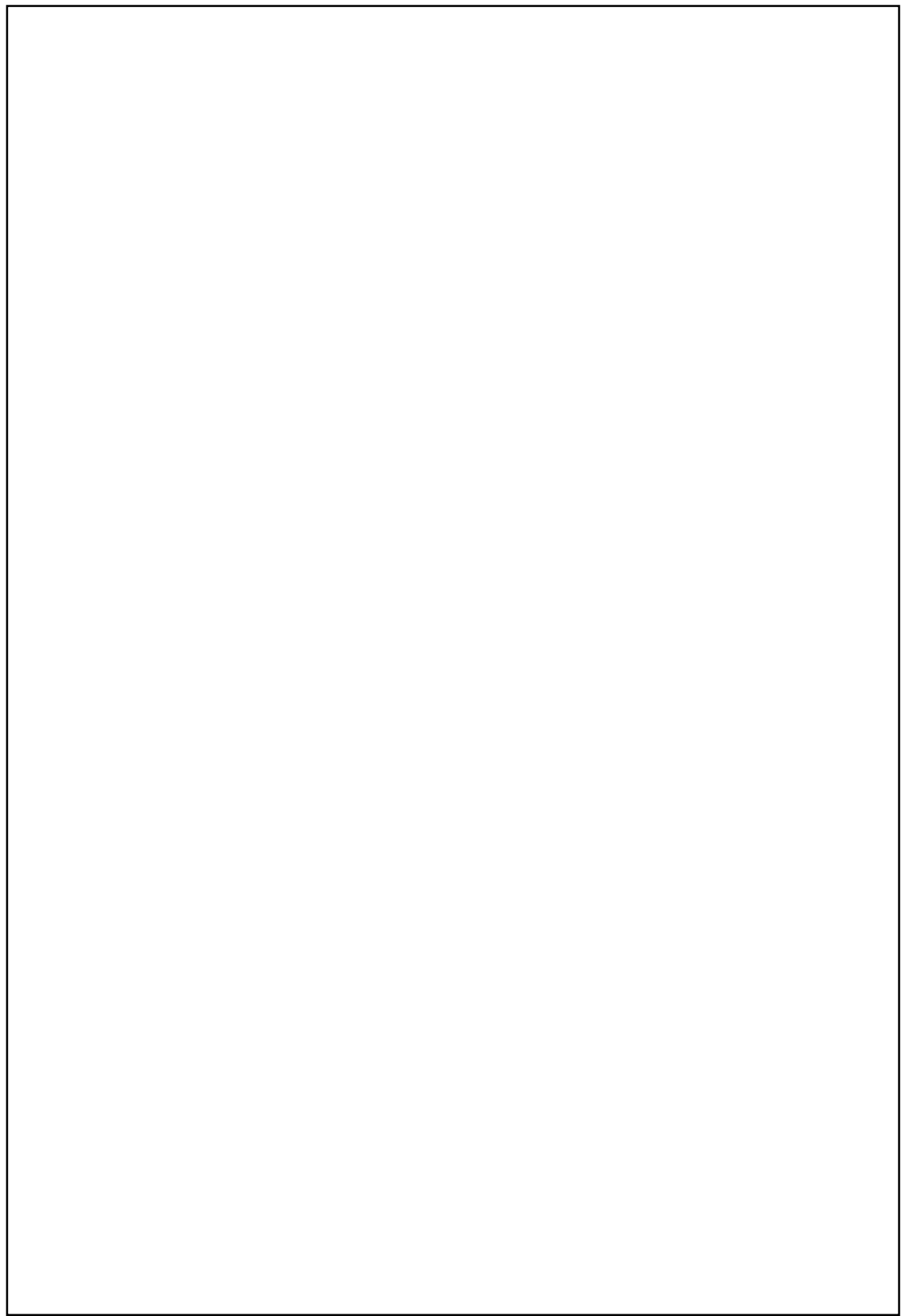
## **INCIDENTE DE QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO RESCISÓRIA**

5089-SE Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....297

## **MEDIDA CAUTELAR**

1992-CE Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira .....301

## ÍNDICE ANALÍTICO





## ÍNDICE ANALÍTICO

### A

- Ct, Adm e PrCv Ação civil pública. Nomeação de membros do Conselho Consultivo da Anatel. Ato administrativo. Discricionariedade. Apreciação pelo Poder Judiciário. Possibilidade jurídica do pedido. Ilegalidade da nomeação. Representantes da sociedade e dos usuários. Nulidade dos atos de designação. Afastamento. AC 342739-PE ..... 177
- Cv e PrCv Ação cominatória. Ação rescisória. Demolição de acréscimos irregulares feitos em apartamentos de prédio residencial. Ação de natureza obrigacional. Desnecessidade de outorga uxória. Prescrição do direito de ação. Não ocorrência. Ausência de citação válida. Não verificação. Nulidade da sentença. Efeitos. AR 4525-PE ..... 49
- PrCv, Ct e Adm Ação individual e ação coletiva proposta por associação que atua como substituto processual. Litispendência. Inexistência. Município. Definição do valor mínimo anual por aluno para fins de complementação do FUNDEF. Honorários advocatícios a serem pagos pela União em virtude da sucumbência. Impossibilidade de condenação da União ao pagamento de custas e despesas processuais. AC 348781-AL ..... 220
- Cv e PrCv Ação rescisória. Ação cominatória. Demolição de acréscimos irregulares feitos em apartamentos de prédio residencial. Ação de natureza obrigacional. Desnecessidade de outorga uxória. Prescrição do direito de

	ação. Não ocorrência. Ausência de citação válida. Não verificação. Nulidade da sentença. Efeitos. AR 4525-PE ..... 49
PrCv	Ação rescisória. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Questão de ordem. Questão de Ordem na AR 5089-SE ..... 297
Ct, Adm e PrCv	Ato administrativo. Discricionariedade. Nomeação de membros do Conselho Consultivo da Anatel. Apreciação pelo Poder Judiciário. Possibilidade jurídica do pedido. Ilegalidade da nomeação. Representantes da sociedade e dos usuários. Nulidade dos atos de designação. Afastamento. Ação civil pública. AC 342739-PE ..... 177
Prev e PrCv	Auxílio-doença. Suspensão do benefício. Impossibilidade. Comprovação da incapacidade da autora para as atividades laborativas. Laudo médico pericial. Ausência de reabilitação profissional. Restabelecimento do benefício. AC 353999-AL ..... 245
Ct e PrPen	Aventadas contradição, omissão e ambigüidade a macularem acórdão prolatado pela 1ª Turma do TRF – 5ª Região o qual denegou renovação de pedido de <i>habeas corpus</i> . Pedido de extensão de efeitos de <i>decisum</i> anterior ao presente <i>writ</i> . Não cabimento. Pretensão de libertação de réus que tiveram sua custódia preventiva mantida pelo Tribunal. Embargos de declaração. Improvimento. Custódia preventiva dos embargantes que se mantém. ED no HC 1894-PB ..... 281

## C

PrCv	CDA. Utilização da TR como fator de correção monetária. Utilização da UFIR em substituição. Nulidade da CDA. Não cabimento. Embargos de declaração. Obscuridades. Ocorrência parcial. Omissão. Inexistência. Rediscussão da matéria. Impossibilidade. ED na AC 264793-CE ..... 271
PrCv	Competência do Superior Tribunal de Justiça. Ação rescisória. Questão de ordem. Questão de Ordem na AR 5089-SE ..... 297
Trbt	Contribuição social prevista na Lei nº 9.876/99 incidente sobre o valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços. Percentual de 15%. Cooperativas de trabalho. Exigibilidade. Desnecessidade de lei complementar. AMS 79119-PE ..... 266
PrPen	Contribuições previdenciárias. Desconto dos empregados e ausência de repasse ao órgão previdenciário. Dolo não demonstrado. Direito à compensação de tributos declarados por sentença civil transitada em julgado. Repercussão na esfera penal. Crédito superior ao valor devido. Ausência de justa causa para a perseguição criminal. Absolvção. ACr 3592-PE ..... 256
Trbt	Cooperativas de trabalho. Contribuição social prevista na Lei nº 9.876/99 incidente sobre o valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços. Percentual de 15%. Exigibilidade. Desnecessidade de lei complementar. AMS 79119-PE ..... 266

Pen e PrPen	Crime de tráfico internacional de órgãos em concurso com formação de quadrilha. Réu preso preventivamente durante toda a instrução criminal. Ausência de direito de apelar em liberdade. Sentença condenatória proferida na ação penal. Pena de reclusão a ser cumprida em regime fechado. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Impossibilidade. Nulidades argüidas na ação penal. Ausência de provas. Impossibilidade de análise na via estreita do <i>writ</i> . <i>Habeas corpus</i> liberatório. Manutenção da prisão preventiva. Denegação da ordem. HC 2087-PE ..... 289
-------------	--

## D

Cv	Dano moral. Responsabilidade civil. Inclusão de nome e CPF de avalista no CADIN e no SINAD dois anos após o ajuizamento da ação de rescisão contratual e da consignação em pagamento. Cabimento de indenização. AC 183691-PB ..... 74
Adm	Desapropriação. Reforma agrária. Recolhimento de encargos sociais pelo expropriado não comprovado. Exclusão da indenização. Valor das benfeitorias não impugnado. Acolhimento do <i>quantum</i> ofertado. Perito judicial. Fé pública. AC 315241-RN ..... 140
Trbt	Desembaraço aduaneiro de 150 rolos de filme fotográfico para impressão. Imunidade tributária assegurada ao livro, ao jornal, ao periódico e ao papel destinado a sua impressão. Extensão ao material fotográfico. Precedentes do STF. AgTr 44201-CE ... 59

PrPen	Dolo. Ausência. Contribuições previdenciárias. Desconto dos empregados e ausência de repasse ao órgão previdenciário. Direito à compensação de tributos declarados por sentença civil transitada em julgado. Repercussão na esfera penal. Crédito superior ao valor devido. Ausência de justa causa para a persecução criminal. Absolvição. ACr 3592-PE ..... 256
-------	---

## E

Ct e PrPen	Embargos de declaração. Aventadas contradição, omissão e ambigüidade a macularem acórdão prolatado pela 1ª Turma do TRF – 5ª Região o qual denegou renovação de pedido de <i>habeas corpus</i> . Pedido de extensão de efeitos de <i>decisum</i> anterior ao presente <i>writ</i> . Não cabimento. Pretensão de libertação de réus que tiveram sua custódia preventiva mantida pelo Tribunal. Improvimento dos embargos. Custódia preventiva dos embargantes que se mantém. ED no HC 1894-PB ..... 281
------------	--

PrCv	Embargos de declaração. Obscuridades. Ocorrência parcial. Omissão. Inexistência. Rediscussão da matéria. Impossibilidade. Contradição. CDA. Utilização da TR como fator de correção monetária. Utilização da UFIR em substituição. Nulidade da CDA. Não cabimento. ED na AC 264793-CE ..... 271
------	---

Trbt	Exercentes de mandato eletivo. Vereador. Seguridade social. Segurado obrigatório. Fonte de custeio: rendimentos percebidos em razão do cargo eletivo. Desnecessidade de lei complementar. AC 354986-SE .... 249
------	---

## F

Cv e Adm Financiamento habitacional. Pedido de liberação de hipoteca. Repetição do indébito em dobro. Sentença genérica, condicional e *extra petita*. Nulidade reconhecida de ofício. Contrato fora do âmbito do SFH. Reajuste das prestações. Não obrigatoriedade de aplicação da equivalência salarial. Aplicação da tabela *price* ao saldo devedor. Reconhecimento da existência de anatocismo. Falta de autorização legal. Necessidade de realização de perícia. Devolução dos autos ao juízo de origem. AC 288461-CE ..... 94

## H

Pen e PrPen *Habeas corpus* liberatório. Réu preso preventivamente durante toda a instrução criminal. Ausência de direito a apelar em liberdade. Sentença condenatória proferida na ação penal. Pena de reclusão a ser cumprida em regime fechado. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Impossibilidade. Crime de tráfico internacional de órgãos em concurso com formação de quadrilha. Nulidades argüidas na ação penal. Ausência de provas. Impossibilidade de análise na via estreita do *writ*. Manutenção da prisão preventiva. Denegação da ordem. HC 2087-PE ..... 289

Cv e Adm Hipoteca. Pedido de liberação. Financiamento habitacional. Repetição do indébito em dobro. Sentença genérica, condicional e *extra petita*. Nulidade reconhecida de ofício. Contrato fora do âmbito do SFH. Reajuste das prestações. Não obrigatoriedade de aplicação da equivalência salarial. Apli-

cação da tabela *price* ao saldo devedor. Reconhecimento da existência de anatocismo. Falta de autorização legal. Necessidade de realização de perícia. Devolução dos autos ao juízo de origem. AC 288461-CE .. 94

## I

Trbt Imunidade tributária assegurada ao livro, ao jornal, ao periódico e ao papel destinado a sua impressão. Extensão ao material fotográfico. Desembarço aduaneiro de 150 rolos de filme fotográfico para impressão. Precedentes do STF. AgTr 44201-CE ..... 59

Adm Instalação de tubulações de gás natural e *city gate*. Pagamento de *royalties* ao município. Cancelamento. Ausência de ilegalidade. Não caracterização como instalações de embarque e desembarque de gás natural. AgTr 55024-PB ..... 64

## M

Trbt e PrCv Mandado de segurança. Mudança da sede da empresa. Faculdade atribuída a seus controladores. Inexistência de dano à arrecadação e à fiscalização tributária. Sentença que denegou a segurança. Atribuição de efeito suspensivo à apelação. Possibilidade. AgRg no AgTr 60761-RN..... 68

Ct, Adm e PrCv Medida cautelar incidente em mandado de segurança. Servidor público aposentado. Acumulação de três cargos de professor. Impossibilidade. Afronta à CF. Cassação da liminar. MC 1992-CE ..... 301

Trbt e PrCv Mudança da sede da empresa. Faculdade atribuída a seus controladores. Inexistência de dano à arrecadação e à fiscalização tributária. Mandado de segurança. Ordem denegada. Atribuição de efeito suspensivo à apelação. Possibilidade. AgRg no AgTr 60761-RN ..... 301

PrCv, Ct e Adm Município. Definição do valor mínimo anual por aluno para fins de complementação do FUNDEF. Ação individual e ação coletiva proposta por associação que atua como substituto processual. Litispendência. Inexistência. Honorários advocatícios a serem pagos pela União em virtude da sucumbência. Impossibilidade de condenação da União ao pagamento de custas e despesas processuais. AC 348781-AL ..... 220

Adm Município. Pagamento de *royalties*. Cancelamento. Ausência de ilegalidade. Instalação de tubulações de gás natural e *city gate*. Não caracterização como instalações de embarque e desembarque de gás natural. AgTr 55024-PB ..... 64

## N

Ct, Adm e PrCv Nomeação de membros do Conselho Consultivo da Anatel. Ato administrativo. Discricionariedade. Apreciação pelo Poder Judiciário. Possibilidade jurídica do pedido. Ilegalidade da nomeação. Representantes da sociedade e dos usuários. Nulidade dos atos de designação. Afastamento. Ação civil pública. AC 342739-PE ..... 177



## P

Adm	Pagamento de <i>royalties</i> ao município. Cancelamento. Ausência de ilegalidade. Instalação de tubulações de gás natural e <i>city gate</i> . Não caracterização como instalações de embarque e desembarque de gás natural. AgTr 55024-PB ..... 64
PrCv e Adm	Pensionista. Viúva de professor de instituição de ensino superior. Pleito de incorporação da vantagem instituída pelo Decreto nº 94.664/87, art. 31, § 3º, <i>a</i> , com alteração do percentual efetivada pela Lei nº 8.213/91. Exigência do título de doutor ou de livre-docente. Ausência de direito. AC 345436-CE ..... 212
Prev e PrCv	Preliminares. Prescrição do fundo de direito e decadência. Não acolhimento. Renda Mensal Inicial. Retificação. Correção monetária dos 24 primeiros salários-de-contribuição. Aplicação da OTN/ORTN. Revisão de benefícios. Aplicação do índice de 147,06%. Direito. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação. AC 269864-PE ..... 85
PrCv, Ct e Trbt	Prescrição. Restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados inconstitucionais pelo STF. Embargos de declaração. Ausência dos requisitos do CPC, art. 535. Rejeição. PIS. Base de cálculo. Semestralidade. Reconhecimento do direito à compensação tributária. Correção monetária. Índices aplicáveis. AC 321737-AL ..... 152

## Q

PrCv	Questão de ordem. Ação rescisória. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Questão de Ordem na AR 5089-SE ..... 297
------	--

## R

Adm	Reforma agrária. Desapropriação. Recolhimento de encargos sociais pelo expropriado não comprovado. Exclusão da indenização. Valor das benfeitorias não impugnado. Acolhimento do <i>quantum</i> ofertado. Perito judicial. Fé pública. AC 315241-RN ..... 140
Prev e PrCv	Renda Mensal Inicial. Retificação. Correção monetária dos 24 primeiros salários-de-contribuição. Aplicação da OTN/ORTN. Revisão de benefícios. Aplicação do índice de 147,06%. Direito. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação. Preliminares de prescrição do fundo de direito e de decadência. Não acolhimento. AC 269864-PE ..... 85
Prev	Renda Mensal Inicial. Revisão. Salário-de-contribuição. Incorporação ao salário-de-benefício das horas extras decorrentes de acordo em reclamação trabalhista. AC 336596-PB ..... 172
Cv	Responsabilidade civil. Dano moral. Inclusão de nome e CPF de avalista no CADIN e no SINAD dois anos após o ajuizamento da ação de rescisão contratual e da consignação em pagamento. Cabimento de indenização. AC 183691-PB ..... 74

Ct e Trbt                    Revenda de produtos derivados de petróleo. Substituição tributária. Comerciantes varejistas de combustíveis. Legitimidade ativa para discutir em juízo a restituição/compensação dos valores recolhidos indevidamente para o FINSOCIAL, o PIS e a COFINS. Inconstitucionalidade das alterações introduzidas pelas Leis nºs 7.689/88, 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90 e dos Decretos-leis nºs 2.445 e 2.449/88 declarada pelo STF. Inexigência de liquidez e certeza. Compensação que, *in casu*, não pode ser realizada com tributos de espécies diferentes. Correção monetária. Honorários advocatícios. AC 299066-PE ..... 107

Prev                            Revisão de Renda Mensal Inicial. Salário-de-contribuição. Incorporação ao salário-de-benefício das horas extras decorrentes de acordo em reclamação trabalhista. AC 336596-PB ..... 172

**S**

Trbt                            Seguridade social. Exercentes de mandato eletivo. Vereador. Segurado obrigatório. Fonte de custeio: rendimentos percebidos em razão do cargo eletivo. Desnecessidade de lei complementar. AC 354986-SE ..... 249

PrCv e Com                    Sentença cautelar. Determinação da suspensão dos efeitos do registro de marca comercial. Não cabimento do levantamento de questões respeitantes ao mérito da ação principal (nulidade do registro) e nela já afastadas. Cerne da cautelar. Não enfrentamento. Manutenção. Acréscimo do ônus da sucumbência. AC 314127-PE ..... 126

Ct, Adm e PrCv	<p>Servidor público aposentado. Acumulação de três cargos de professor. Impossibilidade. Afronta à CF. Medida cautelar incidente em mandado de segurança. Cassação da liminar. MC 1992-CE ..... 301</p>
Ct e Trbt	<p>Substituição tributária. Revenda de produtos derivados de petróleo. Comerciantes varejistas de combustíveis. Legitimidade ativa para discutir em juízo a restituição/compensação dos valores recolhidos indevidamente para o FINSOCIAL, o PIS e a COFINS. Inconstitucionalidade das alterações introduzidas pelas Leis nºs 7.689/88, 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90 e dos Decretos-leis nºs 2.445 e 2.449/88 declarada pelo STF. Inexigência de liquidez e certeza. Compensação que, <i>in casu</i>, não pode ser realizada com tributos de espécies diferentes. Correção monetária. Honorários advocatícios. AC 299066-PE ..... 107</p>
Prev e PrCv	<p>Suspensão do benefício de auxílio-doença. Impossibilidade. Comprovação da incapacidade da autora para as atividades laborativas. Laudo médico pericial. Ausência de reabilitação profissional. Restabelecimento do benefício. AC 353999-AL ..... 245</p>
PrCv e Com	<p>Suspensão dos efeitos do registro de marca comercial. Determinação. Sentença cautelar. Não cabimento do levantamento de questões respeitantes ao mérito da ação principal (nulidade do registro) e nela já afastadas. Cerne da cautelar. Não enfrentamento. Manutenção. Acréscimo do ônus da sucumbência. AC 314127-PE ..... 126</p>

## T

PrCv, Ct e Trbt	Tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados inconstitucionais pelo STF. Restituição. Prescrição. Embargos de declaração. Ausência dos requisitos do CPC, art. 535. Rejeição. PIS. Base de cálculo. Semestralidade. Reconhecimento do direito à compensação tributária. Correção monetária. Índices aplicáveis. AC 321737-AL ..... 152
-----------------	---

## V

Trbt	Vereador. Exercentes de mandato eletivo. Seguridade social. Segurado obrigatório. Fonte de custeio: rendimentos percebidos em razão do cargo eletivo. Desnecessidade de lei complementar. AC 354986-SE .... 249
PrCv e Adm	Viúva de professor de instituição de ensino superior. Pensionista. Pleito de incorporação da vantagem instituída pelo Decreto nº 94.664/87, art. 31, § 3º, a, com alteração do percentual efetivada pela Lei nº 8.213/91. Exigência do título de doutor ou de livre-docente. Ausência de direito. AC 345436-CE ..... 212