

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

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

Número 84 - Março/Abril - 2010

R. TRF 5ª Região, nº 84, p. 1-462, Março/Abril - 2010

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

**Diretor da Revista
DESEMBARGADOR FEDERAL
PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA**

Repositório de jurisprudência – versão eletrônica – credenciado pelo
Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o nº 70
(Portaria nº 05/2010, *DJe* de 13/04/2010, pág. 4.173).

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 PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

Supervisão de Coordenação de Gabinete e Base de Dados
MARIA CAROLINA PRIORI BARBOSA

Supervisão de Pesquisa, Coleta, Revisão e Publicação
NIVALDO DA COSTA VASCO FILHO

Apoio Técnico

ANGELA RAPOSO GONÇALVES DE MELO LARRÉ
ELIZABETH LINS MOURA ALVES DE CARVALHO

Diagramação

GABINETE DA REVISTA

Endereço eletrônico: www.trf5.gov.br

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

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

Bimestral, a partir do volume nº 73.

A partir do v. 4, nº 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

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00

Presidente

Desembargador Federal

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

Vice-Presidente

Desembargador Federal

MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - 08.08.07

Corregedor

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Diretor da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS - 13.03.96

Desembargadora Federal

MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00

Desembargador Federal

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - 03.07.00

Desembargador Federal

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01

Diretor da Revista

Desembargador Federal
PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA - 19.09.01

Desembargador Federal
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03

Desembargador Federal
VLADIMIR SOUZA CARVALHO - 27.02.08

Desembargador Federal
ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA - 05.05.08
Coordenador dos Juizados Especiais Federais

Desembargador Federal
FRANCISCO BARROS DIAS - 12.01.09

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Vice-Presidente: Desembargador Federal MARCELO NAVARRO
Corregedor: Desembargador Federal MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI - Presidente
Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA
Desembargador Federal ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal PAULO DE TASSO B. GADELHA - Presidente
Desembargador Federal FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS
Desembargador Federal FRANCISCO BARROS DIAS

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE O. LIMA - Presidente
Desembargador Federal GERALDO APOLIANO
Desembargador Federal VLADIMIR SOUZA CARVALHO

QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI - Presidente
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES
Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

SUMÁRIO

I - Jurisprudência	13
II - Índice Sistemático	451
III - Índice Analítico	455

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO PENAL Nº 20-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réu: FRANCISCO JÚNIOR LOPES TAVARES
Adv./Proc.: DR. VICTOR TIMBO DE LIMA (RÉU)

EMENTA: PROCESSO PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. DECLARAÇÃO DA SEMACE ADULTERADA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E DE CIÊNCIA DA ADULTERAÇÃO DO DOCUMENTO. DENÚNCIA REJEITADA.

- Não trazendo a denúncia indícios veementes de que o denunciado adulterou as declarações da SEMACE, fez uso dela ou sabia de tal adulteração, se impõe a rejeição da peça denunciatória no exame preliminar de sua avaliação.

- No exercício do controle de admissibilidade da ação penal, exerce o órgão judicante atividade que em nada se assemelha ao exercício burocrático de apenas impulsionar o pedido, pois é indispensável que, nessa fase preambular, se achem mais razões para crer, do que para descrever na imputação; a mera suspeita não basta à instauração da ação penal, mas se exige que o órgão denunciante disponha de elementos indiciários fortes, capazes de produzir a crença na viabilidade da ação.

- Denúncia que se rejeita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APE 20-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em rejeitar a presente denúncia, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 25 de novembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA
ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Cuidam os autos de denúncia oferecida pela Procuradoria da República no Estado do Ceará, e ratificada pela Procuradoria Regional da República da 5ª Região, em desfavor de FRANCISCO JÚNIOR LOPES TAVARES, Prefeito do Município de Caridade/CE, com o objetivo de apurar eventual apresentação de duas declarações falsas perante o Ministério da Integração Nacional, supostamente expedidas pela SEMACE - Superintendência Estadual do Meio Ambiente, para complementar documentação exigida no âmbito do Convênio 641/99, firmado entre o referido Ministério e o Município de Caridade, que tinha por finalidade a construção de um açude público. Os fatos, de acordo com a denúncia colacionada às fls. 390/394 dos autos, se subsumem aos art. 304 c/c art. 297, parág. 1º, do CPB (*uso de documento falso e falsificação de documento público*).

2. Segundo a inicial acusatória, o Ministério da Integração Nacional expediu uma notificação nominal ao Prefeito de Caridade, investigado FRANCISCO JÚNIOR LOPES TAVARES, para que enviasse manifestação do órgão ambiental responsável pelo gerenciamento dos recursos hídricos, tendo sido encaminhadas duas declarações da SEMACE, assinadas pelo Superintendente Antônio Renato Lima Aragão.

3. Relata que o setor jurídico do Ministério, consultando o SEMACE, foi informado de que as declarações não foram expedidas pelo referido órgão ambiental, ressaltando que a Prefeitura de Caridade solicitou licença prévia para o empreendimento, a qual não foi concedida, pois se constatou que o empreendimento já estava concluído. Em virtude disto, não foram liberados os recursos relativos ao Convênio 641/99.

4. O investigado FRANCISCO JÚNIOR LOPES TAVARES apre-

sentou defesa preliminar às fls. 432/440, em consonância com o disposto no art. 4º da Lei 8.038/90 e no art. 191 do Regimento interno do TRF 5ª Região. Nesta, afirma que o inquérito resume-se a 737 páginas e somente nas últimas 41 páginas tem-se a sua pessoa como objeto do procedimento, a partir da denúncia do *Parquet*.

5. Assevera que não pode ser responsabilizado por fatos supostamente ocorridos na esfera da Administração Municipal, e que o próprio Superintendente Antônio Renato Lima Aragão, que teve sua assinatura falseada, quando ouvido nos autos da Ação Civil Pública de Improbidade 2001.81.00.024760-1, proposta em seu desfavor pelo MPF, relatou acreditar ter saído da própria SEMACE a falsificação.

6. Continua dizendo que a referida ação foi julgada improcedente, onde se confirmou a inexistência de participação sua na falsificação. Acrescenta que a responsabilidade pelo envio da documentação relativa ao convênio com o Ministério da Integração Nacional estava descentralizada, cabendo ao denunciado apenas assinar o plano de trabalho do convênio.

7. O MPF, instado a se manifestar nos autos, apresentou a Cota 1.178/2009 (fls. 475/476), pugnando pelo regular processamento do feito.

8. É o que havia de mais relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT (Relator):

1. Na presente denúncia, o Ministério Público Federal imputa a FRANCISCO JÚNIOR LOPES TAVARES, atual Prefeito do Município de Caridade/CE, a prática dos delitos capitulados nos art. 304 c/c art. 297, parág. 1º, do CPB (*uso de documento falso e falsificação de documento público*); o fato delituoso teria consistido na apresentação, pela Prefeitura Municipal de Caridade/CE, de duas declarações falsas, supostamente expedidas pela SEMACE - Superintendência Estadual do Meio Ambiente, perante o Ministério da Integração Nacional, para o recebimento de verbas públicas federais.

2. A responsabilização do denunciado decorreu da circunstância de que este, à época dos fatos, ocorridos em 2000, também exercia o mandato de Prefeito da referida Municipalidade. De acordo com o *Parquet*, *não descaracterizaria o crime o fato do próprio Prefeito não ser o responsável por remeter os documentos para o Ministério da Integração Nacional, pois os funcionários da Prefeitura apenas cumprem as ordens emanadas do chefe da Municipalidade. Continua dizendo que o Prefeito era diretamente interessado em ressarcir o município dos recursos utilizados para a construção do açude, pois, na época da utilização da declaração falsa, nenhum recurso havia sido liberado, mas a obra já estava concluída, segundo a vistoria realizada pela SEMACE.*

3. Quanto ao delito capitulado no art. 304 do CPB, se consuma com a atividade do agente que conscientemente utiliza o documento. Assim, o que havia de existir, nesta fase de cognição, **eram indícios de autoria do delito por parte do denunciado, indicativos de que este tinha conhecimento da adulteração, hipótese que não restou demonstrada no presente IPL.** A denúncia do MPF se baseou na **presunção de que o denunciado sabia das referidas adulterações, já que, como Prefeito do Município indicado, teria conhecimento dos atos perpetrados na esfera administrativa da Prefeitura,** como no caso de remessa de documentos ao Ministério da Integração, mas não trouxe nenhum elemento que evidencie ciência do falso por parte do denunciado.

4. Outro ponto trazido pelo MPF, que, ao seu entender, justificaria o recebimento da inicial acusatória em face do referido Gestor Público, pois indicativo da autoria, é o de que o Ministério da Integração Nacional expediu notificação nominal ao Prefeito solicitando a apresentação de manifestação do órgão ambiental (SEMACE), e que a primeira declaração falsificada dirigida ao Ministério teve autenticação realizada no dia imediatamente seguinte à solicitação. Acontece que, tais fatos apresentados não se revelam como suficientes, ao meu ver, ao recebimento da denúncia, pois não se mostram como indícios de que o denunciado falsificou os documentos em exame, ou mesmo que teve conhecimento da falsificação, enviando a documentação referida ao ministério da Integração Nacional.

5. De acordo com o relatório apresentado pela Polícia Federal (fls. 255/259), *embora a perícia técnica tenha comprovado a materialidade do crime de falsificação, não concluiu pela responsabilização do investigado MARCOS RIBEIRO BARROS, permanecendo, assim, não identificada a autoria. Não houve qualquer pessoa indiciada no inquérito.* E diga-se que surgimento de MARCOS RIBEIRO BARROS como investigado nos autos deste IPL, se deu em virtude do Ministério da Integração ter comunicado que recebeu correspondência, assinada por este Senhor, assumindo a autoria da falsificação (fl. 156). Na Polícia Federal, MARCOS RIBEIRO BARROS afirmou não ter qualquer envolvimento nos fatos, ocasião em que informou ser estivador, desconhecendo o gestor do Município de Caridade/CE (fls. 252/253).

6. Ora, não há que se confundir indícios de autoria, que têm sempre um pressuposto concreto, com presunção, cujo pressuposto é abstrato. **Não há indícios nos autos de que foi o denunciado quem fez o encaminhamento das declarações falsificadas ao Ministério da Integração, ou de que sabia serem falsas as declarações da SEMACE. Não há qualquer documento assinado pelo denunciado encaminhando as declarações falsificadas ao ministério, como não há carimbo seu nos referidos papéis. Ademais, o inquérito não chegou a qualquer conclusão acerca de quem teria sido o responsável por falsificar a assinatura do Superintendente da SEMACE.** Portanto, penso que a denúncia se fundamenta na presunção de que o denunciado, na qualidade de Prefeito do Município de Caridade/CE, sabia que as declarações da SEMACE teriam sido adulteradas, as utilizando para justificar obra já realizada, e ainda vai além, ao dizer que o próprio denunciado poderia ter realizado tal adulteração.

7. Na lição da Professora MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, a presunção, diferentemente do indício, prescinde de um processo lógico que parta de um dado de fato específico, concreto e certo; é o resultado de uma preventiva e genérica dedução empírica, fundada sobre a probabilidade em abstrato (A Prova por Indícios no Processo Penal, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 50); assim, a diferença substancial entre indício e presunção está em que esta é uma ilação que se tira de um fato conhecido, partindo tão-somente da experiência comum, para afirmar, antecipadamen-

te, como provável, fato desconhecido, enquanto que o indício remonta de fato específico certo, concreto, a uma conclusão, cujo conteúdo é fornecido de proposição geral, ditada da lógica ou da experiência comum (op. cit., p. 51).

8. É claro que o Prefeito poderia mesmo saber da falsificação do documento e até poderia ter ordenado a adulteração do mesmo; ocorre que o fato de o delito ser possível no plano abstrato, não é o suficiente para se receber a denúncia. **Além da comprovação da materialidade do delito, que resta demonstrada, é necessária também a existência de indícios suficientes da autoria, os quais não vislumbro nas peças informativas que acompanharam a denúncia.**

9. Com relação ao delito de uso de documento falsificado, vejam-se os seguintes acórdãos:

PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 304 DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PRÉVIO CONHECIMENTO DA FALSIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO.

1. Inexistência de provas de que o réu tenha praticado a falsidade documental, em conjunto com a ausência de comprovação do prévio conhecimento da falsidade por parte do agente acusado de uso.
2. Ausência do elemento subjetivo do tipo, o dolo, ou seja, a vontade de usar o documento, com a consciência de sua falsidade.
3. Inexistência de forma culposa.
4. Apelação improvida. Sentença absolutória confirmada. (TRF 1ª Região, ACR 01529888/PA, Rel. Juiz CÂNDIDO MORAES, DJU 20.02.03, p. 123).

PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EXISTENTE, AINDA QUE NÃO DIÁRIA. AUSÊNCIA DE DOLO. INEXISTÊNCIA DE CRIME.

1. Não comprovado o dolo, no caso a vontade livre e consciente de fazer uso de documento falso, até porque existente pelo menos em parte a prestação de serviço nele consignada, deve ser mantida a sentença que julgou improcedente a denúncia.
2. Recurso a que se nega provimento.

(TRF 1ª Região, ACR 01000526119/DF, Rel. Juiz OSMAR TOGNOLO, DJU 20.11.98, p. 134).

PENAL E PROCESSO PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. PROVA. ATIPICIDADE.

1. Dolo como elemento do tipo, a exigir prova do elemento subjetivo para configuração do delito.

2. Declarações do corréu que, devidamente valoradas, não encontram credibilidade dentro do conjunto probatório.

3. Sentença absolutória confirmada. Apelo improvido.

(TRF 1ª Região, ACR 01043439/BA, Rel. Juíza ELIANA CALMON, DJU 10.08.92, p. 23.395).

10. O ato judicial de recebimento de denúncia criminal não se confunde com o do recebimento de uma ação civil comum, porque a ação penal, deflagrada com a denúncia, produz de imediato efeitos deletérios sobre a reputação, a honra e a imagem das pessoas, valores que, além de juridicamente protegidos, compõem também elementos que a cultura comum preserva.

11. Assim, no exercício do juízo preliminar da admissibilidade da ação penal, exerce o órgão judicante atividade que em nada se assemelha ao exercício burocrático de apenas impulsionar o pedido, pois é indispensável que, nessa fase preambular, se achem mais razões para crer, do que para descrever na imputação; a mera suspeita não basta à instauração da ação penal, mas se exige que o órgão denunciante disponha de elementos indiciários fortes, capazes de produzir a crença na viabilidade da ação.

12. É claro que os indícios têm geralmente a força de induzir a avaliação de quem os analisa com isenção, mas quando nem mesmo indícios há, como neste caso, se impõe o dever de não submeter a pessoa do denunciado ao tão temível *strepitu judicii*, capaz, por si só, de lavrar efeitos danosos e irreversíveis sobre a honra, o bom nome e a imagem da pessoa: o Estado tem o dever de não instaurar a ação penal, quando não dispõe de elementos seguros de convicção, porque a ação penal, de si mesma, macula imediatamente a reputação do acusado e lhe comprime o *status libertatis*.

13. No caso, penso que, *data venia*, não se deve exercer o poder raríssimo de instaurar a ação penal, à míngua de elementos

indiciários da autoria do ilícito, capazes de indicar a plausibilidade da ação.

14. Dessa forma, **entendo não ser possível o recebimento da presente denúncia, razão pela qual a rejeito** (art. 395, inciso III, do CPP).

15. É como voto.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 5.450-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Ré: LYGIA MARIA DE FIGUEIREDO GOMES
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ AMÉRICO BARBOSA E OUTRO (RÉ)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PENSÃO POR MORTE. FILHA SOLTEIRA DEPENDENTE DO DE CUJUS. CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO. ADVENTO DA MAIORIDADE. SURTI- MENTO DE ENFERMIDADE INCAPACITANTE (CÂNCER RENAL). ACÓRDÃO QUE CONFIR- MOU A SENTENÇA QUE RESTABELECEU O BENEFÍCIO. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITI- VO DE LEI. AUSÊNCIA. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS.

- Ação rescisória ajuizada pelo INSS objetivando desconstituir acórdão da colenda Terceira Tur- ma deste Tribunal, que negou provimento à re- messa necessária, confirmando a sentença que reconheceu em favor da ora ré, filha solteira maior de 21 anos, o direito ao restabelecimento de pensão por morte do respectivo genitor, em função de ter sido a mesma acometida de pato- logia grave – câncer nos rins – que, a despeito da

intervenção cirúrgica realizada, se revelou maligno, e se disseminou por todo o seu corpo, tornando-a incapaz para o trabalho.

- Alegação de que o acórdão teria afrontado dispositivo literal de lei, dado que a Ré não ostentava a condição de inválida em 13-5-1983 (data do falecimento do seu genitor), vindo a mesma requerer o restabelecimento do benefício somente em 28-4-2000 (quando o mesmo já teria sido suspenso).

- Hipótese em que o INSS pretende, através da presente rescisória, rediscutir matéria que foi devidamente analisada pela sentença e pelo acórdão, quando pugnou pela “improcedência da ação, porque não comprovada a invalidez, através do exame médico pericial e que a patologia é posterior ao óbito do segurado” – fl. 26.

- “Notícia o relatório médico de fl. 13, datado de 1999, que, há cerca de 10 (dez) anos, foi acometida de tal doença. Restou submetida a uma nefrectomia (retirada de um dos rins), mas se apurou a disseminação de um câncer de natureza maligna por seu corpo”.

- Caso em que a decisão rescindenda conferiu interpretação razoável aos fatos, diante do acervo probatório constante dos autos, não havendo que se cogitar de ocorrência de violação a literal dispositivo de lei.

- Se na decisão rescindenda não se detecta flagrante contrariedade ao texto de lei, como no caso concreto, a rescisória ajuizada com arrimo no artigo 485, V, do CPC, não pode prosperar, na medida em que a violação a literal disposição de lei, a que alude o citado artigo deverá ser frontal e indubiosa.

- Improcedência dos pedidos. Verba honorária de sucumbência fixada em R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar improcedentes os pedidos formulados nesta ação rescisória, nos termos do relatório, voto do Desembargador Federal e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 11 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Ação Rescisória com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada pelo Instituto Nacional de Seguro Social - INSS, com fulcro no artigo 485, V, do Código de Processo Civil - CPC, objetivando desconstituir acórdão da col. Terceira Turma deste Tribunal, proferido nos autos da Remessa Ex-Officio em Apelação Cível nº 320977-PB, que confirmando a sentença, negou provimento à remessa necessária, reconhecendo em favor da ora ré, filha solteira maior de 21 anos, o direito ao restabelecimento da pensão por morte do seu genitor, em função de ter sido a mesma acometida de patologia grave, o que lhe ocasionou a retirada de um dos rins, tornando-a incapaz para o trabalho.

O INSS argumentou, em síntese, que a decisão rescindenda teria afrontado o disposto no artigo 11, inciso I, da Lei nº 3.807/60, bem como as disposições contidas no artigo 13, inciso I, da Consolidação das Leis da Previdência Social - CLPS (Decreto nº 77.077/76), no artigo 12, inciso I, e artigo 68, do Decreto nº 83.080/1979, eis que a incapacidade da ré teria ocorrido 16 (dezesesseis) anos após o óbito do instituidor do benefício.

Salientou, ainda, que a ré não ostentava a condição de inválida em 13-5-1983 (data do falecimento do respectivo genitor) vindo a

mesma a requerer o restabelecimento do benefício somente em 28-4-2000 (quando o benefício já teria sido suspenso). Na sequência afirmou que, para a concessão de pensão por morte, a relação de dependência deveria estar configurada no momento em que ocorreu o fato gerador do benefício, a fim de que pudesse o interessado se habilitar às prestações perante a Previdência Social – fls. 2/6.

O pedido liminar foi indeferido – fls. 50/52.

Na resposta a ré, arguiu, em preliminar, a impossibilidade jurídica do pedido, em face de inexistir violação a dispositivo de lei. Requereu a extinção do processo, sem resolução do mérito – artigo 2687, VI, do CPC. No mérito, reafirmou o seu estado de invalidez, e a sua relação de dependência para com o segurado falecido – fls. 55/60.

Réplica do INSS à fl. 67. As razões finais foram apresentadas apenas pelo autor – fls. 206/208.

O douto representante do *Parquet* Federal opinou pelo não conhecimento da ação, e, se superado o empeco, pela improcedência do pedido – fls. 211/215.

É, no que importa, o relatório.

Ao eminente Desembargador Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

A preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, suscitada pela ré, imbrica-se com o mérito da própria rescisória; passo, pois, à análise do tema central da discussão trazido a tomo.

O acórdão proferido nos autos da REOAC nº 320977-PB, determinou que a Autarquia Previdenciária restabelecesse o benefício de pensão por morte em favor da ora ré, decorrente do óbito de seu genitor, segurado do INSS, em razão de haver sido comprovada a sua “... *incapacidade para o trabalho, quando veio a contrair câncer, que, a despeito de intervenção cirúrgica, se revelou maligno e se disseminou por todo o seu corpo*”, “(...) *já que a autarquia previdenciária não comprovou a sua alegação de que não se cui-*

dava de hipótese de invalidez permanente, ônus que lhe cabia, não tendo a autora como assegurar o seu sustento”.

A tese básica do INSS é a de que o acórdão teria afrontado o disposto no artigo 11, inciso I, da Lei nº 3.807/60, bem como as disposições do artigo 13, inciso I, da CLPS (Decreto nº 77.077/76) e o disposto nos artigos 12, inciso I, e 68, do Decreto nº 83.080/1979, eis que a incapacidade da ré teria ocorrido 16 (dezesesseis) anos após o óbito do instituidor do benefício; ou seja, a ré não era inválida em 13-5-1983 (data do falecimento do seu genitor), vindo a requerer o restabelecimento do benefício somente em 28-4-2000 (quando o benefício já teria sido suspenso).

Como salientado pelo douto representante do *Parquet*, o artigo 16 da Lei nº 8.213/91, que serviu de fundamento para o Acórdão rescindendo, “(...) *limita-se a repetir os termos dos dispositivos legais tidos como violados*”. Assim, enfatiza nobre Procurador, “(...) *o fato de a Sentença e o Acórdão estarem fundamentados em lei posterior ao óbito, mas mera repetição da legislação de regência, não caracteriza alegada violação*”.

Tudo gravita em derredor do reconhecimento posterior, pela sentença e confirmada pelo acórdão, da condição de invalidez da ré, posto que no entender do autor “(...) *esta incapacidade deveria remontar, in casu, à data da morte do genitor da ré (repetindo, 13/05/1983), para que ficasse caracterizada sua dependência em relação àquele, não adquirindo a ora ré essa qualidade em virtude de moléstia incapacitante sobrevinda quase 17 anos depois, isto é, em 1999, conforme a cópia do requerimento administrativo (doc. 17) e relatório médico (doc. 2)*”.

Há nos autos a comprovação, através dos documentos acostados à peça vestibular, que havia o vínculo de dependência da Ré com o *de cujus*; e de que ela era portadora de enfermidade grave, evolutiva e incapacitante (tumorção renal).

Destacou o eminente Relator: “*Notícia o relatório médico de fl. 13, datado de 1999, que, há cerca de 10 (dez) anos, foi acometida de tal doença. Restou submetida a uma nefrectomia (retirada de um dos rins), mas se apurou a disseminação de um câncer de natureza maligna por seu corpo*”.

São pertinentes, ao meu sentir, as lúcidas ponderações firmadas pelo douto representante do *Parquet*, no sentido de que “(...) retroagindo o decênio, aproximar-se-ia do período da fruição do benefício, como menor dependente, podendo-se inferir que citada neoplasia maligna precedia àquele período, podendo preexistir à morte do seu genitor”.

Vale lembrar, que o INSS não trouxe aos autos Laudo Pericial – elaborado na época do pedido de restabelecimento do benefício administrativamente – comprovando a inexistência da invalidez.

Tal fato, inclusive, foi destacado pelo Relator da decisão rescindenda; *in verbis*:

Não me parece razoável impedir o acesso ao benefício, considerando que a autarquia previdenciária sequer acoustou prova a respeito da perícia onde se teria constatado a inexistência da invalidez. Também não entendo que a circunstância dos primeiros sintomas terem eclodido em 1989, quando o benefício já havia sido extinto por força do advento da maioridade civil, justifique o indeferimento, diante da própria razão de ser da pensão, que, no caso, tem a finalidade de garantir o sustento de familiar de segurado, que não tem condições de obtê-lo, por si próprio, em virtude de suas precárias condições de saúde – fl. 35.

Assim, penso ser possível concluir-se acerca da preexistência da afecção incapacitante da autora, ora ré. Note-se, outrossim, que o novo Laudo Médico que repousa à fl. 186, elaborado nesta seara processual, nada esclareceu no tocante a “... quando eclodiu a enfermidade da ré ...”.

As circunstancias em que ocorreram os fatos, bem como a natureza da doença de que foi acometida a ora ré, rendem ensejo à conclusão de que a incapacidade já existia à época do falecimento do seu genitor.

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE EX-SEGURADO. FILHA MAIOR E INVÁLIDA. DEPENDÊNCIA COMPROVADA. IRRELEVÂNCIA DO FATO DE A INVALIDEZ SER ANTERIOR OU POSTERIOR AO ÓBITO DO SEGURADO. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA EM CONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO

PARA REDUZIR OS HONORÁRIOS A 10% DO VALOR DA CONDENAÇÃO E ISENTAR O INSS DO PAGAMENTO DAS CUSTAS. (TRF 1ª Região, AC nº 9201096577, Segunda Turma, DJ de 3-2-1994, Rel. Juiz Hércules Quassimodo).

Diante de tudo que foi exposto, penso que não assiste razão ao Instituto-Autor, ao fundamentar o seu pedido de rescisão no artigo 485, V, do Código de Processo Civil -CPC.

Deveras, o que INSS busca através da presente ação rescisória, é rediscutir a matéria, com o fito fim de alterar uma situação jurídica que se ampara por sob o manto da coisa julgada.

Basta que se verifique que a questão foi devidamente analisada pela sentença e pelo Acórdão, oportunidade em que o autor já havia pugnado, na contestação, pela “... *improcedência da ação, porque não comprovada a invalidez, através do exame médico pericial e que a patologia é posterior ao óbito do segurado*” – fl. 26.

Deveras, e rogando a devida vênia aos entendimentos em contrário sentido, estou convencido de que o Autor pretendeu, com o aforamento da Rescisória, o reexame das provas que ajudaram a deslindar a controvérsia.

Se na decisão rescindenda não se detecta flagrante contrariedade ao texto de lei, como no caso concreto, a Rescisória ajuizada sob o amparo do disposto no artigo 485, V, do CPC, não pode prosperar, na medida em que a violação a literal disposição de lei, a que se reporta o citado cânone legal, deverá ser frontal e indubiosa (ocorre sempre que se põe de lado o enunciado normativo – a letra – da lei).

Nesse sentido, permito-me reproduzir a posição doutrinária de Theotonio Negrão¹, ao registrar jurisprudência dominante do egrégio Superior Tribunal de Justiça - STJ, acerca do disposto no artigo 485, V, do CPC; confira-se:

Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo de-

¹ *In Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 41ª edição, Ed. Saraiva, p. 637, 2009.

cisum rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos (RSTJ 93/416). No mesmo sentido: RT 634/93.

Ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei. Justifica-se o *judicium rescindens*, em casos dessa ordem, somente quanto a lei tida por ofendida o foi em sua literalidade, conforme, aliás, a expressão do art. 485-V do CPC. Não o é ofendida, porém, dessa forma, quando acórdão rescindendo, dentre as interpretações cabíveis, elege uma delas e a interpretação eleita não destoa da literalidade do texto de lei (RSTJ 40/17). No mesmo sentido: STJ-RT 733/154.

Anoto, ainda, que, para se rescindir um acórdão sob a alegação de violação literal a dispositivo de lei, deve-se sempre ter em vista que a rescisória não é a via apropriada para a verificação do acerto ou da injustiça da decisão judicial rescindenda, nem, tampouco, da (eventual) inadequada interpretação de dispositivo legal.

E é sempre bom rememorar, que a ação rescisória não é substituta de recurso; não é recurso ordinário, com prazo bienal; não é super-recurso, e não se apresta para suprir ou colmatar a eventual contumácia das partes, nos casos em que estas não tenham feito desafiar contra os julgados havidos por daninhos aos respectivos interesses, e a tempo e modo compatíveis, os recursos pertinentes.

Outro não, por sinal, o entendimento sufragado no egrégio STJ:

A ação rescisória não é sucedâneo de recurso não interposto no momento apropriado, nem se destina a corrigir eventual injustiça de decisão. Constitui demanda de natureza excepcional, de sorte que seus pressupostos devem ser observados com rigor, sob pena de ser transformada em espécie de recurso ordinário para rever decisão já ao abrigo da coisa julgada.

(AR nº 3219/RS, Segunda Seção, julg. em 14-2-2007, DJ de 11-10-2007, p. 282, Rel. Min. Jorge Scartezini).

Sub o influxo de tais considerações, julgo improcedentes os pedidos formulados nesta rescisória. Os honorários advocatícios fixo-os em R\$ 1.000,00 (um mil reais), corrigidos monetariamente na forma prevista na Lei nº 6.899/81.

É como voto.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 6.261-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT
Autor: FAZENDA NACIONAL
Ré: FUNDAÇÃO HOSPITAL AGROINDUSTRIAL DO
AÇÚCAR E DO ÁLCOOL DE ALAGOAS

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. ERRO DE FATO E VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 150, VI, C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; 9º, IV, E 14, III, DO CTN; E 12 DA LEI Nº 9.532/97. INEXISTÊNCIA. PEDIDO RESCISÓRIO REJEITADO.
- Acórdão que considera imunes de imposto os rendimentos auferidos por entidade hospitalar sem fins lucrativos em decorrência da prestação de serviços médicos. Rescisória fundada em alegação de erro de fato e de violação aos artigos 150, VI, c, da Constituição Federal; 9º, IV, e 14, III, do CTN; e 12 da Lei nº 9.532/97, porquanto não provada a oferta de serviços gratuitos à população.
- A violação de lei que autoriza o remédio extremo da ação rescisória é apenas a que traduz descaso para com o comando normativo, e não a decorrente de interpretação falha, tampouco de má apreciação da prova. Precedente da Primeira Seção do STJ (AR nº 1.386/MG, Min. Luiz Fux, DJe 01/07/09).
- Por sua vez, erro de fato, para fins rescisórios, somente se configura quando “não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial

sobre o fato” alegado (CPC, art. 485, § 2º).

- Caso em que a dúvida quanto à idoneidade dos documentos trazidos como prova da imunidade tributária da ré constituiu o cerne da lide equacionada pelo acórdão rescindendo.

- Pedido rescisório rejeitado. Sem condenação da autora ao pagamento dos honorários de sucumbência, em face da revelia da ré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AR 6261-AL, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em rejeitar o pedido rescisório, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 3 de março de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT:

1. A FAZENDA NACIONAL propõe ação, com pedido de tutela antecipada, para rescindir acórdão da Segunda Turma deste Tribunal, que considerou a FUNDAÇÃO HOSPITAL AGROINDUSTRIAL DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL DE ALAGOAS, enquanto entidade sem fins lucrativos, imune ao pagamento de imposto sobre os rendimentos por ela auferidos em decorrência da prestação de serviços médicos.

2. Alega erro de fato e violação aos artigos 150, VI, c, da Constituição Federal; 9º, IV, e 14, III, do CTN; e 12 da Lei nº 9.532/97, pois a imunidade foi reconhecida mesmo sem prova da oferta de serviços gratuitos à população, a tanto não se prestando a perícia realizada apenas sobre documentos elaborados unilateralmente pela própria entidade interessada.

3. Apesar de citada, a ré não respondeu à pretensão – fl. 571v.

4. O Ministério Público Federal ofereceu parecer, opinando pelo não conhecimento da ação, porque incorrentes os motivos invocados para seu ajuizamento, ou, quando menos, pela improcedência do pedido, em face do conjunto probatório produzido no processo originário – fls. 576-595.

5. É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Relator):

1. Acusa-se o acórdão rescindendo de ofender os dispositivos que impõem às entidades de assistência social, para fruição da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, c, da Constituição Federal, as obrigações de “manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão” (CTN, art. 14, III) e de colocarem seus serviços “à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos” (Lei nº 9.532/97, art. 12).

2. Dos argumentos da autora, infere-se que o acórdão não teria desconsiderado tais obrigações, mas negligenciado na avaliação da forma correta de cumpri-las.

3. Contudo, a violação de lei que autoriza o remédio extremo da ação rescisória é apenas a que traduz descaso para com o comando normativo, e não a decorrente de interpretação falha, tampouco de má apreciação da prova.

4. Precedente da Primeira Seção do STJ ilustra bem essa compreensão:

AÇÃO RESCISÓRIA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. NÃO-OCORRÊNCIA. ERRO DE FATO. INEXISTÊNCIA.

1. A violação da lei que autoriza o remédio extremo da ação rescisória é aquela que consubstancia desprezo pelo sistema de normas no julgado rescindendo.

2. É cediço na Corte que “para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, prospere, é necessá-

rio que a interpretação dada pelo *decisum* rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se ‘recurso’ ordinário com prazo de interposição de dois anos” (REsp 9.086/SP, Relator Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, DJ de 05.08.1996; REsp 168.836/CE, Relator Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, DJ de 01.02.1999; AR 464/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, DJ de 19.12.2003; AR 2.779/DF, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Terceira Seção, DJ de 23.08.2004; e REsp 488.512/MG, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 06.12.2004).

3. A doutrina encampa referido entendimento ao assentar, *verbis*:

(...) a causa de rescindibilidade reclama ‘violação’ à lei; por isso, ‘interpretar’ não é violar. Ainda é atual como fonte informativa que tem sido utilizada pela jurisprudência, a enunciação do CPC de 1939, no seu artigo 800, *caput*: **‘A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória (...)’**¹. Destaquei.

5. Por sua vez, erro de fato, para fins rescisórios, somente se configura quando “não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato” alegado (CPC, art. 485, § 2º).

6. Noutras palavras, “mostra-se indispensável que o alegado erro tenha passado em branco, sem a ocorrência de controvérsia ou pronunciamento judicial”². Enfim, “não pode ter havido pronunciamento no julgado rescindendo sobre o fato objeto de erro”³.

7. Outro não foi o entendimento da Terceira Turma do STJ no julgamento do REsp nº 225.309/SP, sintetizado, pela Ministra Nancy Andrighi, na seguinte ementa:

¹ AR nº 1.386/MG, Min. Luiz Fux, DJe 01/07/09.

² AR nº 804/DF, STJ, Primeira Seção, Min. Castro Meira, DJ 05/02/07, p. 183.

³ AR nº 2.580/CE, STJ, Primeira Seção, Min. Herman Benjamin, DJe 06/11/09.

Processo civil. Ação rescisória. Erro de fato. Montante do débito apurado em perícia judicial. Descaracterização.

- Para a caracterização de erro de fato que autorize a propositura da ação rescisória são necessários dois requisitos: primeiro, que a decisão rescindenda considere existente fato não ocorrido, ou não existente fato ocorrido; e, concomitantemente, que a questão não tenha sido discutida no processo originário.

- A impugnação do conteúdo de um laudo pericial não pode ser considerada erro de fato para fins de ação rescisória. A mera injustiça, ou má apreciação de uma prova, não autorizam a rescisão do julgado.

- Recurso não conhecido⁴. Destaquei.

8. Longe de passar despercebida, a dúvida quanto à idoneidade dos documentos trazidos como prova da imunidade tributária da ré constituiu o cerne da lide equacionada pelo acórdão rescindendo.

9. Já na sentença ficou dito:

(...) diante do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos (fl. 15), do Estatuto da requerente, notadamente seu art. 25 (fls. 16/23), da Certidão de Instituição de Utilidade Pública (fl. 56) e dos numerosos documentos (fls. 111-421) que serviram de supedâneo ao Laudo Pericial elaborado, é de chegar à ilação de que a requerente preenche tanto os requisitos exigidos pelo CTN, em seu art. 14, quanto os mencionados no discutido art. 12 da Lei nº 9.532/97, em todos os seus aspectos.

(...)

Por tudo o que se mencionou acima, entendo, também que o argumento trazido em alegações finais pela União – de que a documentação trazida é meio inidôneo para fazer prova do alegado – não merece, igualmente, acolhida.

E assim penso por várias razões: primeiro, porque, como bem afirmou o expert, ao responder o 2º quesito formulado pela entidade hospitalar demandante, a autora mantém a escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades legais; segundo, porque ainda que fosse o caso de o perito ter se baseado em

⁴ DJ 22/05/06, p. 190.

documentos inidôneos (produzidos unilateralmente pela parte autora, sem as formalidades legais ou contrários à legislação), caberia à demandada, através de seus auditores fiscais, efetuar uma auditoria nas contas da entidade hospitalar, exigindo os livros fiscais necessários (...), não podendo recusar fé, por mero apego à forma, aos documentos de fls. 410-421 (utilizados para aferir os percentuais relativos aos serviços gratuitos realizados pela autora), até mesmo porque com a apresentação, pelo contribuinte, de sua documentação, presumida fica sua boa-fé, cabendo ao Fisco a prova em contrário; e, terceiro, porque só no caso de haver prova de que o contribuinte simula despesas usando documentos falsos, é que se poderá adotar as sanções cabíveis a tal conduta, não havendo que se falar em penalização antecipada quando não há prova cabal para tanto – fls. 482-483.

10. Também o acórdão da Segunda Turma foi contundente ao afirmar:

Diga-se antes de qualquer coisa, que as condições para que se declare o autor como entidade filantrópica estão satisfeitas. De fato, considerados os vastos documentos que a sentença declinou à fl. 452, bem assim a perícia contábil existente nos autos, à fl. 110, nada destoia desta conclusão: seja o rol do CTN (Art. 14), seja o da Lei nº 9.532/97 (art. 12), aquele a ser considerado, todas as características neles exigidas, em ambos, estão satisfeitas, de modo que resta indubitoso que a autora é, sim, entidade filantrópica – fl. 508.

11. Ante o exposto, rejeito o pedido.

12. Deixo de arbitrar honorários de sucumbência em favor da ré, por ser ela revel. Afinal, “se a parte ré, citada, não comparece nos autos em qualquer ato processual, deixando de contratar profissional para defendê-la, a sucumbência em tal verba perde a sua razão de ser, representando, em caso de vitória, mesmo assim, da revel, enriquecimento sem causa, desfigurando-se a natureza da honorária, que tem finalidade própria”⁵.

13. É como voto.

⁵ REsp nº 281.435/PA, STJ, 4ª Turma, Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 19/02/01, p. 182.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 4.111-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (PRESIDENTE)
Agravante: MUNICÍPIO DE PETROLINA - PE
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DRA. MARIA DO SOCORRO DE CARVALHO MANGABEIRA CORREIA (AGRTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO. SUSPENSÃO DE LIMINAR. EMBARGO DE OBRA. LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA. EFEITO MULTIPLICADOR. INOCORRÊNCIA.

- A teor do art. 4º da Lei nº 8.437/92, a suspensão de liminares proferidas contra o Poder Público somente é concedida quando ficar demonstrado que, do cumprimento imediato desse provimento judicial, ocorrerá ofensa a manifesto interesse público/flagrante ilegitimidade e grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

- Hipótese em que, ao lado de razões fundadas no inconformismo jurídico da decisão, o requerente limitou-se a sustentar a possibilidade de grave lesão à ordem econômica, sem trazer aos autos elementos concretos que demonstrem o acentuado gravame à economia municipal, decorrente do embargo a empreendimento residencial privado erguido às margens do Rio São Francisco.

- Ausentes os pressupostos legais para o deferimento do pedido e o efeito multiplicador resultante da execução da decisão que se pretende sustar, cuja mera presunção de ocorrência não assegura a concessão da medida extrema, deve subsistir a decisão agravada.

- Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 10 de março de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator Presidente

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Presidente):

Cuida-se de agravo inominado interposto pelo Município de Petrolina - PE contra decisão em que se indeferiu pedido de suspensão de liminar, concedida pelo Juízo da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, em cautelar preparatória de ação civil pública, para determinar o embargo das obras do empreendimento Gran Ville Petrolina e a suspensão da publicidade e da comercialização de direitos, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

O agravante aduz, em síntese, que o agravado deixou de trazer a debate, na ação civil intentada, qual o diploma normativo deveria incidir e prevalecer no caso. Se o Código Florestal, o Plano Diretor Municipal ou a Lei de Parcelamento dos Solos. Alega que, como a obra em questão está encravada em solo urbano, a ela não se aplicaria o regime jurídico do Código Florestal, afeto a áreas rurais, mas as normas municipais.

Assevera, ainda, que a medida liminar, ao impor limitação à ocupação da área do empreendimento, acabou por negar vigência à lei municipal, cuja inconstitucionalidade sequer fora declarada, inviabilizando a arrecadação de receitas tributárias (IPTU) e propiciando o ajuizamento de eventuais ações de repetição de indébito contra o Município de Petrolina, situação que caracterizaria flagrante

lesão à ordem econômica. Aponta, por fim, o enorme efeito multiplicador do *decisum*, afirmando que a prevalência da tese do órgão ministerial resultará na supressão de parte do centro da cidade.

Em suas contra-razões, o Ministério Público Federal pugna pelo desprovimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator Presidente):

Cuida-se de agravo inominado interposto contra decisão que, indeferindo pedido de suspensão, manteve os efeitos de liminar concedida para impedir as obras de construção e a comercialização do Condomínio Gran Ville Petrolina.

A análise da questão a ser dirimida deve ser feita em perfeita sintonia com o objetivo da suspensão de segurança, que consiste em subtrair a eficácia de decisão desfavorável à Fazenda Pública quando, do provimento de urgência deferido, resultar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

Convém destacar, outrossim, que o referido incidente processual não comporta o exame do mérito da controvérsia principal, o qual deverá ser promovido nos autos do feito originário ou mesmo em sede do recurso adequado. A medida excepcional, repita-se, deve ser manejada exclusivamente para se afastar a ameaça iminente de profunda lesão a um dos valores públicos tutelados por lei.

Para ilustrar, transcrevo o *caput* do art. 4º da Lei nº 8.437/92:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

In casu, não vislumbro a presença dos pressupostos legais.

Com efeito, após esboçar inconformismos de ordem jurídica, os quais não admitem exame nesta via excepcional, limitou-se o requerente a sustentar grave lesão à ordem econômica, sem trazer aos autos elementos concretos que demonstrem tal assertiva, sendo certo que a mera presunção de sua ocorrência não se coaduna com o escopo maior da suspensão de liminar. A esse respeito, conferir: STJ, CE, AgRg na SLS 191/PE, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJ* 10.04.06, p. 94.

Tal argumento também serve de lastro para afastar o alegado efeito multiplicador da decisão que se pretende sustar, visto que o mero temor do ajuizamento de ações semelhantes não assegura a concessão da medida extrema.

Vê-se, destarte, que a medida ora intentada acha-se dissociada dos fins delineados na norma acima referida, assumindo feição recursal.

Acerca do assunto, colaciono os julgados a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA. COBRANÇA. SUSPENSÃO. ALEGAÇÃO DE GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.

1. A autorização excepcional prevista nas Leis 4.348/64, 8.437/92 e 9.494/97 não se reveste de caráter revisional, restringindo-se à análise da potencialidade lesiva do ato decisório impugnado frente aos conceitos de ordem, de segurança, de saúde e de economia públicas.

2. A existência da situação de grave lesão à ordem e à economia públicas, alegada para justificar a concessão da medida de contracautela, há de ser cabalmente demonstrada pela entidade estatal que requer a providência autorizada pela legislação específica, não bastando a mera declaração de que a execução do ato decisório comprometerá os valores legalmente protegidos.

3. Agravo regimental improvido. (STF, Pleno, STA 152 AgR/PE, Rel. Min. Ellen Gracie, *Dje* 11.04.08).

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. INDEFERIMENTO. OFERTA DE VAGAS A

CANDIDATOS APROVADOS EM MESMO CONCURSO PÚBLICO. DIREITO DE PREFERÊNCIA. REMOÇÃO. GRAVE LESÃO A ORDEM PÚBLICA ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADA. PRETENSÃO RECURSAL MANIFESTA. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.

1. A via estreita da suspensão de decisão proferida na tutela antecipada contra a pessoa jurídica de direito público não comporta apreciação do mérito da controvérsia principal, matéria que deve ser apreciada na via recursal adequada.

2. Não restando evidenciada grave lesão a ordem pública administrativa, nem ofensa aos demais bens jurídicos protegidos pelas Leis nº 4.348/64 e nº 9.494/97, quais sejam: a saúde, a segurança e a economia públicas, há que ser indeferido o pedido de suspensão.

3. Propósito evidente do manejo da contracautela excepcional como substitutivo da instância recursal adequada.

4. Precedentes da Corte (AgRgSS nº 718/BA, Agp 1057/DF).

5. Agravo a que se nega provimento. (STJ, Corte Especial, AgRg na STA 067/PE, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJ* 20.09.04, p.171).

Conferir, ainda, os seguintes arestos do eg. STJ: AASLS 155-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJ* 01.02.06, p. 371, e AGRSL 38-MA, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJ* 19.09.05, p. 171.

Ademais, o prosseguimento da obra, ao largo da análise acurada dos reflexos ambientais, encerra perigo inverso, caracterizado na possibilidade de grave e irreversível dano a ser suportado pelo patrimônio natural. Nas palavras do em. Des. Federal Francisco Barros, relator do AGTR 93748-PE:

(...) a referida alegação de lesão grave não se mostra mais relevante do que a possibilidade de lesão ao meio ambiente decorrente da falta de análise criteriosa do impacto da construção do empreendimento no meio ambiente. De fato, caso seja deferida liminarmente a suspensão da decisão, a agravante poderá continuar com as obras de construção e comercialização do Condomínio Gran Ville Petrolina, e, caso ao final seja julgado procedente a pretensão do Ministério Público Federal, será quase impossível reverter ao

status quo da área objeto da ação, além dos prejuízos que serão ocasionados a terceiros que venham a adquirir os imóveis comercializados. Outrossim, deverá prevalecer o interesse público de proteção do meio ambiente sobre o interesse particular de construção do condomínio residencial, quando houver dúvidas acerca do impacto ambiental da edificação e se o projeto encontra-se em conformidade com as determinações legais, (...).

Assim, não tendo o(a) requerente logrado êxito em comprovar o potencial danoso aos interesses públicos tutelados pela Lei nº 8.437/92, deve ser mantida a decisão agravada, na qual se afastou o pleito suspensivo.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 4.115-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (PRESIDENTE)
Agravante: UNIÃO
Agravado: ANTONIO ESTEVAM E SILVA NEIVA
Adv./Proc.: DRA. GLAYDDES MARIA SINDEAUX ESMERALDO (AGRDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. PROCURADOR FEDERAL. EXERCÍCIO PROVISÓRIO. ENCERRAMENTO. LESÃO À ORDEM PÚBLICA. EFEITO MULTIPLICADOR. INOCORRÊNCIA.

- A teor do art. 4º da Lei nº 8.437/92, a suspensão de liminares proferidas contra o Poder Público somente é concedida quando ficar demonstrado que, do cumprimento imediato desse provimento judicial, ocorrerá ofensa a manifesto interesse público/flagrante ilegitimidade e grave

lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

- Hipótese em que os pressupostos legais para o deferimento da medida não restaram atendidos, pois a decisão que se pretende sustar, ao garantir a continuidade do exercício provisório de procurador federal no Ceará, até ulterior deliberação judicial, não trouxe situação apta a configurar grave lesão à ordem pública, mormente quando considerada a duradoura permanência daquele servidor fora de sua unidade originária (15 anos).

- A atitude da agravante de deixar escoar quase um ano e meio para formular o pleito de contracautela, após o insucesso do recurso aviado (AGTR 90781-CE), no bojo do qual também não se vislumbrou o risco de dano, também desabona a potencialidade lesiva do caso.

- Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 10 de março de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator Presidente

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de agravo nominado interposto pela União contra decisão que, indeferindo pedido de suspensão, manteve os efeitos de medida antecipatória da tutela, concedida pelo Juízo Fede-

ral da 6ª Vara - CE para assegurar o exercício provisório de Procurador Federal na Procuradoria da União/CE, sustentando a eficácia do ato normativo que, a partir de 28/07/08, fizera cessar a lotação do autor no referido Órgão.

A requerente pugna pela reforma do julgado, aduzindo que: a) o retorno do servidor ao seu órgão de origem (PFE/INSS/CE), localizado na mesma cidade, estribou-se em ato normativo editado pelo Advogado Geral da União (Ato Regimental nº 6/2008 e Portaria AGU nº 1011/2008) que encerrou todos os exercícios provisórios com o fito de adequá-los aos ditames da Lei nº 11.890/2008; b) a decisão impugnada, ao provocar ruptura na sistemática de gestão administrativa, incorreu em violação aos princípios da legalidade, razoabilidade e eficiência da Administração Pública e c) os documentos acostados demonstram o excesso de 8 (oito) advogados da União na unidade do Ceará, situação que, para a agravante, não justifica a manutenção de um procurador federal fora dos quadros da Procuradoria Geral Federal, onde há maior demanda de ações e d) a lotação do promovente, por estar em desacordo com a lei de regência, não há como suster-se no tempo.

Em suas contra-razões, suscita o agravado, preliminarmente, com fundamento na Súmula nº 182/STJ, o não conhecimento do agravo, requerendo, no mérito, seu desprovemento.

Dada vista ao Ministério Público Federal, este nada requereu. É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator Presidente):

Cuida-se de agravo inominado interposto com vistas a sustar os efeitos de liminar concedida para manter a lotação de procurador federal na Procuradoria da União/CE, afastando a ordem de seu retorno à Procuradoria-Geral Federal em Fortaleza, determinada em ato normativo da AGU.

Prima facie, cumpre rejeitar a preliminar agitada pelo agravado, por constar do recurso a impugnação específica dos fundamentos do *decisum* agravado.

Feita tal consideração, observo que a análise da questão a ser dirimida deve ser feita em perfeita sintonia com o objetivo da suspensão de segurança, que consiste em subtrair a eficácia de decisão desfavorável à Fazenda Pública quando, do provimento de urgência deferido, resultar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

Convém destacar, outrossim, que o referido incidente processual não comporta o exame do mérito da controvérsia principal, o qual deverá ser promovido nos autos do feito originário ou mesmo em sede do recurso adequado. A medida excepcional, repita-se, deve ser manejada exclusivamente para se afastar a ameaça iminente de profunda lesão a um dos valores públicos tutelados por lei.

Para ilustrar, transcrevo o *caput* do art. 4º da Lei nº 8.437/92:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

In casu, não vislumbro a presença dos pressupostos legais.

Com efeito, em que pese a edição de normas, por parte da AGU, com o fito de regularizar a situação dos seus servidores em exercício provisório, bem como o apontado excesso de procuradores no quadro deste órgão no Estado do Ceará (fl. 48), o fato de um procurador federal continuar exercendo suas atribuições na Procuradoria da União no Ceará, até ulterior deliberação judicial, não configura “grave lesão à ordem administrativa e funcional”, tal como alegado (fl. 45v), mormente quando considerada a duradoura permanência deste servidor fora de sua unidade originária (15 anos).

Ademais, a utilização desta via excepcional decorreu do insucesso da requerente no manejo do recurso aviado contra a decisão impugnada (AGTR 90781-CE), no bojo do qual, saliente-se, o

em. Relator, também constatou “ausente o risco de lesão grave e de difícil reparação para a agravante” (fl. 32). Ora, se o caso em apreço reclamava adoção de medida urgente, a fim de evitar a consumação de situação lesiva, não deveria a agravante deixar escoar quase um ano e meio para formular o pleito de contracautela.

Acerca do assunto, colaciono o julgado a seguir:

SUSPENSÃO DE LIMINAR. LOTAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO.

Hipótese em que os interesses protegidos pelo art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, não foram lesados pela decisão judicial. Agravo regimental não provido.

(STJ, Corte Especial, AGRSLS 1043-CE, Rel. Min. Ari Pargendler, DJE 25.06.09).

Assim, não tendo o(a) requerente logrado êxito em comprovar o potencial danoso aos interesses públicos tutelados pela Lei nº 8.437/92, deve ser mantida a decisão agravada, na qual se afastou o pleito suspensivo.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.474-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (CONVOCADO)
Apelantes: CENTRO FEDERAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA DE PERNAMBUCO - CEFET E UNIÃO
Apelado: JOSÉ VIANA DE CARVALHO
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. ANTONIO RICARDO ACYOLI CAMPOS E OUTROS (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. CONTROLE DOS ATOS ADMI-

NISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DE ATOS QUE ATENTAM CONTRA A BOA CONDUTA NA ÓRBITA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA PROVIDAS.

- O autor busca a reintegração no cargo de professor do CEFET/PE.

- O Poder Judiciário, ao examinar a legalidade do ato administrativo, pode e deve verificar os seus aspectos intrínsecos, ou seja, se há provas do ilícito atribuído ao servidor que serviram para a sua demissão, já que a ilegalidade do ato administrativo compreende também os seus motivos, além da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da pena. As sanções disciplinares, como qualquer espécie de penalidade imposta ao indivíduo pelas mãos do Estado, devem, sem sombra de dúvida, possuir conotação lógica entre a reprimenda e a transgressão cometida. Com razão deve existir equivalência entre o fato e a punição.

- Existência de fatos que comprovam uma atuação inadequada na direção do CEFET/PE. Convênio firmado entre a CELPE e o CEFET/PE (então Escola Técnica Federal), com início em 18.06.1996, com termo aditivo de número 29º, firmado pelo apelado, que tinha como objeto a cessão de alunos e professores do CEFET para servirem à CELPE, na qualidade de estagiários e supervisores de estágio com o custeio sendo realizado pela CELPE.

- Como bem lembrado pela comissão disciplinar em fls 151 dos autos, “Ora, como podemos observar objeto do convênio não era o estágio, mas sim o de suprir de maneira indireta a falta de mão de obra da CELPE, pois estágio tem que estar necessariamente vinculado ao ensino e à aprendizagem e não realizar tarefas de atividades permanentes, inclusive o que caracteriza no

caso a prestação de serviço e a flagrante substituição de mão de obra”.

- Como bem ressaltado pela Procuradoria Regional da República, em fls 1.290 dos autos, “A atuação do apelado longe está de assegurar a implementação dos relevantes princípios constitucionais que deveriam permear a sua passagem como diretor do CEFET/PE. Firmou, ou ao menos deu continuidade a um pacto perverso e dissimulado e ao final não se desincumbiu da perseguição da única benesse que parecia ter sido estipulada em favor do ente federal: o repasse de 32% dos valores gastos, justificando, assim, a aplicação da penalidade de demissão com fulcro no artigo 117, XV c/c o artigo 132, XIII, ambos da Lei 8.112/90”.

- O convênio firmado entre o CEFET/PE, o Sindicato dos Trabalhadores em, empresas de Radiodifusão de Pernambuco e o Sindicato da Empresa de Radiodifusão de Recife e Olinda SERT inicialmente celebrado em 1996, quando existia a ETFPE com duração até 2002 serve como fator para aplicação da penalidade já que muito embora tenha sido comprovado que os recursos financeiros para a realização do curso não tinham natureza pública, fica evidente que ao CEFET/PE incumbia ônus bem mais amplo do que a mera cessão de suas dependências, mas era o principal responsável pelas aulas e capacitação dos alunos.

- As sanções disciplinares, para que se definam como legais e legítimas, deverão ser impostas em direta sintonia com o princípio da proporcionalidade, o qual orienta no sentido de que deve haver uma necessária correspondência entre a transgressão cometida e a pena a ser imposta. A dosagem da pena disciplinar administrativa deve, da mesma forma que no Direito Penal, atender ao princípio da individualização

inserto na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XLVI), traduzindo-se na adequação da punição disciplinar à falta cometida.

- Provimento da apelação e remessa necessária.

ACÓRDÃO

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

Recife, 4 de fevereiro de 2010 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (Convocado):

Trata-se de apelação contra sentença que julgou procedente o pedido para anular a portaria 3573/MEC, de 02 de dezembro de 2003, e condenar a União a proceder à reintegração do demandante José Viana de Carvalho no cargo público anteriormente por ele ocupado no quadro efetivo do CEFET/PE, providenciando ainda a retificação de seus assentos funcionais, bem como ao pagamento de indenização por danos morais no valor de dez mil reais.

Apelação da União em fls 1187/1205 alegando que ao Judiciário cabe a verificação da legalidade com a verificação da observância no processo administrativo dos princípios atinentes à espécie e mais especificamente do contraditório e da ampla defesa, que houve criteriosa verificação dos fatos por parte de comissão responsável, que o princípio da ampla defesa foi devidamente cumprido, não tendo ocorrido vícios no processo administrativo disciplinar, a pena foi aplicada de modo proporcional e assegurando-se a razoabilidade, afirma que o CEFET/PE esteve maculado por inúmeras ilegalidades que justificavam a aplicação a servidores da instituição da penalidade disciplinar de demissão, ressalta os ilícitos praticados pelo apelado e pede a reforma da sentença.

O CEFET/PE apelou destacando que ao Judiciário somente compete o controle da legalidade com a verificação do cumprimento dos princípios atinentes ao processo administrativo, em especial o contraditório e a ampla defesa, destaca que todos os fatos foram provados no processo administrativo, que não pode o apelado utilizar parecer aplicado a outro caso de CEFET no estado do Maranhão como paradigma já que os fatos foram diversos, que a pena foi aplicada de modo proporcional, narra as faltas cometidas pelo apelado. Pede a reforma da sentença.

Contradita em fls 1241/1273.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (Relator Convocado):

Trata-se de apelação contra sentença que julgou procedente o pedido para anular a portaria 3573/MEC, de 02 de dezembro de 2003, e condenar a União a proceder à reintegração do demandante José Viana de Carvalho no cargo público anteriormente por ele ocupado no quadro efetivo do CEFET/PE, providenciando ainda a retificação de seus assentos funcionais, bem como ao pagamento de indenização por danos morais no valor de dez mil reais.

O Poder Judiciário, ao examinar a legalidade do ato administrativo, pode e deve verificar os seus aspectos intrínsecos, ou seja, se há provas do ilícito atribuído ao servidor que serviram para a sua demissão, já que a ilegalidade do ato administrativo compreende, também, os seus motivos, além da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da pena.

As sanções disciplinares, como qualquer espécie de penalidade imposta ao indivíduo pelas mãos do Estado, devem, sem sombra de dúvida, possuir conotação lógica entre a reprimenda e a transgressão cometida. Com razão deve existir equivalência entre o fato e a punição.

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

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

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

A doutrina pátria costuma conceituar o ato discricionário em oposição ao ato vinculado. No dizer de Lúcia Valle de Figueiredo¹ “*Consoante entendemos, a discricionariedade consiste na competência-dever de o administrador; no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critério da razoabilidade e afastado de seus próprios standards ou ideologias – portanto dentro do critério da razoabilidade geral – dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma*”.

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

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

Sob tal ótica é que cabível o controle do Poder Judiciário, verificando-se a discricionariedade a partir de limitações postas em princípios como a razoabilidade e a proporcionalidade.

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

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello², “*Nada há de surpreendente ,então, em que o controle dos atos administrativos,*

¹ Figueiredo, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1998.

² Mello, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2002.

ainda que praticados em nome de alguma discricção, se entenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empecço existe a tal proceder, pois é meio – e de resto, fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito”.

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

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

Trago ainda à colação a lembrança do artigo 2º da Lei 9.784/99 que destaca que “*A Administração Pública obedecerá dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança pública interesse público e eficiência*”.

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

O colendo STF, ao entender pela possibilidade de revisão de determinados pressupostos do ato administrativo, assim estabeleceu³: “*O Poder Administrativo não exerce função judicante, e não pode, pois, ainda que baseado em provas formalmente perfeitas, decretar, em última análise, que teve razão o Estado ou o funcionário. Essa competência será atribuída ao Poder Judiciário. Uma vez que pode o funcionário, demitido por inquérito administrativo, trazer o caso ao Poder Judiciário – este ponto é pacífico e tranqüilo, não oferece qualquer contestação – e se o Poder Judiciário pode e deve, para julgar, pesar as provas, rastrear-las e sopesá-las, terá que verificar se a motivação do ato administrativo é justa ou injusta*”.

³ Ministro Orosimbo Nonato, Revista de Direito Administrativo, vol. III, pág. 69-90.

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

Como bem lembrado por Juarez Freitas,⁴ “... o merecimento pode e deve continuar a ser visto no sentido habitual; contudo, desde que bem entendido, jamais deverá servir de biombo para que esquivem os controladores dos seus deveres para com a efetividade dos princípios na íntegra. A discricionariedade, por outro lado, não desponta como uma vinculação menos intensa. Trata-se apenas de expediente operacional, fruto da opção do legislador, destinado a otimizar a prática administrativa, impondo deveres até maiores de motivar as escolhas assumidas com probidade e correção técnica”.

Ressalte-se: quando o Poder Judiciário examina a legalidade do ato administrativo, pode e deve verificar os seus aspectos intrínsecos, ou seja, se há provas do ilícito atribuído ao funcionário como causa da demissão, já que a ilegalidade do ato administrativo compreende, também, os seus motivos.

Pelo fato de ser a demissão a punição disciplinar mais grave, o legislador constituinte impôs certos limites ao legislador ordinário e à própria Administração Pública, com o objetivo de estabelecer melhores garantias para os servidores públicos. Destarte, a Constituição da República de 1988 estatui que o servidor público estável apenas perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa⁵.

⁴ Freitas, Juarez. Estudos de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁵ Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º. O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

O autor foi indiciado em processo administrativo disciplinar - PAD, sob a alegação de que teria incorrido nas seguintes irregularidades:

- 1 - Irregularidades na execução do convênio entre a Funtec e o CEFET/PE;
- 2 - Contratação irregular de empregados temporários e professores;
- 3 - Não realização de inventário e tombamento de bens;
- 4 - Continuação na contratação de serviços da empresa Xerox;
- 5 - Convênio 01/96 CEFET/PE e CELPE.
- 6 - Questionamentos no convênio para realização de curso de radialismo promovido pelo Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e o Sindicato da Empresa de Radiodifusão de Recife e Olinda.

A pena foi a de demissão.

O convênio firmado entre a Funtec e o CEFET/PE que tinha por objeto a realização de cursos, treinamentos, estágio, assessoria, consultoria, prestação de serviço, produção científica e tecnológica, assistência técnica, apoio tecnológico, desenvolvimento experimental e/ou apoio logístico e didático. De acordo com parecer do MEC 1455/2003, o convênio teria natureza de prestação de serviços com contratação sem licitação, com o destaque para a desqualificação técnica da fundação.

Note-se que existe permissão legal, Lei 8.958/94, que disciplina as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio onde se busca a realização de atividades ligadas à área de educação, com a criação de fundação de apoio, que será contratada de acordo com as finalidades estipuladas.

Deve-se ressaltar que a Procuradoria da República determinou o arquivamento de procedimento administrativo que tinha como objetivo analisar exatamente o tema e destacou palavras do referido pronunciamento, fls. 323/324, “Contudo, analisando melhor a

documentação acostada, mormente o convênio 002/98 e seus aditivos, verifiquei que há previsão de depósito para o CEFET no valor do saldo auferido. Daí necessário se faz o atendimento das cautelas pronunciadas pela Controladoria-Geral da União. Assim, dividi, no presente feito, duas espécies de despesas, as efetuadas para a realização dos certames pela fundação conveniada às quais entendo desnecessários os rigores das regras de licitação; e efetuadas a partir do saldo resultante das taxas cobradas pelo certame de vestibular que são repassadas ao CEFET/PE. (...) Quanto às primeiras, mantenho o dito no procedimento administrativo 1.26.000.000085/2001-53, ou seja, de que não são verbas públicas e podem ser investidas pela fundação, sem as regras de licitação. Quanto às segundas, à medida que são entregues ao órgão público, estarão sujeitas às regras da Administração Pública. No presente caso, entendo que varias das despesas efetuadas e questionadas pela diligente Controladoria-Geral da União atenderam contudo, os fins da Instituição de Ensino. As despesas foram efetivadas com o saldo resultante dos valores cobrados à título de taxa para inscrição nos vestibulares (...).

Não antevejo então irregularidades que poderiam levar à penalidade de demissão.

Por outro lado, a contratação irregular de empregados temporários e professores não foi efetivada na gestão do apelado como Diretor-Geral do CEFET/PE.

No que diz respeito à falta de inventário e tombamento de bens, deve-se mencionar trecho do relatório do TCU que levou à aprovação das contas, “os inventários referidos neste item não foram apresentados à equipe de auditoria por motivos operacionais, tendo em vistas que algumas pessoas ligadas ao procedimento estavam de férias. Esclareço ainda que os inventários de bens móveis e imóveis referentes ao exercício de 2000, foram entregues à equipe no final da auditoria e estão disponíveis na instituição”.

Assim não haveria razão para sancionar a conduta do apelado.

Em relação à contratação da empresa Xerox trago à colação trecho do parecer do MPF junto a esta Corte, “O parecer 1455/

2003 assim relata os acontecimentos, foi firmado contrato de prestação de serviços entre a então Escola Técnica Federal de Pernambuco e a Xerox do Brasil, que não há numeração porém foi assinado em 30 de agosto de 1996, pelo Diretor Ebenezer Paraíso Vilela, cujo prazo de locação era de 60 meses(...) e com o seu término foi formalizado outro contrato sob a forma de inexigibilidade”. E ainda: “Ocorre que o compulsar dos autos evidencia que não há como aferir, pela descrição administrativa ou mesmo pelos documentos trazidos, o prazo do contrato referido e, conseqüentemente, se o apelado José Viana de Carvalho teve algum envolvimento com a referida contratação”.

Existia um convênio firmado entre a CELPE e o CEFET/PE (então Escola Técnica Federal) com início em 18.06.1996, com termo aditivo de número 29º, firmado pelo apelado, que tinha como objeto a cessão de alunos e professores do CEFET para servirem à CELPE, na qualidade de estagiários e supervisores de estágio, com o custeio sendo realizado pela CELPE.

A análise do convênio deixa claro que existiam responsabilidades financeiras para o CEFET, como o pagamento de sinistros ocorridos nos carros cedidos pela CELPE e o treinamento e capacitação de estagiários para as tarefas a serem desenvolvidas em favor da CELPE. Logo, não se pode dispensar a prestação de contas, já que o convênio era claro ao destacar que cerca de 32% do valor gasto com o objeto do acordo deveria ser repassado para o CEFET, o que não foi feito.

De acordo com o parecer do MPF junto a esta Corte, “(...) a constatação da falta de repasse é a mais clara evidência do descaso do então administrador com a coisa pública, cujo interesse é, enfatize-se indisponível (...)”.

E ainda: “Ademais, a utilização da FUNTEC para o recebimento dos valores repassados pela CELPE não passou de um subterfúgio para camuflar a verdadeira natureza dos valores, dispensando a realização de procedimento licitatório e o depósito na conta única do CEFET/PE. Ora, como a execução do contrato era realizada pelo CEFET/PE sem nenhuma ingerência da FUNTEC, qual seria então a vantagem de sua intervenção se não fosse o de driblar a necessidade de prestação de contas dos valores que, de outro

modo, estariam sendo depositados na conta de uma autarquia federal?”.

E continua o bem lançado parecer, “Alguns aspectos que permeiam o convênio 01/96 e seus termos aditivos mostram com facilidade a banalidade com que era cuidado o interesse público. A leitura atenta do convênio torna evidente que o intuito do pacto não era simplesmente beneficiar os alunos da ETFPE/CEFET, proporcionando a eles oportunidades de estágio. Pelo contrário. Disfarçava a cessão de mão de obra barata ou mesmo sem custo como era caso dos professores que serviam como supervisores do estágio”.

Como bem lembrado pela comissão disciplinar em fl. 151 dos autos, “Ora, como podemos observar objeto do convênio não era o estágio, mas sim o de suprir de maneira indireta a falta de mão de obra da CELPE, pois estágio tem que estar necessariamente vinculado ao ensino e a aprendizagem e não realizar tarefas de atividades permanentes, inclusive o que caracteriza no caso a prestação de serviço e a flagrante substituição de mão de obra”.

Como bem ressaltado pela Procuradoria Regional da República, em fl. 1.290 dos autos, “A atuação do apelado longe está de assegurar a implementação dos relevantes princípios constitucionais que deveriam permear a sua passagem como diretor do CEFET/PE. Firmou, ou ao menos deu continuidade a um pacto perverso e dissimulado e ao final não se desincumbiu da perseguição da única benesse que parecia ter sido estipulada em favor do ente federal: o repasse de 32% dos valores gastos, justificando, assim, a aplicação da penalidade de demissão com fulcro no artigo 117, XV, c/c o artigo 132, XIII, ambos da Lei 8.112/90”.

Outro fator que pode levar à manutenção da pena de demissão diz respeito ao convênio firmado entre o CEFET/PE, o Sindicato dos Trabalhadores em empresas de Radiodifusão de Pernambuco e o Sindicato da Empresa de Radiodifusão de Recife e Olinda SERT. O Acordo foi inicialmente celebrado em 1996, quando existia a ETFPE e perdurou até 2002.

O parecer lançado em fl. 1.290 pela Procuradoria Regional da República destaca que “Entretanto, a informação oriunda do SERT

conduz a outra inferência. Muito embora tenha sido comprovado que os recursos financeiros para a realização do curso não tinham natureza pública, fica evidente que ao CEFET/PE incumbia ônus bem mais amplo do que a mera cessão de suas dependências, mas era o principal responsável pela ministração das aulas e capacitação dos alunos. (...) Assim, mesmo que o início do convênio não se tenha dado na gestão do apelado José Viana, teve prosseguimento durante o tempo e que ele serviu como Diretor-Geral da instituição e, por isso mesmo estava sobre o manto da perseguição da legalidade e moralidade ínsitos à Administração Pública”.

As sanções disciplinares, para que se definam como legais e legítimas, deverão ser impostas em direta sintonia com o princípio da proporcionalidade, o qual orienta no sentido de que deve haver uma necessária correspondência entre a transgressão cometida e a pena a ser imposta⁶.

A dosagem da pena disciplinar administrativa deve, da mesma forma que no Direito Penal, atender ao princípio da individualização inserto na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XLVI), traduzindo-se na adequação da punição disciplinar à falta cometida.

A pena de demissão é a punição disciplinar mais grave, é a pena capital do Direito Disciplinar que apenas deve ser aplicada em casos extremos. No caso em tela, tendo em vista os fatos aqui narrados, entendo cabível o provimento da apelação com a aplicação da penalidade ao apelado.

Assim, dou provimento à apelação e à remessa necessária, com a condenação em honorários no valor de R\$ 1000,00 (mil reais).

É como voto.

⁶ COSTA, José Armando: Processo Administrativo Disciplinar. 3ª edição, Brasília, ed. Brasília Jurídica, 1999, p. 50.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 3.219-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelantes: ESTADO DE PERNAMBUCO, UNIÃO E MUNICÍPIO DE PETROLINA - PE
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ IVAN GALVÃO DA COSTA (1º APTE.) E WELLINGTON CORDEIRO LIMA (3º APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUS. IRREGULARIDADES NA PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE PÚBLICA.

- Preliminares: a) de ilegitimidade passiva da União e ausência de interesse de agir e b) de inépcia da inicial como consequência da impossibilidade jurídica do pedido. Preliminares rejeitadas.

- Omissão do Poder Público. Comprovação, nos autos, de falhas gravíssimas na gestão dos serviços de saúde pública na municipalidade de Petrolina - Hospital Dom Malan.

- Responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios pelo atendimento do SUS.

- Procedência da ação coletiva com a consequente condenação das três esferas de governo. Precedentes.

- Honorários advocatícios e periciais. Excesso de condenação. Redução de tais verbas.

- Apelação da União Federal e remessa oficial parcialmente providas. Apelações do Estado de Pernambuco e do Município de Petrolina improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apela-

ção da União e à remessa oficial e negar provimento às apelações do ESTADO DE PERNAMBUCO e do MUNICÍPIO DE PETROLINA, 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, 2 de março de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

A UNIÃO e o ESTADO DE PERNAMBUCO apelam de sentença da 8ª Vara Federal/PE que julgou procedentes os pedidos deduzidos em sede de ação civil pública, promovida pelo MPF e Ministério Público do Estado de Pernambuco em desfavor da UNIÃO, do ESTADO DE PERNAMBUCO e do MUNICÍPIO DE PETROLINA. Objetiva-se em tal demanda sejam os réus condenados à obrigação de fazer consistente em proporcionar, cada qual em seu âmbito de atuação, um efetivo e seguro atendimento aos usuários do sistema SUS prestado através do Hospital Dom Malan - HDM, localizado e sob gestão do Município de Petrolina, substituindo, inclusive, os equipamentos danificados do referido Hospital, com vistas a assegurar o respeito à vida e à dignidade humana.

O ESTADO DE PERNAMBUCO sustenta que compete ao Município de Petrolina a gestão plena do sistema, não lhes incumbindo sequer fiscalizar a forma como os recursos destinados ao SUS são aplicados, não podendo desta forma ser-lhes atribuída qualquer omissão. Ademais sustenta que, agir da maneira requerida na peça vestibular da presente ação civil pública implica em usurpar a competência municipal.

A UNIÃO verbera, preliminarmente: a) a ilegitimidade passiva da União e b) ausência de interesse de agir. No mérito, alega que sempre cumpriu com o mandamento constitucional, repassando ao Município as verbas do SUS e que, a má-administração do HDM pelo ente municipal é a única razão pelo seu descaso. Por fim,

apenas por apego ao debate, acaso não sejam acolhidas suas argumentações, pleiteia que sejam reduzidos os honorários advocatícios e periciais.

O MUNICÍPIO DE PETROLINA suscita, preliminarmente, inépcia da inicial como conseqüência da impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, argumenta: A) o fato de não estarem sendo cumpridas as Portarias GM 1.097/2006 e GM 204/2007 vem gerando um enorme déficit nas contas da saúde, além de uma desestruturção das ações que o município tem a responsabilidade e o dever de desenvolver; B) que vem sofrendo graves prejuízos financeiros e de desestruturção de sua rede de atenção do SUS, justamente pelo não cumprimento por parte de outros municípios em garantir serviços de saúde que seus munícipes necessitam; C) que a autonomia financeira, política e administrativa fica à mercê das políticas regionais do Estado-Membro e da União, pois os Municípios ficam, como sempre, com a conta para pagar; D) a impossibilidade, na espécie, de o Poder Judiciário controlar o “mérito” do ato administrativo, pois não compete ao magistrado apreciar a conveniência e oportunidade dos atos administrativos; E) que a reserva do possível constitui limite à atuação judicial; e F) que a decisão recorrida está em desarmonia com todos os preceitos legais e provas colacionadas aos autos.

Contrarrazões apresentadas.

Parecer ministerial de fls. 2525/2533.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Discute-se nestes autos acerca da condenação imposta aos ora apelantes, pela douta juíza Federal da 8ª Vara Federal/PE, quando do julgamento da Ação Civil Pública nº 2004.83.08.000505-0.

Note-se que, por meio de tal demanda, o MPE e Ministério Público do Estado de Pernambuco objetivam seja imposta à UNIÃO, ao Estado de Pernambuco e ao Município de Petrolina a obrigatoriedade de fazer, consistente em proporcionar, cada qual em seu

âmbito de atuação, um efetivo e seguro atendimento aos usuários do sistema SUS prestado através do Hospital Dom Malan - HDM, com vistas a assegurar o respeito à vida e à dignidade humana.

Destaco, oportunamente, trechos da decisão guerreada, que assim registrou:

Nas contestações apresentadas são suscitadas preliminares de ilegitimidade passiva da União e do Estado de Pernambuco, de ausência de provas e de inépcia da inicial por impossibilidade jurídica do pedido.

A questão da legitimidade passiva dos acionados observo que foi já objeto de análise por este Juízo na decisão liminar de fls. 576/585, que reconheceu a legitimidade de todos os três réus, decisão esta mantida, na íntegra, pelo órgão recursal do eg. TRF da 5ª Região (fls. 1.740/1.744). Está preclusa, portanto, a matéria, o que não obsta repisar tal entendimento mediante excertos de elucidativo precedente:

Ora, o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado (CR art. 196), ou seja, é direito fundamental a ser garantido pelo Estado a todas as pessoas, mediante políticas que visem promover, proteger ou recuperar a saúde. Quando se trata de questões ligadas a essas políticas, que abrangem um número indeterminado de pessoas, está-se, sem dúvida, diante de interesses difusos, aptos a serem tutelados pelo MPF, pela via da ação civil pública.

Quanto à questão, adoto também como razão de decidir as razões postas pelo MPF (fls. 09/14), onde se encontra transcrita esclarecedora decisão do STF. Da legitimidade passiva dos réus Como já apontado, dispõe a Constituição da República que a saúde é direito de todos e dever do Estado (CR art. 196). Dispõe, ainda, que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único a ser financiado com recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (art. 198). Por sua vez, a Lei nº 8.080/90 dispõe que o Sistema Único de Saúde - SUS é constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público (art. 4º).

(...) Dúvidas não podem subsistir, portanto, quanto à legitimidade dos réus para esta ação, já que respondem solidariamente pela prestação de ações e serviços necessários à promoção, proteção e recuperação da saúde pública. Especialmente quanto à União, merece menção que, mesmo não sendo responsável diretamente pela distribuição dos medicamentos, é ela a principal financiadora do sistema.

(TRF-2ª, Região AGV 159158/RJ, Rel. Des. Fed. Poul Erik Dylrlund, 8ª Turma Esp., DJU 18/10/2006, grifos acrescentados.)

A legitimidade ativa do Ministério Público, a seu turno, é cristalina, justamente por estarem em discussão interesses transindividuais, cuja defesa a Constituição de 1988 cometeu, precipuamente, ao *Parquet*. É o que reza o art. 127 da Carta:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Por sua vez, a Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do MPU), no art. 5º, ao estabelecer as funções institucionais do Ministério Público da União, estatui o seguinte: “V - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto: a) aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde e à educação”. Também a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público consagra, no art. 25, IV, a, a incumbência da instituição em promover a ação civil pública para a proteção e reparação de interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos. Daí a legitimação concorrente dos autores para ingressarem com esta ação coletiva.

Quanto à possibilidade jurídica do pedido (art. 295, III, do CPC), avança a doutrina para traduzi-la não apenas como a previsão, em abstrato, do pleito no ordenamento, mas também como a sua não-vedação pelo conjunto de normas e princípios integrantes do direito pátrio (corolário do axioma ontológico do direito). 1. No presente caso, não se há de acolher a preliminar arguida, pois não se visualiza, no pedido inicial, qualquer perigo de lesão ao princípio da separação dos poderes, postulado trazido no art. 2º da Carta da República e

que implica um sistema de freios recíprocos entre os Poderes no Estado Democrático de Direito, cada um detendo funções apenas precípuas (não exclusivas) e sujeitas a controle dos demais.

Assim, como destaca o Juiz Federal AMÉRICO BEDÊ FREIRE JUNIOR, na evolução histórica do princípio da separação dos poderes, seu núcleo essencial prende-se à racionalização e limitação do poder político estatal, como um instrumento para viabilizar uma efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista – cuja principal característica foi, sem dúvida, “a afirmação dos direitos fundamentais como epicentro do sistema jurídico”.

2. Em matéria de execução de políticas públicas – como é o caso das políticas sociais previstas explicitamente na Constituição, a exemplo do dever político-constitucional do Estado de assegurar o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde (art. 196 da CR) –, é de reconhecer a ampla possibilidade de controle jurisdicional sobre a omissão do Poder Público e o desvio de finalidade dos recursos previamente destinados a esses serviços essenciais, para obrigar seja o serviço satisfatoriamente prestado. A propósito, leciona o Juiz Federal EDUARDO APPIO:

O controle judicial das políticas públicas se constitui em importante instrumento para a consolidação da democracia no Brasil, pois, através do Poder Judiciário, as demandas de natureza social e econômica poderão ser problematizadas a partir de discursos ancorados na Constituição. (...) Nesse contexto, qualquer legitimado ativo poderá promover medidas judiciais que propiciem a realização prática dos fins almejados expressamente pelo constituinte, pois o grau de afetação do princípio democrático é compatível com uma atividade substitutiva do Poder Judiciário. A tutela dos direitos individuais não pode depender, portanto, de argumentos de natureza política e econômica.

Por fim, quanto à preliminar, suscitada pelo Estado de Pernambuco, de ausência de provas para embasar o rogo inicial, por se tratar, à toda evidência, de questão pertinente ao mérito da lide, será adiante analisada.

II. MÉRITO

Cuida-se de ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, proposta pelo Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de Pernambuco, amparados

em informações colhidas em inquérito civil, com o objetivo de condenar os réus a proporcionarem um efetivo e seguro atendimento aos usuários do Sistema Único de Saúde prestado através do Hospital Dom Malan, localizado no Município de Petrolina, seu gestor executivo, substituindo os equipamentos danificados do referido Hospital e adotando, especialmente, as seguintes providências no âmbito da administração do referido hospital:

- a) regularização da escala médica do ambulatório e dos plantonistas, principalmente os da UTI, com a imediata instituição e utilização de livro de ponto;
- b) a imediata vedação do modelo de sobreaviso;
- c) normalização do atendimento das especialidades de neurologia, traumatologia e ortopedia;
- d) regularização dos serviços laboratoriais, passando a realizar todos os exames;
- e) instalação de novos leitos;
- f) elaboração de inventário e tombamento de todo o patrimônio do HDM, a ser atualizado anualmente;
- g) instituição de mecanismos alternativos de controle externo dos serviços, possibilitando que queixas e sugestões dos usuários cheguem até os escalões de decisão do hospital de maneira rápida e direta; e
- h) adoção de gestão de material organizada e efetiva, principalmente de medicamentos.

Reputo perfeitamente cabível o ajuizamento da presente ação civil pública, pois pugnam os autores pela defesa de interesses difusos, de modo que a tutela pretendida – do direito à saúde (art. 6º da CR) – atinge direito indivisível, afeto a um número indeterminado de pessoas, que são os usuários (efetivos e potenciais) atendidos pelo Hospital Municipal Dom Malan.

A essencialidade do direito sob luzes fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (art. 197 da CR), legitimando a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por inadmissível omissão ou por qualquer outra intollerável modalidade de comportamento governamental desviante.

O *punctum saliens* se restringe à verificação das acusações de inúmeras deficiências e irregularidades concretas nos serviços oferecidos à população pelo HDM, assim como à participação e responsabilização de cada um dos réus na ocorrência dessas anomalias e, finalmente, à possibilidade de atuação dos entes demandados objetivando a correção das alegadas deficiências.

É sabido que a manutenção e o atendimento dos hospitais públicos se incluem entre os deveres do Estado na área da saúde, consoante previsão do art. 196 da Constituição da República. O conteúdo da palavra Estado, nesse caso, não se confunde com os entes federativos componentes da pessoa jurídica soberana, mas engloba a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, sendo de todos eles a competência comum para implementar ações na área da saúde (arts. 23, II, e 30, VII, da CR), num genuíno imperativo de solidariedade social, ainda que isso se faça de forma descentralizada e distribuída conforme a proximidade de cada um às questões locais.

Essa, inclusive, a clara redação do art. 198 da Lei Maior: Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (...)

No caso em apreço, após ampla possibilidade de contraditório, várias constatações in situ por oficiais de justiça e, por fim, depois de uma perícia contábil absolutamente iníqua e distorcida, que retratou o HDM como se fosse um nosocômio de instalações e padrões de qualidade dignas do Primeiro Mundo, decidiu esta magistrada pela realização de inspeção judicial, para “ver com os próprios olhos” se, efetivamente, as ações a que o Município se comprometera mediante Termo de Ajuste de Conduta com o Ministério Público estariam mesmo sendo cumpridas de forma satisfatória, qual declinou em seu laudo a perita contadora (que, inclusive e estranhamente, respondeu a questões que destoavam por completo de sua formação profissional, como se estivesse apenas relatando informações passadas por um administrador do hospital e creditando validade às suas respostas, sem qualquer comprovação).

Mesmo na oportunidade de esclarecer as incoerências de seu laudo, a perita judicial insistiu na tese do escorreito cumprimento de todas as obrigações determinadas no TAC pelo Município.

Sucedede que, ao final da instrução, esclarecidos todos os pontos fáticos controvertidos, quedaram comprovadas as inúmeras irregularidades na administração, pelo Município, das verbas recebidas do Sistema Único de Saúde - SUS para aplicação no hospital. Revelou-se, no mínimo, desorganização total e continuada no tempo, falta de gestão e extremo descaso com a saúde pública, não dispondo o nosocômio municipal de condições básicas, inclusive higiênicas, para um funcionamento razoável, principalmente pela falta de medicamentos, corpo médico insuficiente, precário funcionamento dos serviços laboratoriais e de urgência, estrutura física deficiente, equipamentos obsoletos e faltantes, entre outras graves falhas que comprometem o atendimento à população e os serviços prestados pelos médicos, enfermeiros e técnicos em enfermagem – todas elas, frise-se, esmiuçadas no auto de inspeção judicial de fls. 2.258/2.268.

Destaque-se, por exemplo, que a perita contábil insiste em que o Município de Petrolina aplicou, no hospital, mais recursos do que os R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) previstos no termo de ajustamento, sendo que não faz prova dessa afirmação. Ao contrário, o Ministério Público Estadual, com auxílio de seu assistente técnico, auditou esses gastos e comprovou, mediante planilha remetida pelo próprio hospital (fls. 2.196/2.220), que só foram efetivamente aplicados nos objetivos convolados no termo de ajuste R\$ 276.476,72 (duzentos e setenta e seis mil, quatrocentos e setenta e seis reais e setenta e dois centavos), ao passo que outras tantas despesas nada têm a ver com o TAC, como: aquisição de materiais de consumo para postos de saúde e unidades básicas (não para o hospital), aquisição de motos e veículos para a secretaria de saúde, aquisição de celulares TDMA para os guardas municipais, compra de equipamentos destinados aos postos de saúde (e não ao hospital geral), compra de calculadora para o setor financeiro da secretaria de saúde, vários materiais e equipamentos odontológicos para unidades diversas do HDM,

cadeiras para os setores administrativos da secretaria, móveis para o setor financeiro e para o departamento de recursos humanos, material de informática para a secretaria, equipamento de telefonia para implantação do sistema VOIP, etc.

Pouco importa que o destino desses bens adquiridos tenha sido a Secretaria de Saúde ou unidades descentralizadas do sistema de saúde; nada disso tem a ver com as ações de recuperação do atendimento no hospital público previstos quer na liminar judicial, quer no TAC em que se comprometeu o Município.

Com efeito, já no procedimento de investigação preliminar realizado no âmbito do Ministério Público Estadual, foram colhidas declarações atestando a precária condição de funcionamento do hospital, transcritas na inicial, das quais destaco as seguintes: Que trabalha no Hospital dom Malan há mais de 12 (doze) anos; Que durante todo o período em lá trabalhou esse é o de situação mais precária em razão da falta de materiais e medicamentos – Leonita Siqueira Nunes – enfermeira chefe.

Que o maior problema enfrentado, hoje, no HDM, é a falta de medicamentos, havendo períodos em que faltam gases, remédios, seringas; Que quando falta qualquer tipo de medicamento, comunicam à direção do HDM que às vezes providencia; que há casos em que os familiares dos pacientes, já tendo conhecimento da situação atual do hospital já providenciam os medicamentos e seringas – Maria Aparecida Souza dos Santos – técnica em enfermagem.

Que as equipes de trabalho na área de enfermagem e médica são boas, porém há problemas com relação à escala, pois possui lacunas não preenchidas; que até o mês de julho do corrente ano faltava médico plantonista na UTI aos domingos – Celso Antônio Lustosa de Oliveira – médico.

Que há carência de pessoal por desvio nas funções, principalmente na parte de higienização – Maria das Graças de Carvalho – diretora hospitalar.

Também pelos documentos reunidos ainda na esfera administrativa, constata-se a inexistência de livro de ponto dos médicos do hospital (fl. 63), a falta de condições mínimas de trabalho para estes profissionais

(fls. 204/207), graves deficiências no setor de laboratório (fls. 225/226), demora inconcebível para o atendimento de pacientes em razão do sistema de sobre-aviso de médicos (fl. 228) e compra de medicamentos pelos próprios usuários do sistema (fls. 231/237, 496/499, 502/504 e 521).

Em depoimento à Comissão de Saúde da Assembléia Legislativa de Pernambuco (fls. 446/448), durante audiência pública realizada no dia 22/8/2003, o então Secretário Municipal de Saúde, Luis Antônio de Vasconcelos, afirma que:

Nós fomos ao Ministério da Saúde e mostramos a nossa situação. Por que é que existem tantas distorções no teto financeiro aos municípios do país? A alegação deles é porque já encontraram assim e vão corrigir só que essa correção a gente não sabe se vai durar seis meses, um ano e eu estou convivendo todos os dias com o hospital aberto, com a população reclamando, pois eu não tenho condições de dar uma assistência que a comunidade merece, eu estou bem consciente disso, eu acho que a gente tem que melhorar e muito, mas para que isso aconteça eu tenho que melhorar o meu teto financeiro. [Grifos acrescentados.]

Prossegue, reconhecendo as deficiências do HDM, entre elas:

Déficit de leito hospitalar: Nós temos um déficit de 325 leitos. Dificuldade de encontrar recursos humanos: (...) na área médica, nós temos muita dificuldade em conseguir profissionais para dar plantão, principalmente em UTI, ortopedia e neurologia. O atraso do Estado em realizar a PPI3, tanto nós como a Bahia, estamos atrasado e, com isso, não podemos fazer nossas pactuações baseados na PPI. Demanda de outros municípios: para vocês terem idéia, até ontem 80% dos pacientes do hospital eram de outros municípios. (...) Necessidade de um maior apoio da Secretaria de Saúde do Estado: Eles nos apóiam com recursos humanos, o Lafepe tem uma contrapartida, mas a gente ta precisando de um maior apoio. [Grifos acrescentados.]

Mesmo após a concessão da medida liminar determinando a todos os réus a imediata regularização do funciona-

mento hospitalar (fls. 576/585) e, muito depois, premido o Município pela execução da multa diária por descumprimento que já chegava ao patamar acumulado de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), a assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC (fls. 1.826/1.835), continuou o HDM sem oferecer um efetivo e seguro atendimento aos usuários do Sistema Único de Saúde, o que se comprova através dos termos de constatação de fls. 896/898 e 1.974/1.976.

Após o transcurso de um processo de conhecimento que durou quatro anos, negados todos os recursos interpostos contra a ordem liminar, iniciada a execução da multa por descumprimento da obrigação – execução que estava suspensa porque formalizado termo de ajuste de conduta entre os autores e um dos réus para cumprimento da tutela específica, termo este, também ele, descumprido –, efetuadas várias diligências de constatação e, inclusive, a prova de inspeção judicial, ainda assim, o quadro não sofreu alteração relevante em ordem a ter-se por garantidos os serviços mínimos essenciais nesse que é, no Estado de Pernambuco, o único hospital público da região, atendendo não só o Município de Petrolina, mas emergências egressas de outras cidades sertanejas, tanto que frequente o fluxo de ambulâncias que acorrem ao HDM com pacientes em estado crítico.

Com efeito, tendo a oportunidade de inspecionar pessoalmente o HDM, em 15 de fevereiro próximo passado, 5 (cinco) anos depois das primeiras denúncias (vide, integralmente, o auto de fls. 2.259/2.269, com fotografias que, per se, são bastante esclarecedoras), pôde este juízo constatar a persistência das graves deficiências na estrutura física do hospital, na escala médica do ambulatório e dos plantonistas, especialmente nas áreas de neurologia, traumatologia e ortopedia, assim como nos serviços laboratoriais. Ainda: número insuficiente de leitos, irregularidades no tombamento e inventário dos bens, ausência de sistema de ouvidoria, falta de medicamentos básicos, quer para atendimento ambulatório ou cirúrgico, falta de organização dos prontuários e ausência de cursos de qualificação para o corpo técnico, em nítido descumprimento à decisão judicial e ao TAC firmado com os autores e em sentido completamente oposto ao relato e conclusões da perita judicial contábil em seu laudo de

fls. 2.046/2.057.

Tal quadro faz-nos indagar onde está o Estado, financiado que é às custas de pesada carga tributária sobre a população, mas incapaz de devolver-lhes prestações na forma de serviços básicos – já que de outros tantos procurou desfazer-se em prol da iniciativa privada –; um Estado cujo desdém para com os serviços à sua população chega a comprometer o mais essencial de seus direitos: o direito à saúde, elementar para a própria manutenção do direito à vida com dignidade.

A importância do bom funcionamento do Hospital Dom Malan, portanto, transcende o interesse de alguns indivíduos, para abarcar toda a população dessa região do Estado já severamente castigada por outras tantas moléstias sociais (de ordem climática, agrária, política, etc.), em sua maioria, carente e impossibilitada de arcar com seguros privados de saúde.

Ainda assim, a despeito da calamitosa situação em que se encontra o Hospital Dom Malan – e, via de consequência, a saúde pública da região –, prestam-se os réus a questionar a validade da interferência do Judiciário na seara administrativa da saúde. No ponto, se a Constituição Federal impõe ao Município, no inciso VII do art. 30, prover o atendimento à saúde, com a colaboração técnica e financeira da União e do Estado, e se estes entes se omitem em cumprir o dever constitucional de cooperação e fiscalização para atuar supletivamente sempre que necessário, nada impede (antes, tudo reclama) que o Judiciário atue para compelir à adoção das providências prementes.

Não se trata de intromissão indevida em outro Poder, mas em atuação do Judiciário como zelador da cidadania e do respeito aos direitos constitucionais do cidadão, dentre os quais se destaca o direito fundamental à saúde, expresso no art. 6º da CR/88.

[...]

Dessa forma, é plenamente possível que o Juiz determine o cumprimento dos deveres constitucionais, máxime quando fundamentais, mediante providências deixadas à determinação do Executivo, dentro dos critérios da conveniência e oportunidade, sem que isso signifique violação do princípio da independência de poderes ou demande o sacrifício de metas orçamentárias.

Não se trata, insista-se, de ausência ou insuficiência de

verbas públicas para a manutenção regular do funcionamento de todos os serviços do Hospital Dom Malan, mas de uma gestão desorganizada, malbaratada, relegada a segundo plano, quando deveria ser alçada a prioridade do Poder Público.

Ademais, no presente caso, a despeito da queixa geral e insubsistente dos réus quanto à suposta escassez de recursos financeiros, não pode a Administração negar-se a cumprir suas obrigações essenciais por eventuais limitações orçamentárias, já que os recursos sempre podem ser remanejados, de acordo com as prioridades e planejamento a serem determinados pelos dirigentes eleitos.

À guisa de ilustração, veja-se que, de acordo com a nota técnica emitida, no âmbito da União, pela Secretaria de Atenção à Saúde - SAS, do Ministério da Saúde (fls. 1.634/1.636), em decorrência da liminar de fls. 576/585, além do incremento de repasses financeiros, foram diversificados os mecanismos e reformuladas as diretrizes em relação à atenção dada ao Município de Petrolina e região adjacente, indicando-se, a partir de então, a adoção de meios necessários de auxílio ao Município de Petrolina no cumprimento das medidas contra ele defendidas.

Da mesma forma, o Estado de Pernambuco, embora de forma ainda tímida, passou a destinar atenção diferenciada à região e, em especial, ao Hospital Dom Malan, através de celebração de convênios e aumento no repasse dos recursos, consoante documentação de fls. 1.845/1.862, o que também demonstra a possibilidade de maior participação deste ente na regular prestação dos serviços médicos destinados à população local.

Todavia, a despeito do aumento na participação dos réus União e Estado de Pernambuco na saúde da região – repita-se, somente após determinação judicial proferida nessa ação, o que mostra a necessidade/utilidade do processo –, a situação do HDM permanece lastimável, em decorrência, a princípio, da má-gestão e atuação desidiosa do réu Município de Petrolina, para não referir a má-fé, que não pode ser presumida. É patente o despreparo administrativo dos gestores do nosocômio, que recebem periodicamente – pois não há prova em contrário –, verbas federais e estaduais destinadas à saúde da população local, deixando de aplicá-las, injustificadamente, com o zelo exigido, desrespeitando-se os valores vida e dignidade humana.

Por essas razões, merecem inteira acolhida os pedidos da inicial.

POSTO ISSO, rejeito as preliminares suscitadas e, extinguindo o processo com base no art. 269, I, do CPC, julgo procedentes os pedidos formulados na inicial, convalidando a liminar deferida às fls. 576/585, em todos os seus termos, para condenar:

I - o Município de Petrolina a adotar todas as providências necessárias a tornar adequados, eficientes e satisfatórios os serviços do Hospital Municipal Dom Malan, especialmente as seguintes:

- a) regularização da escala médica do ambulatório e dos plantonistas, principalmente os da Unidade de Terapia Intensiva, com a imediata instituição e utilização de livro de ponto;
- b) a imediata vedação do modelo de sobreaviso, seja para médicos ou enfermeiros;
- c) normalização do atendimento das especialidades de neurologia, traumatologia e ortopedia;
- d) regularização dos serviços laboratoriais, passando a realizar todos os exames;
- e) instalação de novos leitos em ordem a suprir a sua demanda;
- f) elaboração de inventário e tombamento de todo o patrimônio do HDM, a ser atualizado anualmente;
- g).instituição de mecanismos alternativos de controle externo dos serviços, inclusive uma ouvidoria, possibilitando que queixas e sugestões dos usuários cheguem até os escalões de decisão do hospital de maneira rápida e direta;
- h) adoção de gestão de material organizada e efetiva, principalmente de medicamentos, com um melhor entrosamento entre as áreas técnicas envolvidas, uma rotina determinada nas licitações, uma armazenagem e controle de prazo de medicamentos efetiva, maior atenção às medicações com maior demanda, elaboração de lista padronizada com a definição de materiais e medicamentos estratégicos e imprescindíveis, um controle efetivo do estoque e
- i) a substituição dos equipamentos danificados (assim entendidos os obsoletos e irrecuperáveis) por novos.

II - o Estado de Pernambuco e a União, de forma solidária e na medida de suas competências constitucionais, para

que adotem todos os meios necessários ao auxílio do Município de Petrolina nos cumprimento das medidas já elencadas, à exceção daquela contida no item “g”, por se tratar de providência exclusivamente administrativa. Cabe-rá a estes réus medidas concretas de ajuda ao Município, mormente por via do constante incremento dos repasses financeiros, reforço do apóio técnico e melhor planejamem-to regional do Sistema Único de Saúde, desafogando o atendimento atualmente concentrado do Hospital Dom Malan.

Analisando os elementos fáticos e probantes constantes des-tes autos, a outra conclusão não se chega senão a de que a deci-são ora impugnada se reveste da mais perfeita sintonia com a legislação de regência, com os princípios traçados pela Carta Mag-na de 1988 e a jurisprudência pátria.

É importe salientar o zelo com que a douta juíza sentenciante pontuou cada aspecto envolvido na demanda, inclusive quando expressa em sua decisão que inspecionou pessoalmente as ins-talações do Hospital Dom Malan – alvo das irregularidades aponta-das na exordial.

Todas as preliminares foram apreciadas, com propriedade, pelo 1º Grau, pelo que adoto os mesmos fundamentos ali explanados, rejeitando-as.

No mérito, igualmente, tenho por bem, acatar todos os funda-mentos embaixadores da sentença recorrida, chamando atenção para o fato de que a 1ª Turma deste Regional, no julgamento da AC nº 425.249/RN, ao tratar da relevância do direito fundamental à saúde, assim acordou:

(...) 3. Nos termos da Norma Constitucional (arts. 5º, 6º e 196), o direito à saúde é marcado por sua “fundamentalidade”, considerando-se mesmo que sua garantia é expres-são de resguardo da própria vida, maior bem de todos, do qual os demais direitos extraem sentido. Analisando o conceito de “fundamentalidade”, J. J. Gomes Canotilho concebe-o sob duas perspectivas: a “fundamentalidade formal”, correspondente à constitucionalização, à locali-zação de direitos reputados fundamentais no ápice da pi-râmide normativa, com as conseqüências, desse fato, de-derivadas – demarcação das possibilidades do ordenamento

jurídico e vinculatividade dos poderes públicos –, e a “fundamentalidade material”, identificadora dos direitos fundamentais a partir do seu conteúdo “constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”, permissiva do reconhecimento de outros direitos não expressamente tipificados no rol constitucional, mas equiparáveis em dignidade e relevância aos direitos formalmente constitucionais (“norma de *fattispecie* aberta”). Em ambas as visões, exsurge a magnitude da essencialidade, embora seja patente a maior significância compreensiva da segunda. “No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados” (José Afonso da Silva). Os direitos fundamentais cumprem, nessa contextura, determinadas funções: exigem prestações do Estado, protegem diante do poder público e de terceiros, fomentam a paridade entre os indivíduos, designam os alicerces sobre os quais se constrói e se orienta o ordenamento jurídico (“eficácia irradiante”). Têm força, ao mesmo tempo, por assim dizer, de princípio e de regra.

4. O SUS caracteriza-se pela descentralização, “com direção única em cada esfera de governo”, devendo ser financiado com recursos federais, estaduais e municipais (art. 198, parágrafo 1º, da CF/88). **A Lei nº 8.080/90 fixa, em seu art. 7º, que o SUS é rígido, dentre outros, pelo princípio da “integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”, bem como pelo preceito da “conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população”. (...)** (Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti, 1ª Turma, DJ de 15/1/2008).

É oportuno salientar que, ao ofertar sua peça opinativa, o douto representante ministerial, com propriedade, assim asseverou:

[...] O quadro é forte no sentido de que há omissão do Poder Público na realização de política pública de saúde. O Estado (gênero) tem obrigação de proporcionar meios visando a alcançar a saúde. O sistema único de saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios(RE 195192/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ de 31.03.2000, pág. 00060).

Feitos tais registros, passo a analisar a questão da condenação em honorários advocatícios e periciais.

Em tempo, transcrevo trecho da parte dispositiva de tal *decisum*, onde assim se lê:

Tendo em mira a complexidade da causa e o tempo despendido para sua solução, arbitro os honorários advocatícios, na forma do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, em R\$ 18.000,00(dezoito mil reais), a serem suportados pelos réus, na seguinte proporção: R\$ 8.000,00(oito mil reais) a cargo do Município de Petrolina e R\$ 5.000,00(cinco mil reais) de responsabilidade de cada um dos demais acionados, valores que deverão reverter para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos do art. 13 da Lei nº 7.347/85 e da Lei nº 9.008/95.

Condeno os réus, ainda, a arcar, *pro rata*, com os honorários da perita judicial, arbitrados em R\$ 6.000,00(seis mil reais) na decisão de fl. 1970.

A condenação sob esse aspecto encontra-se revestida de excesso, carecendo, sim, de reparo. É sabido e ressabido que o nosso País encontra graves entraves quando o foco é a saúde pública.

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado pela Constituição Federal de 1988 para que toda a população brasileira tenha acesso ao atendimento público de saúde.

A situação fática aqui apresentada somente nos mostra mais uma das mazelas desse sistema, é o chamado “jogo do empurra”, onde cada uma das esferas de poder tenta se eximir da responsabilidade concreta pelas falhas do sistema. As irregularidades apontadas e demonstradas nestes autos são gravíssimas e não podem passar despercebidas, todavia, considerando a reali-

dade nacional e as dificuldades enfrentadas pelos entes Municipais na efetivação das políticas de saúde pública, mormente diante da escassez de recursos destinados a tal fim, reduzo os honorários advocatícios, fixando-os em R\$ 3.000,00(três mil reais) a serem rateados pelos réus.

Considerando as falhas encontradas no laudo pericial, o qual demonstrou a realização de um trabalho de qualidade questionável por parte da perita contábil, situação esta que, inclusive, restou apontada na r. sentença, impõe-se a redução do valor de tal verba pela metade, ou seja, R\$ 3.000,00(três mil reais).

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, tão-somente para reduzir os honorários advocatícios para R\$ 3.000,00 (três mil reais), rateados entre os réus e diminuir pela metade os honorários periciais, fixando-os em R\$ 3.000,00, também *pro rata*. Nego provimento às apelações do ESTADO DE PERNAMBUCO e do MUNICÍPIO DE PETROLINA.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 4.734-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelante: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Apelado: FRANCISCO ARRUDA DE SOUSA
Repte.: PROCURADORIA DO IBAMA
Adv./Proc.: DR. RONALDO PESSOA DOS SANTOS (APDO.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PORTARIA. APREENSÃO DE ANIMAIS SILVESTRES JÁ DOMESTICADOS POR LEGÍTIMO DEPOSITÁRIO QUE NÃO OBTIVE RENOVAÇÃO DA GUARDA DOS ANIMAIS. IMPOSSIBILIDADE DE READAPTAÇÃO AO MEIO AMBIENTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. NECESSIDADE DE PROTEÇÃO AOS ANIMAIS.

APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

- *Apelação interposta pelo IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS, em face de sentença prolatada em sede de ação mandamental que, confirmando a liminar, concedeu parcialmente a segurança requestada para assegurar a permanência de dois papagaios sob a guarda e cuidados do Impetrante, afastando os efeitos do Ofício nº 1526/2008-GABIN/IBAMA/PB.*

- *A situação fática da lide já possui estabilidade. Consoante se observa dos autos, o Impetrante já possuía Termo de Aceitação de Encargos de Guarda Voluntária dos referidos animais silvestres (Guga e Lourinho). Somente quando do requerimento de renovação da mesma é que o IBAMA negou a pedido, com base no supramencionado ofício. Ocorre que, neste ínterim, como de fato é comum diante de longo convívio (mais de 10 anos), efetivou-se a afetação emocional entre o Impetrante, então depositário, e os animais, já domesticados. Mostra-se inviável a apreensão dos mesmos, para fins de que continuem em cativeiro de posse do IBAMA, longe dos donos a que estão emocionalmente vinculados, bem como à sua soltura em razão da impossibilidade de adaptação ao meio ambiente. Tornaram-se animais que não desenvolveram instintos de caça e de defesa e, provavelmente, não se adaptariam ao convívio com animais de sua própria espécie.*

- *O conteúdo da norma da legislação ambiental visa à repressão ao tráfico de animais e aos maus-tratos, a fim de protegê-los. Porém, como aduziu o Representante do Ministério Público, não se justifica que a guarda antes conferida não seja renovada em razão da ilegalidade, a qual seria preexistente à decisão administrativa anterior.*

- *No tocante à repressão ao tráfico, apesar de*

constatar legitimidade da norma que objetiva reprimir condutas de agressão à fauna silvestre, vejo que não é razoável a sua aplicação no caso em questão, diante das peculiaridades apresentadas. Decline-se que, a proteger o mandamento da norma e aplicá-lo no sentido da devolução dos mencionados animais, estaria-se desconsiderando a finalidade maior do regramento em questão, qual seja: a proteção aos referidos animais.

- Observe-se que aos papagaios tem sido dispensados todos os cuidados necessários, dentre eles, os sanitários, alimentícios e veterinários. Consoante declarou este último (em 2004 e em 2008), as aves gozam de bom estado de saúde, sem apresentarem nenhum sintoma de doença, e recebem tratamento e assistência de primeira qualidade.

- O simples fato de ter possuído autorização do órgão protetor, bem como ter requerido a sua renovação, denota conduta de cuidado e boa-fé do Impetrante, que procurou estar legalizado com o depósito dos pássaros silvestres.

- Com efeito, no processo interpretativo, não pode o juiz ficar restrito ao elemento literal, devendo ele compreender todo o contexto que envolver a valoração dos fatos e da incidência da norma. O processo racional a ser percorrido pelo julgador na formação de seu convencimento não consiste em um mero silogismo, matematicamente lógico, razão por que, ao preferir a sentença, o juiz deve considerar as especificidades do caso concreto, segundo os parâmetros da lógica do razoável, em que se investiga a congruência entre a realidade social, os valores, os meios e os fins. (cf. Coelho, Fábio Ulhoa, Roteiro de Lógica Jurídica, 3ª ed., 3ª tir., São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 95-97)

- Apelo não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 9 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelação interposta pelo IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS, em face de sentença prolatada em sede de ação mandamental que, confirmando a liminar, concedeu parcialmente a segurança requestada para assegurar a permanência de dois papagaios sob a guarda e cuidados do Impetrante, afastando os efeitos do Ofício nº 1526/2008-GABIN/IBAMA/PB.

Nas suas razões recursais, o IBAMA defende a necessidade de reforma do *decisum* vergastado aduzindo violação ao art. 23, VII, da CRFB, afirmando que o mesmo defenestou o poder de polícia dos órgãos ambientais, retirando eficácia das normas de preservação ambiental e estimulando a caça predatória e tráfico ilícito de animais. Sustenta, também, violação aos arts. 29 da Lei 9.605/2008, art. 11 do Decreto nº 3.179/99 e art. 24 do Decreto nº 6.514/2008. Segue argumentando neste sentido, requerendo, ao final, o provimento do recurso e a apreensão dos animais.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Consoante relatado anteriormente, a hipótese é de apelação interposta pelo IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AM-

BIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS, em face de sentença prolatada em sede de ação mandamental que, confirmando a liminar, concedeu parcialmente a segurança requestada para assegurar a permanência de dois papagaios sob a guarda e cuidados do Impetrante, afastando os efeitos do Ofício nº 1526/2008-GABIN/IBAMA/PB.

Examinando detidamente o caso em testilha, reputo que a sentença proferida pelo MM. Juiz Federal *a quo*, Dr. Alexandre Costa Luna Freire, não merece qualquer censura, pelo que transcrevo seus fundamentos como minhas razões para decidir (excertos):

Apreciando o pedido de liminar, o Exmo. Juiz Federal Substituto da 2ª Vara, Dr. Rogério Roberto Gonçalves de Abreu, abordou inicialmente a matéria nos seguintes termos (fls. 32/36):

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por Francisco Arruda de Sousa contra ato do Superintendente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis na Paraíba - IBAMA/PB, com pedido de liminar visando à abstenção pela autoridade impetrada da prática de ato de cumprimento do disposto no Ofício nº 01526/2008-GABIN/IBAMA/PB.

O impetrante afirma o seguinte:

1) Recebeu de presente, há cerca de 10 (dez) anos, dois papagaios, que atendem pelos nomes de Guga e Lourinho, os quais são mantidos na residência do Impetrante e convivem com sua família, não são clandestinos e nem foram apreendidos, e, em 2002, requereu junto ao IBAMA o registro das aves, do qual resultou a emissão de Termo de Aceitação de Encargos de Depositário Voluntário de Animais Silvestres - GEREX/PB nº 02016.002776/02-47.

2) Depois de algum tempo, conforme previsto no referido Termo, requereu ao IBAMA a renovação da guarda das aves e, em resposta, recebeu o Ofício nº 01526/2008-GABIN/IBAMA/PB, indeferindo o pedido, sob o fundamento de ilegalidade da guarda, uma vez que os animais não foram adquiridos de pessoas físicas ou jurídicas autorizadas, e concitando o impetrante a entregar os papagaios ao IBAMA, no prazo de 15 (quinze) dias contado do recebimento daquele Ofício, e informando que a guarda de animais silvestres em cativeiro sem a devida permissão, licença ou autorização do órgão ambiental competente (IBAMA) configura crime ambiental.

3) Formulou novo pedido de renovação da guarda das aves junto ao IBAMA, não obtendo qualquer resposta até o momento.

Sustenta o direito de manter os animais consigo, uma vez que procurou legalizar a situação junto ao IBAMA, o lapso de tempo em que os papagaios se encontram com o impetrante e sua família e o forte vínculo que os une, além dos cuidados a eles despendidos e das dificuldades de readaptação ao seu *habitat* natural, além do fato de que tivera deferida antes a guarda e que os animais foram adquiridos na vigência da Lei nº 5.197, de 1967, que não previa nenhuma vedação à guarda de animais silvestres em residências, não se aplicando, portanto, a Lei nº 9.605, de 1998, invocada no Ofício nº 01526/2008-GABIN/IBAMA/PB.

Acompanham a petição inicial procuração e documentos (fls. 15/29).

É o relatório. Decido.

Por meio de Termo de Aceitação de Encargos de Guarda Voluntária de Animais Silvestres, celebrado entre o impetrante (depositário) e o IBAMA/PB (depositante), de 28.04.2003, fazendo referência ao artigo 1.265 e seguintes do Código Civil, ficou acordada a guarda de dois animais (papagaios) em favor do depositário, com prazo de vigência de 03 (três) anos, “devendo o depositário procurar o IBAMA para estudar a possibilidade de renovação, por igual período”. (Cf. cláusula quarta, fls. 22/24).

A cláusula terceira do referido Termo dispõe sobre as obrigações do depositário, entre as quais: a) a de guardar e dispensar o cuidado necessário aos animais depositados, zelando como se fossem seus, para assim os restituírem ao IBAMA quando exigido; b) não dar outra destinação aos animais depositados em relação ao endereço da guarda, salvo autorização do depositante ou em cumprimento à ordem judicial, excluídos os casos fortuitos e de força maior; c) arcar com todas as despesas feitas com os animais, sem direito à indenização; d) fornecer ao depositante, sempre que solicitadas, informações relativas ao objeto do depósito, bem assim regularizar as falhas observadas pelo depositante; e) não utilizar os animais em atividades que possam acarretar danos à sua saúde.

Em 17.07.2008, o Impetrante requereu ao IBAMA/PB a renovação da guarda dos animais (fl. 26), e teve o pedido indeferido pela autoridade impetrada, conforme Ofício nº 01526/2008-GABIN/IBAMA/PB, de 07.07.2008 (*sic*) (fl. 25), nos seguintes termos:

1. Em atenção à solicitação de Vossa Senhoria para a concessão de Guarda Voluntária de animais silvestres, informamos que o pedido foi indeferido em decorrência da Legislação Ambiental vigente.

2. Tendo em vista que a origem dos animais para os quais foi solicitada a guarda é ilegal (não foi adquirida de pessoas físicas/jurídicas autorizadas), os mesmos devem ser entregues (voluntariamente) ao IBAMA conforme determina a legislação em vigor. Para tanto, solicitamos que seja mantido contato com a nossa Unidade mais próxima (Superintendência Estadual – telefone 3244.3465) para agendar o recolhimento dos animais. Fica concedido o prazo de 15 (quinze) dias, contado a partir da data de recebimento deste ofício, para que seja efetuada a devolução dos animais.

3. Informamos que guardar ou ter animais silvestres em cativeiro sem a devida permissão, licença ou autorização do órgão ambiental competente (IBAMA), configura-se crime ambiental previsto na Lei 9.605/98 – Lei dos Crimes Ambientais. Neste caso específico, havendo a entrega voluntária (conforme recomendado no parágrafo anterior) não serão aplicadas as sanções administrativas ou penais, conforme previsto no § 3º do art. 11 do Decreto 3.179/99.

Conforme atestados de sanidade animal emitidos por médico veterinário, em 24.05.2008 e 17.07.2008, os dois papagaios que estão na residência do Impetrante, conhecidos como Guga e Lourinho, gozam de bom estado de saúde e recebem bom tratamento alimentar e sanitário (fls. 27/28).

Reporto-me ao fundamento que adotei nos autos do Mandado de Segurança nº 2008.82.970-0, com aplicação à hipótese em exame, verbis:

(...)

É o relatório. Decido.

Nos termos do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 1942), na aplicação da lei, o juiz aten-

derá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

No caso em exame, embora o ato de apreensão do animal (papagaio) realizado pelo IBAMA/PB, em 09.01.2008, tenha respaldo no artigo 72 da Lei nº 9.605, de 1998, tendo em vista que a Impetrante não possui, segundo a autoridade impetrada, autorização do órgão ambiental competente para manter em cativeiro espécime da fauna silvestre, que constitui infração prevista no artigo 29 da mesma Lei, considero que as peculiaridades do caso envolvendo a Impetrante, nascida em 12.04.1931 e contando com 77 anos de idade (fl. 07), analfabeta (fl. 06) e que estaria com quadro depressivo e acometida de crises hipertensivas em face da perda do animal (cf. declaração de médica, de 16.01.2008, fl. 09), permitem excepcionalmente que ela retome o convívio com o papagaio, com quem teria sólida relação afetiva e de cumplicidade há vários anos, fenômeno comum (fato notório que dispensa comprovação, artigo 334, inciso I, do CPC) a muitas pessoas que criam animais domésticos (ou domesticados) e silvestres em residência.

Por outro lado e tendo em consideração que a tutela constitucional e legal ao ambiente abrange as relações entre o ser humano e outras espécies animais, não vislumbro, à primeira vista, prejuízo seja para o animal (em se tratando de um único espécime), seja para a autarquia ambiental em determinar a devolução do papagaio à impetrante, que é pessoa idosa.

Presente o fumus boni iuris, concorre igualmente o periculum in mora, uma vez que a manutenção do afastamento do animal poderá agravar o quadro de saúde da Impetrante.

Diante do exposto, defiro o pedido de liminar e determino à autoridade impetrada que proceda à devolução para a impetrante do papagaio referido no Termo de Apreensão e Depósito nº 0218511-C (fl. 30), no prazo máximo de 10 (dez) dias, no caso de ainda não ter sido liberado à natureza.

Registre-se no sistema informatizado, nos termos do Provimento nº 23, de 06.12.2005, da Corregedoria-Geral do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Notifique-se a autoridade impetrada para cumprimento desta decisão. Intimem-se desta decisão a impetrante e a Procuradoria do IBAMA, nos termos do artigo 3º da Lei nº 4.348, de 1964, na redação dada pela Lei nº 10.910, de 2004. Após, vista

ao Ministério Público Federal para ofertar parecer.

João Pessoa, 15 ABR 2008. (Grifos no original).

O Ministério Público Federal ofertou o parecer, opinando pela concessão da segurança (fls. 41/44).

É o relatório. Decido.

Há pouco a acrescentar ao fundamento que adotei no exame do pedido de liminar (fls. 32/34).

O parecer ministerial da lavra do Exmo. Procurador da República, Dr. Edson Virgínio Cavalcante Júnior, é no sentido da concessão da segurança, sob o fundamento da existência de sólido vínculo de afeição entre a Impetrante e o animal e que “sendo o animal o único efetivo companheiro da senhora, não é difícil adivinhar os mimos e regalos que lhe são dados. Depois de tanto tempo submetido ao zelo da pobre velhinha, dificilmente se adaptará a outros de sua espécie. Tornando presa fácil, acaso solto. Tornando-se alvo de inelutável desgosto, caso mude-se para outro ambiente.

De fato, é cediço que animais que vivem presos por bastante tempo não mais são devolvidos ao seu habitat natural, porque introjetam novos hábitos. Passam a contar com a certeza da comida farta. Não adestrados pela experiência da vida silvestre, tornam-se ingênuos e, por isso, vulneráveis, sendo facilmente colhidos por seres humanos ou animais mais perspicazes.

Para garantir-lhe a sobrevivência, duas alternativas: a) mantê-lo preso, noutra lugar; ou b) sob os cuidados da impetrante, a dispensar-lhe o amor. A resposta é intuitiva (fl. 43). (Grifei).

Conforme observei na decisão, conquanto o ato de apreensão do animal (papagaio) realizado pelo IBAMA/PB, em 09.01.2008, tenha respaldo no artigo 72 da Lei nº 9.605/98, tendo em vista que a Impetrante não possui, segundo a autoridade impetrada, autorização do órgão ambiental competente para manter em cativeiro espécime da fauna silvestre, que constitui infração prevista no artigo 29 da mesma Lei, considero que as peculiaridades do caso envolvendo a Impetrante, nascida em 12.04.1931 e contando com 77 anos de idade, analfabeta, e que estaria com quadro depressivo e acometida de crises hipertensivas em face da perda do animal (cf. declaração de médica, de 16.01.2008), permitem excepcionalmente que ela retome ao

convívio com o papagaio, com quem teria sólida relação afetiva e de cumplicidade há vários anos, fenômeno comum a muitas pessoas que criam animais domésticos (ou domesticados) e silvestres em residência.

Por outro lado e tendo em consideração que a tutela constitucional e legal ao ambiente abrange as relações entre o ser humano e outras espécies animais, não vislumbro prejuízo seja para o animal (em se tratando de um único espécime), seja para a autarquia ambiental em determinar a devolução do papagaio à Impetrante, que é pessoa idosa.

Diante do exposto, confirmo a liminar e concedo a segurança para determinar à autoridade impetrada que proceda à devolução para a Impetrante do papagaio referido no Termo de Apreensão e Depósito nº 0218511-C (fl. 30), no caso de ainda não ter sido liberado à natureza.

No caso dos autos, presente o fumus boni iuris, concorre igualmente o periculum in mora, uma vez que o Ofício nº 01526/2008-GABIN/IBAMA/PB estabelece o prazo de 15 (quinze) dias, contado do seu recebimento, para a devolução dos papagaios e informa que, caso haja a devolução voluntária, não serão aplicadas as sanções administrativas ou penais.

Diante do exposto, defiro o pedido de liminar e determino a suspensão dos efeitos do Ofício nº 01526/2008-GABIN/IBAMA/PB (fl. 25) até o julgamento de mérito desta impetração.

Registre-se no sistema informatizado, nos termos do Provimento nº 23, de 06.12.2005, da Corregedoria-Geral do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Intimem-se desta decisão o Impetrante e a Procuradoria do IBAMA, nos termos do artigo 3º da Lei nº 4.348, de 1964, na redação dada pela Lei nº 10.910, de 2004.

Notifique-se a autoridade impetrada para cumprimento deste decisum e para prestar as informações. Após, vista ao Ministério Público Federal para ofertar parecer.

João Pessoa, 28 AGO 2008. (Grifos no original)

O IBAMA apresentou cópia do agravo de instrumento interposto contra a decisão em que foi deferida a liminar (fls. 47/60).

A autoridade impetrada prestou as informações (fls. 61/70), afirmando:

1) A manutenção ilegal dos animais em cativeiro pelo Impe-
trante constitui violação aos princípios previstos no art 225, *ca-
put* e § 1º, VII, da Constituição Federal de 1988, uma vez que
retira a eficácia das normas de preservação ambiental e estimu-
la a prática da caça predatória e do tráfico ilícito de animais
silvestres;

2) Por outro lado, a manutenção em cativeiro de animais da
fauna silvestre constitui violação às exigências da Resolução nº
384/2006 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA,
e enseja a aplicação de sanções administrativas e penais pre-
vistas nas Leis nºs. 9.605, de 1998, e 3.179, de 1999;

3) É necessária a realização de perícia judicial no sentido de
esclarecer questões relacionadas à readaptação do animal à
natureza, bem como à sua saúde, reprodução e criação em
cativeiro;

4) Ausência de direito líquido e certo, em face da inexistên-
cia de prova pré-constituída quanto à regularidade da manuten-
ção dos animais em cativeiro;

5) Inadequação do mandado de segurança, considerando que
a matéria, por ser de extrema complexidade, demanda dilação
probatória, imprópria na via mandamental.

O Ministério Público Federal ofertou o parecer, opinando pela
concessão da segurança (fls. 78/81).

É o relatório. Decido.

O Mandado de Segurança, sob o rito da Lei nº 1.533, de
1951, não admite dilação probatória, sendo, desse modo, inviá-
vel a realização de prova pericial.

Quanto às alegações de ausência de direito líquido, em face
da ausência de prova pré-constituída da regularidade da manu-
tenção dos animais em cativeiro, bem como de inadequação do
mandado de segurança, em razão da necessidade de dilação
probatória, tais arguições são confluentes com o exame do mérito
da impetração.

Há pouco a acrescentar ao fundamento adotado no exame
do pedido de liminar (fls. 32/36).

O objeto da presente Ação Ordinária consiste em (fls. 13/
14):

a) o deferimento do pedido de liminar, para determinar que a autoridade impetrada se abstenha da prática de qualquer ato que possa caracterizar o cumprimento do disposto no ato administrativo consubstanciado no Ofício nº 01526/2008-GABIN/IBAMA/PB; ...

d) A confirmação, no mérito, da liminar pleiteada, com a concessão da ordem para determinar que os papagaios “Guga e Lourinho” permaneçam sob a guarda e cuidados do impetrante. (Grifei)

Na hipótese em julgamento, por meio de Termo de Aceitação de Encargos de Guarda Voluntária de Animais Silvestres, celebrado entre o Impetrante (depositário) e o IBAMA/PB (depositante), de 28.04.2003, fazendo referência ao artigo 1.265 e seguintes do Código Civil, ficou acordada a guarda de dois animais (papagaios) em favor do depositário, com prazo de vigência de 03 (três) anos, “devendo o depositário procurar o IBAMA para estudar a possibilidade de renovação, por igual período”. (Cf. cláusula quarta).

A cláusula terceira do referido Termo dispõe sobre as obrigações do depositário, entre as quais: a) a de guardar e dispensar o cuidado necessário aos animais depositados, zelando como se fossem seus, para assim os restituírem ao IBAMA quando exigido; b) não dar outra destinação aos animais depositados em relação ao endereço da guarda, salvo autorização do depositante ou em cumprimento à ordem judicial, excluídos os casos fortuitos e de força maior; c) arcar com todas feitas com os animais, sem direito à indenização; d) fornecer ao depositante, sempre que solicitadas, informações relativas ao objeto do depósito, bem assim regularizar as falhas observadas pelo depositante; e) não utilizar os animais em atividades que possam acarretar danos à sua saúde.

Em 17.07.2008, o Impetrante requereu ao IBAMA/PB a renovação da guarda dos animais, e teve o pedido indeferido pela autoridade impetrada, conforme Ofício nº 01526/2008-GABIN/IBAMA/PB, de 07.07.2008 (*sic*).

Conforme atestados de sanidade animal emitidos por médico veterinário, em 24.05.2008 e 17.07.2008, os dois papagaios que estão na residência do Impetrante, conhecidos como Guga e Lourinho, gozam de bom estado de saúde e recebem bom tratamento alimentar e sanitário.

Reportou-se o *decisum* ao fundamento adotado pelo Exm^o Juiz Federal Substituto da 2^a Vara, Dr. Rogério Roberto Gonçalves de Abreu, nos autos do Mandado de Segurança nº 2008.82.970-0, no sentido de que, a despeito do ato de apreensão de espécimes da fauna silvestre (papagaios), mantido em cativeiro sem autorização do órgão ambiental competente, tenha respaldo no artigo 72 da Lei nº 9.605, de 1998, o que constitui infração prevista no artigo 29 da mesma Lei, as peculiaridades do caso concreto permitem excepcionalmente a manutenção do animal sob a guarda e cuidados do Impetrante.

Por outro lado e tendo em consideração que a tutela constitucional e legal ao ambiente abrange as relações entre o ser humano e outras espécies animais, não vislumbro prejuízo seja para o animal, seja para a autarquia ambiental em determinar a devolução dos espécimes ao Impetrante.

O parecer ministerial da lavra do Exmo. Procurador da República, Dr. Duciran Van Marsen Farena, é no sentido da concessão da segurança, sob o fundamento de que a hipótese em julgamento diz respeito a “espécie domesticável que já passou mais de 10 (dez) anos convivendo em um ambiente familiar com seres humanos, não podendo ser subtraído abruptamente, face à natural dificuldade de readaptação esta reconhecida pela própria autarquia à fl. 36” e que “o impetrante demonstrou interesse em regularizar sua situação de criador, apresentando os animais espontaneamente ao órgão, mesmo sendo seu depositário há mais de quatro anos. Além disso, pelo que consta dos autos o impetrante cumpriu os termos do ajuste, inclusive com aprovação da vistoria realizada pelos servidores da autarquia, conforme fls. 27 e 28” (fls. 78/81).

ISTO POSTO, confirmo a liminar e concedo a segurança para assegurar a permanência dos animais (papagaios) sob a guarda e cuidados do Impetrante, afastando os efeitos do Ofício nº 01526/2008-GABIN/IBAMA/PB (fl. 25).

Adotando como razões de decidir os motivos do *decisum* acima transcrito, reconheço que não merece reproche o provimento de primeiro grau.

É que a situação objeto da lide já possui estabilidade no mundo fático e jurídico. Consoante se observa à fl. 22, o Impetrante já possuía Termo de Aceitação de Encargos de Guarda Voluntária dos referidos animais silvestres (Guga e Lourinho). Somente quando

do requerimento de renovação da mesma é que o IBAMA negou o pedido, com base no supramencionado ofício. Ocorre que, neste íterim, como de fato é comum diante de longo convívio (mais de 10 anos), efetivou-se a afetação emocional entre o Impetrante, então depositário, e os animais, já domesticados. Mostra-se inviável a apreensão dos mesmos, para fins de que continuem em cativeiro de posse do IBAMA, longe dos donos a que estão emocionalmente vinculados, bem como à sua soltura em razão da impossibilidade de adaptação ao meio ambiente. Tornaram-se animais que não desenvolveram instintos de caça e de defesa e, provavelmente, não se adaptariam ao convívio com animais de sua própria espécie.

O conteúdo da norma da legislação ambiental visa à repressão ao tráfico de animais e aos maus-tratos, a fim de protegê-los. Porém, como aduziu o Representante do Ministério Público, não se justifica que a guarda antes conferida não seja renovada em razão da ilegalidade, a qual seria preexistente à decisão administrativa anterior.

No tocante à repressão ao tráfico, apesar de constatar legitimidade da norma que objetiva reprimir condutas de agressão à fauna silvestre, vejo que não é razoável a sua aplicação no caso em questão, diante das peculiaridades apresentadas. Declina-se que, a proteger o mandamento da norma e aplicá-lo no sentido da devolução dos mencionados animais, estar-se-ia desconsiderando a finalidade maior do regramento em questão, qual seja: a proteção aos referidos animais.

Observe-se que aos papagaios têm sido dispensados todos os cuidados necessários, dentre eles, os sanitários, alimentícios e veterinários. Consoante declarou este último (em 2004 e em 2008), as aves gozam de bom estado de saúde, sem apresentarem nenhum sintoma de doença, e recebem tratamento e assistência de primeira qualidade.

Por sua vez, o simples fato de ter possuído autorização do órgão protetor, bem como ter requerido a sua renovação, denota conduta de cuidado e boa-fé do Impetrante, que procurou estar legalizado com o depósito dos pássaros silvestres.

Com efeito, no processo interpretativo, não pode o juiz ficar restrito ao elemento literal, devendo ele compreender todo o contexto que envolver a valoração dos fatos e da incidência da norma. o processo racional a ser percorrido pelo julgador na formação de seu convencimento não consiste em um mero silogismo, matematicamente lógico, razão por que, ao preferir a sentença, o juiz deve considerar as especificidades do caso concreto, segundo os parâmetros da lógica do razoável, em que se investiga a congruência entre a realidade social, os valores, os meios e os fins. (cf. Coelho, Fábio Ulhoa, *Roteiro de Lógica Jurídica*, 3ª ed., 3ª tir., São Paulo: Max Limonad, 2000. pp. 95-97)

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 7.790-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelante: MARIA NUNES DE OLIVEIRA MACIEL
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DR. FABIO ANDRADE MEDEIROS (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO DE SERVIDOR POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, XII, DA LEI Nº 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO. DESONESTIDADE OU MÁ-FÉ. AUSÊNCIA. FRAGILIDADE DAS ACUSAÇÕES. PENALIDADE DE DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE.

- Apelação interposta por MARIA NUNES DE OLIVEIRA MACIEL em face da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para anular, apenas em parte, a Portaria MPS nº 161/2007, no tocante às infrações funcionais capituladas na Lei nº 8.112/90, art. 117, XII, e art. 132, XI, mantendo o ato administrativo de demissão da refe-

rida ex-servidora com base, tão-somente, no art. 132, IV, da mesma norma. Hipótese, pois, em que se discute a condenação (demissão) imposta à apelante, por ato de improbidade, em sede de Processo Administrativo Disciplinar, instaurado no âmbito do INSS para apurar atos praticados por uma organização criminosa com finalidade de conceder benefícios previdenciários (na maioria das vezes, auxílio-doença) de forma fraudulenta.

- Conduta ímproba é aquela permeada de desonestidade que enseja o enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º), que causa dano ao erário (art. 10) ou que implique em violação a um dos princípios regentes da Administração Pública (art. 11). Portanto, para que seja considerado ato de improbidade, não basta a pura e simples tipificação do fato, mas requer a presença do elemento subjetivo, ou seja, que o ato tenha sido praticado com má-fé ou desonestidade. Precedentes do STJ e deste egrégio Tribunal.

- Hipótese em que a autora sequer foi indiciada como envolvida nas fraudes praticadas pela quadrilha, conforme se depreende do Relatório do Inquérito Policial. Ademais, segundo o relatório prestado pelo Núcleo de Operações de Inteligência da Polícia Federal, órgão incumbido da quebra dos sigilos telefônicos de todas as pessoas envolvidas no esquema previdenciário fraudulento, restou constatado a ausência total de ligações telefônicas entre os participantes da quadrilha e a médica Maria Nunes.

- Referências existentes à autora pelos integrantes do esquema que se resumem a destacar o lado humano da sua personalidade (vide depoimentos de todos os envolvidos, tanto no Inquérito, quanto na instrução realizada no PAD). Em todos os depoimentos colhidos, os envolvidos afirmam que desconhecem a participação da

autora nos ilícitos praticados, alegando, tão-somente, que as perícias eram marcadas preferencialmente para a autora apenas em razão de que esta era mais humana, quando comparada com outros médicos, conhecidos por dificilmente reconhecerem a possibilidade de concessão de benefícios.

- Os números de benefícios concedidos pela autora não destoam dos números apresentados pelos demais peritos médicos, principalmente, considerando que a autora está sujeita à carga horária duplicada, como também, não são comparáveis aos números apresentados pelo médico José Cardoso, em relação ao qual há fortes indícios de participação.

- Também não se pode menosprezar o modus operandi da quadrilha em questão. Isto porque a grande maioria dos benefícios concedidos fraudulentamente (auxílio-doença) eram motivados por doenças mentais, o que já dificultava a percepção a simples “olho nu”, pela ausência de ostensividade do agravo, diferentemente do que ocorre com uma deficiência física ou uma mutilação, de característica mais evidente. Acrescenta-se ao fato de que “pretensos beneficiários” eram bem instruídos pela quadrilha quanto às informações que deveriam mencionar aos peritos, inclusive sob o ponto de vista comportamental, como ainda, eram encaminhados portando atestados médicos e receituários de remédios prescritos, tudo planejado para levar a erro os médicos do INSS.

- Inexistência de provas contundentes da participação da autora nos atos praticados pela organização, como também, ausência, no caso presente, do elemento qualificador da improbidade (dolo, má-fé) de forma a legitimar a responsabilização do agente público.

- Aplicação da penalidade de demissão que se

mostra desproporcional, pois resta esvaziada ante a fragilidade das acusações trazidas aos autos, e, principalmente, em virtude da inexistência de ato de improbidade (atipicidade).

- Apelação provida para julgar procedente o pedido inicial, anulando o ato administrativo que resultou na demissão da autora e determinando a sua reintegração ao serviço público, no cargo antes ocupado, com a condenação do INSS no pagamento de todos os salários que a demandante deixou de receber ao longo de todo o período em que ficou afastada, a contar de abril de 2007.

- Juros de mora de 0,5% ao mês, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela MP nº 2.180-35/2001. Correção pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal. Honorários fixados em 10% sobre o valor da condenação.

ACÓRDÃO

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

Recife, 11 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Cuida-se de apelação interposta por MARIA NUNES DE OLIVEIRA MACIEL em face da sentença de fls. 106/113, que julgou parcialmente procedente o pedido, para anular, apenas em parte, a Portaria MPS nº 161/2007, no tocante às infrações funcionais capituladas na Lei nº 8.112/90, art. 117, XII, e art. 132, XI, mantendo

o ato administrativo de demissão da referida ex-servidora com base, tão-somente, no art. 132, IV, da mesma norma.

Em suas razões de apelo, alega, de início, cerceamento do direito de defesa, haja vista que, mesmo diante do pedido da produção de provas feito pela apelante, o MM Juiz de 1º Grau julgou a causa antecipadamente por entender que os elementos constantes dos autos são suficientes ao deslinde da controvérsia, sendo desnecessária a dilação probatória requerida. Requer, pois, a nulidade da sentença.

No mérito, acrescenta que a pena de demissão foi aplicada em completa desarmonia com a prova colhida ao longo da instrução processual. Aduz que não existe qualquer prova, seja através da quebra de sigilo telefônico, seja através dos depoimentos das pessoas envolvidas no ilícito apurado, da sua participação nas negociações e operações, praticadas pela quadrilha, com a finalidade de fraudar a previdência social.

Contrarrazões do INSS às fls.138/140.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Discute-se nestes autos acerca da condenação (demissão) imposta à apelante, por ato de improbidade, em sede de Processo Administrativo Disciplinar, instaurado no âmbito do INSS para apurar atos praticados por uma organização criminosa com finalidade de conceder benefícios previdenciários (na maioria das vezes, auxílio-doença) de forma fraudulenta.

Para uma melhor análise das provas e dos argumentos expendidos pela autora, mister fazer um breve esboço dos fatos que ensejaram a demissão da apelante:

Diante dos expressivos números de benefícios de auxílio-doença, motivados por doenças mentais, concedidos pela Agência Pedro I do INSS, no Município de João Pessoa/PB, foi instaurado, pela Polícia Federal, o Inquérito nº 304/04-SR/DPF/PB, para investigação de possíveis irregularidades e apuração acerca do envolvi-

mento de médicos do INSS e de outros funcionários na empreitada criminosa.

Apurados os fatos pela Polícia Federal, constatou-se que existia uma quadrilha chefiada por ex-servidor do INSS, Sr. JAMES BARROS, que, através do seu escritório, localizado no centro da cidade de João Pessoa, coordenava as seguintes atividades: a) recebia pessoas interessadas na obtenção de benefícios previdenciários; b) encaminhava tais interessados, primeiramente, para médicos privados, participantes do esquema de fraudes, onde eram obtidos atestados falsos em que se atestava que tais pessoas eram, no mais das vezes, portadoras de patologias mentais, que estavam sendo constantemente acompanhadas por médico especializado, ou que tomavam medicamentos controlados e específicos; c) agendava perícias no INSS, através de funcionários lotados na referida Agência, e que também estavam envolvidos no empreendimento fraudulento; d) as perícias eram marcadas para os médicos do INSS, em geral para os peritos JOSÉ CARDOSO DE SOUZA, MARIA NUNES (autora) e AILTON, considerados como mais humanos; e e) após a concessão dos benefícios, o Sr. James e os demais membros da quadrilha auferiam a vantagem, correspondente a um percentual calculado sob o valor do benefício concedido, a ser pago, mês a mês, durante todo o período de percepção do benefício.

O INSS, por sua vez, instaurou Processo Administrativo Disciplinar para apurar a participação dos seus servidores na citada fraude, culminando, dentre outros atos de idêntico conteúdo, na expedição da Portaria nº 162/2007 do Ministro de Estado da Previdência Social que demitiu a autora, com fundamento no art. 117, inciso XII, c/c art. 132, incisos IV e XI, c/c art. 128, todos da Lei nº 8.112/90, por ter, segundo a Comissão processante do PAD, praticado as seguintes infrações administrativas: receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão do exercício de suas funções, e improbidade administrativa, capitulada no inciso XII do art. 10 da Lei nº 8.429/92 (fls. 33118/3319 do Anexo XV e fls. 3148 (indiciação) do Anexo XIV).

Inconformada, a autora ingressou com ação judicial com pedido de anulação do ato de demissão, reintegração ao serviço públi-

co e indenização pelos danos materiais sofridos em razão da indigitada portaria.

O MM. Juiz Sentenciante entendeu não haver elementos convincentes de que a autora tenha se utilizado do seu cargo para obter vantagem indevida, anulando a portaria no tocante às infrações funcionais capituladas nos arts. 117, XII e 132, XI, da Lei nº 8.112/90. Entretanto, manteve o ato administrativo de demissão da servidora com base na improbidade administrativa.

Em preliminar, rejeito a alegação de cerceamento de defesa trazida pela apelante. Em verdade, ao Magistrado cabe o julgamento antecipado da lide quando encontrar subsídio suficiente para formação do seu convencimento, não implicando em violação à ampla defesa e ao contraditório a decisão do Juiz que indefere a produção de provas porque entende que o processo já se encontra maduro para a sentença.

Ingressando, pois, no exame do mérito, penso que merece reforma a sentença atacada no tocante à manutenção da demissão por improbidade.

Ora, conforme explicitado pela Portaria nº 162/2007, cumulada com os motivos expostos pela Comissão de processamento (fls. 33118/3319 do Anexo XV e fls. 3148 (indiciação) do Anexo XIV), a autora foi acusada de ato de improbidade administrativa, especificamente no tipo explicitado no inciso XII do art. 10 da Lei nº 8.429/92, senão vejamos:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente; (...)

Todavia, importa salientar que a conduta ímproba é aquela permeada de desonestidade que enseje o enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º), que causa dano ao erário (art. 10) ou que implique em violação a um dos princípios regentes da Administração Pública (art. 11). Portanto, para que seja considerado ato de

improbidade, não basta a pura e simples tipificação do fato, mas requer a presença do elemento subjetivo, ou seja, que o ato tenha sido praticado com má-fé, dolo ou desonestidade.

Neste sentido, a Jurisprudência do Colendo STJ, seguida por diversos precedentes deste egrégio Tribunal Regional, é pacífica ao exigir a “imoralidade qualificada” pela presença dos requisitos de desonestidade ou má-intenção do administrador público. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RELEVÂNCIA ECONÔMICA DO DANO. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E DE MÁ-FÉ (DOLO). APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COGNIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. (AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE REFERENTE À INSTALAÇÃO DE REFLETOR PARA ILUMINAR PROPAGANDA POLÍTICA DE CANDIDATO À DEPUTADO ESTADUAL QUE, ANTES DA CANDIDATURA, ERA PRESIDENTE DA COMPANHIA ENERGÉTICA)

1. A Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizada *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a *fortiori*, ir além do que o legislador pretendeu.

3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

4. À luz de abalizada doutrina: “A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º)”. A probidade administrativa consiste no dever de o ‘funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer’. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem (...)”. In José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669. (...)

(REsp 1074090 / RS. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Dje 02.12.2009).

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EX-PREFEITA E MEMBROS DE COMISSÃO DE LICITAÇÃO. REJEIÇÃO LIMINAR DA AÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IRREGULARIDADES DESPROVIDAS DE DESONESTIDADE.

I. Para que seja caracterizado o ato como de improbidade administrativa é forçoso que se vislumbre um traço de violação dos princípios da Administração, aliado a má-fé do agente público.

II. No caso dos autos, as irregularidades apontadas pela Advocacia Geral da União não demonstraram a má-fé dos agentes. Inclusive, a própria secretaria de gestão estratégica do Ministério da Saúde, através da controladoria geral da União, órgão incumbido de fiscalizar a aplicação das verbas federais, em relatório, concluiu pelo cumprimento do convênio entre a União e o Município de São Miguel do Aleixo/SE, bem como pela inexistência de prejuízo ao erário.

III. Não comprovada a improbidade do agente público, seja mediante a violação dos princípios vetores da atividade administrativa, seja por enriquecimento ilícito ou pela obtenção de vantagem indevida para si ou para outrem, correta a decisão que rejeitou a ação civil pública de improbidade

administrativa nos termos do artigo 17, parágrafo 8º, da Lei 8.429/92.

IV. Remessa oficial e apelação improvidas.

(AC 479141/SE. Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli. Quarta Turma. *Dje* 26.10.09. p. 557).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ELEMENTO SUBJETIVO. DESONESTIDADE OU MÁ-FÉ. AUSÊNCIA. JUSTA CAUSA PARA AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE. INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. CABIMENTO.

- Ação por ato de improbidade administrativa proposta em face de ex-secretário municipal de saúde por ter utilizado recursos federais do SUS para complementar os pagamentos de serviços hospitalares, ambulatoriais e de anestesia prestados por instituições privadas, descumprindo o art. 1º da Portaria nº 1.606/01 do Ministério da Saúde, segundo o qual a mencionada complementação deveria ter sido realizada com recursos da municipalidade.

- A legislação regulamentadora do SUS permite que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios paguem aos prestadores de serviços médicos, hospitalares e ambulatoriais valores superiores aos estabelecidos na tabela única de procedimentos; inexistente suspeita de que os serviços não tenham sido prestados ou de que tenha ocorrido malversação, desvio ou apropriação de recursos públicos. A única conduta imputada ao demandado consiste no fato de ele haver efetuado complementação de pagamentos com recursos federais do SUS, quando deveria ter utilizado verbas próprias do Município.

- O simples descumprimento da Portaria n. 1.606/01 do Ministério da Saúde, embora se configure como infração administrativa, não está marcado com os elementos subjetivos “desonestidade” e “má-fé”, indispensáveis à incidência da Lei de Improbidade Administrativa. Entendimento da doutrina especializada. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

- Não configurado o ato de improbidade administrativa, ante a falta do elemento subjetivo que lhe é indispensável, mostra-se acertada a rejeição da ação com fulcro do art. 17, parágrafo 8º, da Lei nº 8.429/92. Manutenção da sentença recorrida.

- Improvimento do recurso.
(AC 400565/RN. Rel. Desembargador Federal RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (convocado). *Dje* 05.11.09. p. 266).

Ora, no caso trazido a deslinde não restou comprovada, em nenhum momento, o dolo ou a má-fé da ex-servidora na realização dos exames periciais, o que descaracteriza, de imediato, o ato de improbidade administrativa.

Neste sentido, logo de início, destaco que, conforme se constata do Relatório do Inquérito Policial Federal nº 304/04 (fls. 2633/2673), a autora, MARIA NUNES, sequer foi indiciada como praticante das fraudes perpetradas pela quadrilha. Veja-se que o Delegado de Polícia Federal, José Juvêncio de Almeida Neto, responsável pela instrução do citado Inquérito, posteriormente, ao prestar depoimento em Juízo esclarece que (fl. 2716):

Embora pendam suspeitas sobre os médicos MARIA NUNES e AILTON NÓBREGA, **não foram constatados elementos que permitissem, inclusive segundo informações da APE/INSS, a ocorrência de indícios suficientes para indiciamento deles.**

Observo, também, que no relatório prestado pelo Núcleo de Operações de Inteligência da Polícia Federal, órgão incumbido da quebra dos sigilos telefônicos de todas as pessoas envolvidas no esquema previdenciário fraudulento, restou constatado a ausência total de ligações telefônicas entre os participantes da quadrilha e a médica Maria Nunes (fls. 69/70).

Ademais, da simples leitura das transcrições oriundas dos contatos via telefone entre os envolvidos e o chefe da quadrilha, Sr. James Barros, não se verifica qualquer menção suspeita à autora, de forma a caracterizar o comprometimento da mesma nas citadas fraudes.

Aliás, todas as referências existentes à autora feitas pelos integrantes do esquema resumem-se a destacar o lado humano da sua personalidade (vide depoimentos de todos os envolvidos, tanto no inquérito, quanto na instrução realizada no PAD). De forma que, em todos os depoimentos colhidos, os envolvidos afirmam que desconhecem a participação da autora nos ilícitos praticados,

alegando, tão somente, que as perícias eram marcadas preferencialmente para a autora apenas em razão de que esta era mais humana, quando comparada com outros médicos, conhecidos por dificilmente reconhecerem a possibilidade de concessão de benefícios.

Destaque-se que, em análise da lista de concessão de benefícios, elaborada pelo INSS quanto aos médicos da Agência Pedro I de João Pessoa (fls. 45/55), verifica-se que os números relativos à autora não destoam dos números apresentados pelos demais peritos médicos, principalmente, considerando que a autora está sujeita à carga horária duplicada, como também, não são comparáveis aos números apresentados pelo médico, José Cardoso, em relação ao qual há fortes indícios de participação.

Não se pode menosprezar, também, o *modus operandi* da quadrilha em questão. Isto porque, conforme já pontuado anteriormente, a grande maioria dos benefícios concedidos fraudulentamente (auxílio-doença) eram motivados por doenças mentais, o que já dificultava a percepção a simples “olho nu”, pela ausência de ostensividade do agravo, diferentemente do que ocorre com um problema físico, ou uma mutilação, de característica mais evidente.

Acrescente-se que os “pretensos beneficiários” eram bem instruídos pela quadrilha quanto às informações que deveriam mencionar aos peritos, inclusive sob o ponto de vista comportamental, como ainda, eram encaminhados portando atestados médicos e receituários de remédios prescritos, tudo planejado para levar a erro os médicos do INSS.

Também não se pode olvidar a extenuante rotina médica dos peritos do INSS, analisando, continuamente, diversos pedidos de benefícios, dia após dia, em que a concessão, ou não, da prestação previdenciária, depende, em boa parte, das informações e da documentação trazida pelo interessado (ficha de acompanhamento, prescrição de medicamentos, etc.).

Até mesmo a acusação de que os médicos que concediam os atestados falsos teriam visitado a autora na Agência do INSS demonstra-se inconsistente quando, em momento posterior, o pró-

prio autor da acusação (Renaldo) afirma que não viu qualquer visita feita à Sra. Maria Nunes pelos referidos médicos (fl. 3029).

Por fim, quanto ao recebimento de vantagem indevida pela autora, confirmo os argumentos expostos pela sentença apelada ao mencionar:” *Entretanto, não há elementos conclusivos de que A. tenha se utilizado de seu cargo para lograr qualquer vantagem em benefício próprio, razão pela qual ela não deve ser responsabilizada pela prática de corrupção passiva, em afronta aos princípios da presunção de inocência e da legalidade*”.

Desta feita, não só inexistem provas contundentes da participação da autora nos atos praticados pela organização, como também, não se encontra, no caso presente, o elemento qualificador da improbidade (dolo, má-fé) de forma a legitimar a responsabilização do agente público.

Sobre a motivação dos atos administrativos, Carlos Ari Sunfeld, *in Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados* (RDP 75/118 e segs. notadamente 134 e 125) sustenta enfaticamente que “*a motivação, anterior ou contemporânea ao ato é requisito insuprimível de sua validade (...)*”.

A motivação proporciona, nos casos em que o agente público atua com discricionariedade, o controle da adequação e proporcionalidade do ato administrativo, ou seja, se o ato administrativo cumpriu a finalidade pública específica que deveria atender ante o escopo legal.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade serve ao cidadão como garantia de sua invocação em atos que, sob os aspectos tradicionais na busca do vício do ato administrativo, restariam encobertos.

Na presente hipótese, por todas as razões expostas, verifico que a aplicação da demissão como penalidade mostra-se desproporcional, pois resta esvaziada ante a fragilidade das acusações trazidas aos autos, e, principalmente em virtude da inexistência de ato de improbidade (atipicidade).

Por conseguinte, é devida a reintegração da autora ao serviço público, no cargo anteriormente ocupado, sendo também devidos todos os salários que a demandante deixou de receber ao longo

de todo o período em que ficou afastada, a contar do afastamento (abril de 2007).

Diante do exposto, dou provimento à apelação para julgar procedente o pedido inicial, anulando o ato administrativo que resultou na demissão da autora e determinando a sua reintegração ao serviço público, no cargo antes ocupado, com a condenação do INSS no pagamento de todos os salários que a demandante deixou de receber ao longo de todo o período em que ficou afastada, a contar de abril de 2007.

Honorários fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Juros de mora de 0,5% ao mês, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela MP nº 2.180-35/2001.

Correção pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 9.594-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: POWER INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS LTDA.

EMENTA: PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. ACORDO DE PARCELAMENTO. RENÚNCIA DO CONTRIBUINTE. POSSIBILIDADE.

- Se o contribuinte firma com o Fisco acordo de parcelamento envolvendo débitos possivelmente prescritos, não pode o juiz, máxime de ofício, extinguir a execução e pronunciar a prescrição que, quando menos, teria sido renunciada pelo devedor.

- A despeito da interpretação literal do CTN poder conduzir a raciocínio diverso, a prescrição, mesmo em matéria tributária, não extingue o direito subjetivo, mas o desarma do atributo da

exigibilidade. Pensar de modo diferente é destruir o material lógico que cimenta o direito, eis que os conceitos de prescrição e decadência integram a teoria geral do direito.
- Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto condutor e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 8 de abril de 2010 (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 manejada pela Fazenda Nacional contra sentença que acolheu a exceção de pré-executividade, bem como a prejudicial de prescrição quinquenal do crédito tributário, e extinguiu a execução fiscal, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC.

Alega a apelante, em síntese, a inoccorrência da prescrição, tendo em vista que o prazo prescricional teve seu curso iniciado em 02/11/1997, data da constituição definitiva do crédito após os trinta dias do procedimento administrativo. Assim, proposta a ação em 11/05/1999, não teria transcorrido todo o quinquênio legal.

Aduz, ainda, que o requerimento de redirecionamento do feito para o sócio gerente da empresa, em 05/05/2003, foi solicitado antes do decurso do lustro. Outrossim, sustenta que o Judiciário deve ser responsabilizado pela demora na citação (Súmula nº 106 do STJ).

Em suas contrarrazões, a apelada pugna pela manutenção da sentença guerreada, haja vista o decurso de mais de cinco anos entre a data da constituição do crédito tributário (02/10/1997 ou 02/11/1997) e a data da interrupção da prescrição com a vinda do devedor a Juízo (01/07/2009).

Ressalta, ademais, que o parcelamento não interrompe a prescrição, mas sim, suspende a exigibilidade do crédito, nos termos do art. 151 do CTN.

Por último, entende não ser aplicável a Súmula nº 106 do STJ ao caso vertente, uma vez que é obrigação da exequente providenciar o bom andamento do processo para a satisfação do crédito.

É o relatório.

VOTO

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

As diferenças entre prescrição e decadência (e o CTN adota ambos os institutos) é matéria afeta à teoria geral do direito e não poderia o CTN dar-lhes conceitos diversos dos clássicos. A prescrição, sabe-se, é exceção que se abre ao devedor, encobrendo a exigibilidade do direito subjetivo que subjaz existindo. No dizer corriqueiro e rápido fala-se que a prescrição extingue a ação (exigibilidade) enquanto a decadência, o próprio direito subjetivo. Assim também o é em matéria tributária.

E é exatamente assim porque os prazos decadenciais reportam-se a direitos que se exercem justamente através de ação, tais como os desconstitutivos (anulação, rescisória, impugnação de paternidade, interposição de mandado de segurança, etc.). Já a prescrição se dá quando o direito refere-se a um bem de vida, a uma prestação, normalmente patrimonial, a ser cumprida pelo devedor em prol do credor. Nestes casos, o direito ao bem, mesmo desarmado, permanece existindo, nada impedindo que o devedor termine por cumprir a prestação devida.

No caso em foco, o executado, durante o tempo de duração da execução, firmou com o credor acordo de parcelamento. Em casos tais tenho que não é possível pronunciar eventual prescri-

ção consumada antes do acordo. A transação implica sempre a renúncia à prescrição que, trata-se de uma de suas características básicas, é renunciável.

Preferir uma interpretação literal do CTN contra outra que se funda nos princípios gerais do direito significa destruir o material lógico que cimenta toda a ciência. Penso, pois, que a prescrição, ainda que se tenha consumado, não pode ser pronunciada a partir do acordo de parcelamento, salvo se novo prazo

decorre após o parcelamento, hipótese que não é a dos autos.

Ante o acima exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 371.118-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Apelante: UNIÃO
Apelados: UBIRACI DE OLIVEIRA ESPÓLIO E OUTROS
Lit. Pass.: TARCILA BARBOSA DE OLIVEIRA
Advs./Procs.: DRS. SOLANGE MOES MOREIRA E OUTRO (APDOS.) E ADRIANE NUNES DE OLIVEIRA (LIT. PASS.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MILITAR. PENSÃO POR MORTE. ARTIGO 31, § 1º, DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.131/2000. FILHAS MAIORES DE IDADE. CONTRIBUIÇÃO ADICIONAL DE 1,5 (UM E MEIO POR CENTO). ATO DE RENÚNCIA PRATICADO PELA CURADORA, VIÚVA DO “DE CUJUS”. INTERESSES CONFLITANTES. CLIMA DE ANIMOSIDADE ENTRE A CURADORA E AS AUTORAS, FILHAS MAIORES DO PRIMEIRO CASAMENTO. CANCELAMENTO DO DIREITO DE PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO. JUROS DE

**MORA EM DÉBITO DE NATUREZA ALIMENTAR.
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.**

- O cerne da presente demanda consiste no ato de renúncia feito pela litisconsorte passiva Sr^a. Tarcila Barbosa de Oliveira, em nome do seu esposo curatelado, Sr. Bartolomeu Severiano Oliveira, militar reformado da Aeronáutica, que retirou das autoras, filhas do curatelado, o direito de serem beneficiárias da pensão por morte.

- Consoante sedimentado entendimento pretoriano, a legislação que disciplina a concessão de pensão por morte é aquela vigente à época do óbito do seu instituidor. No presente caso na data do óbito do instituidor, 27.12.2002 (fl. 15), a legislação da pensão militar permitia que as filhas maiores de idade se habilitassem ao benefício, desde que houvesse o recolhimento de uma contribuição adicional.

- O § 1º do art. 31 da Medida Provisória nº 2.131, em dezembro de 2000, alterando as determinações das Leis nº 3.765/60 e 6.880/80, facultou aos contribuintes da pensão militar a renúncia, em caráter irrevogável, da contribuição que garantia o direito à percepção da pensão militar aos beneficiários.

- Ato de renúncia formulado pela curadora de seu pai, Sr^a. Tarcila Barbosa de Oliveira, junto ao Segundo Comando Aéreo, em 25.06.2001 (fls. 269), nos termos do disposto no § 1º do art. 31 da MP 2.131/2000, acarretando a exclusão das autoras, filhas do ex-militar falecido, do rol de beneficiárias da pensão por morte. Logo, se não fosse tal ato, as autoras teriam assegurado o seu direito de perceber o benefício.

- À vista das cópias dos processos de Curatela e de Regulamentação de Visitas, acostadas às fls. 37/110, infere-se que existia entre as autoras e a esposa, ora viúva, de seu genitor, um clima de hostilidade.

- ***Firma-se a convicção de que o ato de renúncia perpetrado foi praticado por interesse pessoal da esposa/curadora de excluir as autoras, filhas do primeiro casamento, do rol de beneficiárias.***
- ***Há de ser mantida a anulação do ato de renúncia feito pela Sr^a. Tarcila Barbosa de Oliveira, em nome do curatelado Sr. Bartolomeu Severiano Oliveira, militar reformado da Aeronáutica, que retirou das autoras, filhas do curatelado, o direito de ser beneficiárias da pensão por morte.***
- ***Consoante entendimento dominante desta colenda Corte e do egrégio STJ (Súmula 204), os juros de mora em débito previdenciário devem ser fixados à razão de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação válida, por se tratar de dívida de natureza alimentar.***
- ***Dada a matéria em deslinde e a norma do § 4º do artigo 20 do CPC, deve ser mantido ao percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas (Súmula 111 do STJ).***
- ***Remessa oficial e apelação improvidas.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial e à apelação, nos termos do voto do Relator.

Recife, 24 de novembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Trata-se de remessa oficial e de apelação interposta pela UNIÃO contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 7ª Vara de Pernambuco, Dr. Élio Wanderley de Siqueira Filho, que, acolhendo a preliminar de litisconsórcio passivo necessário, julgou procedente a pretensão deduzida na petição inicial, para determinar a concessão da pensão militar às autoras, filhas maiores de Bartolomeu Severiano de Oliveira, com efeitos retroativos à data da citação da União, nas quotas partes estabelecidas pelas normas específicas, tendo por inválida e ineficaz a renúncia emanada da curadora do instituidor.

Condenou, ainda, a União a pagar os atrasados devidamente acrescidos de juros moratórios, fixados em 1 % (um por cento) ao mês, a partir da citação, e de correção monetária, descontados os valores correspondentes à contribuição adicional de 1,5% (um e meio por cento), necessária ao custeio do benefício às filhas maiores de idade, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em 10 % (dez por cento) do valor da condenação.

Em suas razões recursais, alega a União que o ato de renúncia da curadora do militar falecido, Srª Tarcila Barbosa de Oliveira, junto ao Segundo Comando Aéreo Regional, solicitando o cancelamento da contribuição de 1,5% (um e meio por cento) – a qual, se continuasse, daria às filhas maiores do militar o direito de receber pensão – não conspurca a legitimidade do ato praticado, de modo que não deveria ser anulado.

Argumenta, nesse sentido, que “o fato de a signatária do Termo de Renúncia ter sido beneficiária, com a opção que fez, não é obstáculo à validade do documento que assinou, pois assim o fez na condição de curadora com poderes ‘para o exercício de todos os atos jurídicos’, tudo em conformidade aos ditames legais”.¹

Insurge-se, também, contra o percentual dos juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês fixado na sentença. Afirma que, a partir do disposto no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, nas condenações impostas à União para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, o percentual de juros de mora não poderá ultrapassar seis por cento ao ano.

¹ Fls. 456.

Pugna, ainda, pela redução dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Requer, ao fim, a reforma da sentença.

Apesar de devidamente intimada, as apeladas não apresentaram contra-razões (fl. 473).

É o relatório.

VOTO

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

O cerne da presente demanda consiste no ato de renúncia feito pela Sr^a. Tarcila Barbosa de Oliveira, em nome do seu esposo curatelado, Sr. Bartolomeu Severiano Oliveira, militar reformado da Aeronáutica, que retirou das autoras, filhas do curatelado, o direito de serem beneficiárias da pensão por morte.

Consoante sedimentado entendimento pretoriano, a legislação que disciplina a concessão de pensão por morte é aquela vigente à época do óbito do seu instituidor.

Assim, antes de perquirir sobre a validade e a eficácia do ato de renúncia, deve ser constatado se, na data do falecimento de seu genitor, as autoras faziam jus ao benefício.

Em 27.12.2002, data do óbito (fl. 15), a legislação da pensão militar permitia que as filhas maiores de idade se habilitassem ao benefício, desde que houvesse o recolhimento de uma contribuição adicional.

Ocorre que o §1º do art. 31 da Medida Provisória nº 2.131, em dezembro de 2000, alterando as determinações das Leis nº 3.765/60 e 6.880/80, facultou aos contribuintes da pensão militar a renúncia, em caráter irrevogável, da contribuição que garantia o direito à percepção da pensão militar aos beneficiários. Senão vejamos:

Art. 31. Fica assegurada aos atuais militares, mediante contribuição específica de um vírgula cinco por cento das parcelas constantes do art. 10 desta Medida Provisória, a manutenção dos benefícios previstos na Lei nº 3.765, de 1960, até 29 de dezembro de 2000.

§ 1º Poderá ocorrer a renúncia, em caráter irrevogável, ao disposto no *caput*, que deverá ser expressa até 30 de junho de 2001.

Assim sendo, constata-se que as autoras, filhas de ex-militar falecido, teriam assegurado o seu direito de perceber a pensão por morte, se não fosse o ato de renúncia formulado pela curadora de seu pai, Sr^a. Tarcila Barbosa de Oliveira, junto ao Segundo Comando Aéreo, em 25.06.2001 (fl. 269), nos termos do disposto no §1º do art. 31 da MP 2.131/2000, acima transcrito.

De fato, com a renúncia, acarretando o cancelamento da contribuição de 1,5% (um vírgula cinco por cento), restou extinto o direito das filhas de serem beneficiárias da pensão.

Tal ato, entretanto, não deve prevalecer, mesmo que a deliberação da curadora não tenha sido prejudicial aos interesses materiais do curatelado.

É que, como bem ressaltado pelo juiz *a quo*, a curadora, ao exercer o seu encargo, deve traduzir a verdadeira vontade do curatelado, caso o mesmo tivesse condições de demonstrá-la. No presente caso, porém, não restou provado ser da vontade e do interesse do curatelado excluir as suas filhas do rol de beneficiárias de sua pensão, as quais, antes da interdição, foram por ele devidamente incluídas.

Penso que, como pai, subsistira no curatelado tal interesse moral.

Ademais, compulsando os autos, especialmente as cópias dos processos de Curatela e de Regulamentação de Visitas (fls. 37/110), infere-se que existia entre as autoras e a esposa, ora viúva, de seu genitor, um clima de hostilidade. Com efeito, o fato de as autoras terem que pleitear judicialmente direito de visitar o seu genitor, o qual na ocasião da curatela morava com a sua segunda esposa, reforça tal convicção. Certamente, se não existisse um clima de animosidade, a regulamentação judicial não seria necessária.

Assim sendo, presume-se que o ato de renúncia perpetrado foi praticado por interesse pessoal da esposa/curadora de excluir as autoras, filhas do primeiro casamento, do rol de beneficiárias, e

não, como fora alegado pela esposa, visando apenas acabar com a contribuição de 1,5% (um e meio por cento) sobre o soldo do militar, desconto que, segundo alega, estaria prejudicando o sustento e o tratamento do então curatelado.

Tampouco se afigura razoável acatar o ato de renúncia formulado pela curadora do Sr. Bartolomeu Severiano de Oliveira, sem conceder às autoras a oportunidade de viabilizarem a futura percepção da pensão militar, sobretudo se há um interesse pessoal da curadora incompatível com os interesses pessoais das autoras.

Ante a peculiaridade do caso, entendo que deveria ter sido dada às filhas do ex-militar a oportunidade de custear, por si próprias, o pagamento da contribuição adicional, garantindo, assim, a percepção futura do benefício.

Dessa maneira, há de ser mantida a anulação do ato de renúncia feito pela Sr^a. Tarcila Barbosa de Oliveira, em nome do curatelado Sr. Bartolomeu Severiano Oliveira, militar reformado da Aeronáutica, que retirou das autoras, filhas do curatelado, o direito de serem beneficiárias da pensão por morte.

Relativamente aos juros moratórios, não merece reparos a sentença. Consoante entendimento dominante desta colenda Corte e do egrégio STJ (Súmula 204), os juros de mora em débito previdenciário devem ser fixados à razão de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação válida, por se tratar de dívida de natureza alimentar.

No que concerne à verba honorária advocatícia, tampouco prospera a irresignação da União. Dada a matéria em deslinde e a norma do § 4º do artigo 20 do CPC, entendo que deve ser mantido ao percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas (Súmula 111 do STJ).

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação da União, mantendo *in totum* a sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 373.395-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelante: CLAUDEMIR MARTINS GARCIA
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Part.Int.: EDINEA MARIA TORRES GARCIA E COOPERATI-
VA HABITACIONAL OPERÁRIA AGAMENON MAGA-
LHÃES
Advs./Procs.: DRS. ETIENE NIETE DE CASTRO (APTE.) E PAU-
LO MELO DE ALMEIDA BARROS E OUTROS
(APDA.)

**EMENTA: DIREITO CIVIL. AQUISIÇÃO DE UNI-
DADE RESIDENCIAL. COOPERATIVA HABITA-
CIONAL. BNH. CRÉDITO POSTERIORMENTE
REPASSADO À CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.
DESNECESSIDADE DE ATUAÇÃO DA COOPE-
RATIVA COMO LITISCONSORTE PASSIVA.
INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE CITAÇÃO. AUSÊN-
CIA DE DEMONSTRAÇÃO OBJETIVA DE PRE-
JUÍZO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PRO-
CESSO REJEITADA. PAGAMENTO DAS PRES-
TAÇÕES PREVISTAS NO CONTRATO. COM-
PROVAÇÃO. ALTERAÇÃO UNILATERAL DAS
CLÁUSULAS PELA CAIXA. INADMISSIBILIDADE.
BOA-FÉ OBJETIVA. QUITAÇÃO DO FINANCIA-
MENTO RECONHECIDA. ADJUDICAÇÃO DO
IMÓVEL DEFERIDA. APELAÇÃO DO AUTOR
PROVIDA. APELAÇÃO DA CAIXA PREJUDICA-
DA.**

**- Hipótese em que se discutem apelações cíveis
interpostas por CLAUDEMIR MARTINS GARCIA
e pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL contra sen-
tença prolatada pelo juízo da 3ª Vara Federal de
Pernambuco, o qual: (a) julgou improcedente
pedido formulado pelo autor, que pretendia a
adjudicação de imóvel em seu favor, argumen-
tando que haviam sido cumpridas todas as cláu-
sulas existentes em carta-compromisso, e (b)**

extinguiu o feito sem julgamento do mérito no tocante ao pedido contraposto da CAIXA.

- Preliminarmente, não prospera a alegação da CAIXA de que a citação da Cooperativa Habitacional Operária Agamenon Magalhães teria sido nula, porquanto o respectivo mandado fora recebido pelo próprio autor da demanda, o qual seria o representante legal da entidade. É que a própria condição de litisconsorte passiva da Cooperativa é duvidosa, haja vista que, embora a carta-compromisso tenha sido firmada entre o autor e a Cooperativa, o fato é que o crédito imobiliário discutido na presente ação foi repassado inicialmente à APEPE - Associação de Poupança e Empréstimo de Pernambuco, em junho de 1979, e posteriormente à CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, em outubro de 1994, sendo certo que, a partir dessa última data, as cobranças das prestações do financiamento passaram a ser feitas sempre pela CAIXA, diretamente, que assumiu claramente a condição de credora da parte autora.

- Em tal cenário, existente já antes da propositura da demanda, a posição da Cooperativa Habitacional Operária Agamenon Magalhães é neutra em relação ao pleito formulado pelo autor, haja vista que o crédito ora discutido não lhe pertence mais, e sim, à CAIXA.

- Ademais, a citação questionada foi formalmente válida, eis que observada a regra do art. 215 do CPC, de modo que caberia à CAIXA demonstrar objetivamente, na primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC), o prejuízo causado pelo referido ato, o que não ocorreu no caso.

- Preliminar de nulidade do processo rejeitada.

- Nos termos da carta-compromisso (cláusulas 7 e 9), cabia ao mutuário: (a) o pagamento de 36 (trinta e seis) prestações mensais, a título de

poupança prévia, vencendo a primeira em 30 de agosto de 1968, e (b) o pagamento de 240 (duzentos e quarenta) prestações mensais, a título de amortização do saldo devedor, vencendo a primeira “30 (trinta) dias após a data do vencimento da última prestação da POUPANÇA”.

- Os documentos juntados aos autos pelo autor revelam que ele quitou número até superior de parcelas previstas no instrumento contratual. Ainda que tenha havido alguns períodos de atraso no pagamento das prestações, restou comprovado, pela documentação acostada, o recolhimento posterior de tais valores com juros e correção.

- É descabida a alegação da CAIXA de que “foi ofertada aos cooperativados a possibilidade de pagamento do saldo devedor no prazo de 25 (vinte e cinco) anos com uma redução dos juros contratados de 7% (sete por cento) para 4% (quatro por cento) ao ano”, razão pela qual foi ampliado o número de prestações do financiamento do imóvel do autor, reduzindo-se, por outro lado, o valor pago mensalmente.

- Ainda que isso estivesse provado, o fato é que não houve nenhuma concordância por parte do autor com tais alterações contratuais, assentimento este que seria obrigatório, nos termos da própria norma invocada pela CAIXA (item 2 da RD 58/71 do BNH).

- Ademais, se, de um lado, a redução da taxa de juros contratuais realmente traz evidente benefício ao tomador do empréstimo, o mesmo não se pode dizer da ampliação do prazo para quitação do financiamento. Com efeito, o aumento no número de parcelas significa um adiamento na restituição do capital emprestado, o que, por consequência, acarreta o pagamento de mais juros. Tal situação tende a ser desfavorável ao

mutuário que, possuindo disponibilidade financeira, pretendia quitar o empréstimo no prazo menor originalmente acertado.

- Por último, mostra-se descabida e intempestiva a pretensão da CAIXA de rever os pagamentos efetuados pelo autor, recalculando o valor da prestação para supostamente ajustá-lo à taxa de juros e prazo de financiamento originais. Ainda que as prestações tenham eventualmente sido pagas a menor – porque cobradas a menor – o fato é que o mutuário as vinha pagando desde 1968 tal como lhe eram exigidas pelo credor. Pretender agora, mais de três décadas depois desses pagamentos, rever para maior o valor das parcelas atenta contra a boa-fé objetiva, porque frustra profundamente a legítima expectativa do devedor de quitar a dívida no prazo fixado no contrato.

- Apelação do autor provida, para julgar-se procedente o pedido autoral. Prejudicada a apelação da CAIXA, que pretendia, por meio de pedido contraposto rejeitado na primeira instância, compelir o autor a pagar os supostos valores em atraso. Honorários advocatícios, em favor do patrono da parte autora, arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar provimento à apelação da parte autora e reputar prejudicada a apelação da CAIXA, 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 janeiro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELLHA:

Trata-se de apelações cíveis interpostas por CLAUDEMIR MARTINS GARCIA e pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL contra sentença prolatada pelo juízo da 3ª Vara Federal de Pernambuco, o qual: (a) julgou improcedente pedido formulado pelo autor, que pretendia a adjudicação de imóvel em seu favor, argumentando que haviam sido cumpridas todas as cláusulas existentes em carta-compromisso, e (b) extinguiu o feito sem julgamento do mérito no tocante ao pedido contraposto da CAIXA.

O autor, em seu apelo (fls. 179-181), insistindo no seu pedido de adjudicação do imóvel, aduz que:

(a) efetivamente pagou as 240 (duzentos e quarenta) prestações previstas no contrato, além das 36 (trinta e seis) concernentes à poupança prévia, de modo que não procede a alegação da CAIXA de que remanesceriam parcelas em aberto;

(b) não prospera a afirmação da CAIXA de que o programa habitacional se encerrou somente em 07.06.79, visto que em 09.05.72 o “habite-se” já havia sido concedido pela Prefeitura.

Em contrarrazões, a CAIXA defende que *“encerrado o programa habitacional em 07/06/1979 deveria o autor pagar o seu débito na forma convencionada na cláusula 9. Ocorre que, em outubro de 1971, logo após a assinatura da carta pelo cooperativado, o BNH, através da RD 58/71, permitiu ao mutuário optar, ao final do programa, por modificações nas regras contratuais se lhe fosse conveniente”* (fl. 188), de modo que *“foi ofertada aos cooperativados a possibilidade de pagamento do saldo devedor no prazo de 25 (vinte e cinco) anos com uma redução dos juros contratados de 7% (sete por cento) para 4% (quatro por cento) ao ano”* (fl. 189).

Argumenta ainda que, caso aceita a tese do autor, mantendo-se a forma de pagamento originalmente pactuada, *“a dívida deverá ser recalculada com a taxa de juros ali descrita e, com isso, revistas todas as prestações”* (fl. 189).

Já em sua apelação, a CAIXA sustenta que o pedido contraposto, no sentido de compelir o autor a pagar os valores em atra-

so, é plenamente compatível com esta ação, verificando-se, portanto, a presença do interesse processual.

Não houve contrarrazões da parte adversa.

Já neste Tribunal, foi designada audiência de conciliação, conforme termo de assentada à fls. 218-219, sendo que não se obteve o acordo.

Em petição às fls. 221-222, a CAIXA trouxe questionamento novo, suscitando a nulidade do processo desde a citação da Cooperativa Habitacional Operária Agamenon Magalhães, a qual teria sido recebida pelo próprio autor, na condição de representante legal de tal entidade, a evidenciar confusão de interesses.

Esclarece ainda que *“conforme previsão contratual, o financiamento somente teve início após o término do ‘Programa’ de realização do empreendimento que ocorreu em 07/06/1979, sendo certo que os valores pagos pelo autor no período compreendido entre 1971 e 1979 foram destinados à formação de poupança do mutuário, conforme previsão contratual constante do item 7.2 da carta-compromisso”* (fl. 221).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

A resolução do presente caso perpassa pela análise atenta das cláusulas da carta-compromisso que o autor firmou com a Cooperativa Habitacional Operária Agamenon Magalhães, com vistas à aquisição de uma unidade residencial do Núcleo de Ibura Norte, em Recife/PE, consoante as regras fixadas em convênio com o Banco Nacional de Habitação - BNH.

Antes, porém, de adentrar nas minúcias do referido contrato, cumpre apreciar a alegação de nulidade do processo suscitada pela CAIXA em sua última petição, já no âmbito deste Tribunal.

Em suma, aduz a CAIXA que a citação da Cooperativa Habitacional Operária Agamenon Magalhães seria nula, porquanto o respectivo mandado fora recebido pelo próprio autor da demanda, o

qual seria o representante legal da entidade, evidenciando aí uma colisão de interesses.

Tal preliminar, contudo, deve ser rejeitada, haja vista que a própria condição de litisconsorte passiva da Cooperativa Habitacional Operária Agamenon Magalhães é duvidosa. Com efeito, embora a carta-compromisso tenha sido firmada entre o autor e a Cooperativa, o fato é que o crédito imobiliário discutido na presente ação foi repassado inicialmente à APEPE - Associação de Poupança e Empréstimo de Pernambuco, em junho de 1979, e posteriormente à CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, em outubro de 1994 (fl. 61).

Tanto é assim que, a partir dessa última data, as cobranças das prestações do financiamento passaram a ser feitas sempre pela CAIXA, diretamente, que assumiu claramente a condição de credora da parte autora. Há farta documentação nos autos que comprova essa assertiva (confira-se, por exemplo, fls. 76-93).

Em tal cenário, existente já antes da propositura da demanda, a posição da Cooperativa Habitacional Operária Agamenon Magalhães é neutra em relação ao pleito formulado pelo autor, haja vista que o crédito ora discutido não lhe pertence mais, e sim à CAIXA.

Ressalte-se ainda que a citação questionada foi formalmente válida, eis que observada a regra do art. 215 do CPC (*“Far-se-á a citação pessoalmente ao réu, ao seu representante legal ou ao procurador legalmente autorizado”*). Portanto, caberia à CAIXA demonstrar objetivamente, na primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC), o prejuízo causado pelo referido ato.

Diante dessas circunstâncias, a renovação da citação da Cooperativa, ainda que fosse necessária, nada agregaria ao processo, constituindo apenas uma providência formalista capaz unicamente de atrasar o desfecho da demanda, a qual já tramita há demasiado tempo.

Rejeito, pois, a preliminar de nulidade do processo.

Passando ao mérito da apelação da parte autora, urge destacar as seguintes cláusulas da carta-compromisso, cuja cópia repousa às fls. 10-14, que tratam do prazo para pagamento do financiamento:

Cláusula 7 - DA POUPANÇA

A POUPANÇA do(a) COOPERATIVO(A) será realizada em 36 (trinta e seis) prestações mensais e sucessivas no valor de NCr\$ 36,84 (TRINTA E SEIS CRUZEIROS E 84/100) equivalente, cada uma a 1/36 de 15% 90,4167%) do CUSTO ESTIMADO DA UNIDADE, depositados em conta bancária vinculada, vencendo-se a primeira em 30 de agosto de 1968, a segunda em 30 de setembro de 1968, e as seguintes no último dia útil de cada mês subsequente. Até a entrega da UNIDADE, sobre estas prestações não incidirá correção monetária.

[...]

Cláusula 9 - AMORTIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR

O SALDO DEVEDOR do(a) COOPERATIVO(A) será amortizado no prazo de 20 (vinte) anos, por meio de 240 (duzentas e quarenta) prestações mensais e consecutivas, ressalvadas, quando fôr o caso, as disposições contidas na RC nº 25, de 16 de junho de 1967, do BNH, acrescida dos juros de 7% (sete por cento) ao ano, pela Tabela Price, vencendo-se a primeira prestação 30 (trinta) dias após a data do vencimento da última prestação da POUPANÇA. Essas prestações, que serão acrescidas das despesas decorrentes dos serviços do Agente Financeiro do BNH, serão pagas em local indicado pela COOPERATIVA ou pelo Agente Financeiro acima.

Observa-se, portanto, que, nos termos do contrato, cabia ao mutuário:

- a) o pagamento de 36 (trinta e seis) prestações mensais, a título de poupança prévia, vencendo a primeira em 30 de agosto de 1968;
- b) o pagamento de 240 (duzentos e quarenta) prestações mensais, a título de amortização do saldo devedor, vencendo a primeira *“30 (trinta) dias após a data do vencimento da última prestação da POUPANÇA”*.

Considerando que a primeira parcela relativa à poupança estava prevista para 30 de agosto de 1968, a última delas – a 36ª (trigésima sexta) – deveria ser paga em julho de 1971; consequentemente, a primeira prestação referente à amortização do saldo devedor venceria no mês seguinte, agosto de 1971, de modo que

a derradeira – a 240ª (ducentésima quadragésima) – deveria ser recolhida em julho de 1991.

Os documentos juntados aos autos pelo autor revelam que ele pagou as 36 (trinta e seis) parcelas concernentes à poupança prévia e 247 (duzentos e quarenta e sete) relativas à amortização do saldo devedor. Transcrevo, por oportuno, trecho do termo de audiência que sintetiza o acervo documental produzido, *in verbis*:

Em seguida, o autor/apelante apresentou os comprovantes originais de pagamento das 36 (trinta e seis) prestações da poupança (de 08/1968 a 07/1971) pagas junto à COOPERATIVA, de 72 (setenta e duas) prestações pagas junto ao Banco Econômico (de 08/1972 a 07/1978), de 169 (cento e sessenta e oito) prestações pagas junto à APEPE (de 07/1979 a 07/1993) e 6 (seis) prestações pagas junto à CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (01/1995 a 06/1995).

O lapso de 08/1971 a 07/1972 sem pagamento, segundo o autor/apelante, deveu-se ao fato de o empreendimento não ter sido entregue na data aprazada. Já o lapso de 08/1978 a 06/1979 foi motivado pelo fato de autor/apelante ter perdido o emprego.

Ainda que tenha havido alguns períodos em que o autor se manteve em atraso no pagamento das prestações, restou comprovado, pela documentação acostada, o recolhimento posterior de tais valores com juros e correção (cf., p. ex., fls. 15 e 18). Em suma, o autor demonstrou documentalmente que quitou número até superior de parcelas previstas no instrumento contratual.

As alegações da CAIXA, por outro lado, não convencem, porque divergem dos termos do contrato e da prova dos autos.

Com efeito, ao afirmar que *“o financiamento somente teve início após o término do ‘Programa’ de realização do empreendimento que ocorreu em 07/06/1979, sendo certo que os valores pagos pelo autor no período compreendido entre 1971 e 1979 foram destinados à formação da poupança do mutuário”* (fl. 221), a CAIXA ignora por completo o teor da cláusula 7 da carta-compromisso, que preconiza o pagamento de apenas 36 (trinta e seis) prestações mensais e sucessivas a título de poupança, vencendo-se a primeira em 30 de agosto de 1968.

Vê-se ainda que a carta-compromisso previa, em sua cláusula 7.3, que, mesmo na hipótese de o empreendimento não ser concluído no prazo assinado, o mutuário poderia simplesmente suspender os pagamentos até a sua unidade residencial lhe fosse entregue.

Como, então, chegar à conclusão de que as parcelas pagas após julho de 1971 seriam ainda relativas à formação da poupança? Trata-se de interpretação inviável, totalmente alheia aos parâmetros contratuais.

Ademais, a informação prestada pela CAIXA de que o empreendimento somente teria sido entregue em 1979 vai de encontro ao fato de que o “habite-se” do imóvel ter sido expedido originalmente em 09.05.1972 (vide documento à fl. 48, item “dados complementares”). Pelas regras de experiência, é cediço ser comum – embora ilícito – que os proprietários se antecipem à expedição do “habite-se” para iniciarem a utilização de imóveis residenciais ou comerciais. Mas o contrário – obter-se o “habite-se” sete anos antes da efetiva entrega do imóvel – é absolutamente inverossímil!

Analiso, por fim, o argumento da CAIXA de que *“foi ofertada aos cooperativados a possibilidade de pagamento do saldo devedor no prazo de 25 (vinte e cinco) anos com uma redução dos juros contratados de 7% (sete por cento) para 4% (quatro por cento) ao ano”* (fl. 189), razão pela qual foi ampliado o número de prestações do financiamento do imóvel do autor, reduzindo-se, por outro lado, o valor pago mensalmente.

Em primeiro lugar, a CAIXA não demonstrou, de modo objetivo, que realmente o autor experimentou uma redução no valor das prestações mensais, como consequência da diminuição da taxa de juros e da distensão do prazo para quitação do financiamento.

Mas ainda que tivesse provado isso, o fato é que não houve nenhuma concordância por parte do autor com tais alterações contratuais. Não há nos autos prova alguma do assentimento do autor quanto a essas modificações. Na verdade, a CAIXA defende que, por se tratar de mudanças que só trariam benefícios para o mutuário, seria dispensável a expressa aceitação deste.

Ledo engano. A teoria dos contratos preconiza, como princípio

geral, a necessidade de as alterações contratuais serem objeto do consenso das partes contratantes, tal como o fora a avença em seus termos originais. Assim, a revisão unilateral do contrato somente seria autorizada em hipóteses excepcionais, quando, por exemplo, da demonstração de uma cláusula lesiva ou diante de onerosidade excessiva superveniente, situações que nem sequer são cogitadas no presente caso.

Aliás, a própria norma invocada pela CAIXA - RD 58/71 do BNH (vide fls. 55-58) – é clara ao estabelecer, em seu item 2, que *“será sempre oferecida ao mutuário final a opção entre permanecer nas condições contratuais vigentes ou aceitar a reformulação do contrato nos termos da nova regulamentação”*, valendo salientar que, segundo o item 2.2, *“o não comparecimento do mutuário no prazo de 60 dias a contar da data fixada para seu comparecimento, será considerado como desistência das novas condições oferecidas”*.

Observa-se ainda que o item 6 das considerações gerais da carta-compromisso estabelece que *“por força do compromisso assumido nos termos da cláusula 1 deste instrumento, os contratantes se obrigam a não alterar qualquer disposição desta CARTA-COMPROMISSO, sem prévia e expressa concordância do BNH, sob pena de, assim não agindo, poder o ato praticado ser considerado nulo de pleno direito, equiparado ao ato simulado, para o efeito de ensejar a aplicação do Art. 105 do Código Civil Brasileiro”* (fl. 14). Diante dessa expressa proibição de os contratantes (cooperativa e cooperativado) modificarem os termos do contrato sem a anuência do BNH, revela-se incoerente e antiisonômico defender-se a possibilidade de o BNH, antecessor da CAIXA, promover tais alterações sem a concordância – ou até a mesma ciência – do mutuário.

Ademais, se, de um lado, a redução da taxa de juros contratuais realmente traz evidente benefício ao tomador do empréstimo, o mesmo não se pode dizer da ampliação do prazo para quitação do financiamento. Com efeito, o aumento no número de parcelas significa um adiamento na restituição do capital emprestado, o que, por consequência, acarreta o pagamento de mais juros. Tal situação tende a ser desfavorável ao mutuário que, possuindo disponibilidade financeira, pretendia quitar o empréstimo no prazo menor

originalmente acertado. Por essa razão, revelar-se-ia indispensável a concordância do contratante quanto à alteração da referida cláusula (precisamente a cláusula 9ª da carta-compromisso, acima transcrita).

Por último, mostra-se descabida e intempestiva a pretensão da CAIXA de rever os pagamentos efetuados pelo autor, recalculando o valor da prestação para supostamente ajustá-lo à taxa de juros e prazo de financiamento originais. Ainda que as prestações tenham eventualmente sido pagas a menor – porque cobradas a menor – o fato é que o mutuário as vinha pagando desde 1968 tal como lhe eram exigidas pelo credor. Pretender agora, mais de três décadas depois desses pagamentos, rever para maior o valor das parcelas atenta contra a boa-fé objetiva, porque frustra profundamente a legítima expectativa do devedor de quitar a dívida no prazo fixado no contrato.

Diante de todas as razões acima expostas, urge reconhecer que o autor quitou regularmente a dívida, fazendo jus à adjudicação do imóvel, nos termos da carta-compromisso e da legislação específica.

Ante o exposto, **dou provimento à apelação da parte autora**, para o fim de julgar procedente o pedido formulado na petição inicial, adjudicando o imóvel objeto da presente ação em favor da parte autora, valendo o presente acórdão, após o seu trânsito em julgado, como título para a transcrição no respectivo cartório de registro de imóveis, nos termos do art. 16, § 2º, do Decreto-Lei nº 58/37.

Condeno a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios em favor do patrono da parte autora, estes fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Consequentemente, por imperativo lógico, reputo prejudicada a apelação da CAIXA.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 447.294-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelante: SEVERINO AMARO DE MIRANDA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DRA. TEREZINHA DE FÁTIMA DO NASCIMENTO EPAMINONDAS (APTE.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL CUMULADA COM AUXÍLIO-DOENÇA. INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LABORAL APÓS A APOSENTADORIA. ENFERMIDADE ACOMETIDA NO CURSO DO CONTRATO DE TRABALHO. INOBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. VALORES RECEBIDOS DE NATUREZA ALIMENTAR. JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELO ART. 5º DA LEI Nº 11.960/09

- A hipótese é de ação ordinária em que se objetiva declaração de nulidade do empréstimo realizado em nome do autor que implica na consignação mensal de valores de sua aposentadoria, a devolução dos valores recolhidos de forma indevida e o pagamento de indenização por danos morais.

- Afasta-se a preliminar sustentada pela apelada de não conhecimento dos documentos apresentados pela parte autora quando da interposição do recurso de apelo tendo em vista que, embora já existissem quando do momento do ajuizamento da ação, se revelaram úteis no momento da interposição do recurso para rebater os fundamentos da sentença recorrida, não constituindo violação aos arts. 296 e 387 do CPC.

- **É de se destacar que os valores recebidos em decorrência da aposentadoria e do auxílio-doença é perfeitamente possível porquanto segundo se observa nos autos, o apelante foi aposentado em 17/01/2002 não por invalidez conforme equivocadamente entendeu o Ilustre Magistrado mas em virtude de aposentadoria especial por haver exercido atividade de transporte de carga.**
- **O auxílio-doença, além disso, percebido pelo autor decorreu de enfermidade acometida durante o curso do contrato de trabalho com a Empresa Pedrosa após a referida aposentadoria. Sendo necessário destacar que segundo os contracheques juntados quando da interposição da apelação evidencia que durante o período de janeiro de 2002 a novembro de 2004, o mesmo contribuiu para a autarquia previdenciária, ora apelada.**
- **A cumulação, deste modo, de tais benefícios é perfeitamente compatível, não sendo portanto possível os descontos efetuados.**
- **Ainda que reste superado tal entendimento é de se destacar que a autarquia previdenciária, segundo se verifica do exame dos autos, limitou-se a contestar a ação sem contudo trazer aos autos a cópia do processo administrativo de modo a aferir se o cancelamento do benefício previdenciário foi precedido de procedimento administrativo com o direito a ampla defesa e ao contraditório.**
- **Observe-se que a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LIV e LV) impõe a prévia instalação do procedimento administrativo em que seja assegurada a ampla defesa e o contraditório.**
- **Precedente: Segunda Turma, AC425755/CE, Relator: FRANCISCO BARROS DIAS, julg. 10/11/2009, publ. 26/11/2009, pág. 491, decisão unânime.**

- *Restando, deste modo, evidenciado que houve ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório impõe-se a nulidade do ato que cancelou o benefício previdenciário da parte autora.*
- *Por outro lado, os valores recebidos indevidamente a título de suposta acumulação indevida do benefício de aposentadoria por idade com o auxílio-doença, não devem ser restituídos por se tratar de verba de natureza alimentar.*
- *Precedente deste Tribunal: Quarta Turma, APELREEX 7498/PB, Relator: Des. Federal JOSE BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO, julg. 06/10/09, publ. DJ: 19/11/2009, pág. 964, decisão unânime).*
- *Considerando, deste modo, indevidos os descontos realizados, hão de ser devolvidos os valores correspondentes aos mesmos.*
- *Condenação da autarquia previdenciária no pagamento da correção monetária dos valores indevidamente recolhidos, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, ressaltando que a partir de 30 de junho de 2009, a correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados com base nos critérios definidos no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.*
- *Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 500,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.*
- *A hipótese é de dar provimento à apelação para reformando a sentença, determinar a devolução dos valores correspondentes aos descontos indevidos.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 19 de janeiro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelação interposta por SEVERINO AMARO DE MIRANDA contra a sentença que em ação ordinária, julgou improcedente o pedido, com fundamento no art. 269, I, do CPC.

A ação ordinária ajuizada objetivava a declaração de nulidade do empréstimo realizado em nome do autor que implica na consignação mensal de valores de sua aposentadoria, a devolução dos valores recolhidos de forma indevida e o pagamento de indenização por danos morais.

O MM. Juiz *a quo* entendeu corretos os descontos efetuados pelo INSS no benefício do autor, tendo em vista que decorreram do pagamento indevido de benefícios previdenciários entre si incompatíveis, quais sejam: auxílio-doença e aposentadoria, hipótese que segundo ele se assemelha ao pagamento a maior previsto no art. 154, II, do Decreto nº 3.048/99.

O Ilustre julgador monocrático afastou, ainda, a responsabilidade do INSS por danos materiais por reconhecer legítimo o ato do INSS, consistente nos descontos efetuados no benefício do autor.

A parte autora, em sua apelação, sustentou que embora o INSS tenha sido intimado do despacho proferido à fl. 103, não colacionou aos autos, cópia do processo administrativo que culminou com a realização de descontos no benefício do apelante, cerceando o seu direito de defesa, razão pela qual defende a nulidade, com base nos arts. 243 e seguintes e 515, todos do CPC, a nulidade dos atos praticados no processo a partir da fl. 108.

Sustentou, ainda, que o benefício concedido em 17 de janeiro de 2002 foi a aposentadoria especial e não a aposentadoria por invalidez, conforme sustentado pelo INSS em suas razões de agravo e na contestação.

Aduziu, também, que em face da concessão de sua aposentadoria especial continuou trabalhando e contribuindo para o Instituto apelado, de forma obrigatória, sendo acometido no curso do contrato de trabalho de enfermidades, tendo o mesmo comparecido ao INSS por imposição da sua empregadora, com todos os documentos, inclusive a sua CTPS, e obtido o benefício pleiteado conforme comprova os documentos acostados.

Defendeu, assim, a possibilidade de cumulação da aposentadoria por tempo de contribuição ocorrida em 17 de janeiro de 2002 com o auxílio-doença já que foi acometido de enfermidade após tal data em face de continuar trabalhando e contribuindo para a autarquia previdenciária.

Por último, destacou que o auxílio-doença e a aposentadoria tem fatos geradores distintos. O primeiro decorre de enfermidade contraído no curso do contrato de trabalho. A segunda decorre do preenchimento do tempo de contribuição.

Requeru, ao final, o provimento da apelação.

Contrarrazões apresentadas pelo INSS, onde preliminarmente argui, a impossibilidade de conhecimento dos documentos acostados a apelação por ter sido juntados aos autos fora dos prazos estabelecidos nos arts. 297 e 396, ambos do CPC. No mérito, pugnou pela manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Inicialmente, a preliminar sustentada pela apelada de não conhecimento dos documentos apresentados pela parte autora quando da interposição do recurso de apelo não merece prosperar.

É que ainda que já existissem quando do momento do ajuizamento da ação se revelaram úteis no momento da interposição do recurso para rebater os fundamentos da sentença recorrida, não constituindo aos arts. 296 e 387 do CPC.

Passo ao exame do mérito.

Deve-se destacar que os valores recebidos em decorrência da aposentadoria e do auxílio-doença é perfeitamente possível porquanto segundo se observa à fl. 70 dos autos, o apelante foi aposentado em 17/01/2002 em virtude de aposentadoria especial por haver exercido atividade de transporte de carga e com isso já preencher o lapso temporal de contribuição para se aposentar.

Além disso, o auxílio doença percebido pelo autor decorreu de enfermidade acometida durante o curso do contrato de trabalho com a Empresa Pedrosa após a referida aposentadoria. Sendo necessário destacar que segundo os contracheques juntados às fls. 127/145 resta evidenciado que durante o período de janeiro de 2002 a novembro de 2004, o mesmo contribuiu para a autarquia previdenciária, ora apelada.

Deste modo, a cumulação de tais benefícios é perfeitamente compatível, não sendo portanto possível os descontos efetuados.

Ademais, ainda que reste superado tal entendimento é de se destacar que a autarquia previdenciária, segundo se verifica do exame dos autos, limitou-se a contestar a ação, sem, contudo, trazer aos autos a cópia do processo administrativo de modo a aferir se o cancelamento do benefício previdenciário foi precedido de procedimento administrativo com o direito a ampla defesa e ao contraditório.

Observe-se que a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LIV e LV) impõe a prévia instalação do procedimento administrativo em que seja assegurada a ampla defesa e o contraditório.

Neste sentido tem entendido a jurisprudência deste egrégio Tribunal Regional Federal, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. SUSPEITA DE IRREGULARIDADES NO **PROCEDIMENTO** DE SUA CONCESSÃO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFASTAMENTO. REMESSA OFICIAL E APELO DESPROVIDOS.

1. O órgão previdenciário cancelou o pagamento do benefício em **procedimento** de revisão, no qual apurou a existência de erro por ocasião da concessão consubstanciado na ausência de prova da qualidade de segurada.

2. Pelo exame dos documentos inseridos no bojo dos au-

tos, verifica-se que o benefício foi cancelado sem observância do devido processo legal, impondo-se, portanto, o seu restabelecimento.

3. Examinando-se o **procedimento administrativo** que culminou no cancelamento do benefício, observa-se que não foi facultado à beneficiária o direito de vista do processo para produção de provas e defesa.

4. Na realidade, a autarquia previdenciária, em **procedimento** unilateral de revisão, concluiu pela inexistência da qualidade de segurada, promovendo o cancelamento do benefício. Desta feita, não houve obediência ao devido processo legal quando seria de observância obrigatória e inafastável, sob pena de nulidade de pleno direito, por maculção da regra constitucional que assegura aos litigantes o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV).

5. A preterição das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório conduz a nulidade do ato, diante da lesão e conseqüente prejuízo suportado pela titular do interesse juridicamente protegido.

6. Conforme expressamente consignado no art. 5º, LIV, da Carta Política da República, atualmente em vigor, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

7. É entendimento assente na jurisprudência dos tribunais que os benefícios previdenciários, uma vez concedidos, não podem ser subtraídos sem a observância do devido processo legal. Dúvidas não há de que a Administração pode a qualquer instante anular atos por ela tidos, em dado momento, como ilegais. No entanto, quando tais atos estão produzindo efeitos, especialmente patrimoniais, aos administrados, a anulação deverá sempre e necessariamente ser precedida do devido processo legal, com observância da equivalência das formas no que tange à fixação de prazos tanto para a Administração quanto para o segurado da previdência social. (TRF 5ª Região, AC289.875-SE, Segunda Turma, Rel. Des. Federal Paulo Machado Cordeiro, *DJU* 27.07.04).

8. Remessa oficial e apelo conhecidos, mas desprovidos. (Segunda Turma, AC425755/CE, Relator: FRANCISCO BARROS DIAS, julg. 10/11/2009, publ. 26/11/2009, pág. 491, decisão unânime).

Deste modo, restando evidenciado que houve ofensa aos prin-

cípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, impõe-se a nulidade do ato que cancelou o benefício previdenciário da parte autora.

Ademais, ainda que os valores recebidos indevidamente a título de suposta acumulação indevida do benefício de aposentadoria por idade com o auxílio-doença, não devem ser restituídos por se tratar de verba de natureza alimentar, conforme já decidiu este egrégio Tribunal Regional Federal, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. CANCELAMENTO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LEI 8.213/91. RETORNO VOLUNTÁRIO AO TRABALHO. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS **INDEVIDAMENTE** RECEBIDAS. NATUREZA ALIMENTAR. INSUBSISTENTE. REAVIDA A APOSENTADORIA MEDIANTE NOVO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE PARCELAS RETROATIVAS.

- O demandante apesar de usufruir o benefício de aposentadoria por invalidez, desde 30/05/2001, voltou a exercer atividade remunerada, na função de Assessor Especial na Casa Civil/PB, no período de abril/2003 a outubro/2006, quando, constatando o retorno voluntário do **segurado** ao trabalho, o Instituto Previdenciário, após regular procedimento administrativo, no qual foi **assegurado** ao interessado o direito à ampla defesa e ao contraditório, cancelou o benefício, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.213/91. Logo, não há que se falar em ilegalidade do ato administrativo.

- Quanto à devolução dos **valores indevidamente recebidos** a título de aposentadoria por invalidez em face da cumulação do cargo comissionado para o qual estava designado pelo Governo do Estado da Paraíba, tem-se que as prestações previdenciárias possuem natureza alimentar, pelo que sua restituição é descabida em razão do princípio da irrepetibilidade dos alimentos. Precedente do STJ.

- Entretanto, no curso do processo, o demandante apresentou um novo requerimento administrativo e obteve mais uma vez o benefício de aposentadoria por invalidez, com vigência a partir de 03/10/2008.

- O antigo benefício do promovente, cujo restabelecimento requer nesta ação, foi regularmente cancelado, como já observado, em virtude do seu retorno voluntário ao trabalho. Tampouco foi apresentada ou produzida qualquer prova no sentido de demonstrar a continuidade de sua inca-

pacidade para o trabalho. Tanto assim, que obteve o apelante, mediante a instauração de novo requerimento administrativo, a concessão de nova aposentadoria por invalidez, pelo que não faz jus o autor ao pagamento das parcelas retroativas.

- Apelação parcialmente provida. Remessa oficial provida. (Quarta Turma, APELREEX 7498/PB, Relator: Des. Federal JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO, julg. 06/10/09, publ. *DJ*: 19/11/2009, pág. 964, decisão unânime).

Deste modo, considerando indevidos os descontos realizados, não de ser devolvidos os valores correspondentes aos mesmos.

A hipótese é de dar provimento à apelação para, reformando a sentença, determinar a devolução dos valores correspondentes aos descontos indevidos.

Ante o exposto, dou provimento à apelação.

Condeno, ainda a autarquia previdenciária no pagamento da correção monetária dos valores indevidamente recolhidos, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, ressaltando que a partir de 30 de junho de 2009, a correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados com base nos critérios definidos no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Condeno, ainda, no pagamento dos honorários advocatícios que arbitro em R\$ 500,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 465.411-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelantes: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉ-
GRAFOS - ECT E CLOTILDE CORREIA DA SILVA
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. LUIZ ALBERTO DE OLIVEIRA VERAS E OU-
TRO E MARCÍLIO MESQUITA DE GÓIS

EMENTA: CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. DEPRECIÇÃO DE IMÓVEL. CELEBRAÇÃO DE TERMO DE COMPROMISSO PARA PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE RECUPERAÇÃO. VALIDADE. RECONHECIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO. LUCROS CESSANTES. AUSÊNCIA DE PROVA. DANOS MORAIS. MERO ABORRECIMENTO.

- Reconhecida expressamente pela ECT, por meio de Termo de Compromisso devidamente assinado por preposto com poderes gerenciais, a necessidade de realização de reparos no imóvel locado, através do pagamento de indenização de R\$ 16.477,09, inclusive com base em orçamento realizado pelos próprios Correios, não há que se falar em nulidade do referido instrumento.

- Inexiste comprovação de que eventual negócio jurídico não tenha sido realizado em função da conduta ilícita dos Correios, pelo contrário, os elementos constantes no processo apontam no sentido contrário, já que a postulante afirma em sua inicial que ficou com o imóvel fechado durante 3 meses até sua venda, ou seja, o negócio fora realizado dentro de prazo considerado razoável.

- A situação vivenciada pela autora no que se refere à negativa da ECT em cumprir o acordo firmado não passou de um aborrecimento, não

***indenizável a título de danos morais.
- Apelações improvidas.***

ACÓRDÃO

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

Recife, 9 de março de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de duas apelações interpostas por ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS e por CLOTILDE CORREIA DA SILVA contra sentença que julgou parcialmente o pedido formulado na inicial, no sentido de condenar os Correios ao pagamento de indenização a título de dano material no valor de R\$ 16.477,09 (dezesesseis mil, quatrocentos e setenta e sete reais e nove centavos), sobre o qual devem ser acrescidos juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação e correção monetária a partir de 05 de março de 2008, data da assinatura do Termo de Compromisso firmado entre as partes, nos moldes do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Alega, em suma, a ECT: a) que o imóvel foi entregue nas mesmas condições em que fora recebido; b) que o Termo de Compromisso firmado foi anulado administrativamente em razão de o imóvel ter sido devolvido em perfeitas condições; e c) que mesmo na eventual hipótese de manutenção do valor da condenação imposta, tal quantia deverá ser compensada com o valor investido no imóvel, a título de benfeitorias necessárias.

Em suas razões recursais, a parte autora sustenta que é devido o pagamento dos lucros cessantes, eis que a venda do imóvel

não se deu dentro dos 3 meses em que a recorrente ficou impossibilitada de realizar o negócio e sim após este período, inclusive por preço abaixo do mercado em razão do estado de conservação do bem.

Aduz, ainda, que houve dano moral indenizável, na medida em que a finalização do contrato de locação provocou constrangimentos e dissabores, oriundos da conduta da ECT que, além de não cumprir o contratado, agiu de forma desidiosa e desrespeitosa.

Contra-razões dos Correios às fls. 182/187 e da autora às fls. 188/193.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

A controvérsia do presente caso reside em verificar se houve irregularidade ou não na realização do Termo de Compromisso firmado entre os contratantes que enseje sua nulidade, bem como em relação ao cabimento ou não de indenização por danos morais e lucros cessantes.

Inicialmente, observo que o Termo de Compromisso de fls. 14/15 foi firmado entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT e a Sra. Clotilde Correia da Silva com o desiderato de formalizar o pagamento da quantia de R\$ 16.477,09 (dezesesseis mil, quatrocentos e setenta e sete reais e nove centavos) referente à recuperação do imóvel alugado aos Correios.

Verifico, ainda, que o referido instrumento contratual faz referência, em sua cláusula quinta, à orientação intitulada CI/CIT/DE-GSG-0183/2007, de 06/11/07, que, por sua vez, descreve o procedimento para apuração do *quantum* devido na hipótese de depreciação do imóvel quando de sua devolução (fls. 130/131), *in verbis*:

1. Restando, no mínimo, 60 (sessenta) dias para o término da locação, as partes procederão, em conjunto, vistoria no imóvel para apuração de seu estado de conservação, devendo observar o disposto no art. 23, inciso II, da Lei 8.245/91.

2. Emitir Relatório de Vistoria, com as condições físicas da edificação, e assinatura do locador e do representante da ECT.
3. Caso seja necessário executar intervenção no imóvel, solicitar ao locador orçamento detalhado para a execução dos serviços.
4. Negociar indenização ao locador da obra para devolução do imóvel, considerando orçamento elaborado pelo GEREN/GETEC, e outro apresentado pelo locador. Buscar atingir o menor valor e adotar com limite máximo orçamento da ECT.
5. Obtendo êxito na negociação (item 3.4), formalizá-la por meio de Termo de Compromisso.
6. Não sendo aceita a proposta de indenização, assumir a execução e o custo das obras, a partir de projeto com valores detalhados relativos às benfeitorias a serem realizadas.
7. As benfeitorias necessárias, executadas pela ECT no decorrer do contrato e pendentes de indenização deverão ser batidas do montante dos reparos devidos para devolução do imóvel.

Com efeito, cumpridas todas as formalidades exigidas pela orientação acima referida, a exemplo da elaboração de Relatório de Vistoria e de Orçamento por ambos os contratantes, chegou-se à celebração do Termo de Compromisso em questão, através do qual os Correios se comprometeram a pagar a importância de R\$ 16.477,09 (dezesesseis mil, quatrocentos e setenta e sete reais e nove centavos), diante da necessidade de efetuar reparos no imóvel devolvido à locadora.

Assim, não há dúvidas de que o aludido Termo de Compromisso vinculou à ECT, seja porque foi devidamente assinado por preposto detentor de cargo gerencial na empresa pública, seja porque em tal documento há o reconhecimento expresso da necessidade de reparação do imóvel, bem como em razão de o procedimento ter seguido a risca a orientação expedida pela própria ECT, na dita CI/CIT/DEGSG-0183/2007.

Note-se, ainda, que improcede o pedido de compensação pelas benfeitorias realizadas, haja vista que do conjunto probatório contido nos autos é de se concluir que, do valor apurado, já fora

procedida à dedução do montante gasto em relação às benfeitorias realizadas no imóvel, nos termos da orientação acima descrita.

No que se refere aos alegados lucros cessantes, razão não assiste à parte autora. Isso porque não houve comprovação nos autos de que eventual negócio jurídico deixou de ser realizado em função da conduta ilícita dos Correios, pelo contrário, os elementos constantes no processo apontam no sentido contrário, já que a postulante afirma em sua inicial que vendeu o imóvel após 3 (três) meses fechado (fl. 05), ou seja, dentro de prazo considerado razoável. Além disso, inexistente prova de que o referido bem teve seu valor depreciado quando de sua venda.

Quanto aos supostos danos morais, a autora argumenta que a finalização do contrato de locação provocou constrangimentos e dissabores provenientes da conduta da ECT que, além de não cumprir o contratado, agiu de forma desidiosa e desrespeitosa.

Inicialmente, convém ressaltar que, em geral, as definições e conceitos teóricos sobre o problema dos danos morais e de sua indenização partem de pressupostos equivocados. Argumenta-se, muitas vezes, que somente com a prova de que o mesmo gerou vexame e rebaixamento moral é que se pode caracterizar o evento como causador de danos morais passíveis de indenização.

O problema é que a ocorrência de danos morais jamais pode ser efetivamente “comprovada”, na medida em que a natureza “interna” dos elementos próprios ao dano moral não é empiricamente verificável. É que o dano moral é aquele que, distinguindo-se do dano patrimonial, ocorre em atributos da personalidade como a dor, angústia, consternação, vergonha, humilhação, ataques à honra subjetiva etc.

Tais caracteres somente podem ser medidos analisando-se a natureza objetiva do evento e perscrutando-se quanto à sua potencialidade danosa, tendo por base a análise da normalidade das relações pessoais. Quando, razoavelmente, pode-se inferir da análise objetiva do evento a possibilidade de que o mesmo venha a causar dor, sofrimento moral e consternação, tal ato deve sofrer a incidência das normas jurídicas pertinentes à indenização por danos morais. Vê-se que a dor ou angústia são elementos pressupostos pela verificação objetiva do fato e não “aferidos empirica-

mente” – o que, obviamente, seria um sem-sentido.

Assim, se o evento for objetivamente capaz de gerar danos não patrimoniais, independentemente da publicidade ou mácula pública que ele possa causar, desde que seja considerado um fato contrário a direito (ilícito), o responsável pelo ato deve ser condenado ao pagamento de indenização pecuniária.

Destarte, no caso presente, muito embora reconheça que a situação vivenciada pela autora causou-lhe desconforto e preocupação, tal fato caracteriza-se, ao meu sentir, tão-somente num mero aborrecimento, não podendo ser considerado suficiente a causar danos à sua personalidade ou ocasionar-lhe dor e sofrimento moral que ensejariam indenização por danos morais. Assim já decidiu o STJ em ementa que abaixo se transcreve na parte que interessa ao presente caso:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DECISÃO AGRAVADA NÃO-ATACADA. ENUNCIADO 182 DA SÚMULA/STJ. ABORRECIMENTOS NÃO-INDENIZÁVEIS. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. ENUNCIADO 7 DA SÚMULA/STJ.

1. (...)

2. *A fortiori*, o entendimento firmado desta Corte é no sentido de que meros aborrecimentos não configuram dano reparável. O Tribunal *a quo*, soberano na análise do contexto fático-probatório dos autos, decidiu que “Nada há que demonstra ter sido vilipendiada sua honra subjetiva. O constrangimento que narra não passou de um aborrecimento, não indenizável”.

3. (...)

4. Agravo regimental improvido.

(Origem: STJ; Classe: AGRESP nº 1066533, UF: RJ; Órgão Julgador: 2ª Turma, Data da decisão: 28/10/2008, DJE: 07/11/2008).

Assim é que o mero aborrecimento ou o desconforto, comuns nos dias de hoje, não caracterizam dano moral, sob pena de se multiplicar os pleitos indenizatórios, banalizando-se com isso as demandas nessa seara, e, muito pior, incentivando-se a busca por eventos desse mesmo jaez, convertendo referidas lides em fonte de enriquecimento sem causa.

Desse modo, não caracterizado o evento narrado como dano, não há que se falar em condenação da ECT no pagamento de indenização por danos morais.

Ante o exposto, nego provimento às apelações para manter a sentença em sua integralidade.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 466.550-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (CONVOCADO)
Apelantes: JOSÉ CLÁUDIO BEZERRA E OUTRO
Apelados: MUNICÍPIO DE ARARIPINA (PE) E OUTRO
Assistente: EMPRESA GESTORA DE ATIVOS - EMGEA
Advs./Procs.: DRS. LUIZ KEHERLE CORDEIRO BEZERRA (APTES.), ADRIANO FARIAS FERNANDES E OUTROS (ASSIST.), VERÔNICA CRISTINA DE SOUZA E OUTRO (APDOS.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. ALEGADO CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. PROFERIMENTO DE SENTENÇA COM BASE EM VASTA E SUFICIENTE GAMA DE PROVAS. NOVAS DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. NÃO COMPULSORIEDADE. DESCARACTERIZAÇÃO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. COMPROVAÇÃO. INADIMPLÊNCIA. DANO MORAL E MATERIAL. NEXO DE CAUSALIDADE. INEXISTÊNCIA. FINANCIAMENTO HABITACIONAL. NÃO PARTICIPAÇÃO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL NA NEGOCIAÇÃO. PRESTAÇÕES POR CONTA DOS CONTRATANTES. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS.

- A sentença – porque proferida no momento cabível e posterior a todas as oportunidades pro-

cessuais dadas às partes para que suscitassem e acostassem as provas que entenderam necessárias e pertinentes – não ofereceu, de forma alguma, qualquer afronta ao direito de defesa, não gerando, bem por isto, qualquer nulidade. A prova de que dispunha o juízo era vasta e suficiente à demonstração minuciosa dos fatos a serem considerados para o deslinde da demanda. Bem por isto, diante do que foi produzido pelas partes, o magistrado viu-se suficientemente apto e instruído para julgar a matéria posta em análise. Em outras palavras, não foi necessário converter o feito em diligência, encontrando-se o mesmo preparado para ser julgado.

- A tese exposta pelos autores como ensejadora dos danos morais e materiais experimentados teve por fundamento a existência de “desapropriação indireta” do imóvel onde moravam, evento que teria gerado todos os transtornos observados.

- Porém, das provas carreadas, denotou-se claramente que o bem foi, isto sim, vendido mediante contrato de compra e venda validamente celebrado. Desta constatação, chega-se a outra: necessária seria a demonstração de que a inadimplência do contrato havia gerado os danos, o que não ocorreu nos autos.

- Apesar de a inadimplência ter ocorrido, tal fato, por si só, não viabiliza a conclusão de que ocorreu dano de ordem moral ou material, até porque estes não restaram comprovados nos autos, tampouco inferiu-se nexos de causalidade entre a conduta imputada aos réus e os supostos prejuízos experimentados.

- O contrato particular de compra e venda não surte efeitos perante a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL/EMGEA, que sequer participou da negociação. Daí porque as prestações decorrentes do financiamento habitacional devem continuar por

conta dos autores.

- Em face da sucumbência recíproca, pertinente e legal a compensação dos honorários.

- Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 28 de janeiro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (Convocado):

Trata-se de apelação apresentada por JOSÉ CLÁUDIO BEZERRA e MARIA ROSÂNGELA DE MOURA BEZERRA nos autos de ação ordinária mediante a qual pleiteavam indenização por aposamento administrativo (desapropriação indireta) cumulada com indenização por danos morais e materiais em desfavor do MUNICÍPIO DE ARARIPINA/PE e de EMANUEL SANTIAGO ALENCAR, em face de sentença que julgou o pedido parcialmente procedente.

Em sede de petição inicial, argumentaram os autores, JOSÉ CLÁUDIO BEZERRA e MARIA ROSÂNGELA DE MOURA BEZERRA, que haviam adquirido imóvel onde residiam mediante financiamento efetuado perante a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Inobstante, tiveram que se desfazer compulsoriamente do mencionado bem, pois os réus haviam demolido o imóvel vizinho, vindo a causar danos também em sua propriedade. Desta forma, mediante o que chamaram de desapropriação indireta, os autores haviam firmado contrato de compra e venda com os réus, se comprometendo a vender o bem por R\$ 40.000,00, devendo os réus assumirem perante a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL as prestações habitacionais restantes. Depois de entregarem o imóvel, o mesmo foi

demolido, passando os autores a morar de aluguel. Entretanto, os réus pagaram apenas a quantia de R\$ 20.000,00, não assumindo as prestações restantes. Desta maneira, daquele momento em diante, os autores haviam passado a experimentar uma série de prejuízos de ordem moral e material decorrentes da postura negligente e ilegal dos réus, que não arcaram com os compromissos oriundos da desapropriação indireta efetuada.

A EMGEA foi admitida como assistente simples dos autores pela decisão de fls. 187/190.

O juízo, mediante sentença de fls. 249/254, em suma, entendeu que o caso posto em análise não poderia ser considerado hipótese de desapropriação, já que esta exigiria uma série de formalidades – declaração de utilidade pública ou interesse social, fase executória e transferência do bem –, além de ser compulsória e que também não poderia ser entendida como desapropriação indireta, já que esta também exigiria como requisito a compulsoriedade. O caso vertente se configuraria, portanto, como contrato de compra e venda celebrado entre os autores e os réus, que, de fato, não havia sido cumprido em sua integralidade, motivo pelo qual condenou os réus a pagarem os R\$ 20.000,00 restantes. No mais, entendeu que o mencionado contrato não surtiria efeito perante a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, até porque esta não havia sequer participado da negociação, devendo as prestações habitacionais continuarem sendo pagas pelos autores, que foram os responsáveis pelo financiamento. Quanto aos danos morais, entendeu o magistrado que os mesmos não haviam restado comprovados, tampouco configurados, já que os autores firmaram o contrato por livre e espontânea vontade, de modo que o inadimplemento, por si só, não seria capaz de caracterizar o dano alegado. Quanto ao dano material decorrente da suposta obrigação de firmar contrato de aluguel, tendo em conta que os autores não possuíam mais a casa onde moravam, também não havia restado configurado, tampouco comprovado, já que a venda havia sido realizada por livre e espontânea vontade e o mencionado instrumento sequer havia sido acostado aos autos.

Inconformados, os autores, às fls. 305/321, intentaram apelação, alegando, em suma: 1) erro material observado na sentença,

já que o magistrado havia exigido para a comprovação do dano a presença de contrato de aluguel, formalidade esta que não poderia ser exigida, máxime em se tratando de município do interior, onde pairaria a informalidade; 2) comprovação dos danos oriundos da “tomada” de sua casa, atitude esta em relação a qual não puderam se opor; 3) existência de “aval” da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL em relação à demolição do imóvel, já que um funcionário responsável havia garantido a possibilidade perante o Prefeito; 4) efetuação do pagamento de R\$ 20.000,00 em “pedaços”, evento que havia causado uma série de transtornos para os autores; 5) existência de danos em virtude da postura negligente e leviana dos réus, que retiraram a moradia dos autores sem que estes pudessem se planejar previamente; 6) prova farta da desestrutura financeira e emocional experimentada pelos autores depois do descumprimento contratual observado, até porque, antes do ato, não viviam “maiores problemas”; 7) necessidade de o juízo, diante de dúvidas quanto ao liame existente entre os fatos e os prejuízos, determinar novas diligências; 8) falta de fundamentação para o indeferimento dos danos morais; 9) ocorrência de julgamento *extra petita* e *ultra petita*, já que o juízo haveria “transformado” a lide em uma simples ação de cobrança e que os fatos ocorridos não haviam sido os expostos na sentença; 10) necessidade de afastar a sucumbência recíproca, tendo em conta o nível do trabalho desempenhado pelos patronos dos autores, bem como a distância entre suas residências e o local de desempenho da profissão.

As contrarrazões não foram apresentadas, consoante certidão de fl. 324.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (Relator Convocado):

Não merece a sentença qualquer reforma e justifico.

É que de forma alguma prosperam os argumentos do recurso, os quais passo a rebater, um a um, doravante.

Em primeiro passo, verifico que, ainda que de forma nebulosa e confusa, os apelantes alegaram – em passagens dispersas do

recurso – que, se houvesse dúvida ou incerteza quanto aos fatos, deveria o juízo ter convertido o julgamento em diligências, tais como a realização de audiência para ouvir testemunhas, realização de perícia médica ou mesmo exigir a apresentação de documentos que estivessem em posse do município para demonstrar a desapropriação. Não tendo assim atuado, teria o juízo cerceado o direito de defesa dos apelantes, o que se mostraria conquanto causa de nulidade.

Ora, compulsando os autos, verifico que a prova é vasta e suficiente à demonstração minuciosa dos fatos a serem considerados para o deslinde da demanda. Bem por isto, o juízo, diante do que foi produzido pelas partes, viu-se suficientemente apto e instruído para julgar a matéria posta em análise.

Em outras palavras, não foi necessário converter o feito em diligência, encontrando-se o mesmo preparado para ser julgado, motivo pelo qual o foi.

E tal julgamento – porque proferido no momento cabível e posterior a todas as oportunidades processuais dadas às partes para que suscitassem e acostassem as provas que entenderam necessárias e pertinentes – não ofereceu, de forma alguma, qualquer afronta ao direito de defesa, não gerando, bem por isto, qualquer nulidade.

Ressalte-se que as partes foram expressamente intimadas para especificarem as provas que pretendiam produzir (fls. 187/190), tendo a parte autora ficado silente (certidão à fl. 197).

Com tal esclarecimento preambular, passo aos demais elementos de análise.

Reporto-me aos autos e ao caso em análise para pontuar, assim como pontuou o magistrado, que os fatos narrados e, sobretudo, o contrato firmado entre apelantes e apelados não se caracteriza como “desapropriação”, tampouco “desapropriação indireta”, sendo, isto sim, típico exemplo de contrato de compra e venda livremente pactuado entre as partes.

Como prova, basta observar a “declaração de compra e venda de imóvel” acostada às fls. 41/42, donde claramente se infere que os apelantes venderam aos apelados o bem descrito nos au-

tos por livre e espontânea vontade, pactuando as cláusulas em paridade e em acordo mútuo.

Em suma, o “desfazimento” do bem não foi compulsório e sim voluntário, daí porque não se pode falar em desapropriação, nem direta, nem indiretamente realizada.

Pois bem.

Partindo dessas premissas, verifico o descabimento do argumento no sentido de que o juízo havia incidido em erro material por indeferir o pleito de dano em face da ausência de contrato de aluguel.

É que a falta de contrato não foi o argumento para o indeferimento, como quiseram fazer crer os apelantes, mas sim o fato de estes terem livremente vendido o imóvel que possuíram, arcando, bem por isto e por consequência, com o aluguel da nova residência, já que se desfizeram da casa onde moravam.

Em poucas palavras, o aluguel da nova morada, assim como as despesas dela decorrentes somente podem ser imputados à vontade dos apelantes, que livremente optaram por vender a casa onde habitavam.

Inexiste, portanto, nexa causal entre o pagamento do aluguel e quaisquer atos oriundos dos apelados, até porque, ainda que R\$ 20.000,00 fossem devidos, nada nos autos aponta para o fato de que tal quantia teria por destino pagar o aluguel de uma casa. Ora, os apelantes poderiam investir o valor restante da forma que melhor lhes aprobe, isto sim é fato.

E melhor sorte não assiste ao segundo argumento do recurso, qual seja, a alegada comprovação dos danos oriundos da “tomada” da casa, atitude esta em relação a qual, segundo os apelantes, não puderam se opor. É que, como já dito, a casa não foi “tomada” e sim vendida, por todos os argumentos e provas já listadas.

Quanto à aventada existência de “aval” da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL em relação à demolição do imóvel, forçoso observar que em momento algum os apelantes comprovaram tal fato. Ao reverso, como se denota do contrato de compra e venda já

mencionado, não houve a participação da empresa pública na negociação, partindo as assinaturas apenas dos apelantes e apelados.

No tocante à forma de pagamento dos R\$ 20.000,00, que, segundo os apelantes, havia sido feita em “pedaços”, evento que havia causado uma série de transtornos, reforço, como bem reforçou o juízo, que os danos mencionados não restaram demonstrados, tampouco. É que, como já delineado, o simples inadimplemento de contrato não pode ser abraçado como fato capaz, por si só, de causar desordem emocional e financeira. Por outro lado, os apelantes sequer acostaram os recibos que demonstrariam os pagamentos espaçados, nos termos dispostos e subsidiários dos mencionados “danos”. Em suma, não houve prova nem do pagamento em “pedaços”, tampouco dos danos dele oriundos.

Em relação à alegada existência de danos em virtude da postura negligente e leviana dos réus, que retiraram a moradia dos autores sem que estes pudessem se planejar previamente, reperto-me mais uma vez ao fato de que nos autos restou comprovado que a venda efetuou-se livremente, sem a compulsoriedade alegada, evento que afasta a tese em comento.

Insistiram ainda os apelantes em sustentar a existência de prova farta da desestrutura financeira e emocional experimentada depois do descumprimento contratual observado, até porque, antes do ato, não viviam “maiores problemas”. Ora, também neste tópico, os apelantes se limitaram a invocar afirmação despida de provas, por todos os motivos já expostos. Em suma, como já mencionado, não houve prova donexo causal entre qualquer conduta dos apelados e os supostos prejuízos experimentados, fato que afasta a responsabilização.

Argumentaram ainda os apelantes, consoante já delineado, que, diante da necessidade de o juízo sanar eventuais dúvidas, deveria o feito ter sido convertido em diligência. Ocorre que em momento algum o juízo mostrou-se reticente. Ao reverso, julgou com base nas provas trazidas aos autos, que foram – diga-se de passagem – mais do que suficientes para afastar a tese exposta na inicial.

Quanto à alegada falta de fundamentação para o indeferimento dos danos morais, observo que, ao contrário, houve fundamentação clara. A sentença foi por demais precisa ao defender que as patologias experimentadas pela apelante – como a depressão e a ansiedade – não poderiam ser associadas, sem prova precisa, aos eventos relativos à venda da casa e esta é a mais pura verdade.

Ora, vários eventos – inclusive de ordem genética – podem justificar tais doenças, de modo que não se conceberia de forma alguma imputar suas causas, de maneira arbitrária e não comprovada, ao inadimplemento dos apelados. O dano moral, assim como qualquer matéria posta em análise pelo Judiciário, exige prova satisfatória, o que não se observou nos autos e a sentença foi por demais clara ao constatar tal fato.

No que se refere à tese de ocorrência de julgamento *extra petita* e *ultra petita*, já que o juízo haveria “transformado” a lide em uma simples ação de cobrança e que os fatos ocorridos não haviam sido os expostos na sentença, também não merece, a mesma, acatamento, e justifico.

O simples fato de os apelantes haverem denominado o negócio jurídico pactuado como “desapropriação indireta” não autoriza a conclusão de que assim deve ser concebido pelo Judiciário, ainda mais quando existe prova em contrário.

Em suma, o juízo não “transformou” a lide, tampouco analisou eventos que estavam fora dos autos. O que ocorreu foi uma análise atenta dos fatos expostos e comprovados, que, bem por isto, mereceram classificação e tratamento jurídico diverso e pertinente, por todos os motivos já expostos neste ato.

Quanto à necessidade de afastar a sucumbência recíproca, também não merece a tese acato. É que, como bem sinalizou o magistrado, a demanda foi julgada parcialmente procedente, evento que justifica a ausência de condenação em honorários. Ademais, não se pôde diferenciar, no caso em análise, níveis de desempenho profissional que justificassem condenação pelo ônus da sucumbência por qualquer das partes. Em resumo, agiu o magistrado corretamente e com base na legislação vigente quando determinou ausência de condenação em honorários.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 468.441-PE

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI
Apelantes: MENDES JUNIOR ENGENHARIA S/A, COMPANHIA
HIDROELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO - CHESF,
UNIÃO, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: OS MESMOS E BANCO SANTANDER
Advs./Procs.: DRS. JOÃO HUMBERTO DE FARIAS MARTO-
RELLI E OUTROS (1º APTE.), MARCOS LEANDRO
PEREIRA (1º ASSIST.), JOSÉ ALBERTO ALBENY
GALLO E OUTROS (2º ASSIST.), JOSÉ PAULO
CAVALCANTI FILHO E OUTROS (2º APTE.), LUIZ
FERNANDO VISCONTI E OUTROS (BANCO SAN-
TANDER)
Assistentes: MORRISON KNUDSEN ENGENHARIA S.A. E BAN-
CO ALFA S.A.

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIO-
NAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE RESSARCI-
MENTO. APELAÇÕES. PRELIMINARES. REJEI-
ÇÃO. PREJUDICIAL DE MÉRITO. DESACOLHI-
DA. MÉRITO. AÇÃO DECLARATÓRIA. COISA
JULGADA. MATÉRIA DE FATO. NÃO COMPRO-
VAÇÃO DO PREJUÍZO. QUESTÃO FÁTICA SUFI-
CIENTE PARA A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO
AUTORAL.**

**I - PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE RECUR-
SAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONFIGURA-
ÇÃO. INTERESSE PÚBLICO MANIFESTO.**

**1. O Ministério Público Federal é parte legítima
para interpor recurso contra sentença de proce-
dência parcial de pedido de ressarcimento, que
supostamente poderia alcançar a estratosférica
quantia de mais de um trilhão de reais, a ser de-**

sembolsada pelos cofres públicos federais, com atingimento, por óbvio e de modo transbordante, da coletividade.

2. Rejeição da preliminar de ilegitimidade recursal do Parquet, manifesto o interesse público a resguardar.

II - PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA AJUIZADA CONTRA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA FEDERAL. TRAMITAÇÃO PERANTE JUÍZO ESTADUAL. COMPETÊNCIA. SÚMULAS 517 E 556, DO STF, E 42, DO STJ. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA UNIÃO NOS AUTOS. DESCONSTITUIÇÃO, NA AÇÃO CONDENATÓRIA, DE COMANDO JUDICIAL TRANSITADO EM JULGADO (E JÁ ULTRAPASSADO O PRAZO PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA) EM AÇÃO DECLARATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. VÍCIO INSANÁVEL. EVIDENCIAÇÃO. COMPETÊNCIA PARA APRECIAR ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. JUSTIÇA FEDERAL. REPERCUSSÃO NA AÇÃO CONDENATÓRIA QUANTO AO ENTE PÚBLICO FEDERAL.

1. “As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervéem como assistente ou opoente” (Súmula 517, do STF). “É competente na Justiça Comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista” (Súmula 556, do STF). “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento” (Súmula 42, do STJ).

2. No caso concreto, observa-se que a ação declaratória foi ajuizada, perante a Justiça Estadual, contra uma sociedade de economia mista federal (CHESF), não tendo, a União, em qualquer momento daquele feito, formulado requerimento com vistas ao seu ingresso na lide. O que aconteceu foi que a CHESF alegou que a

União deveria ter sido intimada para manifestar o seu interesse em integrar a lide, o que não foi acatado pelo Julgador em decisão confirmada pela instância ad quem e não conhecida quando a demanda chegou ao STJ.

3. É certo que configura vício insanável o fato de o Juízo Estadual ter decidido sobre a (in)existência de interesse da União em integrar o presente feito, tendo indeferido pleito nesse sentido. Apenas a Justiça Federal pode deliberar sobre a presença ou não de interesse do ente público federal no processo. Entretanto, por outro lado, não é juridicamente possível admitir que o acórdão estadual transitado em julgado na ação declaratória venha a ser invalidado ou desconstituído em sede de ação diversa, de cunho condenatório, em tramitação na Justiça Federal, nessa, efetiva e finalmente, tendo vindo aos autos a União, asseverando seu interesse, inclusive de dupla natureza (jurídico e econômico). Realce-se que, contra o comando judicial transitado em julgado na ação declaratória poderia ter sido ajuizada ação rescisória, o que não ocorreu.

4. Embora reconhecido o vício insanável e a despeito da impossibilidade de anulação do comando judicial da ação declaratória, com retirada dos seus efeitos para os fins desta ação condenatória, é certo que, quanto à União, deve ser lembrada a dicção do art. 472 do CPC – “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros” –, de sorte que, com esse limitador e observada a posição específica da União na lide, terá aqui repercussão o decisum da ação declaratória.

5. Rejeição da preliminar de nulidade do acórdão da ação declaratória.

III - ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO CONTRA SOCIEDADE DE ECONOMIA

MISTA FEDERAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. A teor do pedido formulado, não se está a postular a parcela acessória de juros, mas sim uma indenização por supostos danos decorrentes das consequências do alegado descumprimento de relação contratual pela entidade da Administração Pública Indireta federal, de modo que não se aplica, in casu, o art. 178, § 10, III, do CC/1916.

2. Os prazos de prescrição, quando demandada sociedade de economia mista, ainda que concessionária de serviço público, são os do direito civil, não o quinquenal da legislação especial aplicável às entidades de direito público (leia-se: Decreto nº 20.910/32 e Decreto-Lei nº 4.597/42). Precedentes.

3. Rejeição da prejudicial de mérito de prescrição.

IV - ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE OBRA. ATRASOS NO PAGAMENTO DAS FATURAS EMITIDAS PELA CONTRATADA. INADIMPLÊNCIA DA ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. Oponibilidade à sociedade de economia mista contratante. Desequilíbrio econômico-financeiro do ajuste. Não comprovação através de documentos ou outros meios idôneos da ocorrência de prejuízo. Quitação dos encargos decursivos da mora. Pretensão de ressarcimento. Considerações.

1. Se, entre ter por rescindido o contrato – recebendo o que lhe era devido, segundo a norma contratual a que aderiu livremente – e ter captado recursos no mercado financeiro para o empreendimento – o que se admite apenas para argumentar, sequer existindo provas de realização desses supostos custeamentos obtidos junto ao

mercado especificamente para a obra contratada –, a empresa autora preferiu, ante a mora administrativa, segundo dito por ela, a segunda alternativa (ajustar financiamentos sob juros de mercado), fê-lo sponte propria, por sua conta e risco, unilateralmente, sem qualquer ajuste administrativo nessa direção, não podendo, assim, transferir eventuais equívocos de estratégia ou excessos de sua ação empresarial ao erário público.

2. Embora a sociedade de economia mista federal tenha confessado que os atrasos de pagamento das faturas emitidas pela contratada efetivamente ocorreram, pagando as penalidades previstas para a hipótese de mora, não há prova de que, em algum momento, tivesse imposto ou chancelado medida extrema de captação de recursos no mercado, em volume tão grande, e a taxas exorbitantes e em condições tão agressivas, quais as afirmadas pela autora, nem que tivesse se comprometido a compensar a empresa por esse tipo de despesa.

3. Se, pelo contrato, o inadimplemento da CHESF (assim entendido, inclusive e textualmente, o atraso no pagamento das faturas pelos serviços executados), poderia levar à rescisão contratual (bastando simples aviso da parte prejudicada), com os correspondentes efeitos dessa forma de extinção da relação contratual, é evidente que a empresa contratada poderia ter suscitado (com apoio também na doutrina e na jurisprudência), na primeira oportunidade, contra a pessoa jurídica de direito privado contratante, em mora, a exceptio non adimpleti contractus, seja na via administrativa, seja buscando, em sua proteção, a via judicial.

4. Não se está diante de alteração unilateral do contrato pela Administração Pública (os acréscimos que houve foram favoráveis à empresa

contratada, não tendo havido modificações contratuais a ela prejudiciais), nem de fato do príncipe (não houve exercício externo, de competências estranhas ao contrato, com afetação desse), nem de sujeições imprevistas ou fatos imprevisíveis, passíveis de ensejar desequilíbrio econômico-financeiro da avença. Ademais, a violação contratual hábil a ensejar o direito à compensação pelo desequilíbrio contratual decorrente, apenas pode ser a que diz com o desrespeito aos ditames contratuais, para os quais não se previu, no próprio instrumento, a forma de reparação, ou com a não efetivação ou observância das penalidades previstas no caso da ofensa. Não é a hipótese dos autos. No caso concreto, é certo que houve a infração contratual, mais especificamente no que atine ao prazo para pagamento das faturas pela contratante. Mas é igualmente correto que as punições previstas para essa hipótese foram atendidas, plenamente, pela contratante. Ou seja, respondeu ela, segundo as normas contratuais firmadas livre e espontaneamente pelas partes, pelos encargos referentes à demora na quitação das faturas atinentes à realização dos serviços. Mais que isso, chegou-se à constatação (tal está em parecer do Ministério Público junto ao TCU, nos autos da Decisão nº 420/99-Plenário, bem como em parecer do MPF nestes autos) de que o particular contratado recebeu, em verdade, mais do que lhe era devido (um plus indevido de mais de R\$ 218.000.000,00, em valores de 1998, segundo o MP do TCU, e de mais de R\$ 350.000.000,00, em montante de 1997, segundo o MPF), porquanto parte dos valores pagos como recomposição não encontravam respaldo na lei ou no contrato, do que resulta o reposicionamento da CHESF, que passa da condição de devedora, para a de credora.

5. Confirmam a inocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato as constatações (oriundas de análise contábil) de que: a) a autora sempre teve capital de giro líquido, ou seja, recursos para financiar o seu ciclo operacional; b) a ausência de capital de giro próprio em dado período resultou em maciço volume de recursos destinados pela autora a investimentos em outras empresas do mesmo grupo econômico que compunha, sem vinculação com a obra em destaque; c) as faturas devidas pela CHESF não repercutiam significativamente no ciclo operacional da autora e, quando eram, nesse ponto, um pouco mais expressivas, mesmo assim não impactavam grandemente ante a existência de recursos suficientes para os gastos de curto prazo; d) comparativamente com o total de contas a receber, os valores constantes nas faturas devidas pela CHESF não eram significativos; e) o total de financiamentos tomados pela autora – repita-se: sem vinculação com a obra contratada – eram muito superiores aos valores devidos pela CHESF.

V - PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA. NATUREZA JURÍDICA. LIMITES PRÓPRIOS DA REPERCUSSÃO DA COISA JULGADA NA AÇÃO CONDENATÓRIA. INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA DO TÍTULO TRANSITADO EM JULGADO NO FEITO DECLARATÓRIO. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO ALEGADO. ALEGAÇÃO DE TOMADA DE FINANCIAMENTOS, DECURSIVOS DE DEMORA NO PAGAMENTO CONTRATUAL, VINCULADOS À OBRA CONTRATADA E COM VALORES A ELA REVERTIDOS. ÔNUS DA PROVA. ART. 333, I, DO CPC. NÃO COMPROVAÇÃO. JUROS DE MERCADO. IMPROPRIEDADE DE SUA CONSIDERAÇÃO COMO INDEXADOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA. RESTRITIVIDADE DE SUA PRÁTICA

A INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO PELO SOMATÓRIO (ORIGINAL) DE CUSTO DE PRODUÇÃO E LUCRO. IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO.

1. O que restou declarado, no acórdão transitado em julgado da ação declaratória, foi apenas a existência de uma relação de crédito (porque o atraso no pagamento de faturas pelos serviços prestados teria o condão de ocasionar desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, pelas providências a que tivesse sido levada a contratada a adotar ante tal demora para dar prosseguimento à obra contratada). Tudo o mais, especialmente a identificação e a quantificação do dano a reparar e o critério de ressarcimento, estava a depender de ampla produção probatória, a ser desenvolvida na seara adequada, qual seja, na ação condenatória.

2. O STJ, a despeito de não conhecer do recurso especial manejado contra o acórdão da ação declaratória, procedeu à interpretação autêntica do julgado, solidificando-a. Não por outro motivo, fez inscrever na ementa do seu pronunciamento: “Em se tratando de ação de natureza meramente declaratória, a decisão vale como preceito para a ação condenatória, se proposta, onde a matéria deverá ser amplamente debatida”. De se conferir, outrossim, os principais trechos do debate travado entre os Ministros do STJ, quando do julgamento do recurso manejado na ação declaratória, que dizem como o julgado deve ser lido:

VOTO [do Relator]

**O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: [...]
[...]**

É bom lembrar, como fez o eminente Desembargador relator, ao final de seu voto, que a decisão recorrida tem natureza declaratória e

não condenatória, valendo como preceito para a futura ação onde a matéria poderá ser amplamente debatida.

Com estas considerações, não conheço do recurso.

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN:

[...]

Finalmente, a alegação de astronômica compensação pelo vulto da indenização poderia impressionar, mas na verdade não impressiona, simplesmente porque não está em discussão neste ensejo. A ação é declaratória da existência de relação de crédito e o valor do eventual ressarcimento, ainda a depender de prova, vai ser fixado na ocasião oportuna e nos seus verdadeiros parâmetros.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS:

[...]

A ação proposta é uma ação declaratória. Mas, não obstante isso, entendo que o acórdão desbordou dos limites da declaração, quando diz no seu final ‘que essa indenização há de ser calculada a juros de mercado’.

Penso que no bojo desta ação não se poderia, e nem se pode, chegar a essa conclusão. A equação financeira do contrato é tese já assentada [...].

Não me comove, por exemplo, a argumentação da res communis omnium, porque, em verdade, o que ficou patenteado é que a construtora cumpriu as obrigações e realizou a obra pública e [...] aceitar o argumento de que ela deveria parar a obra seria infringir o princípio da continuidade e consagrar a inadimplência. Inadimplente, sem dúvida, foi o Estado brasileiro, e duplamente, porque o que se diz nos jornais e nos cálculos dos economistas pátrios

é que a simples forma de correção monetária com que se faz a correção dos valores depositados nas poupanças não é real. Ora, se assim é ou não, esta vai ser uma matéria que deve ser discutida – e largamente – no bojo dos autos, em outra ação tipicamente condenatória e não declaratória.

Neste ponto, assalta-se uma dúvida – penso que comungo com os óbices postos pelo Eminentíssimo Ministro-Relator, de modo geral – e gostaria mesmo de me socorrer do debate com os Eminentíssimos Ministros: o simples não conhecimento da matéria nos termos em que lança o voto do Eminentíssimo Ministro-Relator, ou seja, frisando que se trata de uma ação declaratória, afastaria, por exemplo, aquela declaração de que se deveria buscar os juros de mercado?.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (APARTE): [...] Acredito que sim, por uma razão muito simples: para chegar a essa afirmação, a Firma teria que ter feito prova de que captou recursos no mercado a juros altos. Isso é uma futurologia. O Desembargador fez isso num exercício de memória. Não posso admitir que, não havendo prova, ele possa dizer que a conclusão é que se tem que pagar juros de mercado. Será que foi captado a juros de mercado? Esta é a grande pergunta.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: É nesse ponto que reside a minha grande dúvida, porque, em verdade, o que se observa dos autos é que o Eminentíssimo Desembargador-Relator, como o Revisor, retratou, no seu voto, o seu próprio sentimento diante da inflação que nos assola, porque nos autos não consta a prova de que essa equação financeira se fizesse dessa ou daquela forma, e o que a Constituição determina é que se restabeleça sempre essa equação – vale dizer, em relação a con-

tratos de empreitadas, seja de natureza cível ou administrativa –, que o preço reflita custo mais lucro, mas aquele lucro obtido e aquele com que ela se apresentou à concorrência, porque [...] se admitirmos o contrário seria, inclusive, fraudar aqueles outros concorrentes. Essa é a equação que se busca. Por isso é que não posso, nessa parte do acórdão, admitir a referência a juros de mercado.

[...]

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (APARTE): *Antes que o Sr. Ministro Pádua Ribeiro se pronuncie [...] Existe algo que não podemos negar. O desequilíbrio da equação financeira está confessada pelo outro lado, que é matéria constitucional pacífica. V. Exa. está dizendo que o entusiasmo do Desembargador-Relator foi muito longe – ela faz uma observação sobre os efeitos e os benefícios que essa usina gerou na região. Ressaltou mais que a CHESF passou a receber os rendimentos pela venda da energia. Tudo isso é romântico. Para mim, o caminho que realmente precisa ser definido é se existe uma equação financeira, e alguma dúvida a ser dissipada entre a CHESF e a Mendes Júnior. Existe, porque, na verdade, já foi dito nos pareceres que há uma injustiça, só que não há uma lei para respaldá-la. Está aí o preceito que serve de base para uma futura ação. Agora, não vamos discutir se foram juros de mercado ou não, isso é outro assunto.*

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: *[...] Mas a minha única dúvida é que esse preceito contém uma declaração expressa já se referindo a juros de mercado; juros de mercado esses que não sei se seriam os aplicáveis, porque o de que se cuida neste caso é de estabelecer a equação, e se ela vai ser afinal res-*

tabelecida com juros de mercado ou não, é questão que vai ser decidida no futuro. O que não posso é antecipar e dizer que seriam juros de mercado [...].

COMPLEMENTAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: *[...] juros de mercado só podem ser cobrados nesse País por instituições financeiras. Somente banco pode cobrar além da taxa legal estabelecida.*

[...]

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: *[...] não cabe, no ensejo, a meu ver, examinar a extensão do julgado recorrido, porque não conhecendo do recurso, não podemos estabelecer qual a sua extensão, adentrar na sua essência, como se estivéssemos a examinar embargos declaratórios [...]/Creio que nada obstará que, por ocasião da propositura da ação própria, a ação executória, o Judiciário examine amplamente essa matéria [...].*

[...]

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS: *Senhor Ministro Peçanha Martins, se V. Exa., permite-me, a natureza jurídica da ação meramente declaratória não comporta exceção. É preceito para uma futura ação. Data venia, o que está aqui não é objeto de execução. Estamos dizendo que há um ajuste a ser feito.*

O EXMO SR. MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: *[...] Chego a admitir que, futuramente, a matéria [alusiva à adoção dos juros de mercado como parâmetro do ressarcimento] possa ser trazida à apreciação do Judiciário, mas não me cabe antecipar sobre ela. [...]*

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: *[...] ênfatizando com o Relator e todos os Ministros, de que há que se fazer uma nova e*

completa instrução probatória para restabelecer-se a equação financeira do contrato".

3. As ações declaratórias visam a instalar certeza jurídica quanto a uma dada situação narrada e ponto. Não trazem conteúdo mandamental ou executivo. São inexecutíveis, diversamente das ações condenatórias – sublinhando-se, que as ações condenatórias, de seu turno, não podem ser tomadas como simples ações de execução do título alcançado nas declaratórias. Nas ações condenatórias, é que o “efeito normal” da sentença é o executivo, exequibilidade que não se tem nas ações declaratórias. Pontes de Miranda (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1947, v. 1, p. 106, 117 e 121) acrescentava: “Mediante a sentença proferida na ação declaratória, nem se pode executar, nem constituir. Nem por ela se pode pedir reconhecimento de obrigação [...]”. E mais adiante: “A sentença proferida na ação declaratória escapa ao processo de execução: apenas estabelece a clareza judicial do direito ou da relação jurídica [...]”. Ademais, enquanto a sentença constitutiva altera a relação jurídica entre as partes, “a sentença declaratória apenas fixa a existência ou inexistência dessa relação, não alterando seu conteúdo (efeito ‘certificativo’). A estabilidade proveniente da sentença declaratória recai sobre o juízo de existência ou inexistência da relação, que não se confunde com a relação em si, pertencendo a sistema distinto, como metalinguagem”. Sinteticamente: “A sentença declaratória pretendida pelo autor não lhe traz segurança sobre qualquer situação jurídica, mas sobre uma posição de vantagem” (Francisco Antônio de Barros e Silva Neto. A antecipação de tutela nos processos declaratórios. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 73 e 82).

4. Os danos alegados pela autora não foram com-

provados; não se comprovou a realização pela autora de financiamentos no mercado para a captação de recursos dirigidos especificamente e alocados efetivamente à obra de Itaparica; não se comprovaram os custos que a empresa autora teve que arcar efetivamente em vista desses financiamentos (quais os juros de mercado e encargos financeiros aplicados realmente em tais negócios); não se comprovou que esses custos foram superiores aos valores percebidos pelo particular, contratualmente previstos para a hipótese de inadimplemento. Por outro lado, mostrou-se, com clareza, que a captação de recursos no mercado não se apresentava como necessária para fins de cobertura dos custos da obra de Itaparica. Evidenciou-se a pouca significância dos valores devidos pela CHESF, sem repercussão em termos de imposição de busca de recursos no mercado. Confirmou-se a inexistência de provas de que a captação de recursos no mercado financeiro se fez, em específico, para fins de dar andamento às obras de construção do sistema hidroelétrico de Itaparica.

5. Não comprovado prejuízo, não há o que reparar.

6. Portanto, não se desincumbindo de ônus que é seu, de prova dos fatos constitutivos de seu direito (art. 333, I, do CPC), não há como se acolher o pedido da autora. E, aqui, destaque-se: A INEXISTÊNCIA DE PROVA DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO ALEGADO DÁ ENSEJO À IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO, não se podendo admitir o acolhimento do pleito, a partir do adiamento ou postergação da apresentação de provas dos próprios fatos constitutivos do direito à fase de liquidação.

7. Mostra-se completamente imprópria e injurídica a compreensão e a adoção de juros de mercado como indexador de correção monetária,

pois não têm eles o condão de refletir a variação do poder aquisitivo da moeda. Precedente do STF.

8. A referência a “juros de mercado” deve ser entendida como juros de mercado para aquele tipo de operação de financiamento específico, garantido, com spread muito menor que a operação de empréstimo, esse com custo bem maior.

9. Apenas instituições financeiras podem praticar juros de mercado. A autora não é instituição financeira e, portanto, não poderia, simplesmente, eleger tal critério como fator de reparação.

10. O direito ao reequilíbrio contratual ou à compensação pelo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato não autoriza a modificação dos critérios estabelecidos no início do processo de seleção do melhor contratante, que orientaram e obrigaram a atuação de todos os concorrentes que almejavam subscrever o contrato em questão. O que está no cerne da noção de reequilíbrio contratual são princípios como equidade, boa-fé, razoabilidade, que impõe a manutenção da equação econômico-financeira originária do contrato celebrado, salvando-a de circunstâncias posteriores à lavratura do negócio jurídico, causativas de onerosidade excessiva imprevista e estranha à vontade das partes. O reequilíbrio contratual não pode ser invocado para justificar pagamento superior à somatória das parcelas de custo de produção e lucro. É a expressão financeira dessa soma que deve ser garantida, não se podendo admitir valor superior sob pena de configuração de enriquecimento injustificado. Daí a inadmissibilidade de acolhimento da pretensão de ressarcimento por juros de mercado. Lembre-se, inclusive, do alerta feito pelo Ministro Peçanha Martins: “os autos não consta a prova de que essa equação financeira se fizesse dessa ou daquela forma, e o que a Constituição deter-

mina é que se restabeleça sempre essa equação – vale dizer, em relação a contratos de empreitadas, seja de natureza cível ou administrativa –, que o preço reflita custo mais lucro, mas aquele lucro obtido e aquele com que ela se apresentou à concorrência, porque [...] se admitirmos o contrário seria, inclusive, fraudar aqueles outros concorrentes. Essa é a equação que se busca. Por isso é que não posso, nessa parte do acórdão, admitir a referência a juros de mercado”.

11. O que os autos revelam é uma (inadmissível) tentativa de imposição de presunções: presume-se a efetivação de financiamentos para a obra junto ao mercado; presume-se um montante financiado; presume-se que a taxa de juros aplicada às operações financeiras foram as identificadas pela postulante; presume-se que os recursos captados foram destinados à obra; presume-se que isso tenha gerado dano a ser ressarcido pelo Estado pelo desequilíbrio do contrato. É óbvio que não se pode partir desse raciocínio, tratando-se de fatos passíveis de serem comprovados por documentação hábil. Destaque-se: se a prova era possível (e indispensável), mas a postulante dela não se desincumbiu, não é lícito chegar ao montante da reparação por arbitramento ou por simplória estimação por presunção de valores.

12. Improcedência do pedido autoral.

VI - CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. Totalmente despropositada se afigura a eleição (arbitrária, diga-se) pela autora, a título de “juros de mercado”, da taxa de captação de empréstimos para capital de giro e equivalente. Quanto à taxa de juros de mercado a ser adotada, o máximo aceitável seria a aplicação de taxa média concernente a financiamentos para obras de grande porte, a exemplo de Itaparica. É prudente lembrar a diferença entre empréstimo e

financiamento. A vinculação própria do financiamento se traduz em juros menores que os de empréstimos.

2. Não se poderia confundir o hipotético título judicial com o critério de correção monetária do título. Os “juros de mercado” pagos seriam o título principal para o ressarcimento, mas o critério de correção desse não é o do título, no que se imporia a observância do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

3. Para se ter uma idéia, aproximada, da repercussão financeira, no caso de procedência do pedido formulado pelo particular (em valores de 2008, de mais de R\$ 1.220.000.000,00), é de se dizer que o montante almejado seria suficiente para a aquisição pelo Governo brasileiro de mais de 5.000 caças franceses Rafale (cada um orçado em R\$ 240.000.000,00), tornando a Força Aérea Brasileira a mais portentosa do mundo. Seria também suficiente para quitar, no mínimo duas vezes, a dívida externa brasileira (estimada, no final do ano de 2009, em US\$ 205,5 bilhões, considerando-se o dólar equivalente a R\$ 1,74, em 13.01.2010). Outrossim, esse quantum corresponde a 17 vezes o valor das hidroelétricas de Belo Monte (que será a quinta maior do mundo), Santo Antônio e Jirau, atualmente em construção, ou seja, com o montante pretendido, construir-se-iam 51 hidroelétricas muito maiores que Itaparica ou, pelo menos, 10 hidroelétricas de Itaipu. Corresponde, finalmente, em termos exemplificativos, praticamente, ao valor total do Orçamento da União para o ano de 2010 (R\$ 1.860.000.000.000,00).

VII - DISPOSITIVO E CONSECTÁRIOS

1. Preliminares e prejudicial de mérito rejeitadas. Provimento da apelação da CHESF, da UNIÃO e do MPF. Desprovimento da apelação da empresa autora. Improcedência do pedido autoral.

2. Condenação da autora nas custas processuais e em honorários advocatícios que se arbitra, em vista do art. 20 do CPC e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e para não incidir no mesmo equívoco da parte autora, em R\$ 100.000,00, a ser rateado em favor da CHESF e da UNIÃO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima identificadas, DECIDE a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares e a prejudicial de mérito, DAR PROVIMENTO às apelações da CHESF, da União e do Ministério Público e NEGAR PROVIMENTO à apelação da empresa autora, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas anexas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 25 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI:

MENDES JÚNIOR S/A (ou CONSTRUTORA MENDES JÚNIOR S/A) propôs, em 1993, perante a Justiça Estadual, ação de cobrança contra a COMPANHIA HIDROELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO - CHESF, alegando:

a) que, após vencer concorrência pública, teria celebrado com a ré contratos (CT-I-227.280 e CT-I-227.281) para a execução de obras de terraplanagem e estruturas de concreto do “Aproveitamento Hidroelétrico de Itaparica”, no Rio São Francisco;

b) que, na execução da obra, a CHESF teria, segundo por ela mesmo reconhecido, atrasado o pagamento das faturas emitidas pela autora, a despeito de qualquer questionamento quanto à correção dos quantitativos e valores cobrados;

c) que a obra não teria sido interrompida, a despeito de não

efetivados os pagamentos devidos ou efetivados com atraso, do que teria resultado grande prejuízo para a autora;

d) que teria sido compelida, em razão dos problemas com o pagamento, a financiar a ré, “pela execução às suas expensas das obras da Usina Hidroelétrica de Itaparica”, sendo que “a obrigação da autora de financiar a obra ficou clara, patentemente demonstrada e reconhecida”;

e) que teria postulado, administrativamente, o reconhecimento e o reembolso das parcelas de encargos incidentes sobre o financiamento, o que não teria sido acolhido;

f) que “entendia como entende que teria que receber tais encargos a valores de mercado, pois que sem dúvida seria este o custo que a ré teria que suportar se tivesse se socorrido do mercado financeiro”;

g) que teria buscado, então, a via judicial, na qual a correspondente ação (declaratória de existência do direito da autora de receber pelos atrasos os juros de mercado) teria sido julgada procedente, com o trânsito em julgado;

h) que, em que pese o trânsito em julgado, a ré teria continuado a se omitir “quanto às suas responsabilidades”, motivo pelo qual estava sendo ajuizada nova ação, agora de cobrança;

i) que, “para a aferição do seu crédito, procedeu a rigoroso levantamento das faturas pagas em atraso, baseando-se em custos financeiros publicados e reconhecidos por revistas especializadas contando com a assessoria e o respaldo dos auditores independentes de notória capacidade [...]”;

j) que a ré deveria ser condenada a “pagar a autora a importância, decorrente dos referidos juros de mercado, a ser aferida por perícia, para confronto dos valores apresentados pelas mencionadas auditorias, a qual deverá ser atualizada também por encargos de mercado até o seu efetivo pagamento [...]”.

A CHESF contestou, asseverando:

a) que a pretensão autoral estaria alcançada pela prescrição, nos termos do art. 178, § 1º, III, do CC vigente, mormente porque a interrupção da prescrição somente se operaria com a citação vá-

lida na ação ordinária de caráter condenatório, “tornando a pretensão da Autora irremediavelmente prescrita, pelo menos em relação às parcelas anteriores ao ano de 1988, em obediência à parte final do artigo 178, § 10, incisos I a V, do Código Civil”;

b) que o STJ, ao analisar o recurso interposto nos autos da ação declaratória precedente, “expressamente rejeitou, reconhecer, na Declaratória, serem devidos juros de mercado, para o estabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”;

c) que, “não conhecendo o recurso especial e, assim, não adentrando no mérito, por entender que a matéria não fora pré-questionada, permite o Colendo Superior Tribunal de Justiça que nesta Ação Ordinária de Cobrança seja questionada, como ora o faz a Ré, a inaplicabilidade [às sociedades de economia mista] do Decreto-Lei 200/67, vigente à época da contratação, e respectivo Decreto 73.140, de 09 de novembro de 1973, no que pertine às licitações”, de modo que não se poderia aplicar à CHESF o princípio da inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido;

d) que, ao “invocar-se aquela inoponibilidade de eximir-se a Mendes Júnior de cumprir o avençado, reconhecendo-lhe o direito de crédito para haver os juros de mercado pretendidos, implica em contrariar o Decreto-Lei 200/67 e respectivo regulamento, dando-lhes maior abrangência”;

e) que já teria havido a reparação pelo atraso no pagamento, nos termos de “aditivo epistolar”, que traria previsão de compensação financeira em favor da autora pelo atraso no pagamento;

f) que deveria ser considerado o princípio da autonomia da vontade dos contratantes, porquanto as partes teriam “auto-regulado as conseqüências da mora, sem a concessão de qualquer privilégio à CHESF”;

g) que deveriam ser invocados os princípios do *pacta sunt servanda* e *lex inter partes*;

h) que, por força do instrumento contratual, seria permitido à empresa rescindir amigável ou judicialmente o contrato, em caso de inadimplemento pela CHESF;

i) que, “se a Mendes Júnior, diante da inadimplência da CHESF

buscou o mercado financeiro para prosseguir com a obra de Itaparica, o faz por conveniência própria, porque, repita-se, estava contratualmente protegida [...]”;

j) que, admitindo-se a aplicação das normas do Decreto-lei 200/67 e regulamento, ter-se-ia que reconhecer a natureza de contratos administrativos dos ajustes, com as consequências necessárias, inclusive a que impõe que “para que pudesse a Autora captar recursos no mercado financeiro, para prosseguir com a obra de Itaparica, nada obstante o atraso no pagamento, seria defeso à CHESF qualquer manifestação tácita, naquele sentido, face ao contido no artigo 50, do Decreto 73.410/73”;

k) que “não se pode aceitar que a ADMINISTRAÇÃO autorize ao PARTICULAR captar recursos em operação de vulto, no mercado financeiro, em nome dela e sob sua responsabilidade, por mera alteração tácita e sem o suporte de qualquer instrumento contratual [...]”;

l) que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato já estaria restaurado, consoante se observaria do próprio pedido autoral, limitado a juros de mercado;

m) que “o que a Autora na verdade pretende, por via judicial, como indicam os relatórios dos auditores independentes [...] é a alteração do avençado, exigindo juros de mercado, para todo o período da execução do contrato, ao invés dos juros de mora de 12% ao ano”;

n) que juros de mercado apenas poderiam ser cobrados por instituição financeira;

o) que não teria sido produzida qualquer prova quanto à captação de recursos no mercado financeiro.

Em réplica, a autora asseverou a inoccorrência de prescrição, bem como invocou a coisa julgada, dizendo, ademais, ficarem inteiramente “impugnadas todas as questões de mérito – preclusas – que a ré pretende, tardiamente, debater”.

Em decisão de fls. 493/496, foi afastada a alegação de prescrição, do que decorreu a interposição de agravo retido de fls. 498/499.

Determinada a realização de perícia, as partes indicaram assistentes e apresentaram quesitos.

Laudo pericial juntado às fls. 528/542, a teor do qual a autora teria um crédito de **R\$ 1.556.492.549,42**, na data de 31.08.94.

O assistente técnico da autora apresentou seu laudo às fls. 635/644, dizendo que o crédito da autora seria, para aquela data, de **R\$ 1.767.018.749,94**.

A CHESF também apresentou laudo às fls. 803/810.

As partes se manifestaram sobre o laudo pericial.

Realizada audiência de esclarecimentos da perícia (fls. 889/890).

Apresentados esclarecimentos escritos pelo perito (fls. 891/895).

Apresentadas razões finais pelas partes.

Em sentença de fls. 976/990, o MM. Juiz Federal *a quo* julgou procedente o pedido, condenando a CHESF a indenizar a autora no valor encontrado pelo perito do Juízo. Ademais, estabeleceu que “o valor do ressarcimento deverá ser atualizado até a data do efetivo pagamento, tendo como parâmetro, ainda, o mercado”.

A CHESF opôs embargos de declaração, afirmando, inclusive, que “a condenação imposta, superior a HUM BILHÃO E MEIO DE REAIS, é 20% mais elevada do que o custo da própria obra [...]”, tendo sido esse recurso analisado às fls. 1000/1004, mantida a sentença.

A CHESF, então, apelou, tendo a autora apresentado contrarrazões recursais.

No Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, os autos receberam a numeração AC 25981-6.

Carta precatória e mandado de penhora no rosto dos autos juntados às fls. 1225/1232 e 1234/1243 (Banco do Brasil (exequente) e Mendes Júnior (executado) – valor de R\$ 304.219.249,34).

Houve pedido da UNIÃO e da ELETROBRÁS de ingresso na lide, o que gerou a suspensão temporária da tramitação do pro-

cesso, para fins de resolução da questão, considerada a divergência das partes envolvidas sobre o assunto (fl. 1245).

Ademais, determinou o Desembargador Relator do feito o desentranhamento de petição juntada pela CHESF às fls. 1226/1245 (despacho de fl. 1245v), o que motivou a interposição de agravo regimental de fls. 1254/1259, o qual, contudo, foi desprovido pelo TJ/PE, segundo acórdão de fls. 1266/1267.

Em 15.08.96, a Segunda Câmara Cível do TJ/PE negou provimento ao agravo retido da CHESF, mas, dando provimento à apelação manejada por ela, anulou o processo a partir da perícia, segundo acórdão de fls. 1304/1306.

Houve, na sequência, a interposição de recursos especial e extraordinário pela MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A.

Ao recurso extraordinário se negou seguimento, segundo decisão de fls. 1541/1543, do que resultou a interposição de agravo.

Ao recurso especial se deu seguimento (fls. 1545/1247).

Os autos foram encaminhados ao STJ, onde receberam a numeração RESP 117.525/PE e no âmbito do qual foi ouvido o Ministério Público Federal, o qual opinou pelo não conhecimento do recurso especial.

A UNIÃO peticionou, dizendo do seu interesse (fl. 1585).

A Turma, examinando questão de ordem, concedeu vista à União, mas sem retirada dos autos de pauta de julgamento (fl. 1591).

A UNIÃO, apresentando-se, inclusive, como acionista majoritário da CHESF, destacou a ausência de decisão pelo TJ/PE quanto ao seu pedido de intervenção no feito. Asseverou, outrossim, o seu interesse, jurídico e econômico. Invocou o art. 50, da Lei nº 9.469/97. Defendeu, ainda, o não conhecimento do recurso especial (fls. 1594/1613).

A recorrente foi ouvida sobre a petição da União.

O STJ admitiu a União como assistente, não conheceu do recurso especial e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal, ante sua competência (fls. 1645/1741), tendo lançado, do julgamento, a ementa que segue transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não se conhece de recurso especial quando o acórdão tem as suas conclusões assentadas com base na prova depositada nos autos.
2. Há de não se conhecer de recurso especial que visa modificar aresto que anulou perícia e, conseqüentemente, a sentença que a adotou, por reconhecer que a mesma é imprestável e que foi feita por perito não qualificado para realizá-la, haja vista que há necessidade, em face da natureza da lide, ação de cobrança para fazer valer preceito posto em ação declaratória, exame de escrita contábil, o que é atribuição específica de contador devidamente diplomado e inscrito no conselho competente.
3. A imprestabilidade da perícia foi determinada após os votos componentes do acórdão analisarem, com detalhes, os fatos fornecidos pela prova pericial.
4. É preponderante a corrente jurisprudencial de que não se conhece de recurso especial quando o acórdão anula a sentença e determina que outra seja prolatada, com a renovação de aspectos probantes. Há impossibilidade de, em tal situação, se fazer apreciação da matéria de mérito.
5. Não se conhece de recurso especial contra resolução expedida por conselho regional regulamentador de profissão. Não é ato normativo que possa ser considerado, em sentido lato, como lei federal.
6. O dissídio jurisprudencial para determinar conhecimento de recurso especial há de ser entre situações que guardem a mesma identidade e que tenham recebido aplicação de determinado dispositivo legal de modo divergente por tribunais diversos.
7. Não merece se conhecer recurso especial por apontada violação ao art. 467 do CPC, quando, primeiramente, o acórdão anulou a sentença de primeiro grau, não havendo assim pronunciamento sobre o mérito e, em segundo lugar, a recorrente invoca, como violação maior, preceito constitucional, no caso, o art. 5º, XXXVI, da CF/1988. Tal pretensão por tratar de matéria constitucional é preponderante sobre a apontada violação do art. 467 do CPC, pelo que deve se desenvolver em sede de recurso extraordinário.
8. O memorial, embora peça importante para esclarecer os motivos recursais, pelo que pode apresentar novas

menções doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria que sustenta a hostilização ao acórdão, não merece ser considerado naquilo que inova, isto é, quando pretende trazer para debate, por exemplo, matéria jurídica não abordada pelo recurso especial, cuja natureza é absolutamente vinculada.

9. Recurso especial não conhecido.

(REsp 117525/PE, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/1997, DJ02/03/1998 p. 18)

Houve a oposição de embargos de declaração pela MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A, os quais foram rejeitados, segundo acórdão de fl. 1759, que trouxe a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO.

1. Há de se atender à pretensão da parte recorrente em se esclarecer o acórdão no ponto que lhe parece omissivo, mesmo que a questão jurídica tenha sido nele abordada.

2. A alegação de não conhecimento do recurso por apontada violação aos arts. 460, 125 e 515, parágrafo 1º, do CPC, com fundamentos expressos a respeito de tal posição, demonstra inexistir omissão sobre o respectivo tema.

3. De qualquer modo, torna-se salutar, mesmo não se conhecendo do recurso pelos motivos supra, dizer-se do seu não êxito caso tivesse sido conhecido.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDCL no REsp 117525/PE, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/03/1998, DJ04/05/1998 p. 82)

A empresa, na sequência, manejou embargos de divergência, que, contudo, foram indeferidos, de conformidade com o *decisum* de fls. 1839/1841, indeferimento que ensejou a interposição de agravo regimental.

Petição sobre penhora de crédito, a ser averbada no rosto dos autos (fl. 1854).

A Corte Especial negou provimento ao agravo regimental (fl. 1853).

Houve pedido de desistência do recurso pela Mendes Júnior Engenharia S/A, o qual restou homologado (fl. 1867).

Chegando os autos à Justiça Federal, foram distribuídos à 12ª Vara/PE, tendo sido determinada a realização de nova perícia (fls. 1875/1876).

Indicados assistentes técnicos e apresentados quesitos pelas partes.

Petição sobre reforço de penhora (fl. 1910).

A CEF se apresentou como terceira interessada (fls. 1925/1926).

Substituição de assistente técnico pela autora (fl. 1949).

A União indicou assistente técnico (fl. 1953).

Honorários periciais definidos em R\$ 20.000,00 (fl. 1954), tendo havido, posteriormente, majoração, ante a complexidade das questões.

MORRISON KNUDSEN DO BRASIL LTDA. formulou pedido de integração na condição de assistente da MENDES JÚNIOR ENGENHARIA LTDA., tendo em conta que essa última teria cedido parte dos alegados direitos creditórios da ação à primeira (fls. 1963/1965).

O BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES peticionou, informando a aquisição, por cessão, de parte dos alegados créditos discutidos na ação e pugnando pela expedição de ofício ao Juízo Estadual, para que ele encaminhasse ao Federal petição anterior sobre o assunto (fls. 1989/1990).

TOZZINI, FREIRE, TEIXEIRA E SILVA ADVOGADOS também informou a subscrição de documento público pela autora, com cessão de alegados créditos da presente demanda, para fins de adimplemento de honorários advocatícios (fls. 1996/1998).

O BANCO DO ESTADO DE SÃO PAULO S/A - BANESPA também postulou sua inclusão como **assistente** da MENDES JÚNIOR ENGENHARIA LTDA., por motivo de cessão de créditos (fls. 2043/2044).

A CHESF se manifestou pelo indeferimento dos pedidos de assistência.

O BNDES pediu preferência no recebimento dos supostos créditos (fls. 2087/2088).

A União se manifestou pelo indeferimento do pedido de assistência do BANESPA (fls. 2090/2093).

Laudo pericial de fls. 2096/2102, que chegou ao valor de **R\$ 27.177.361.001,02.**

DANTE PIRES CAFAGGI, em petição de fl. 2293, pediu sua habilitação à percepção de parte dos supostos créditos discutidos na lide, em decorrência de cessão efetuada pela MORRISON KNUDSEN DO BRASIL LTDA.

O BANESPA informa a retificação, a ratificação e o aditamento de escritura pública de promessa de cessão (fls. 2303/2304).

Juntada de mandado e auto de reforço de penhora (fls. 2310/2311).

Certidão de penhora no rosto dos autos (fl. 2312).

O BANCO ALFA S/A, apresentando-se como terceiro interessado, pugnou pela sua admissão na lide como assistente litisconsorcial da autora, face à cessão de créditos com ela firmada (fls. 2392/2394).

Esclarecimentos do perito, às fls. 2405/2413, em que apresenta como valor atualizado, em abril de 2002, o importe de **R\$ 80.165.962.549,54.**

Em decisão de fls. 2494/2495, restou deferido o **ingresso na lide de MORRISON KNUDSEN DO BRASIL LTDA., BANESPA e BANCO ALFA S/A, como assistentes simples da autora**, bem como foram determinadas providências para que as partes se manifestassem sobre os esclarecimentos do perito.

O BANCO ALFA DE INVESTIMENTOS S/A concordou com o laudo do perito (fl. 2509).

A CHESF discordou do laudo oficial, afirmando: que ele teria se afastado das decisões judiciais já lançadas nos autos, atinentes, especialmente, aos pronunciamentos lavrados na ação declaratória originária, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça, quando anulou o resultado da ação de cobrança, e pelo Juízo Fe-

deral que ordenou a realização de nova perícia; que não teria sido provado o pagamento de juros pela autora, nem mesmo que ela tivesse ido buscar recursos no sistema financeiro ou com particulares para fazer frente à conclusão das obras contratadas com a CHESF; que o correto seria, “comprovada a captação de recursos pela Mendes Júnior para a obra, comparar o valor das despesas financeiras dessa captação, com os encargos por atraso pagos pela CHESF”; que, “caso o valor dos encargos pagos pela CHESF fossem inferiores às despesas financeiras pagas pela Mendes Júnior ao mercado, esse valor não coberto pela CHESF seria atualizado desde a data de pagamento da fatura, até a data do laudo, mas sempre de acordo com os índices de correção monetária para os feitos judiciais – tabela de índices utilizada pela contadoria da Justiça Federal”; que o perito tinha, inadmissivelmente, considerado “como se todo o valor de cada fatura importasse na necessidade de financiamento”; que os cálculos teriam sido feitos com base em contratos de financiamento apresentados pela Mendes Júnior, “não restando provado se referirem, esses contratos, a valores obtidos pela Mendes Júnior para financiar a obra de Itaparica”; que as “taxas médias dos encargos financeiros pagos pela Mendes Júnior” aplicadas pelo perito concerniriam a financiamentos selecionados pela própria autora, “não havendo sequer certeza de que essas taxas sejam as médias reais de encargos financeiros, no período”; que o valor atualizado de **R\$ 200.000.000.000,00** equivaleria a quase o orçamento inteiro da União para o ano de 2004; que deveriam ser consideradas as observações feitas pelo seu assistente técnico; que a perícia oficial teria cometido vários equívocos que a tornariam imprestável, sendo que a única conclusão possível de se extrair seria a inexistência de prova de captação de recursos no sistema financeiro ou com particulares ou de que tais supostos recursos tivessem sido utilizados na obra em tela, assim como ausente qualquer prova de que os supostos juros pagos tivessem sido superiores aos encargos contratuais pagos pela CHESF; que a autora sempre teria tido disposição de recursos próprios, “em volume substancialmente superior ao valor original das faturas devidas”; que não haveria evidências de que os recursos obtidos através de financiamentos teriam sido decorrentes da falta de pagamento ou de pagamento em atraso da CHESF; que a Mendes Júnior teria aplicado recursos próprios em

atividades não relacionadas com a sua atividade-fim; que os financiamentos contraídos pela Mendes Júnior teriam acompanhado a evolução do “contas a receber” de todos os clientes, “mesmo quando a CHESF manteve seus pagamentos praticamente em dia, a partir de 1986”. Finalmente, apontou outros equívocos e omissões da perícia, com quesitação de esclarecimentos (fls. 2523/2534).

A autora promoveu a juntada do parecer do seu assistente técnico, aderindo ao laudo do perito oficial e dizendo que o valor atualizado do crédito, até maio de 2004, seria de **R\$ 194.081.389.500,00**.

A UNIÃO reiterou os termos da manifestação da CHESF sobre a perícia judicial (fl. 2853).

A autora apresentou impugnação à manifestação da CHESF, asseverando: que, de acordo com os limites da ação de cobrança (considerada a coisa julgada material firmada na ação declaratória, *causa petendi* da ação de cobrança), o objeto da perícia seria, “simplesmente, a apuração da remuneração do capital calculada com a aplicação dos juros de mercado e encargos financeiros”; que os “quesitos de esclarecimento” formulados pela CHESF seriam, flagrantemente, impertinentes, segundo detalhamento de fls. 2840/2849; que tais quesitos deveriam ser indeferidos. Formulou também quesitos de esclarecimentos.

Outro acordo de cessão de créditos juntado aos autos (fls. 2873/2879). E outro, às fls. 2882/2884. Todas as petições correlatas com pleito de reserva de supostos créditos. Sobre eles, a autora pediu o deferimento e a CHESF e a União, o indeferimento.

Esclarecimentos do perito oficial às fls. 2914/2968, dizendo que o valor atualizado do crédito seria **R\$ 208.303.237.088,73**.

Outro acordo de cessão de créditos juntado aos autos (fls. 3016/3023).

Ouvido, o Ministério Público Federal opinou pela improcedência do pedido autoral, pelos argumentos que resumiu:

1 - a sentença declaratória é inexistente ou ao menos absolutamente nula, uma vez que foi proferida por juiz absolutamente incompetente e em processo que não contou com a participação da União, a qual tem interesse jurídico e econômico no presente feito;

2 - considerando-se inexistente ou nula a sentença proferida na ação declaratória, é de ser reconhecida a alegação formulada na contestação de que caberia à autora a alegação, no prazo adequado, da *exceptio non adimpleti contractus*, julgando-se improcedentes os pedidos da autora por esse motivo;

3 - não entendendo esse juízo pela nulidade da sentença proferida na ação declaratória, é de ser acatado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, na parte em que explicita a necessidade de ampla instrução probatória no presente feito para o fim de se demonstrar a captação de recursos no mercado financeiro para a construção da Hidrelétrica de Itaparica;

4 - por não haver a autora demonstrado que captou recursos financeiros para a construção da Hidrelétrica de Itaparica, e por haver ficado evidenciado que a autora sempre possuiu capital de giro líquido, bem como por ter havido a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos devem ser julgados improcedentes os pedidos formulados na inicial;

5 - ainda, caso esse juízo não acate os entendimentos formulados pelo Ministério Público Federal e prevaleça o pleito de ressarcimento a juros de mercado, deve-se considerar os argumentos da FGV quanto à forma de apuração do valor devido com base no custo de oportunidade, pois não sendo a Mendes Júnior uma instituição financeira, os valores que ela por ventura utilizou para garantir a manutenção da obra de Itaparica seriam remunerados no mercado por meio da aquisição de produtos como o CDB ou o *Overnight* e não pelas taxas de juros utilizadas nos cálculos do perito judicial que são 30 vezes superiores às taxas acumuladas do *Overnight*.

Nova juntada de acordo judicial realizado com cessão de parte dos alegados créditos discutidos nestes autos (fls. 3150/3160).

As partes foram intimadas a se manifestarem sobre os esclarecimentos do perito.

O BANESPA peticionou sobre o assunto (fls. 3189/3191).

Houve pronunciamento da autora, segundo petição de fls. 3193/3224, pugnando pela rejeição dos argumentos da CHESF, bem como dos cálculos do assistente técnico da ré e do parecer do

analista do Ministério Público Federal, “porquanto totalmente inconclusivo e inadequado à prova pericial produzida na Ação Ordinária de Cobrança em curso”, acolhendo-se o laudo pericial oficial e os esclarecimentos prestados pelo perito do Juízo.

A CHESF também trouxe manifestação aos autos (fls. 3248/3264), afirmando, em síntese, que “a perícia desviou-se inteiramente da posição de todas as orientações do presente processo”. Apontou, ademais, que, em valores atualizados, o suposto crédito alcançaria (em julho de 2006) a quantia de **R\$ 486.000.000.000,00**, o que representaria quase metade do PIB anual do Brasil, mais que todos os tributos arrecadados mensalmente no país, por União, Estados e Municípios; 480 vezes o próprio faturamento da CHESF; 84 vezes o custo de construção de uma hidroelétrica como a de Itaparica, e isso “sem qualquer prova de qualquer captação de recursos específicos para as obras, de envio desses recursos às obras, ou de sua destinação nas obras de Itaparica”.

A União ratificou a petição da CHESF (fl. 3275).

Juntada de documento alusivo à penhora no rosto dos autos (fls. 3295/3350).

A MM. Juíza Federal *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, nos termos de sentença que recebeu a seguinte fundamentação e dispositivo (destaques do original):

II. Fundamentação:

II. 1. Preliminares:

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 3228/3317, levanta a preliminar de inexistência ou nulidade absoluta da sentença proferida na Ação Declaratória nº 00188006131-7.

O alegado defeito da sentença se consubstancia na incompetência absoluta do juízo, eis que a decisão da ação declaratória proferida pela Justiça do Estado de Pernambuco rejeitou a participação da União no feito, ao tempo em que o STJ reconheceu, nesta ação condenatória, a legitimidade desse ente para compor o pólo passivo da lide, o que deslocou a competência para a Justiça Federal. De efeito, penso ser o caso de rejeição da prefacial. Explico.

A aludida Ação Declaratória nº 00188006131-7 foi movida

pela MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A em desfavor da CHESF e tramitou na Justiça de Estado de Pernambuco. Nesta ação ordinária, a União Federal foi incluída no pólo passivo da lide, na condição de assistente e após requerimento formulado no STJ, e, por isso, foi deslocada a competência para a Justiça Federal.

Entretanto, não vislumbro na ação declaratória adrede movida contra a CHESF hipótese de litisconsórcio passivo necessário com a União, em que a citação desse ente fosse imprescindível para a eficácia da sentença, à luz do art. 47¹ do CPC, já que a CHESF é sociedade de economia mista que detém personalidade jurídica própria e, desse modo, deve compor o pólo passivo de demandas propostas em seu desfavor desacompanhada da União Federal – sua acionista majoritária.

Assim, o fato de ter sido rechaçada na Justiça Estadual, na ação declaratória, a preliminar de incompetência daquela Justiça não implica em nulidade da decisão emanada desse juízo, ainda que, neste processo, tenha sido vislumbrado o interesse da União.

Cuida-se de admissão da União na condição de assistente da CHESF, nesta ação de conhecimento, que deu ensejo ao deslocamento da competência para a Justiça Federal. Não há vício na Ação Declaratória nº 00188006131-7 por falta de jurisdição; poderia haver (mas não há, em meu sentir) invalidade do referido processo por incompetência absoluta do juízo, o que não impediria que a sentença de mérito nele proferida estivesse acobertada pela coisa julgada material².

Ora, a coisa julgada material opera efeito substitutivo, decorrente da função substitutiva da jurisdição, ou seja, “a sentença de mérito transitada em julgado substitui todas

¹ Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

² NERY, Nelson Jr. e Rosa Maria de Andrade. Op. Cit. p. 595.

as atividades das partes e do juiz praticadas no processo, de sorte que as nulidades e anulabilidades porventura ocorridas durante o procedimento terão sido substituídas pela sentença, que as abarca³. Assim, a incompetência absoluta do juízo é espécie de vício da sentença absorvido pela coisa julgada material que apenas pode ser rediscutido em sede ação rescisória, impugnação ao cumprimento da sentença ou embargos do devedor, o que não ocorre no caso em comento⁴.

Ainda que fosse verificado o vício da incompetência absoluta, o que não ocorre no caso em tela, tal fato não teria o condão de tornar a sentença proferida na Ação Declaratória nº 00188006131-7 inexistente, mas passível de revisão por meio da ação rescisória, impugnação ao cumprimento da sentença ou embargos do devedor.

É certo que a competência do juízo é pressuposto processual positivo de validade, todavia, o julgamento do feito por juízo absolutamente incompetente não tem o condão de tornar a decisão inexistente, mas nula e tal vício é sanável pelo decurso do prazo de dois anos para o ajuizamento de ação rescisória.

O fato de a União não ter participado da Ação Declaratória nº 00188006131-7 não dá ensejo à inexistência da sentença ou à incompetência absoluta do juízo, mas apenas à limitação dos efeitos da coisa julgada que emanam desse feito, que não se aplicam a ela, à luz do disposto no art. 472 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros. – grifei

³ NERY, Nelson Jr. e Rosa Maria de Andrade. Op. Cit. p. 595.

⁴ “(...) A coisa julgada, segundo pensamos, só não se constituirá em caso de processo e sentença inexistente, mas, no caso de processos nulos, ou sentenças nulas, forma-se a coisa julgada e a sentença passa a ser rescindível (...)”. Teresa Arruda Alvim Wambier, *in* Nulidades do Processo e da Sentença. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2004. 5ª edição. p. 206.

Nesse passo, a decisão proferida na Ação Declaratória nº 00188006131-7 não produz efeitos diretos em desfavor da União, eis que esse ente não compôs o pólo passivo daquela lide, tão-somente efeitos indiretos, em razão de ser a União acionista majoritária da CHESF.

De outro lado, penso não haver vício por falta de citação da União na Ação Declaratória nº 00188006131-7, pois a ação foi proposta contra a CHESF e não contra o ente federal (além de não ter sido reconhecida a existência de litisconsórcio passivo necessário entre a União e a CHESF no referido feito), não se justificando a citação daquele ente para compor o pólo passivo da lide.

II. 2. Prejudicial de mérito – Prescrição quinquenal:

Suscita a CHESF a prejudicial de prescrição quinquenal, com fulcro no art. 178, § 10, III⁵, do Código Civil de 1916, por entender que “o núcleo do pedido converge para a cobrança de juros de mercado” (fl. 297). Tal prejudicial foi rejeitada na decisão de fls. 493/496. Considerando que houve reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça da incompetência absoluta da Justiça do Estado de Pernambuco para a apreciação deste feito (ainda que sem o reconhecimento da nulidade dos atos decisórios), passo a analisar tal prejudicial.

Entendo que a pretensão autoral não se dirige ao pagamento de juros, assim entendidos como prestação acessória devida anualmente ou em períodos anteriores, mas ao pagamento da reparação econômica que a autora entende fazer jus em razão dos atrasos na quitação das faturas, ou seja, valor principal ao qual não é aplicado o prazo prescricional do art. 178, § 10, III, do CC/1916.

Acolho o disposto na decisão de fls. 493/496 no que concerne à alegação de que “o que a autora quer não é cobrar juros de um crédito seu, mas sim ressarcimento de prejuízos causados pela obtenção de recursos no mercado financeiro, com juros e encargos superiores aos que a Chesf lhe pagou. O valor desse prejuízo é que irá sofrer a inci-

⁵ Art. 178. Prescreve:

§ 10 - Em 5 (cinco) anos:

III - Os juros, ou quaisquer outras prestações acessórias pagáveis anualmente, ou em períodos mais curtos.

dência de juros. Mas mesmo estes não estarão sujeitos a aplicação da norma legal em questão, porque não são pagáveis anualmente, ou em períodos mais curtos, uma vez que não há determinação contratual, legal ou judicial a respeito. O pagamento será juntamente com o dos prejuízos apurados”.

De outro lado, a indenização requerida pela empresa autora neste feito remonta aos anos de 1981⁶ (julho desse ano - fl. 172) a 1987. Conforme se evidencia do documento de fls. 167/177, foram solicitadas providências em sede administrativa para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato entre 1982 e 1987, conforme cartas DCE-ITA 234/82, de 28/05/1982, DCE-ITA n° 065/83, de 08/05/1983, DCE-ITA n° 80/83, de 03/05/1983, DCE-ITA n° 097/83, de 02/06/1983, DCE-ITA n° 263/86, de 25/11/1986 e DCE-ITA 022/87, de 03/02/1987. Em 18/03/1988, foi movida a Ação Declaratória n° 00188006131-7, que transitou em julgado em 1992, e, em 1993, foi proposta ação de conhecimento – inicialmente na Justiça do Estado de Pernambuco.

Assim, por não haver inércia da parte ativa em requerer o pagamento dos valores que entende devido – conforme evidenciado acima – não se haveria falar em prescrição.

II. 3. Mérito:

Cinge-se a controvérsia de mérito ora posta à verificação do direito da parte ativa à restituição dos valores que antecipou para custear as obras objeto dos contratos CT-I-227.280 e CT-I-227.280, remunerados por juros de mercado e encargos financeiros até seu efetivo pagamento.

O comando sentencial de fl. 214, prolatado na AC n° 816/

⁶ “(...) os primeiros atrasos de pagamentos correspondentes a serviços executados pela CONSTRUTORA MENDES JÚNIOR na UHE de Itaparica, ocorreram a partir de julho de 1981. Na mesma oportunidade, a CONSTRUTORA apresentou à CHESF faturas referentes à correção monetária resultante dos atrasos observados na liquidação das faturas de serviço. A CHESF negou a acolhida às citadas faturas de correção monetária até 09.08.84, quando da assinatura do ADITIVO EPISTOLAR CT-I-227.284, cópia anexo, celebrado entre as partes com o objetivo de formalizar as disposições constantes da já citada SIDE LETTER PR-3520, parcialmente aprovadas pelo Exmo. Sr. Ministro do MME, com as limitações consignadas na Carta PRE-120/83 da ELETROBRÁS (...)”. (excerto fl. 38 do anexo da Procuradoria da República)”.

89, da Ação Declaratória nº 00188006131-7, promovida pela MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A contra a CHESF, reconheceu “a existência de uma relação de crédito da MENDES JÚNIOR contra a CHESF que lhe assegure ressarcimento completo e atualizado dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros, decorrentes de financiamento da obra de ITAPARICA e, obtidos ante a falta de pagamento, por parte da recorrida, na oportunidade contratual própria”.

Cumprе salientar que, nesta ação ordinária, a União Federal e a CHESF compõem o pólo passivo da lide, mas a União não participou da Ação Declaratória nº 00188006131-7. Desse modo, os efeitos da coisa julgada que emanam desse feito não se aplicam diretamente à União, à luz do disposto no art. 472 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros. – grifei

Nesse toar, entendo que a análise da pretensão autoral deverá ser dividida em dois tópicos: um relativo à CHESF e outro no tocante à União Federal.

1) MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A X CHESF:
A MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A moveu ação declaratória em desfavor da CHESF no afã de que fosse declarado seu direito “ao ressarcimento completo e atualizado, pela CHESF, dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros em que incorreu a Autora e que foram decorrentes de financiamentos da obra a que foi obrigada, em virtude da falta de pagamento por parte da CHESF, e da determinação desta à Autora para que assim mesmo prosseguisse com a obra no ritmo adequado”.
A CHESF, de seu turno, invoca a possibilidade de rediscussão nesta demanda do decidido na AD nº 00188006131-7 (remuneração dos valores em atraso à razão de juros de mercado), à luz dos argumentos esposados em sua contestação, ainda que se cuide de decisão judicial transitada em julgado.

O MPF alega ser necessária a análise da arguição pela

autora da *exceptio non adimpleti contractus*; existir decisão *ultra petita*, pois o pedido de pagamento de juros de mercado não poderia ter sido formulado em ação declaratória por falta de previsão contratual, e a decisão na ação declaratória vale apenas como preceito, devendo tal matéria ser discutida em sede de ação condenatória com ampla instrução probatória.

Como cediço, a ação declaratória, prevista no art. 4º do CPC, tem por escopo “eliminar a incerteza sobre a existência de direitos ou relações jurídicas, mediante o acerto realizado pelo juiz, com força de coisa julgada”⁷. Em ação deste jaez, “afirma-se a existência ou inexistência da relação jurídica, o que importa mediatamente considerar presentes a norma jurídica e o seu suporte fático. Isso não significa, porém, que necessariamente tal reconhecimento se dirija à sanção aplicável (norma primária, no sentido kelseniano), o que importaria considerar mediadamente declaráveis apenas os direitos violados. Ademais, mesmo que a declaração judicial se reporte à sanção aplicável, apenas a reconhece, não a aplica”⁸.

De efeito, “a sentença declaratória não opera o mero reconhecimento de direito preexistente, mas participa do seu processo de concretização, utilizando outros elementos além do enunciado abstrato constante do ordenamento jurídico. Estabiliza-se esse juízo acerca da existência ou não de determinada situação jurídica, derivado da análise dos vários elementos considerados pelo julgador”⁹. A tutela declaratória, “enquanto tal, esgota-se com a simples emissão da sentença e com a correspondente produção da coisa julgada material”¹⁰.

⁷ SILVA NETO, Francisco Antônio Barros e. Antecipação da Tutela nos Processos Declaratórios. Sergio Antonio Fabris Editor. 1º edição. Porto Alegre: 2005. p. 74.

⁸ SILVA NETO, Francisco Antônio Barros e. Op. Cit. p. 78.

⁹ SILVA NETO, Francisco Antônio Barros e. Op. Cit. p. 69.

¹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. Volume 1, Processo de Conhecimento, Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição. São Paulo: 1998. p. 162.

Considerando que o objetivo da ação declaratória é a eliminação da incerteza em torno da existência ou inexistência de uma determinada relação jurídica, com força de coisa julgada material¹¹, não se mostra possível a discussão, em eventual demanda futura, da existência ou inexistência daquela relação jurídica que o juiz declarara existir ou não existir.

A coisa julgada – “virtude própria de certas sentenças judiciais, que as faz imunes às futuras controvérsias impedindo que se modifique, ou se discuta, num processo subsequente, aquilo que o juiz tiver declarado como sendo a ‘lei do caso concreto’¹²” – não é um efeito da sentença, e sim uma qualidade que ao efeito declaratório da sentença se adiciona para torná-lo indiscutível nos futuros julgamentos.

¹¹ Sobre a coisa julgada material, trago à colação manifestação de Candido Dinamarco, *verbis*: “Coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito. Quer se trate de sentença meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, ou mesmo quando a demanda é julgada improcedente, no momento em que já não couber recurso algum, institui-se entre as partes e em relação ao litígio que foi julgado, uma situação de absoluta firmeza quanto aos direitos e obrigações que os envolvem, ou que não os envolvem. Esse status, que transcende a vida do processo e atinge a das pessoas, consiste na rigorosa intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, de modo que nada poderá ser feito por elas próprias, nem por outro juiz, nem pelo próprio legislador, que venha a contrariar o que foi decidido (Liebman): a garantia constitucional da coisa julgada consiste na imunização geral dos efeitos da sentença. A Constituição Federal estabelece que a lei não prejudicará a coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI) e o Código de Processo Civil manda que o juiz se abstenha de decidir a mesma causa, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, quando existir a coisa julgada material (art. 267, inc. V e § 3º). Com essa função e esse efeito, a coisa julgada material não é instituto confinado ao direito processual. Ela tem acima de tudo o significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que erigida em garantia constitucional. Uma vez consumada, reputa-se consolidada no presente e para o futuro a situação jurídico-material das partes, relativa ao objeto do julgamento e às razões que uma delas tivesse para sustentar ou pretender alguma outra situação. Toda possível dúvida está definitivamente dissipada, quanto ao modo como aqueles sujeitos se relacionam juridicamente na vida comum, ou quanto à pertinência de bens a um deles”. (Candido Rangel Dinamarco, *in* Instituições de Direito Processual Civil, 5ª ed. vol. III, Malheiros Ed., p. 299/301) - realcei.

¹² SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. Cit. p. 486.

Ademais do efeito negativo de impedir que as partes se valham de novo processo para discutir aquilo que já fora declarado em outra sentença, a coisa julgada produz o efeito positivo de vincular o juiz do segundo processo, “obrigando-o a levar em conta a sentença como coisa julgada, para servir-se da primeira declaração, no processo que lhe é posto, conformando-se a ela (...) O efeito positivo corresponde à utilização da coisa julgada propriamente em seu conteúdo, tornando-o imperativo para o segundo julgamento¹³”.

Nesse passo, a decisão de mérito transitada em julgado proferida na Ação Declaratória nº 00188006131-7, movida pela MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A contra a CHESF, que reconheceu o direito da autora ao ressarcimento dos valores que adiantou para a construção da Hidroelétrica de Itaparica, com juros de mercado e encargos financeiros, está acobertada pela autoridade da coisa julgada material, nos limites da lide e das questões decididas (art. 468 do CPC), produzindo os efeitos extraprocessuais de vincular as partes e o juízo de qualquer outro processo que lhe seguir e impossibilitar a rediscussão da lide em ação judicial ulterior.

Ainda que se alegue que em alguns votos proferidos por Ministros do Superior Tribunal de Justiça foi afirmado que a equação econômico-financeira do contrato tinha que ser restabelecida em ação própria, e não simplesmente por meio da aplicação de juros de mercado e encargos financeiros, saliento que o Recurso Especial nº 5.059/PE sequer foi conhecido (todos os Ministros votaram pelo seu não conhecimento) e, assim, não se operou o efeito substitutivo da decisão prolatada pelo TJ/PE.

Ora, os recursos se submetem ao juízo de admissibilidade (análise do cabimento, da legitimidade recursal, do interesse, da tempestividade, da regularidade formal, da inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e do preparo¹⁴) e ao juízo de mérito, caso o primeiro

¹³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. Cit. pp. 501/502.

¹⁴ NERY, Nelson Jr. e Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante. Editora Revista dos Tribunais. 9ª edição. São Paulo: 2006. p. 705.

seja positivo. Se o juízo de admissibilidade foi negativo, o recurso não foi sequer conhecido, e, desse modo, não houve análise do mérito do recurso e a substituição da decisão recorrida.

Assim, a sentença de mérito prolatada na aludida Ação Declaratória nº 00188006131-7 não é suscetível de rediscussão neste processo, em razão da ocorrência da coisa julgada material, que torna imutável e indiscutível a matéria por ela resguardada, independente da justiça do conteúdo intrínseco do decisório¹⁵.

Rechaçados os argumentos lançados pela CHESF e pelo MPF para a rediscussão da matéria no tocante à exigibilidade da sentença face à CHESF, passo à análise dos efeitos da sentença da Ação Declaratória nº 00188006131-7 neste feito.

Perlustrando os autos, infere-se que as partes de livre e espontânea vontade ajustaram os contratos CT-I-227.280, CT-I-227.281 e o Aditivo Epistolar CT-T-227.284.

O contrato CT-I-227.280 tinha por escopo “a execução, por empreitada, das Obras de Terraplanagem do Aproveitamento Elétrico de Itaparica, no Rio São Francisco, localizado na divisa dos Estados de Pernambuco e Bahia, objeto da concorrência CHESF-DSCT-24/79” (Cláusula 1ª). A avença CT-I-227.281 foi ajustada como aditivo ao pacto CT-I-227.280, para incluir a “execução das Estruturas de Concreto do Aproveitamento Hidrelétrico de Itaparica, no Rio São Francisco” (Cláusula 1ª).

A Cláusula 46 do primeiro contrato estabelece que “caberá à CHESF, com a colaboração e presença de representante credenciado do EMPREITEIRO DE TERRAPLANAGEM, a realização, até o dia 10 (dez) de cada mês, das medições mensais de serviços executados até o dia 25 (vinte e cinco) do mês anterior, de acordo com as estipulações gerais do presente CONTRATO, obedecendo em particular à discriminação dos itens de serviço constantes da Planilha de Preços da Proposta do EMPREITEIRO DE TERRAPLANAGEM e às condições estabelecidas especificamente para a medição de cada um dos referidos itens, na Terceira Parte do Volume Segundo da Documentação de Concorrência CHESF-DSCT-24/79 (...)”.

¹⁵ NERY, Nelson Jr. e Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 599.

O pagamento mensal deveria ser feito na Divisão de Tesouraria Geral da CHESF, no prazo de 30 dias da apresentação das faturas apresentadas pelo EMPREITEIRO DE TERRAPLENAGEM, até o dia 15 (quinze) de cada mês, com base nos dados do boletim de medição, cabendo à CHESF aprovar ou contestar as faturas apresentadas, em dez dias úteis, (Cláusulas 48 a 50). Tal prazo para pagamento tem início com a entrega das faturas já aprovadas pela CHESF na referida Divisão de Tesouraria.

O §2º da Cláusula 55 do contrato CT-I-227.280 preconiza que “o EMPREITEIRO DE TERRAPLENAGEM deverá emitir as faturas relativas ao reajustamento, separadamente das faturas básicas, sempre correspondendo às mesmas medições. O procedimento para pagamento será análogo àquele aplicado às faturas básicas e descrito na Cláusula 52ª”. A inadimplência da CHESF daria ensejo à rescisão contratual e restaria caracterizada quando, por sua exclusiva responsabilidade, ultrapassar por 180 (cento e oitenta) dias, “por 3 (três) vezes consecutivas ou por 6 (seis) vezes alternadas o prazo de pagamento de faturas do EMPREITEIRO DE TERRAPLANAGEM já aprovadas pela CHESF” (Cláusula 69, ‘b’).

Inferese dessa cláusula contratual que a insatisfação da MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A com os atrasos no pagamento das faturas e com o pagamento a menor (como entende) das faturas de correção monetária deveria ter sido resolvida por meio da rescisão do contrato, por inadimplência da CHESF, à luz das Cláusulas 68 e 70 dos pactos CT-I-227.280 e CT-I-227.281 (fls. 51 e 111).

Ora, se a MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A não requereu a rescisão do contrato, por inadimplemento, e preferiu continuar a execução da obra, postulando administrativamente o pagamento da correção monetária e outras modificações financeiras da avença (o que conseguiu no aditivo epistolar CT-T-227.284 e na SIDE LETTER PR-3250), não poderia alegar que sofreu prejuízos com tal atraso, em razão do pagamento de compensação em sede administrativa.

Entretanto, não havendo rescisão do contrato e vedada a rediscussão da matéria da indenização dos prejuízos, por estar acobertada pela coisa julgada material, conforme acima explicitado, resta ao magistrado interpretar tal dispositivo sentencial, em especial, no tocante ao atraso no

pagamento das faturas do contrato pela CHESF, que deu ensejo ao financiamento da obra pela autora, e aos juros de mercado e aos encargos financeiros que refletem o financiamento da obra.

Cumpra adequar o comando sentencial transitado em julgado na AD nº 00188006131-7 ao caso concreto, apurando-se a forma de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, à luz do estabelecido no pacto e na decisão transitada em julgado na aludida AD, sem perder de vista a(s) fonte(s) de captação de recursos utilizadas pela autora no período de atraso de pagamento pela CHESF.

Penso que apenas quando ocorrer a perfeita identificação entre o valor pago pela Mendes Júnior relativo a gastos da obra de Itaparica e o valor captado no mercado financeiro para honrar esse pagamento é que se pode mensurar o valor dos encargos suportados pela empresa, pois juro de mercado deve ser entendido como aquele que foi efetivamente pago pela Mendes Júnior no financiamento eventualmente realizado, para suporte financeiro à obra de Itaparica em decorrência dos atrasos de pagamento da Chesf. Informa o experto do juízo, no laudo de fls. 2204/2209, que “no período de atraso a Autora estava no mercado financeiro, tomando recursos para Capital de Giro, entretanto o perito não pode afirmar que foram para o AHE de Itaparica, por não haver evidência nos contratos nesse sentido e registros segregados na contabilidade” e que “não é possível a partir da análise dos registros contábeis da Mendes Júnior, afirmar ter ela captado, nos períodos que ocorreram atrasos no pagamento das faturas, recursos no mercado financeiro, especificamente para o financiamento da obra de Itaparica”.

O laudo técnico do MPF atesta, inclusive com base em informações obtidas do Tribunal de Contas da União (processo TC nº 013.201/95-6)¹⁶, que não foi possível aferir o

¹⁶ Excerto do Relatório de Inspeção do Analista de Finanças e Controle Externo (AFCE) do Tribunal de Contas da União no processo TC nº 013.201/95-6: “(...) Veja-se síntese dos avanços econômico e financeiros (inclusive com efeito retroativo) da Construtora Mendes Júnior, após a assinatura, em 03/04/81, dos contratos CT - I - 227.280 (licitado) e 227.881 (dispensado de licitação, de modo irregular), às fls. 297/299 - ANEXO III:

montante captado pela Construtora Mendes Júnior no mercado para financiamento da obra da Usina de Itaparica, eis que não havia controles específicos para a obra. Restou apurado no laudo dos peritos do MPF que “ao longo da década de 80 sempre houve capital de giro líquido (que é igual ao Ativo Circulante menos o Passivo Circulante), o que significa que a empresa dispunha de recursos para financiar o seu ciclo operacional, que envolve desde a aquisição de matérias primas e o pagamento de fornecedores e dívidas de curto prazo até o momento das vendas de produtos ou serviços, conforme demonstrado na Tabela 1 (...)”.

Ora, o dispositivo transitado em julgado na AD nº 00188006131-7 assegurou à autora a existência de uma relação de crédito contra a CHESF que lhe assegure ressarcimento completo e atualizado dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros, decorrentes de financiamento da obra de ITAPARICA e, obtidos ante a falta de pagamento, por parte da recorrida, na oportunidade contratual própria. Em outras palavras, é devido o pagamento dos juros de mercado e dos encargos financeiros captados e empregados pela autora exclusivamente para o financiamento da Obra de Itaparica e não sobre qualquer valor que tenha sido obtido pela empresa no mercado financeiro, mormente porque restou evidenciado na perícia

a) correção monetária por atraso de pagamento (omitida a fórmula da correção, como posta às fls. 270/271 - ANEXO III);

b) juros de mora de 1% a.m. (omitida no documento, sua capitalização anual, fato revelado às fls. 271/272 - ANEXO III);

c) custos adicionais decorrentes do ‘andamento anormal da obra’ (ou da ‘falta de dotação orçamentária’), pagos em 05/12/90;

d) alteração do período de reajustamento de preços contratados, originalmente tinha por limites inferior e superior, respectivamente, os meses da proposta e do evento; depois o limite fixou-se no mês do faturamento e apresentação da fatura a CHESF;

e) reajustamento dos preços complementares com base no IGP-DI/FGV, entre a data de apresentação da fatura até o vencimento (30 dd), ‘de todas as suas faturas e em seguida que esses valores fossem corrigidos monetariamente através da OTN - Obrigações do Tesouro Nacional’, ‘PRÉ-FIXADA’. (...)”.

que a acionante investiu em outras atividades econômicas.

Assim, é preciso apurar individualmente os recursos apurados no mercado financeiro pela MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A para a obra da Usina de Itaparica e a alocação específica dos aludidos recursos obtidos nesta construção.

Neste feito, não houve comprovação detalhada da aplicação dos recursos financeiros que a MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A alega que captou no mercado financeiro na construção da Usina de Itaparica (fato ratificado pelo perito e pelos assistentes técnicos), de modo que se mostra incabível a incidência imediata dos juros dos contratos de financiamento de capital de giro firmados pela autora para apurar o valor a ser ressarcido nesta ação, eis que a decisão judicial transitada em julgado em prol da acionante assegurou o ressarcimento do prejuízo efetivamente (e não supostamente) sofrido com o financiamento de Itaparica, em razão do atraso pela CHESF.

Ainda que alegue a MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A ter aplicado recursos obtidos com financiamentos para capital de giro captados no mercado financeiro no custeio da Usina de Itaparica, até o pagamento das faturas pela CHESF, a não comprovação da alocação específica dos recursos dos contratos de financiamento de capital de giro no custeio da obra de Itaparica impede a incidência imediata das taxas de juros de tais financiamentos no caso em tela, sob pena de violação do comando sentencial da AD nº 00188006131-7.

A captação de empréstimos pela autora para capital de giro no mercado financeiro não induz necessariamente à conclusão de que os recursos auferidos nesses financiamentos foram empregados com exclusividade na construção da Usina de Itaparica, vez que poderia ter sido aplicado capital próprio – que se apurou deter a construtora – mesclado com recursos de terceiros, ou cada um individualmente.

Não se olvida que a MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A utilizou recursos próprios e/ou de terceiros para o financiamento de suas atividades operacionais, mas questiona-se se os recursos oriundos de contratos de financiamento de capital de giro foram aplicados na obra da Usina de Itaparica (exclusivamente ou com outros recursos), eis que

não há comprovação específica de tal custeio nos autos. Trago à colação excertos das manifestações dos assistentes técnicos acerca do emprego de recursos de financiamentos no mercado financeiro na construção da Usina Hidroelétrica de Itaparica:

Perito do Juízo:

Não é possível a partir da análise dos registros contábeis da Mendes Júnior, afirmar ter ela captado, nos períodos em que ocorreram atrasos no pagamento das faturas, recursos no mercado financeiro, especificamente para financiamento da obra de Itaparica (fl. 2208). – destaquei

Assistente Técnico da MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A:

Os valores referentes aos contratos de capital de giro sempre se apresentaram superiores aos saldos dos valores a receber da CHESF, conforme Anexos II e II-A - Geração de Caixa Operacional Líquido. Embora não se tenha encontrado registros de aplicação destes recursos nesta obra, especificamente, uma vez que o processo de registro contábil é obrigatório para a Entidade Mendes Júnior Engenharia S/A não cabendo reclamos contra a obrigatoriedade de controles específicos para aquela obra (...) (fl. 2908). – grifei

Se a empresa detinha recursos próprios para custear as obras da Usina de Itaparica, até o pagamento das faturas pela CHESF, não justifica a cobrança de juros altíssimos nesta demanda, já que, se os pagou, foi por sua própria vontade, máxime considerando que fez investimentos altíssimos em outras atividades – inclusive no exterior. De outro lado, o fato de a empresa ter recursos próprios não exime a Chesf de ressarcir-la dos valores que empregou na obra em razão do atraso no pagamento das faturas, mas implica análise detida de que recursos especificamente foram usados na construção da usina hidroelétrica.

Com base nesse posicionamento, não seria possível acolher os cálculos efetuados pelo perito do Juízo, eis que esse definiu os juros de mercado como a média das taxas médias de juros de operações de capital de giro e das realizadas na forma da Resolução CMN 63, sem que restasse demonstrado que os recursos empregados pela

MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A na obra de Itaparica decorreram diretamente de tais financiamentos.

Resta, assim, perquirir qual índice seria capaz de refletir os juros de mercado previstos na sentença, sem perder de vista que se tratava de obra pública – de interesse governamental prioritário – contratada por meio de procedimento licitatório cujo contrato prevê a incidência exclusiva de encargos moratórios, em caso de atraso no pagamento das faturas, facultando ao contratado rescindir o contrato na hipótese de demora contumaz no adimplemento das faturas.

Em princípio, é preciso aferir o conceito de mercado aplicável à espécie para definir a taxa de juros. Como cediço, a expressão ‘mercado’ que especifica os juros na sentença não ostenta conceito único, mas fragmentário, que depende da área de atuação da empresa. No caso em tela, a escolha do mercado – realidade fragmentária – do qual será apurada a taxa de juros demanda a verificação da fonte de captação explícita de recursos da MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A (incluindo os investimentos de seu patrimônio), no período em que requer a compensação.

Inferese que, no período de atraso de pagamento de faturas pela CHESF, a MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A utilizou recursos de diversas fontes como contratos de financiamento para capital de giro, contratos de financiamento de longo prazo e emissão de debêntures.

Dever-se-ia ter como juros de mercado o percentual que foi efetivamente pago pela MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A para suporte financeiro da obra de Itaparica em decorrência dos atrasos de pagamento da CHESF. No caso em tela, entretanto, como não há comprovação específica da fonte de captação de recursos para custeio da obra até a quitação de faturas pela CHESF, cumpre verificar as aplicações financeiras da empresa no período (1981 a 1989) e apurar qual delas é a menos rentável. Explico.

Se a MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A captou recursos no mercado financeiro em diversas fontes e, com parte de tais recursos, financiou a obra da Usina de Itaparica até o pagamento das faturas pela CHESF, não se pode presumir que o montante da aplicação financeira mais cara foi repassado para a obra. Na verdade, deveria a autora ter buscado recursos da forma menos custosa possível para

financiar a obra, máxime considerando que o fez espontaneamente e sem prévia autorização da CHESF, não podendo essa empresa responder pelos financiamentos mais custosos requeridos pela autora. Além disso, é natural que se busque a operação financeira mais rentável que, em caso de financiamento, envolve a melhor forma de pagamento e as menores taxas de juros.

Não se mostra legítimo repassar à CHESF o custo do financiamento mais elevado obtido pela MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A se essa empresa obteve recursos no mercado financeiro não apenas para o financiamento da obra, mas para aplicar em outras atividades econômicas, como o investimento em empresas no exterior e na siderurgia (inclusive mais custosas que as faturas da CHESF). Demais disso, inexistente comprovação da reversão dos recursos auferidos mais onerosamente para a obra da Hidroelétrica de Itaparica.

Transcrevo, por oportunas, as seguintes considerações dos peritos do Ministério Público Federal contidas no Anexo V do procedimento administrativo 1.26.000.000471/2000-64:

(...) Através da análise das demonstrações contábeis da Construtora Mendes Júnior, verificamos que ao longo da década de 80 sempre houve capital de giro líquido (que é igual ao Ativo Circulante menos o Passivo Circulante), o que significa que a empresa dispunha de recursos para financiar o seu ciclo operacional, que envolve desde a aquisição de matérias primas e o pagamento de fornecedores e dívidas de curto prazo até o momento das vendas de produtos ou serviços, conforme demonstrado na Tabela 1 (fl. 25). O Ativo circulante são os bens e direitos de uma empresa com maior grau de liquidez, representando os itens que se converterão em dinheiro mais rapidamente (caixa, bancos, aplicações financeiras de liquidez imediata, estoques, etc), enquanto que o Passivo Circulante são as obrigações de curto prazo que deverão ser liquidadas até o ano seguinte, como fornecedores, salários a pagar, impostos a recolher, empréstimos, etc. A afirmação, por parte do Assistente Técnico da Mendes Júnior, às fls. 2.910 do processo da Justiça Federal, de que o passivo circulante (valores exigíveis a curto prazo) sempre foi maior que o contas a receber da CHESF, é fato, mas a partir daí afirmar que

não havia recursos próprios sendo então necessário captar recursos no mercado, é uma informação que diverge do constatado na Tabela 1, onde está demonstrado que houve capital de giro líquido em todo o período. (...) A Tabela 3 demonstra a participação expressiva dos investimentos em empresas coligadas e controladas em relação ao Ativo Permanente (bens e direitos que não se destinam a venda, representado pelos bens necessários à atividade operacional e investimentos, que são participações em outras sociedades não necessários ao negócio principal) e ao Ativo Realizável a Longo Prazo (bens e direitos que serão transformados em dinheiro a longo prazo), representado o máximo de 75% em 1981 e o mínimo de 6% em 1990. Conjugando a análise da Tabela 2 e da Tabela 3, podemos observar que, desconsiderando os investimentos em empresas coligadas e controladas, haveriam recursos próprios aplicados no Ativo Circulante, onde se encontram Valores a Receber da CHESF relativos à Construção da Obra de Itaparica no período de 1981 a 1986 (...) Assim como não é possível especificar se os empréstimos a curto prazo tomados pela Mendes Júnior foram utilizados para Itaparica (pois os recursos captados tinham destinação genérica para financiar o capital de giro ou mesmo investimentos de longo prazo), da mesma forma é possível que em algum momento recursos próprios ou de terceiros a longo prazo podem ter sido utilizados para dar andamento às obras da hidroelétrica. A participação do Contas a Receber da CHESF em relação ao capital de giro líquido (recursos disponíveis descontadas todas as obrigações de curto prazo) da Mendes Júnior comprometeu no máximo 61% no ano de 1983, ficando essa relação abaixo de 9% a partir de 1986, de acordo com a Tabela 4 apresentada a seguir, evidenciando que as faturas devidas pela CHESF não repercutiram no capital de giro líquido da empresa, com a exceção dos anos de 1983 e 1984, mas ainda assim haviam recursos suficientes para liquidar as obrigações de curto prazo (...) Considerando-se as faturas devidas pela CHESF conforme levantamento efetuado pelo seu Assistente técnico, verificamos que a participação destas faturas em relação ao total de contas a receber da Mendes Júnior (que envolve todos os seus clientes), não representaram um montante signifi-

cativo, sendo no máximo de 20,89% do total em 1984, situando-se abaixo de 1,5% do total a partir de 1986, conforme evidenciado na Tabela 6 a seguir (...) De acordo com a Tabela 8, podemos verificar que apenas nos anos de 1986 a 1988 houve predominância de empréstimos e financiamentos em moeda nacional (em torno de 60% do total de recursos), sendo que na maior parte do período foram captados recursos externos apresentando valores significativos (acima de 77% do total) nos anos de 1980 a 1983. Tendo em vista estas questões, não seria correto carregar financeiramente os atrasos do pagamento das faturas pela CHESF com contratos de financiamento que, muito provavelmente, foram tomados no mercado para outros fins, quer para garantir a expansão da companhia com obras de vulto no Iraque e a atividade de siderurgia, quer para garantir a aquisição de bens ou investimentos em empresas ligadas, conforme abordado nos itens 14 a 17, uma vez que o montante em atraso não era significativo (máximo de 20,98% do total em 1984, situando-se abaixo de 1,5% do total a partir de 1986, de acordo com a Tabela 6) em relação ao total de contas a receber ou em relação ao total de empréstimos tomados no mercado. Por fim, considerando-se a participação das faturas devidas pela CHESF em relação ao total de lucros e reservas de lucros da empresa, podemos observar que elas não representaram um montante significativo (mínimo de 1,63% e 0% em 1986 e 1989, respectivamente), com algumas exceções (máximos de 64,36% e 48,32% em 1983 e 1984, respectivamente), de acordo com a Tabela 9, o que significa que o montante de contas a receber da CHESF não afetaria de forma significativa os lucros da Construtora durante este período (...) De acordo com o gráfico, verificamos que o montante de contas a receber da CHESF apresenta-se com valores pouco expressivos, especialmente a partir do ano de 1985, o que significa que os valores devidos pela CHESF não justificariam a captação de recursos expressivos no mercado financeiro e, se considerarmos também a análise dos itens 23 e 24, onde está demonstrado que havia capital de giro necessário à manutenção da obra de Itaparica, a captação de recursos no mercado financeiro provavelmente foi para outros fins, como a aquisição de investimentos em em-

presas ligadas, conforme abordado nos itens 14 a 17. Em síntese, a análise contábil demonstra que, em princípio, não haveria necessidade de captação de recursos no mercado financeiro para garantir a manutenção das obras de Itaparica e mesmo que consideremos essa hipótese, o montante necessário era muito inferior ao contestado pela Mendes Júnior de acordo com as abordagens efetuadas neste trabalho. (...) (...) Com base nos dados disponibilizados pelo Perito Oficial em seus cálculos de fls. 2.600 às fls. 2.633 do processo da Justiça Federal, atualizamos para 11/04/2005, pela Tabela da Justiça Federal, conforme cálculos discriminados nos Anexos IV a VI, os valores de face das faturas pagas em atraso (inclusive as de correção monetária) e os adiantamentos a título de custos adicionais e andamento anormal da obra a partir das respectivas datas de vencimento redundando no total de R\$ 2.255.027.895,74 bilhões pagos à Mendes Júnior atinente aos dois contratos firmados (nº 227.280, 227.281 e seus aditivos, no valor nominal de Cr\$ 4.280.526.670,00 e Cr\$ 22.465.378.349,66, em moedas de janeiro de 1980 e dezembro de 1980, respectivamente – fl. 32, anexo III – os quais atualizados para abril de 2005 somam R\$ 1.246.402.808,45). (...) Considerando a inexistência de sentença transitada em julgado que determine a forma de cálculo ou reconheça valores a ressarcir à Mendes Júnior e em atendimento ao teor do pedido da Exma. Procuradora oficiante, verificamos que os desembolsos feitos pela CHESF à Mendes Júnior a título de ressarcimento por atraso nos pagamentos somados aos denominados pagamentos a título de “adiantamento” e “andamento anormal da obra” suplantaram os termos dos contratos e aditivos, fato inibidor da demanda da Mendes Júnior, restando, em vez de crédito a favor da Mendes Júnior, débito, conforme demonstrado na tabela - 12, no total de R\$ 160.099.050,17, em valores de janeiro de 1997, pelo método explicado nos itens 121 a 123. Esses pagamentos deduzidos dos valores devidos à Mendes Júnior sob o enfoque financeiro conforme especificado nos itens 126 a 129 e demonstrado no Anexo - X, produzem o total de R\$ 355.193.632,73 pagos a mais pela CHESF à Mendes Júnior, também em valores de janeiro de 1997 (...). – grifei

Colaciono, ainda, considerações do assistente técnico da CHESF:

Considerando que o capital de giro próprio corresponde ao excesso do ativo circulante em comparação com o passivo circulante, deduz-se que esse excesso só pode estar sendo financiado com recursos de terceiros a longo prazo, cujos custos financeiros são inferiores aos dos financiamentos utilizados pelo Sr. Perito, ou recursos próprios, estes sem custo financeiro para a empresa. Como o que se pretende é determinar o valor dos encargos suportados pela Mendes Júnior com a aplicação de recursos de terceiros na UHE de Itaparica e considerando que o capital de giro da empresa foi financiado inclusive por recursos de terceiros a longo prazo e/ou recursos próprios, não pode prosperar o argumento de que as faturas pagas com atraso pela Chesf foram financiados exclusivamente com recursos de financiamentos para capital de giro a longo prazo. Neste contexto, o cálculo efetuado pelo Sr. Perito que considerou apenas os financiamentos para capital de giro a curto prazo não está consentâneo com a realidade apresentada pelas demonstrações contábeis (...)” (fl. 2771). – realcei

A prova pericial produzida nos autos pelo perito e pelos assistentes técnicos indica que as demonstrações contábeis da acionante, dos exercícios de 1981 a 1989, mostram que a empresa possuía capital de giro próprio, isto é, o ativo circulante (onde estão registradas as faturas emitidas pela Mendes Júnior contra a Chesf e demais empresas) era sempre maior que o passivo circulante (onde estão registrados os financiamentos examinados pela perícia, que são onerados à mais elevadas taxas do mercado financeiro), donde se concluiu que a parcela do ativo circulante que ultrapassa o passivo circulante, denominado de capital de giro próprio, sempre foi financiado por recursos de terceiros a longo prazo (com juros substancialmente inferiores aos financiamentos para capital de giro) ou por recursos próprios dos acionistas (sem custo financeiro).

Ora, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como requerido pela MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A na AD nº 00188006131-7, não pode implicar em condenação da CHESF em valor su-

perior ao da obra que incorporou ao patrimônio, máxime considerando que a empresa, ao concorrer na licitação da obra ora em discussão, comprovou ter patrimônio compatível com a grandiosidade da obra e, se recorreu a empréstimos com valores vultosos, realizou tal ato por vontade própria e não poderá imputar à CHESF suposto prejuízo.

De outro lado, é preciso considerar que a incidência dos juros de mercado e encargos financeiros se dá apenas no período de inadimplência da CHESF em relação a cada parcela individualmente (a última foi paga em 07/01/1991, conforme consta da fl. 2244 do laudo pericial e da fl. 2571 – documento trazido aos autos pela CHESF). A decisão proferida na AD nº 00188006131-7 e acobertada pelo manto da coisa julgada assegurou “a existência de uma relação de crédito da MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A contra a CHESF que lhe assegure ressarcimento completo e atualizado dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros, decorrentes de financiamento da obra de ITAPARICA e, obtidos ante a falta de pagamento, por parte da recorrida, na oportunidade contratual própria”. – grifei

Desse modo, não se pode inferir que este comando sentencial determinou a remuneração dos valores devidos pela mora da CHESF – referentes aos juros de mercado e encargos financeiros decorrentes do financiamento da obra de Itaparica – também com incidência de juros de mercado e encargos financeiros.

Pagas as faturas, não mais fluem juros de mercado e encargos financeiros sobre os juros de mercado e encargos financeiros devidos (a partir do pagamento de cada fatura), mas apenas atualização monetária, eis que a CHESF não mais está em mora em relação ao pagamento das faturas das obras, mas em mora no tocante ao pagamento dos encargos do atraso do adimplemento de tais faturas (que não mais gerarão juros de mercado).

Alfim, não se pode olvidar que os benefícios concedidos pela CHESF à autora, a título de compensação pelo atraso no pagamento das faturas, devem ser abatidos na apuração do montante devido.

A SIDE LETTER PR-3520 assegurou compensação pelo

atraso da obra na mesma base da variação ocorrida no valor nominal das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN) entre o mês de vencimento da fatura e o da sua efetiva liquidação, acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, sobre os valores monetariamente corrigidos durante esse período (fl. 457). Conforme documentos de fls. 172/173, a CHESF “negou acolhida às citadas faturas de correção monetária até 09/02/1984, quando da assinatura do ADITIVO EPISTOLAR CT-I-227.284¹⁷, cópia anexa, celebrado entre as partes com o objetivo de formalizar as disposições constantes da já citada SIDE LETTER PR-3250, parcialmente aprovadas pelo Exmo. Sr. Ministro do MME, com as limitações consignadas na Carta PRE-120/83 da ELETROBRÁS. (...). A partir do ADITIVO EPISTOLAR CT-T-227.284, a CHESF passou a aceitar o pagamento de correção monetária por atraso de pagamento sob a forma de emissão de uma fatura específica, inclusive com efeito retroativo para 03/04/1981, neste caso limitado o pagamento ao valor histórico; para efeito de cálculo do valor das faturas de correção monetária, a CHESF introduziu um período de carência de 15 dias; ainda, foi fixado um prazo de 30 dias para vencimento das faturas de correção monetária, procedimento este já adotado para as faturas de serviço; a partir da Resolução nº 02/85, a CHESF passou a pagar correção monetária por atraso de pagamento das faturas de correção monetária pagas com atraso, inclusive retroativamente a partir de 09/02/1984, considerando os 15 dias de carência e os 30 dias para o vencimento”.

¹⁷ O Aditivo Epistolar CT-I-227.284 formalizou as disposições da SIDE LETTER PR-3520 e introduziu os seguintes aspectos aos contratos: (i) pagamento de correção monetária por atraso de pagamento sob a forma de emissão de fatura específica, inclusive com efeitos retroativos a 03/04/1981, limitada ao pagamento do valor histórico; (ii) introdução do período de carência de 15 dias para cálculo do valor das faturas de correção monetária; (iii) a partir de 26/01/1985, fixação de prazo de 30 trinta dias para vencimento das faturas de correção monetária e (iv) pagamento de correção monetária por atraso de pagamento das faturas de correção monetária pagas com atraso, retroativamente a 09/02/1984, por meio da emissão de novas faturas, considerando os 15 dias de carência e os 30 dias de vencimento da fatura (fls. 172/173).

Às fls. 20/21 do Anexo V do Procedimento Administrativo do MPF nº 1.26.000.000471/2000-64 juntado aos autos, foram constatados os seguintes avanços financeiros que beneficiaram a construtora elencados e a época em que foram proporcionados:

- Incidência de correção monetária e juros de mora (capitalizados) de 1% (um por cento), ao mês de atraso de pagamento;
- Indenização pelos custos adicionais decorrentes do andamento anormal da obra;
- Eliminação de carência para o cálculo da correção monetária e para os vencimentos das faturas de correção monetária;
- Atualização dos valores das faturas de correção monetária (“correção da correção”) que tenham sido pagas com atraso pelo valor histórico;
- Alteração do período de reajustamento de preços contratados e
- Reajustamento dos preços complementares com base no IGP-DI/FGV, entre a data de apresentação da fatura até o vencimento (30 dias), e correção monetária desses valores pela OTN.

O pagamento de indenização pelos custos adicionais decorrentes do andamento anormal da obra (arrolados à fl. 44 do Anexo V do MPF¹⁸) ostenta o cunho de reparação econômica em razão do atraso no pagamento das faturas. Não se referem, em meu sentir, a suposto custo operacional do retardo das obras, já que a MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A invoca justamente que sofreu prejuízos porque não paralisou a obra, a despeito da falta de pagamento das faturas, e custeou a construção da usina com recursos que obteve no mercado financeiro. Nesse sentido, colaciono excerto da petição inicial deste feito:

¹⁸ Acrescento a informação contida à fl. 58 do Anexo V do MPF: “Dentre os valores pagos pela CHESF à Mendes Júnior, destaca-se o pagamento a título de ‘andamento anormal da obra’, no montante equivalente a US\$ 23,9 milhões de dólares, em debêntures da Eletrobrás, assinalado nos itens 39 e 135 do Relatório do Analista do TCU e apresentados no Anexo II, cifra não considerada nas contas do Perito conforme se observa da Planilha C1 (fl. 2.633, do Processo da Justiça Federal).”

“Os constantes atrasos de pagamento que a autora sofreu não a impediram de manter o ritmo das obras, que foi sempre observado, de acordo com a programação estabelecida pela CHESF e também considerados os superiores interesses do programa energético do Ministério das Minas e Energia, da Eletrobrás e, especialmente, sua grande importância para a economia do Nordeste brasileiro. A autora suportou durante grandes períodos enorme ônus para realizar as obras sem receber as faturas, ou recebendo tais pagamentos com atrasos constantes e comuns” (fl. 03). – grifei

Demais disso, não houve comprovação dos específicos prejuízos financeiros suportados com o andamento anormal da obra, além da suposta captação de recursos no mercado financeiro, razão pela qual entendo que esses custos adicionais se constituem em remuneração da mora da CHESF.

Ainda que se alegue que as faturas de correção monetária tinham por escopo simplesmente recompor o poder aquisitivo da moeda, infere-se que seu pagamento se consubstancia em mais uma das formas de compensação que a CHESF adotou para minorar os prejuízos decorrentes do atraso no adimplemento das faturas. Além disso, como mencionado pela autora na petição inicial da AD nº 00188006131-7 (fl. 379), os bancos repassam aos mutuários o custo de captação de recursos no mercado financeiro incluindo a correção monetária, de modo que tais faturas de correção monetária devem ser computadas na apuração dos valores pagos pela CHESF para compensar seu atraso.

Assim, se a MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A pretende obter o ressarcimento do prejuízo que obteve com o pagamento a destempo das faturas do contrato, todo e qualquer valor pago pela devedora referente à mora deve ser computado para apurar eventual ressarcimento ainda devido, já que todos os pagamentos (correção monetária, juros de mora, indenização pelo andamento anormal da obra) e benefícios tiveram por escopo remunerar a demora no adimplemento das faturas.

MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A X União Federal:
À fl. 1823, foi admitida a intervenção da União na presente lide, na condição de assistente, conforme previ-

são do art. 50 do CPC e do art. 5º¹⁹ da Lei nº 9.469/97. Resta analisar os efeitos causados à União pela sentença proferida neste processo.

Conquanto parte da relação jurídica processual, “o assistente não integra a situação de direito material objeto do processo. Não será atingido diretamente pelo comando da sentença. Mas, como tem interesse jurídico no resultado do processo, atua como parte processual, auxiliando a parte principal, com os mesmos poderes e ônus a ela inerentes²⁰”.

Os efeitos da sentença atingem o assistente sob a forma de proibição da discussão em outro feito da justiça da decisão, salvo as exceções previstas no art. 55 do CPC. Desse modo, “o assistente não poderá, em processo futuro, rediscutir os motivos de fato e de direito da sentença proferida entre assistido e parte contrária. Salvo, é claro, se alegar e provar a má gestão processual (*exceptio male gestis processus*) (...)”²¹”.

No caso em tela, ainda que a decisão transitada em julgado proferida na AD nº 00188006131-7 não cause efeitos diretos sobre a União, em razão dos limites subjetivos da coisa julgada emanada de processo do qual não foi parte, não se pode olvidar as conseqüências que o acolhimento do pleito autoral na ação condenatória causarão ao ente federal, em razão de ser acionista majoritário da CHESF e por tratar a espécie de sociedade

¹⁹ Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou réus, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Código de Processo Civil Interpretado. 1ª edição. Editora Atlas. São Paulo: 2004. p. 160.

²¹ NERY, Nelson Jr. e Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 237.

de economia mista concessionária de serviço público (energia elétrica).

Entretanto, nesta ação ordinária, em que figura a União Federal como assistente, os efeitos da decisão proferida no feito lhe atingem na forma do art. 55 do CPC, sem olvidar os efeitos práticos do decisório em razão da sua condição de acionista majoritária da CHESF, que ostenta o caráter de sociedade de economia mista (entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertencem em sua maioria à União ou a entidade da Administração indireta).

Tal questão, em meu sentir, deve ser analisada à luz da Lei das Sociedades Anônimas, Lei nº 6.404/76, que prevê a limitação da responsabilidade dos sócios ou acionistas ao preço de emissão (e à realização) das ações subscritas ou adquiridas. Cumpre salientar que o art. 242 da Lei nº 6.404/76, que estabelecia que “as sociedades de economia mista não estão sujeitas a falência mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações”, foi revogado pela Lei nº 10.303/2001.

Desse modo, resta analisar a possibilidade de a União Federal, na qualidade de concedente do serviço de energia elétrica e não como acionista majoritário da CHESF, responder pelo débito ora discutido. Sobre o assunto, colho as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Pode dar-se o fato de o concessionário responsável por comportamento danoso vir a encontrar-se em situação de insolvência. Uma vez que exercia atividade estatal, conquanto por sua conta e risco, poderá ter lesado terceiros por força do próprio exercício da atividade que o Estado lhe pôs em mãos. Isto é, os prejuízos que causar poderão ter derivado diretamente do exercício de um poder cuja utilização só lhe foi possível por investidora estatal. Neste caso, parece indubitável que o Estado terá que arcar com os ônus daí provenientes. Pode-se, então, falar em responsabilidade subsidiária (não solidária) existente em certos casos, isto é, naqueles – como se expôs – em que os gravames suportados por terceiros hajam procedido do exercício, pelo concessionário,

de uma atividade que envolveu poderes especificamente do Estado. É razoável, então, concluir que os danos resultantes da atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço, ainda que realizado de modo falto, acarretam, no caso de insolvência do concessionário, responsabilidade subsidiária do poder concedente. (...) Já os prejuízos de terceiros oriundos de comportamentos do concessionário alheios à própria prestação do serviço – ainda que assumidos a fim de se instrumentalizar para a prestação dele – não são suportáveis pelo concedente em caso de insolvência do concessionário. Quem contrata ou se relaciona com este, tanto como em suas relações com qualquer outra pessoa, deve acautelar-se com respeito às condições de solvência da outra parte. Não pode, em suma, contar antecipadamente com que o Estado respalde economicamente o concessionário, pois tal não se dá. (...) Em face do que se expôs, é preciso considerar a posição dos credores diante da falência de concessionários, pois, conforme visto, por ocorrência dela opera-se em favor do concedente a reversão dos bens aplicados ao serviço. Já por força da reversão, já por força do princípio da continuidade do serviço público – que, aliás, estriba a necessidade de reversão –, fica perceptível a todas as luzes que os credores não se poderiam saciar no acervo requerido para a prestação do serviço (...) Então, desde logo, concorrem aos bens da concessionária não afetados à prestação do serviço, pois no que a estes concerne é estranho o poder concedente. Outrossim, consoante já visto, o concedente assumirá responsabilidade subsidiária integral pelos prejuízos resultantes da própria execução do serviço. Põem-se, agora, em pauta tão-só os créditos estranhos à hipótese acima aludida. A solução, no que a estes concerne, será o Estado responder até o montante do valor dos bens revertidos, porquanto, graças à reversão, assumiu para si o acerto que seria garante dos credores²². – grifei

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 12ª edição. Editora Malheiros. São Paulo: 2000. PP. 647/648.

Entendo que a sentença ora proferida causa efeitos diretos à União Federal na forma do art. 55 do CPC e, reflexivamente, traz efeitos econômicos decorrentes da sua condição de acionista majoritária da CHESF (a ser aplicada a regra da responsabilidade prevista na Lei nº 6.404/76) e de ente concedente do serviço público prestado pela CHESF. Nesse passo, cabe à CHESF, ente dotado de personalidade jurídica e patrimônio próprios, responder pelo valor que lhe é ora imputado e, apenas após esgotadas as possibilidades de execução de seu patrimônio (sem envolver os bens diretamente afetos à prestação do serviço público) e a responsabilidade de seus acionistas, é que se poderá atribuir responsabilidade subsidiária à União Federal e, ainda assim, limitada ao montante dos bens afetados à prestação dos serviços públicos que forem revertidos.

III. Dispositivo:

Do exposto, julgo parcialmente procedente o pleito autoral e extingo o feito com resolução do mérito (art. 269, I, do CPC) para condenar a CHESF a pagar à autora o valor referente aos juros de mercado e encargos financeiros incidentes sobre o valor despendido no financiamento das faturas dos contratos CT-I-227.280 e CT-I-227.281, até seu efetivo pagamento, da seguinte forma:

- 1) As faturas em atraso deverão sofrer a incidência dos juros simples individualmente, entre a data do vencimento (estabelecida nos contratos CT-I-227.280 e CT-I-227.281) e seu efetivo pagamento, com aplicação do índice que reflita, na época específica, a menor remuneração das formas de captação de recursos adotadas pela MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A por ocasião do financiamento de cada parcela da obra.
- 2) Para o cálculo do referido índice, deve-se apurar, em relação a cada fatura e seu período de atraso, as formas adotadas pela autora para captar recursos no mercado financeiro e aferir qual a menos onerosa para a empresa, identificando, assim, o mercado do qual deverá ser obtido o custo da captação dos recursos.
- 3) A incidência dos juros de mercado e dos encargos financeiros está limitada ao pagamento individualizado de cada fatura. Ou seja, é devida a incidência da taxa apurada no item 2 sobre o valor da fatura vencida e não paga apenas no período que mediar entre a data de vencimento

da fatura estabelecida nos contratos CT-I-227.280 e CT-I-227.281 e seu efetivo pagamento²³.

4) Os valores referentes aos juros de mercado e aos encargos financeiros de cada fatura paga em atraso – calculados na forma do item 3 – devem sofrer a incidência exclusiva de atualização monetária, na forma do Manual de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal, a partir do pagamento de cada fatura pela CHESF até a citação da ré nesta ação, quando deverão incidir a atualização monetária e os juros de mora, desde a citação, no percentual mensal de 0,5% (meio por cento) até a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), quando o percentual deverá ser de 1,0% (um por cento)²⁴.

5) Apurado o crédito da autora na forma dos itens acima, deve haver abatimento dos benefícios auferidos pela acionante por meio de:

- Incidência de correção monetária e de juros de mora (capitalizados) de 1% (um por cento), ao mês de atraso de pagamento;
- Indenização pelos custos adicionais decorrentes do andamento anormal da obra;
- Eliminação de carência para o cálculo da correção monetária e para os vencimentos das faturas de correção monetária;
- Atualização dos valores das faturas de correção monetária (“correção da correção”) que tenham sido pagas com atraso pelo valor histórico;
- Alteração do período de reajustamento de preços contratados e
- Reajustamento dos preços complementares com base no IGP-DI/FGV, entre a data de apresentação da fatura até o vencimento (30 dias), e correção monetária desses valores pela OTN.

²³ A data de vencimento deve levar em conta o prazo de tolerância para a emissão da fatura e de tolerância para pagamento.

²⁴ Os juros de mora incidem desde a citação inicial, à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, à luz dos art. 219 do CPC e art. 1.062 do Código Civil de 1916. A partir da vigência do novo Código Civil, Lei nº 10.406/2002, deverão ser computados nos termos do art. 406 desse diploma, à razão de 1% (um por cento) ao mês.

6) Os benefícios mencionados no item 5 também deverão ser atualizados monetariamente na forma do Manual de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal, desde quando trouxeram acréscimos patrimoniais à autora.

7) Calculado o crédito na forma dos itens 1 a 4, deverão ser abatidos os valores mencionados no item 5, atualizados monetariamente na forma do item 6, encontrando-se assim o montante devido à MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A.

No tocante à União Federal, entendo que esta sentença lhe trará os efeitos diretos previstos no art. 55 do CPC e indiretos decorrentes de sua condição de acionista majoritária da CHESF e de poder concedente do serviço de energia elétrica, conforme exposto na fundamentação deste decisório.

Em razão da sucumbência recíproca da MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A e da CHESF, condeno-as no rateio das custas processuais e dos honorários periciais, devendo cada parte arcar com os honorários de seu patrono (art. 21²⁵ do CPC). A parte assistente também deverá custear os honorários de seu advogado.

Advirto às partes e aos seus patronos que a aposição de grifos em peças processuais é vedada e, caso haja repetição de tal irregularidade, haverá comunicação de sua prática à Seccional da OAB, sem prejuízo das sanções processuais.

Indefiro, até que os autos sejam reparados pela Secretaria do Juízo, a retirada deste processo para cópia, considerando que há páginas do feito soltas e colocadas fora da ordem numérica. Assim, permito apenas que as partes retirem o processo da Secretaria – sem encaminhá-los ao setor de fotocópia – e a concessão de cópias da sentença às partes que desejarem.

Sentença não sujeita ao reexame necessário. Publique-se. Registre-se. Intimem-se as partes autora e ré, a assistente (União Federal) e o Ministério Público Federal.

²⁵ Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

A Mendes Júnior, então, opôs embargos de declaração, com pedido de efeitos modificativos (fls. 3537/3556).

A CHESF, de igual modo, opôs embargos de declaração (fls. 3560/3563).

Impugnações aos embargos de declaração apresentadas pelas correspondentes embargadas: a autora, às fls. 3573/3581; a CHESF, às fls. 3588/3592. Essa última, inclusive, asseverou que, numa estimativa, o suposto crédito de que se diria titular a autora, poderia alcançar, em valores de abril de 2008, o importe de **R\$ 1.023.039.496.754,15**.

O BANESPA peticionou, defendendo os embargos de declaração da autora (fls. 3583/8586).

A UNIÃO também apresentou contrarrazões aos embargos declaratórios opostos pela autora (fls. 3596/3601), bem como, de seu turno, manejou, ela própria, declaratórios (fls. 3603/3608).

O MPF também aviou embargos de declaração (fls. 3612/3613).

Intimação da parte embargada a se pronunciar sobre os recursos opostos pela UNIÃO e MPF (fl. 3615).

Apresentadas respostas pela autora às fls. 3617/3624 e pelo BANESPA às fls. 3713/3718.

A UNIÃO se pronunciou sobre os embargos de declaração do MPF, segundo petição de fls. 3722/3724.

O BANESPA passou a se chamar BANCO SANTANDER S/A, a teor da petição de fls. 3727/3728.

A MM. Juíza Federal *a quo* julgou os embargos de declaração, nos termos da sentença que se transcreve na inteireza:

Vistos etc

A MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A, a COMPANHIA HIDROELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO, a UNIÃO FEDERAL e o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL opõem embargos de declaração contra a sentença de fls. 3506/3529, no afã de que sejam concedidos efeitos infringentes aos aclaratórios, nos moldes explicitados em suas petições.

Requer a Construtora seja sanada a contradição consubstanciada na alteração da “condenação pronunciada pela coisa julgada material, reduzindo gravemente sua extensão”, pois “a condenação não é em pagamento de juros sobre faturas atrasadas, mas em indenização por todos os encargos financeiros suportados com base em financiamentos tomados durante o período de atraso”. Alega, ainda, existir omissão no decisório, em razão da suposta desconsideração do laudo pericial e erro material relativo à menção a equivocados números de contratos na sentença. A CHESF, às fls. 3560/3563, requer seja esclarecida a sentença ora embargada de modo que “o acréscimo de juros de mora só possa ocorrer sobre a diferença entre o que foi apurado como crédito da Mendes Júnior, em decorrência do atraso, de um lado; e o valor pago pela CHESF, como compensação financeira pelo mesmo atraso, de outro”. Almeja, ainda, que as faturas de correção monetária e quaisquer outros pagamentos a título de adiantamento para quitação de créditos da Construtora sejam considerados na apuração de eventual valor devido à MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A.

A União Federal pleiteia a solução de obscuridades da sentença referentes à incidência de juros de mora, em especial, a partir da citação, e aos valores que poderão ser abatidos do crédito da MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A. Às fls. 3612/3613v., o Ministério Público Federal opõe embargos de declaração ao argumento de existir contradição na sentença guerreada, pois, “a despeito de esse MM. Juízo ter, acertadamente, reconhecido que não restou provado pela Mendes Júnior a captação de recursos no mercado financeiro para custeio das obras diante de eventuais atrasos nos pagamentos das faturas, condenou a CHESF a pagar àquela ‘valor referente aos juros de mercado e encargos financeiros incidentes sobre o valor despendido no financiamento das faturas’”.

Manifestações sobre os embargos (fls. 3573/3581, 3583/3586, 3588/3592, 3596/3601, 3617/3624, 3713/3718 e 3722/3724).

Vieram-me os autos conclusos. É o relatório. Fundamento e decido.

Por existirem quatro embargos de declaração interpostos pelas partes com argumentos diferentes, passo a analisá-los em separado:

MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A:

Alega a MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A existir contradição no decisório, ao interpretar o acórdão transitado em julgado no processo nº 00188006131-7, bem como omissão na falta de acolhimento do laudo do juízo e erro material na menção equivocada a números que não se referem aos contratos de fato ajustados.

De efeito, a decisão judicial transitada em julgado na AD nº 00188006131-7 declarou “a existência de uma relação de crédito da MENDES JÚNIOR contra a CHESF e que lhe assegure ressarcimento completo e atualizado dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros, decorrentes do financiamento da obra de Itaparica e, obtidos ante a falta de pagamento, por parte da recorrida, na oportunidade contratual própria”.

Nesta ação ordinária, foi preciso esmiuçar o conteúdo de tal decisório, em especial, os juros de mercado e os encargos financeiros mencionados no acórdão. A sentença por mim proferida às fls. 3506/3629 assim esclareceu:

- (...) Cumpre adequar o comando sentencial transitado em julgado na AD nº 00188006131-7 ao caso concreto, apurando-se a forma de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, à luz do estabelecido no pacto e na decisão transitada em julgado na aludida AD, sem perder de vista a(s) fonte(s) de captação de recursos utilizadas pela autora no período de atraso de pagamento pela CHESF.

Penso que apenas quando ocorrer a perfeita identificação entre o valor pago pela Mendes Júnior relativo a gastos da obra de Itaparica e o valor captado no mercado financeiro para honrar esse pagamento é que se pode mensurar o valor dos encargos suportados pela empresa, pois juro de mercado deve ser entendido como aquele que foi efetivamente pago pela Mendes Júnior no financiamento eventualmente realizado, para suporte financeiro à obra de Itaparica em decorrência dos atrasos de pagamento da CHESF.

É certo que a MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A “tem direito à manutenção da denominada equação econômico-financeira do contrato, ou seja, que a relação inicialmente estabelecida entre encargos e a retribuição devida

pela Administração contratante, deve permanecer a mesma durante toda a execução do contrato²⁶". Entretanto, em meu sentir, não merece prosperar a alegação da Construtora de que a CHESF deve recompor todo e qualquer prejuízo sofrido com o atraso no pagamento das faturas, sem a individualização e a especificação dos contratos de financiamento tomados à época para o financiamento da obra.

Esclareci na sentença embargada a forma de apuração dos juros de mercado e encargos financeiros, sem que remanesça qualquer contradição com a decisão transitada em julgado na AD nº 00188006131-7, que não explicitou ou especificou que taxas de juros de mercado e encargos financeiros deveriam ser aplicadas, veja-se:

- (...) O dispositivo transitado em julgado na AD nº 00188006131-7 assegurou à autora a existência de uma relação de crédito contra a CHESF que lhe assegure ressarcimento completo e atualizado dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros, decorrentes de financiamento da obra de ITAPARICA e, obtidos ante a falta de pagamento, por parte da recorrida, na oportunidade contratual própria. Em outras palavras, é devido o pagamento dos juros de mercado e dos encargos financeiros captados e empregados pela autora exclusivamente para o financiamento da Obra de Itaparica e não sobre qualquer valor que tenha sido obtido pela empresa no mercado financeiro, mormente porque restou evidenciado na perícia que a acionante investiu em outras atividades econômicas.

Assim, é preciso apurar individualmente os recursos apurados no mercado financeiro pela MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A para a obra da Usina de Itaparica e a alocação específica dos aludidos recursos obtidos nesta construção.

Neste feito, não houve comprovação detalhada da aplicação dos recursos financeiros que a MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A alega que captou no mercado financeiro na construção da Usina de Itaparica (fato ratificado

²⁶ Excerto do voto do Desembargador Itamar Pereira, p. 207.

pelo perito e pelos assistentes técnicos), de modo que se mostra incabível a incidência imediata dos juros dos contratos de financiamento de capital de giro firmados pela autora para apurar o valor a ser ressarcido nesta ação, eis que a decisão judicial transitada em julgado em prol da acionante assegurou o ressarcimento do prejuízo efetivamente (e não supostamente) sofrido com o financiamento de Itaparica, em razão do atraso pela CHESF.

Ainda que alegue a MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A ter aplicado recursos obtidos com financiamentos para capital de giro captados no mercado financeiro no custeio da Usina de Itaparica, até o pagamento das faturas pela CHESF, a não comprovação da alocação específica dos recursos dos contratos de financiamento de capital de giro no custeio da obra de Itaparica impede a incidência imediata das taxas de juros de tais financiamentos no caso em tela, sob pena de violação do comando sentencial da AD nº 00188006131-7.

A captação de empréstimos pela autora para capital de giro no mercado financeiro não induz necessariamente à conclusão de que os recursos auferidos nesses financiamentos foram empregados com exclusividade na construção da Usina de Itaparica, vez que poderia ter sido aplicado capital próprio – que se apurou deter a construtora – mesclado com recursos de terceiros, ou cada um individualmente (...).

De outro lado, o fato de o acórdão transitado em julgado na AD nº 00188006131-7 não ter feito referência expressa aos juros de mercado aplicáveis ou à limitação temporal de sua incidência não impede que a sentença confira interpretação consentânea com a realidade do caso.

Ora, seria ilógico exigir o ressarcimento dos alegados juros de mercado e encargos financeiros em índices diversos aos captados ou por período superior ao da dívida contraída pela MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A, mormente até os dias atuais, se não mais persiste o inadimplemento que deu causa à busca dos financiamentos, eis que a CHESF pagou as faturas da obra de Itaparica, ainda que com atraso.

Assim, entendo que configuraria enriquecimento ilícito da construtora o pagamento até hoje dos juros de mercado

que alega terem recaído nos financiamentos contraídos, se a CHESF quitou as faturas que deram ensejo aos contratos, não mais restando em mora em relação a tais valores. Ademais, saliento inexistir qualquer prova de quais contratos de empréstimo com o mesmo desiderato (financiamento da obra de Itaparica) estão vigentes atualmente, sendo temerário permitir a incidência de juros de mora desde a contração da dívida até os dias correntes.

Ao meu sentir, em hipótese alguma, os juros de mercado deveriam ser cobrados da CHESF sem qualquer limitação temporal, se essa empresa quitou as faturas devidas à MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A, mesmo que intempestivamente. É certo que a mora da CHESF não pode prejudicar a construtora, mas essa empresa foi ressarcida com as faturas de correção monetária, bem como contemplada com a incidência de juros de acordo com o preconizado com a sentença deste processo, configurando excesso a cobrança de juros de mercado e encargos financeiros sem qualquer limitação temporal.

Esclarece a sentença embargada que:

- (...) Pagas as faturas, não mais fluem juros de mercado e encargos financeiros sobre os juros de mercado e encargos financeiros devidos (a partir do pagamento de cada fatura), mas apenas atualização monetária, eis que a CHESF não mais está em mora em relação ao pagamento das faturas das obras, mas em mora no tocante ao pagamento dos encargos do atraso do adimplemento de tais faturas (que não mais gerarão juros de mercado).

O ressarcimento completo da empresa dos prejuízos que obteve é feito mediante o pagamento integral do valor devido referente às faturas do contrato, bem como dos juros de mercado incidentes à época (se, de fato, aplicados nos empréstimos contraídos para a construção da Hidrelétrica), sem incluir juros de mercado até hoje, sob pena de violar o comando judicial transitado em julgado da AD nº 00188006131-7, com o pagamento de valores bem superiores aos devidos.

No que toca à suposta omissão quanto ao acolhimento do laudo pericial oficial, saliento que o Magistrado não está adstrito às considerações do experto contratado pelo Juízo, ainda que supostamente equidistante entre as partes,

podendo formar sua convicção com base em outros elementos ou fatos evidenciados nos autos, o que ocorreu no caso em comento.

De efeito, “a livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual²⁷”.

In casu, meu convencimento (excessivamente fundamentado na decisão ora embargada) foi formado com base na extensa documentação juntada aos autos por ambas as partes e pelos laudos técnicos elaborados pelo perito do Juízo e pelos assistentes técnicos, sem que qualquer deles tenha sido chancelado na íntegra, mas apenas algumas considerações foram utilizadas, quando embasadas nas demais provas dos autos.

Além disso, o fato de não ter sido acolhido na integralidade o laudo pericial não implica “golpeamento do patrimônio de uma grande empresa de engenharia pela arbitrariedade do regime militar vigente à época dos atrasos (quando a impunidade se escondia atrás da farda) (*sic*)”, pois as informações prestadas pelo experto do juízo se mostram insuficientes para a formação do meu convencimento na causa, já que entendo ser essencial a comprovação da existência de contratos de financiamento, à época da obra de Itaparica e com essa finalidade, para a apuração dos juros de mercado e encargos devidos.

Nesse sentido, transcrevo as considerações do perito de fls. 2204/2209, *in verbis*:

- (...) no período de atraso a Autora estava no mercado financeiro, tomando recursos para Capital de Giro, entretanto o perito não pode afirmar que foram para o AHE de Itaparica, por não haver evidência nos contratos nesse sentido e registros segregados na contabilidade” e que “não é possível a partir da análise dos registros contábeis da Mendes Júnior, afirmar ter ela captado, nos períodos que ocorreram atrasos no pagamento das faturas, recursos no mercado financeiro, especificamente para o financiamento da obra de Itaparica. – grifei

²⁷ STJ, REsp 7.870/SP, 4ªT., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 3/2/1992.

Trago à colação, ainda, parágrafo da sentença embargada que traz argumentos contra o acolhimento integral do laudo do perito do Juízo:

- (...) Com base nesse posicionamento, não seria possível acolher os cálculos efetuados pelo perito do Juízo, eis que esse definiu os juros de mercado como a média das taxas médias de juros de operações de capital de giro e das realizadas na forma da Resolução CMN 63, sem que restasse demonstrado que os recursos empregados pela MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A na obra de Itaparica decorreram diretamente de tais financiamentos. Sem grifos no original

Ora, verifico que a construtora embargante pretende rediscutir a matéria já decidida na sentença de fls. 3506/3529, muito embora não seja possível em sede de aclaratórios o re julgamento da matéria, cuja ocasião oportuna é a apelação.

De efeito, à luz dos arts. 535 e seguintes do CPC, os embargos de declaração têm por escopo esclarecer decisão obscura ou contraditória e/ou integrar o decisório eivado de omissão. Conforme esclarece Alexandre Freitas Câmara²⁸:

- (...) nos embargos de declaração destinados ao esclarecimento de decisão obscura ou contraditória não se quer que o juízo redecida, mas que reexprima o decidido. Em outros termos, tratando-se de decisão obscura ou contraditória, o que se pretende com os embargos de declaração é que o juízo dê outra redação ao provimento recorrido, mantendo-se, porém, o conteúdo da decisão. – realcei

No caso em tela, a pretexto de corrigir contradição no julgado, pretende a MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A nova análise pelo Juízo acerca do caso, com redecisão da matéria, o que é vedado em sede de embargos de declaração. Assim, rejeito os embargos de declaração da MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A no tocante às alegações

²⁸ CÂMARA, Alexandra Freitas. Lições de Direito Processual. 7ª edição. Editora *Lumen Juris*. Rio de Janeiro. 2003. p. 117.

de contradição e omissão na sentença.

Acolho a alegação de existência de erro material e determino sua correção, para que sejam considerados nas sentenças os contratos nº CT-I-227.280 e nº CT-I-227.281, desconsiderando outros contratos eventualmente mencionados.

CHESF e UNIÃO FEDERAL:

Colimam a CHESF e a União o esclarecimento do julgamento no tocante ao valor sobre o qual os juros de mora deverão incidir e ao montante passível de compensação em seu favor.

A sentença ora embargada, ao julgar parcialmente procedente o pedido autoral, determinou que o montante devido à parte ativa deve ser apurado do seguinte modo:

- 1) As faturas em atraso deverão sofrer a incidência dos juros simples individualmente, entre a data do vencimento (estabelecida nos contratos CT-I-227.280 e CT-I-227.281) e seu efetivo pagamento, com aplicação do índice que reflita, na época específica, a menor remuneração das formas de captação de recursos adotadas pela MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A por ocasião do financiamento de cada parcela da obra. (...).

Entendo que o item 1 se refere aos juros de mercado e encargos, que serão aplicados até o pagamento pela CHESF do valor em atraso, e, caso remanesça dívida (o montante pago não foi suficiente para cobrir os juros e o valor principal atualizado monetariamente), os aludidos juros permanecerão incidindo sobre a diferença.

A alínea 1 do dispositivo sentencial determinou a aplicação dos juros simples individualmente entre a data do vencimento do contrato (eis que, nesta data, não houve pagamento das faturas pela CHESF, se houve, não há incidência de juros) e o efetivo pagamento pela CHESF.

O item 3 estabelece que “a incidência dos juros de mercado e dos encargos financeiros está limitada ao pagamento individualizado de cada fatura. Ou seja, é devida a incidência da taxa apurada no item 2 sobre o valor da fatura vencida e não paga apenas no período que mediar entre a data de vencimento da fatura estabelecida nos contratos CT-I-227.280 e CT-I-227.281 e seu efetivo paga-

mento²⁹. Sem grifos no original

Não se trata de incidência de juros de mora processual, mas juros de mora contratual, que devem recair sobre o valor devido e não pago, até a integralização do pagamento, na forma dos itens que compõem o dispositivo da sentença.

De outro lado, os juros de mora devem incidir apenas sobre eventual diferença do crédito da MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A e o valor pago pela CHESF, realizadas as compensações determinadas na sentença (alínea 5), e a partir da citação, no percentual determinado no item 4 do dispositivo:

4) Os valores referentes aos juros de mercado e aos encargos financeiros de cada fatura paga em atraso – calculados na forma do item 3 – devem sofrer a incidência exclusiva de atualização monetária, na forma do Manual de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal, a partir do pagamento de cada fatura pela CHESF até a citação da ré nesta ação, quando deverão incidir a atualização monetária e os juros de mora, desde a citação, no percentual mensal de 0,5% (meio por cento) até a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), quando o percentual deverá ser de 1,0% (um por cento)³⁰.

Assim, os juros de mora mencionados no item 4 apenas incidirão sobre os valores porventura devidos à MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A, apurados na forma das alíneas 1 a 3, ou seja, após o abatimento dos créditos da MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A com todos os valores pagos pela CHESF e que sejam comprovados em liquidação de sentença.

O item 5 trouxe rol exemplificativo dos pagamentos que

²⁹ A data de vencimento deve levar em conta o prazo de tolerância para a emissão da fatura e de tolerância para pagamento.

³⁰ Os juros de mora incidem desde a citação inicial, à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, à luz dos art. 219 do CPC e art. 1.062 do Código Civil de 1916. A partir da vigência do novo Código Civil, Lei nº 10.406/2002, deverão ser computados nos termos do art. 406 desse diploma, à razão de 1% (um por cento) ao mês.

devem ser utilizados pela CHESF na compensação do valor devido à MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A, de modo que, na liquidação de sentença, incumbe à CHESF trazer todos os comprovantes de pagamento à construtora de que dispõe, independente da nomenclatura, para que sejam utilizados na realização do cálculo explicitado no dispositivo da sentença de fls. 3506/3259.

Nesse passo, acolho os embargos de declaração da CHESF e da UNIÃO FEDERAL para aclarar o dispositivo sentencial e esclarecer que os juros de mora devem incidir apenas sobre eventual diferença do crédito da MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A e o valor pago pela CHESF, realizadas as compensações determinadas na sentença, e a partir da citação, no percentual determinado no item 4 do dispositivo, e que devem ser utilizados na compensação dos valores já pagos pela CHESF todos os pagamentos efetuados para a obra de Itaparica, no período, independente da denominação específica que lhes foi dada.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL:

Invoca o MPF haver contradição na sentença embargada, pois, “a despeito de esse MM. Juízo ter, acertadamente, reconhecido que não restou provado pela Mendes Júnior captação de recursos no mercado financeiro para custeio das obras diante de eventuais atrasos nos pagamentos das faturas, condenou a CHESF a pagar àquela ‘valor referente aos juros de mercado e encargos financeiros incidentes sobre o valor despendido no financiamento das faturas’”.

Penso não merecer guarida tal alegação.

Conforme restou esclarecido na decisão ora discutida, o dispositivo transitado em julgado na AD nº 00188006131-7 declarou a existência de uma relação de crédito da MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A contra a CHESF que lhe assegure ressarcimento completo e atualizado dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros, decorrentes de financiamento da obra de ITAPARICA e, obtidos ante a falta de pagamento, por parte da recorrida, na oportunidade contratual própria. Ou seja:

- (...) é devido o pagamento dos juros de mercado e dos encargos financeiros captados e empregados pela autora exclusivamente para o financiamento da Obra de Ita-

parica e não sobre qualquer valor que tenha sido obtido pela empresa no mercado financeiro, mormente porque restou evidenciado na perícia que a acionante investiu em outras atividades econômicas. Assim, é preciso apurar individualmente os recursos apurados no mercado financeiro pela MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A para a obra da Usina de Itaparica e a alocação específica dos aludidos recursos obtidos nesta construção.

Desse modo, o fato de a empresa ter recursos próprios não exige a CHESF de ressarcir-la dos valores que empregou na obra em razão do atraso no pagamento das faturas, mas implica análise detida de que recursos especificamente foram usados na construção da usina hidrelétrica. E, ainda que não exista comprovação detalhada de que recursos foram utilizados no financiamento da obra de Itaparica, é possível apurar o conceito de juros de mercado com base na aplicação financeira menos rentável do período em que existe débito da CHESF³¹.

Entendo, assim, não haver contradição na sentença, eis que é devido o ressarcimento dos juros de mercado e dos encargos à MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A, porém não nos moldes nem com as taxas requeridas na planilha

³¹ Transcrevo excertos da sentença no ponto: “Se a MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A captou recursos no mercado financeiro em diversas fontes e, com parte de tais recursos, financiou a obra da Usina de Itaparica até o pagamento das faturas pela CHESF, não se pode presumir que o montante da aplicação financeira mais cara foi repassado para a obra. Na verdade, deveria a autora ter buscado recursos da forma menos custosa possível para financiar a obra, máxime considerando que o fez espontaneamente e sem prévia autorização da CHESF, não podendo essa empresa responder pelos financiamentos mais custosos requeridos pela autora. Além disso, é natural que se busque a operação financeira mais rentável que, em caso de financiamento, envolve a melhor forma de pagamento e as menores taxas de juros. Não se mostra legítimo repassar à CHESF o custo do financiamento mais elevado obtido pela MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A se essa empresa obteve recursos no mercado financeiro não apenas para o financiamento da obra, mas para aplicar em outras atividades econômicas, como o investimento em empresas no exterior e na siderurgia (inclusive mais custosas que as faturas da CHESF). Demais disso, inexistente comprovação da reversão dos recursos auferidos mais onerosamente para a obra da Hidroelétrica de Itaparica”. Sem grifos no original.

que acompanha a inicial. Rejeito, pois, os embargos do MPF.

Do exposto:

1) Rejeito os embargos de declaração da MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A, no tocante às alegações de contradição e omissão da sentença, mas acolho a alegação de existência de erro material e determino a correção da sentença de fls. 3506/3259 para fazer constar exclusivamente os contratos nº CT-I-227.280 e CT-I-227.281;

2) Acolho os embargos de declaração da CHESF e da UNIÃO FEDERAL para aclarar o dispositivo sentencial e esclarecer que os juros de mora processual devem incidir apenas sobre eventual diferença do crédito da MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A e o valor pago pela CHESF, realizadas as compensações determinadas na sentença, e a partir da citação, no percentual determinado no item 4 do dispositivo, e que devem ser utilizados na compensação dos valores já pagos pela CHESF todos os pagamentos efetuados para a obra de Itaparica, no período, independente da denominação específica que lhes foi dada, e

3) Rejeito os aclaratórios movidos pelo MPF.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se as partes autora e ré, a assistente (União Federal) e o Ministério Público Federal.

Na sequência, a **MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A interpôs apelação**, sustentando: a) a sentença teria violado a coisa julgada material, bem como se distanciado, sem respaldo técnico-jurídico, do laudo pericial, ao “condenar a CHESF a pagar ‘eventual’ saldo credor da Mendes Júnior, com as seguintes e improcedentes alterações:/(a) redefinição do crédito da CHESF como sendo o resultado do ‘valor referente aos juros de mercado e encargos financeiros incidentes sobre o valor despendido no financiamento das faturas dos contratos’, com a limitação da incidência dos juros e dos encargos ‘ao período de inadimplência da CHESF em relação a cada parcela individualmente’, depois de feita a compensação (abatimento) de ‘todos os pagamentos efetuados para a obra de Itaparica’ pela CHESF, ‘independentemente da denominação específica que lhe foi dada’, de tal sorte que, enfim, os ‘juros de mora processual devem incidir apenas sobre eventual diferença de crédito da MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A e o valor pago

pela CHESF’;/(b) aplicação do índice de juros e encargos que pudesse ter sido menos oneroso para a empresa”; b) “ao definir, claramente, o crédito da Mendes Júnior como sendo concernente à ‘remuneração de capital’, a precedente coisa julgada material, sem dúvida, conferiu (e confere) a esse crédito o caráter de indenização”; c) que teria havido ofensa aos arts. 467, 468, 471 e 474, do CPC; d) que deveriam ser consideradas as razões constantes de pareceres exarados por José Rogério Cruz e Tucci e Ada Pellegrini Grinover; e) que deveria ser considerada a “irreprochável consistência do conclusivo Laudo Pericial”, mormente quanto à “correta delimitação do objeto da perícia”, à “adequada metodologia” e aos “exatos elementos matemáticos, cálculos e índices aplicados no Laudo Pericial”; f) que, “dissociando-se das conclusões do laudo oficial e homenageando laudos parciais, francamente favoráveis a uma das partes, a sentença não apenas desprestigiou o perito judicial: mais do que isso, decidiu a lide com a perpetuação da incerteza do número da condenação, pois, à falta da utilização dos elementos técnicos de que dispunha, criou novos critérios de cálculo para a indenização, que permanece, portanto, ilíquida”; g) que estaria “completamente divorciada do adequado objeto da prova pericial, ante a delimitação enunciada pela precedente coisa julgada material, a especulação acerca da saúde financeira da Mendes Júnior, quando da execução das obras versadas na lide”; h) que estaria provado que o capital de giro da Mendes Júnior seria insuficiente à época; i) que “o registro contábil específico, em balanço ou nas chamadas demonstrações contábeis, não haveria de se inserir no objeto da perícia”; j) que o laudo pericial teria se alicerçado em todos os documentos necessários à plena produção conclusiva e inconcussa da prova técnica; k) que o pronunciamento dos analistas do MPF, ao qual se reportaria a sentença, não teria caráter conclusivo; l) que estaria configurado abuso de poder do ente estatal devedor, “mal disfarçado de ‘interesse público’, animado pelo vulto que tomou o efetivo crédito da Mendes Júnior, ante a incúria administrativa da CHESF”; m) que teriam sido violados os princípios constitucionais do resguardo à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/88), da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF/88) e da proteção à livre iniciativa e à propriedade privada (art. 5º, XXII, e 170, II, da CF/88), materializando-se abuso de poder e enriquecimento ilícito do ente estatal contratante.

A CHESF também interpôs recurso de apelação, sustentando: 1) que o STJ teria deixado clara, quando da análise da ação declaratória originária, “a exigência de que a suposta captação de recursos deveria ser provada pela empreiteira, em sua futura ação de cobrança”, bem como de que deveria ser provado qual o montante de encargos efetivamente pagos pelo financiamento da obra, além do que deveria ser demonstrada a captação de recursos especificamente para a obra de Itaparica; 2) que deveria ser considerado o parecer subscrito pelo professor Moniz de Aragão; 3) que, “quando propôs a ação de cobrança, já havia a empreiteira recebido todas as prestações pagas em atraso relativas às obras efetuadas, sem qualquer espécie de protesto ou reserva, com acréscimo de juros de mora de 1% [...] ao mês, capitalizados anualmente, além de correção monetária”, e tudo segundo o contrato subscrito entre as partes; 4) que a perícia oficial não teria seguido as decisões judiciais existentes, inclusive “admitindo que todo o valor do contrato houvesse sido obtido pela Mendes Júnior no mercado financeiro, desde a data de vencimento de cada fatura, até os dias presentes”; 5) que o perito oficial havia, contudo, declarado expressamente que não haveria prova de captação de recursos especificamente para o financiamento da obra telada; 6) que o valor do suposto crédito, em setembro/2008, poderia chegar a **R\$ 1.220.931.160.782,26**; 7) que, na sentença, o Juízo *a quo* teria reconhecido a inexistência de comprovação de captação de recursos no mercado financeiro para custear a obra, nos períodos em que teria havido eventuais atrasos de pagamento pela CHESF; 8) que a decisão judicial transitada em julgado na ação declaratória não autorizaria a sentença, como prolatada na ação de cobrança, ante a necessidade de produção de provas, inclusive quanto a terem sido tomados de empréstimo no mercado todos os valores aplicados, durante certo período, na obra, ao envio de tais valores à obra e à aplicação efetiva de tais valores na obra, para que, dessa captação de recursos, se superiores aos encargos pagos pela CHESF, por disposição contratual, encontrar-se algum valor.

Apresentadas contrarrazões ao recurso da CHESF pelo BANCO SANTANDER S/A (fls. 3851/3865) e pela autora (fls. 3867/3901).

A CHESF apresentou contrarrazões ao recurso da autora às fls. 3903/3938. O mesmo fez a União às fls. 3942/3957.

A UNIÃO interpôs apelação, defendendo a nulidade da ação declaratória, por ter sido processada no âmbito da Justiça Estadual, sem a participação da União, que teria interesse na demanda, desde o início, e do que decorreria a competência da Justiça Federal, segundo distribuição constitucional de competências. Asseverou sua condição de assistente e invocou o regramento do art. 55 do CPC, que lhe permitiria tecer considerações, no âmbito da ação de cobrança, sobre o postulado na ação declaratória, da qual não teria participado. Quanto à ação declaratória, disse que teria se configurado a prescrição quanto à pretensão nela deduzida, nos termos do art. 178, § 10, III, do CC vigente (“considerando que a execução do contrato remontava ao longínquo período de 1981 a 1986, já à data da propositura daquela, em 20 de dezembro de 1993”), bem como, no mérito, que não poderiam ter sido acatadas as razões da autora, por ausência de “sucedâneo normativo para o pedido de reconhecimento do dever jurídico de ressarcimento pela CHESF”, reiterando as várias manifestações nos autos apresentadas pela CHESF, bem como pelo Ministério Público, embaçadas nas normas contratuais e na legislação de regência. Saliêntou que, a despeito de eventual não acolhimento da alegação de nulidade da ação declaratória, não haveria como se manter o comando sentencial da ação de cobrança, que não teria observado os votos proferidos quando do julgamento do recurso especial pelo STJ, nos quais estaria consignada “a premência de que seja produzida prova de ter havido captação de recursos e de qual o montante dos encargos efetivamente pagos pelo financiamento da obra”. Teceu algumas linhas sobre os efeitos da coisa julgada na ação declaratória, segundo os arts. 4º e 468 do CPC, para concluir que “a procedência da demanda declaratória não implica necessariamente no acolhimento do pedido condenatório quando não atendidos os requisitos jurídicos específicos para esse fim”. Afirmou, ademais, que a autora não teria logrado demonstrar os prejuízos supostamente sofridos, o que lhe cabia segundo a regra do art. 333 do CPC, de tal sorte, inclusive, que “não há que se falar, no momento, na existência de crédito em favor da empresa, a justificar a habilitação, nestes autos, de seus credores”. Argumentou que incidiria, no caso, o art. 469, II, do CPC. Extraiu, então, a ilação de que, inexistindo prova, não haveria como se julgar procedente o pedido autoral. Acrescentou que “agarrar-se a critérios aritméti-

cos, em desamparo à coisa julgada [...], e sem os dados que comprovem a pretensão formulada, é exigir prestação jurisdicional que contraria os princípios regedores da atividade judicial, especialmente o da razoabilidade”, maculando o art. 1º, III, e o art. 5º, *caput*, incisos II, XXXV e LIV e § 2º, todos da CF/88. Finalmente, destacou que a sentença seria parcialmente nula (arts. 128 e 460 do CPC) por trazer julgamento *extra petita*, ao mencionar a responsabilidade da União, sem que as partes tivessem tratado desse aspecto, acolhendo “pedido diverso do deduzido pela autora da presente demanda, fundamentado em causa de pedir também diversa da alegada na inicial”.

A MENDES JÚNIOR e o BANCO SANTANDER S/A apresentaram contrarrazões ao recurso da União, às fls. 4049/4078 e 4083/4111.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL igualmente apelou, a teor das razões juntadas às fls. 4113/4132, nas quais trouxe à colação os argumentos deduzidos no opinativo anteriormente apresentado. Ao final, explicitou: “diante da ausência de prova sobre a efetiva captação de recursos no mercado financeiro por parte da Mendes Júnior, ônus que recai sobre a autora, nos termos do art. 333, I, do CPC [...], impõe-se a improcedência do pedido”.

Juntada de mandado de penhora no rosto dos autos (fls. 4135/4137).

A MENDES JÚNIOR trouxe as contrarrazões ao recurso do MPF (fls. 4140/), alegando, preliminarmente, a inadmissibilidade da apelação, ante a ilegitimidade recursal do *Parquet*. No mérito, pugnou pelo desprovimento do recurso.

O BANCO SANTANDER também coligiu contrarrazões à apelação do MPF (fls. 4184/4199), de igual modo afirmando a ilegitimidade recursal do *Parquet*.

Chegando os autos a esta Corte Regional, vieram-me conclusos por distribuição.

Determinei a ouvida do Ministério Público com atuação nesta instância, o que se verificou conforme parecer de fls. 4205/4223, no qual o *Parquet* se pronunciou pelo “conhecimento e provimento das apelações da CHESF, da União e do Ministério Público Fede-

ral, para, reformando a sentença recorrida, ter como inteiramente improcedente a pretensão ressarcitória delineada, na presente ação, pela autora, e, ainda, pelo conhecimento e desprovemento da apelação interposta pela Mendes Júnior Engenharia S/A”.

Inicialmente incluído em pauta de julgamento, o feito foi dela retirado, ante a necessidade de adoção de providências precedentes.

Considerando a relevância e a complexidade dos fatos discutidos, bem como a dimensão financeira do litígio, foi determinada a remessa dos autos ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Rogério Fialho, para fins de revisão, o que se efetivou.

Incluído em pauta de julgamento (25 de fevereiro de 2010).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI (Relator):

Trata-se de apelações interpostas contra sentença de parcial procedência de pedido de ressarcimento.

- 0 -

ESCLARECIMENTO INICIAL

Antes de adentrar no exame do feito propriamente dito, penso ser necessário fazer uma observação, para evitar qualquer posterior alegação acerca do assunto que segue tratado.

É certo que consta nos autos, à fl. 3746, substabelecimento, no qual advogado da MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A substabelece poderes aos advogados Flávio de Queiroz Bezerra Cavalcanti (meu irmão) e Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti (meu filho), cujos nomes, inclusive, passaram a constar tipograficamente (mas sem assinaturas de próprio punho, diga-se) nas petições apresentadas pela referida parte.

Ocorre que, consoante consta de fl. 4225, os referidos advogados, falando, inclusive, em nome do escritório pessoa jurídica, salientam que, a despeito de procurados pela empresa, não foram contratados e nem representam os interesses de quaisquer das

partes litigantes, não sendo, e não tendo sido, de quaisquer delas, mandatários.

Dei, assim, por resolvida a situação que se apresentava, no sentido de que os referidos advogados não estão a funcionar nos autos, despacho (fl. 4225) que foi, ressaltado-se, devidamente publicado (fl. 4226), sem qualquer insurgência por qualquer das partes.

Disso resultou a não configuração do meu impedimento para atuar como Relator deste processo.

De fato, não há que se falar em impedimento do Relator em vista de substabelecimento juntado aos autos, ainda em primeiro grau, com a outorga de poderes a advogados, que são parentes do Magistrado, se os mesmos vêm aos autos esclarecendo não terem sido contratados, nem representarem quaisquer das partes, não sendo mandatários de quaisquer dos litigantes.

Tenho, pois, por superada a questão, trazendo-a, agora, apenas em nome da completude da análise.

Sigo, então.

- I -

PRELIMINAR: (i)legitimidade recursal do Ministério Público Federal

Como se disse, são quatro as apelações a serem ora analisadas: 1. a da empresa MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A, 2. a da CHESF, 3. a da UNIÃO (que aporta a maior parte do capital da CHESF, sendo essa uma sociedade de economia mista federal concessionária de serviço público) e 4. a do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

A MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A e o BANCO SANTANDER S/A, esse na condição de assistente simples daquela, suscitaram a preliminar de ilegitimidade recursal do *Parquet*.

Não deve ser acolhida a preliminar.

Sobre o conceito de interesse público, a doutrina registra, dentre outras passagens, a seguinte:

Convém não esquecer que o Estado e as pessoas colectivas de direito público têm interesses próprios – da conser-

vação da sua economia interna, digamos assim. Esses não são interesses públicos, são interesses privados dessas pessoas. O interesse público é o que, respeitando a vida da colectividade e dela resultando, constitui um fim do Estado –, um objectivo exterior ao Estado, portanto, e que ele serve (CAETANO, Marcello. **Direito Administrativo**. 3. ed. rev. ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 1951. p. 167/168).

Entendo que o Ministério Público Federal é, sim, parte legítima para interpor recurso contra sentença de procedência parcial de pedido de ressarcimento, que supostamente poderia alcançar a estratosférica quantia de **mais de um trilhão de reais**, a ser desembolsada pelos cofres públicos federais (CHESF e União), com atingimento, por óbvio e de modo transbordante, da coletividade. Observe-se que o referido valor ultrapassa, em muito, toda a previsão de receita anual da União Federal e é bem superior a todo o patrimônio da CHESF. Em verdade, é de se dizer que o patrimônio total daquela sociedade de economia mista representa apenas 1% do *quantum* aqui pleiteado.

É clara a presença do interesse público que autoriza a atuação do *Parquet* em casos como o presente.

Sobre tal aspecto, veja-se como se manifestou o Ministério Público Federal, no âmbito do Recurso Especial nº 117525/PE, interposto contra o acórdão estadual exarado na ação de cobrança (fl. 1568 – destaque do original):

O Ministério Público Federal esclarece que pediu vista dos autos para manifestar-se sobre o recurso neles veiculado porque vislumbra *interesse público* na causa. Aliás, no julgamento do recurso especial interposto contra o acórdão proferido na precedente *ação declaratória*, tive oportunidade de ressaltar esta circunstância na sustentação oral que fiz em nome do *parquet* federal, conforme está documentado no voto proferido pelo Ministro **Antônio de Pádua Ribeiro** (fls. 224). O interesse público anteriormente noticiado revela-se, agora, ainda mais consistente, de modo que o Ministério Público comparece nos autos para defendê-lo, como é do seu dever.

Por fim, está a merecer registro a manifestação do Tribunal de

Contas da União, nos autos da Decisão 420/1999-Plenário, pela qual restou determinado (destacamos):

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 8.1. determinar à Secex/PE o acompanhamento da Ação Declaratória movida pela Mendes Júnior Engenharia S.A., pleiteando a declaração do direito da construtora ao ressarcimento completo e atualizado, pela Chesf, dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros em que teria incorrido a Mendes Júnior, em razão de ter sido obrigada a captar recursos no mercado financeiro para dar seqüência às obras de construção da Hidrelétrica de Itaparica, em conseqüência de atrasos da estatal no pagamento das faturas; 8.2. conhecer da presente Representação para determinar o arquivamento do processo, em razão de os atos irregulares nele verificados dizerem respeito a exercícios cujas contas foram julgadas pelo TCU há mais de cinco anos, com incidência, portanto, da preclusão quinquenal estabelecida no artigo 35 da Lei 8.443/92; e 8.3. **encaminhar cópia desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao interessado e ao Ministério Público Federal, para as providências que entender cabíveis.**

Pelo exposto, **rejeito a preliminar de ilegitimidade recursal do Ministério Público Federal**, admitindo o processamento do recurso por ele interposto.

Continuo.

- II -

PRELIMINAR: nulidade absoluta da decisão judicial exarada na ação declaratória e sua (não)repercussão na ação de cobrança

A invalidade absoluta do *decisum* exarado na ação declaratória é afirmada, especialmente pelo Ministério Público Federal, pelo fato daquela *actio* ter sido processada e julgada na Justiça Estadual, sem a intervenção da União, a despeito de sua qualidade de interessada direta no desate do litígio, do que decorreria o reconhecimento da competência da Justiça Federal e, pois, da incompetência absoluta do juízo processante.

Os argumentos nos quais se escudou o Ministério Público Federal, na defesa de sua tese, foram, fundamentalmente, os seguintes, em trechos extraídos do parecer exarado pela Procuradora da República, Dra. Luciana Marcelino Martins (fls. 3058/3071):

A autora promoveu, inicialmente, ação declaratória perante a Justiça Estadual, 'para o fim de declarar o direito da Autora ao ressarcimento completo e atualizado, pela CHESF, dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros em que incorreu a Autora e que foram decorrentes de financiamentos das obras a que foi obrigada' [...]. Em sede de recurso de apelação o Tribunal de Justiça de Pernambuco decidiu dar provimento ao recurso da Mendes Júnior 'para o fim de declarar a existência de uma relação de crédito da Apelante contra a Apelada, assegurando a vencedora o completo ressarcimento, com atualização dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros em decorrência do financiamento da construção da Usina Hidroelétrica de Itaparica, na forma requerida'.

Contudo, já no curso da presente ação condenatória, também ajuizada inicialmente perante a Justiça Estadual, decidiu o Superior Tribunal de Justiça ser a Justiça Federal a competente para conhecer e julgar o presente feito, em razão do interesse jurídico da União.

Em face de tal interesse, necessário se faz a análise quanto à existência e/ou validade da decisão proferida na ação declaratória que não contou com a participação da União, mesmo sendo indene de dúvida a existência de interesse jurídico de referida pessoa jurídica de direito público quanto à decisão naquele feito, porquanto seja a União Federal outorgante de concessão de energia elétrica, bem como ser a CHESF uma sociedade de economia mista com a participação acionária majoritária da União, pelo que, conforme reconhecido no recurso especial 117525/PE, 'se torna indiscutível o interesse jurídico do acionista majoritário em defender interesses da empresa e de resguardar o seu fortalecimento econômico e financeiro, garantindo sua sobrevivência'. E ainda em razão, também em consonância com a decisão do Superior Tribunal de Justiça no referido recurso, de que há a possibilidade de que a União possa vir a responder subsidiariamente quanto à condenação que visa o presente processo.

Ora, a ação declaratória transcorreu perante a Justiça Estadual e sem a participação da União. Vê-se, pois, ter sido a decisão proferida por juiz absolutamente incompetente, devendo-se analisar as conseqüências desses dois vícios.

Segundo ARRUDA ALVIM, uma vez não proposta a ação rescisória no prazo legal, o vício desaparecerá [...]

[...]

No entanto, há base legal e doutrinária para sustentar o contrário. É que não é possível que um fato jurídico seja nulo e, ao mesmo tempo, não o seja, *secundus eventus litis*. Ora, se há falta de pressuposto de validade do processo, impossível admitir-se venha a sentença a acobertar-se da coisa julgada material, já que a competência absoluta do órgão judicante é pressuposto de validade da relação jurídica processual.

Nesse sentido pode se extrair trecho de interessante lição de GALEANO LACERDA, que citando CARNELLUTI, conclui que o ato absolutamente nulo não está sujeito à condição constituída por evento que o sane [...]

[...]

Ensina ainda ROSENBERG que 'a coisa julgada material manifesta-se na normatividade de seu conteúdo, na normatividade do julgado sobre a conseqüência jurídica produzida em caso particular'. Mais adiante afirma, 'A essência da coisa julgada consiste, de acordo com sua finalidade, na exclusão de todo novo debate e resolução sobre a conseqüência jurídica declarada com autoridade de coisa julgada'.

Dessa forma, o julgado onde inexistente competência absoluta para imprimir conseqüência jurídica à solução da demanda, não ostenta a autoridade de coisa julgada material, pois a normatividade que daí emerge padece do vício da invalidade da relação processual.

No mesmo sentido ensina CHIOVENDA que 'É nula a sentença pronunciada por um juiz falto de jurisdição. Também ENRICO ALLORIO assevera prevalecer na doutrina italiana o ensinamento chiovendiano, expresso na norma do artigo 158 do Código peninsular, segundo o qual as hipóteses de nulidades concernentes aos pressupostos processuais são insanáveis e apreciáveis de ofício.

Tal entendimento é tão forte na doutrina italiana que a Corte de Cassação italiana, segundo dão notícia BATTAGLINI

e NOVELLI, tem entendido que a decisão proferida por juiz incompetente padece de vício insanável [...]

[...]

E a conseqüência desse vício insanável tem sido considerada pela referida Corte de inexistente – e não apenas nulo – o julgado onde se constata a incompetência absoluta do juízo, consoante se infere dos julgados abaixo, de que de dão notícia BATTAGLINI e NOVELLI [...]

[...]

Dessa forma, mesmo que não se veja a sentença emanada de juízo absolutamente incompetente como ato inexistente, mas, apenas, como ato irremediavelmente nulo, certo é, porém, não estar a coisa julgada formal, emanada de juiz absolutamente incompetente, submetida ao desfazimento, por via única, mediante ação rescisória.

As máculas da inexistência e da nulidade absoluta, diferentemente da nulidade relativa, devem ser declaradas de ofício e, se não o forem, podem erigir-se em motivo de defesa do executado. É esta a jurisprudência da Corte de Cassação italiana [...]

No Brasil, também, a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente é irremediavelmente nula e esta nulidade é insanável. Disso resulta óbvio, por igual, estar deferida à parte vencida a faculdade de, em sede de embargos à execução, insurgir-se contra o referido título executivo, também visceralmente nulo e, portanto, inexigível, conforme pode ser extraído do artigo 741 do Código de Processo Civil.

Há forte base doutrinária para se dizer que a sentença nula *ipso iuri*, ou seja, aquela onde a relação processual em que se apóia acha-se contaminada de igual vício, é ineficaz e inexecutável, independentemente de ação rescisória.

No caso dos autos, além da sentença na ação declaratória haver sido proferida por juiz absolutamente incompetente, a União, a qual, já demonstrou interesse jurídico na causa, não foi citada [...]

[...]

Dessa forma, diante dos argumentos expostos em sólida doutrina, entende o Ministério Público Federal que a sentença proferida na ação declaratória pela Justiça Estadual, onde não participou do processo a União, não tem qual-

quer validade, devendo ser declarada neste feito sua inexistência, ou caso não reconhecida a inexistência, seja declarada a nulidade absoluta.

Passo a analisar a preliminar.

Veja-se que o Supremo Tribunal Federal, há muito, pacificou a questão atinente à competência, quando se apresentasse como parte processual sociedade de economia mista, a teor de duas súmulas:

As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou oponente (Súmula 517, de 1969).

É competente a Justiça Comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista (Súmula 556, de 1976).

No mesmo sentido, a Súmula 42 do STJ:

Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento.

Além das súmulas, há precedentes recentes da Corte Suprema, impondo o reconhecimento da competência da Justiça Estadual, quando é parte sociedade de economia mista e não intervém no feito a União:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INGRESSO DA UNIÃO. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM.

1. A jurisprudência do Supremo é firme no sentido de que 'as sociedades de economia mista só têm foro na Justiça federal, quando a União intervém como assistente ou oponente' [Súmula 517].

2. **Não tendo a União requerido seu ingresso na causa para sustentar eventual interesse no feito, não há que se falar em incompetência da Justiça estadual para conhecer da demanda.** Daí a legitimidade do Ministério Público estadual para atuar na causa, não do Ministério Público Federal. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 400291 AgR, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Tur-

ma, j. em 24.06.2008, p. 15.08.2008 - negritos acrescidos)

Primeiramente, devo dizer que, na minha compreensão, o feito declaratório em tela, desde o início, tinha “pequenas” peculiaridades, que tornavam inadmissível o seu processamento sem a presença da União. Ora, com a admissão dessa pessoa jurídica de direito público federal no feito, por seu interesse na demanda, ter-se-ia o deslocamento da competência para a Justiça Federal, nos exatos termos do art. 109, I, da CF/88 (a Constituição Federal de 1967/69, vigente à época do ajuizamento da ação declaratória, tinha preceito símile, a teor do art. 125, I).

Veja-se, que a ação declaratória foi proposta pela MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A contra a CHESF, que é uma sociedade de economia mista federal. A maior acionista da CHESF é a União. De fato, é a União que aporta a maior parte do capital da CHESF. Ademais, a CHESF é concessionária de serviço público de particular relevância – dir-se-ia de caráter estratégico –, responsável pelas concessões de produção de energia elétrica nas usinas de Paulo Afonso I, II, III e IV, Sobradinho, Xingó, Boa Esperança, Itaparica, ou seja, praticamente por toda a produção de energia elétrica da Região Nordeste, e pelas concessões de transmissão de energia elétrica a partir dessas unidades produtivas.

É preciso dizer que, na ação declaratória, a CHESF, em sua contestação, afirmou a necessidade de presença da União (que deveria ser intimada a manifestar seu interesse em compor a lide) e, portanto, de encaminhamento dos autos à Justiça Federal, em vista, exatamente, da especificidade do processo, mas com isso não concordou o Julgador.

As alegações apresentadas pela empresa autora da ação declaratória e os interesses evidenciados na petição inicial daquela demanda, levando, inclusive, a crer que ensejariam posterior (uma vez satisfeita a pretensão declaratória) caminho na busca por um preceito condenatório, já permitiam uma aquilatação da possível repercussão econômica da postulação.

Eis que, ajuizada a ação de cobrança pela MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A, também perante a Justiça Estadual, exatamente com alegado lastro no julgado definitivo da ação declaratória,

reconheceu-se, judicialmente (no STJ), no âmbito da ação condenatória, a necessidade de participação da União no feito, como assistente (art. 50 do CPC), fazendo sair o processo da Justiça Estadual e destinando-o à Justiça Federal.

Essa necessidade é inequívoca, em vista, particularmente, da dimensão da reparação econômica postulada pela empresa autora (não se olvide, inclusive, atualmente, a letra do art. 5º da Lei nº 9.469/97: “Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais./Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes”).

Saliente-se, a propósito, que, sendo a CHESF concessionária de serviços públicos federais de produção e transmissão de energia elétrica, os bens inerentes a esses serviços são essencialmente impenhoráveis, dado o princípio da continuidade do serviço, situação em que restariam penhoráveis poucos bens, de valor insignificante, ante a magnitude da pretensão, redirecionando-se a execução para o ente público controlador. No caso: a União Federal.

Nessa linha de raciocínio acerca da presença da União, veja-se o que disse o Ministro José Delgado, quando teve a oportunidade de se debruçar sobre a questão – embora apenas nos autos da ação condenatória (fls. 1687/1688):

[...]

- a) a Cia. Hidroelétrica do São Francisco é uma Sociedade de Economia Mista, com participação acionária majoritária da União, pelo que se torna indiscutível o interesse jurídico do acionista majoritário em defender os interesses da empresa e de resguardar o seu fortalecimento econômico e financeiro, garantindo sua sobrevivência;
- b) a União Federal é outorgante de concessão de energia elétrica, bem como, do aproveitamento do curso de água

do Rio São Francisco [...];

c) embora seja a CHESF, pela sua qualidade de sociedade de economia mista com participação maior da União, responsável, com o seu patrimônio, pelas obrigações decorrentes dos negócios jurídicos assumidos e por imposições de sentenças judiciais, o que se tem 'defendido pela doutrina é a possibilidade de o Estado responder subsidiariamente quando se exonera o patrimônio da entidade [...].

[...]

Suficiente, portanto, o ambiente acima configurado para firmar o meu convencimento de que há interesse jurídico da União Federal em intervir na lide em discussão, como assistente simples ou adesivo, pois é relevante acentuar que a sua pretensão é a de assistir a CHESF a ser vitoriosa na demanda, para que seja afastada a possibilidade de, no caso de derrota da causa, em razão do vulto das quantias cobradas, não venha a empresa enfrentar dificuldades, exigindo-se até a responsabilidade subsidiária da acionista controladora, se faltar o patrimônio daquela.

[...]

Em se considerando o **mais de um trilhão de reais**, em valores de 2008, de que se fala nos autos como quantificação de pretensão reparatória, e cotejando-o com o patrimônio líquido da CHESF, também em números de 2008 (R\$ 12.479.000.000,00), segundo o sítio institucional da sociedade de economia mista na internet, tem-se que a indenização almejada poderia corresponder a quase **100 vezes** o valor do patrimônio líquido da CHESF, atingindo, de modo flagrante, direta e fortemente a União, que seria chamada a responder por essa imensa quantia, a partir, "simplesmente", do "desaparecimento" patrimonial da CHESF, naquilo em que disponível.

Sobre esse panorama, veja-se, agora, o que disse o Ministro Demócrito Reinaldo, quando do exame pelo STJ do pedido de intervenção no feito formulado pela União, em sede da ação condenatória (fls. 1688 e 1689):

Feitas essas observações, na hipótese *sub judice*, consoante expõe, com maestria, o eminente Relator, torna-se evidente o interesse da União em intervir, na causa, como assistente simples. Há entre a União e a ré (Companhia

Hidroelétrica do São Francisco) relação jurídica decorrente de contrato administrativo regido pelo direito publicístico, porquanto esta é concessionária de serviço público (arts. 21, XII, 'b' e art. 175 da Constituição Federal), consistente 'em instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético de curso de água onde se situam potenciais hidroelétricos'. Essas atividades, que a Constituição qualificou como serviço público, passam a sujeitar-se a uma disciplina com o objetivo de realizar o interesse público. na realização, embora de forma indireta (pela via da concessão) de serviços públicos de tal relevância, prevalece o interesse público e as normas legais que a disciplinam são de ordem pública. 'E o ordenamento jurídico preservou o interesse público superpondo-o aos demais existentes em sociedade. A contraposição de interesses, quando envolver interesse público, é resolvida pela prevalência do interesse público. o interesse público se superpõe ao de natureza privada'. Só essa circunstância cognada ao liame existente, entre a CHESF e a União, justificaria a intervenção desta, em causa que, acaso seja extinta com uma sentença desfavorável, serão evidentes os reflexos detrimientosos à assistente e à sociedade, como um todo, afetando interesse público relevante, em sendo dada a vultosa indenização que se pretende lograr. A União, no caso, não tem somente o interesse jurídico, mas, o dever, por imposição legal e constitucional, de se postar na defesa da empresa assistida.

[...]

Como se vê, acaso vencedora, a empresa autora, da ação proposta, com o dispêndio, pela CHESF, do *quantum* indenizatório, já é possível, desde logo, perceber-se a repercussão que terá sobre a continuidade dos serviços públicos, realizados por via indireta, que poderão sofrer óbices de toda ordem, a começar da diminuição de seu potencial, até a paralisação, obrigando a assistente (União) a intervir com o aporte de recursos para evitar o colapso e na defesa dos interesses públicos.

[...]

Destarte, essas "singelas" especificidades (a par das outras razões deduzidas no voto do Ministro José Delgado), embora apenas "reveladas", em termos de quantificação, na ação de cobrança, já "assombravam" o feito declaratório.

A despeito dessas considerações, não há como acolher a preliminar argüida pelo Ministério Público Federal, no sentido de invalidar o comando judicial que restou cristalizado nos autos da ação declaratória.

Explico, reportando-me às súmulas do STF e do STJ antes transcritas.

No caso concreto, observa-se que a ação declaratória foi ajuizada, perante a Justiça Estadual, contra uma sociedade de economia mista federal (CHESF), **não tendo, a União, em qualquer momento daquele feito, formulado requerimento com vistas ao seu ingresso na lide**. O que aconteceu foi que a CHESF alegou que a União deveria ter sido intimada para manifestar o seu interesse em integrar a lide, o que não foi acatado pelo Julgador, em decisão confirmada pela instância *ad quem* e não conhecida quando a demanda chegou ao STJ.

Penso que, realmente, configura vício insanável o fato de o Juízo Estadual ter decidido sobre a (in)existência de interesse da União em integrar o presente feito, tendo indeferido pleito nesse sentido. Apenas a Justiça Federal pode deliberar sobre a presença ou não de interesse do ente público federal no processo.

Entretanto, por outro lado, não é juridicamente possível admitir que o acórdão estadual transitado em julgado na ação declaratória venha a ser invalidado ou desconstituído em sede de ação diversa, de cunho condenatório, em tramitação na Justiça Federal, nessa, efetiva e finalmente, tendo vindo aos autos a União, asseverando seu interesse, inclusive de dupla natureza (jurídico e econômico). Realce-se que, contra o comando judicial transitado em julgado na ação declaratória poderia ter sido ajuizada ação rescisória, o que não ocorreu.

Embora reconhecido o vício insanável e a despeito da impossibilidade de anulação do comando judicial da ação declaratória, com retirada dos seus efeitos para os fins desta ação condenatória, é certo que, quanto à União, deve ser lembrada a dicção do art. 472 do CPC – “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros” –, de sorte que, com esse limitador e observada a posição específica da União na lide, terá repercussão o *decisum* da ação declaratória.

Com essas considerações, **rejeito a preliminar de nulidade da decisão da ação declaratória.**

Adiante.

- III -

PREJUDICIAL DE MÉRITO: prescrição. Inocorrência

Deve-se analisar a prejudicial de mérito suscitada pela parte ré.

Tanto a CHESF, quanto à UNIÃO, asseveraram, em momentos distintos, a ocorrência de prescrição, com fundamento no art. 178, § 10, III, do CC de 1916, que preceituava:

Art. 178. Prescreve:

[...]

§ 10. Em 5 (cinco) anos:

[...]

III - Os juros, ou quaisquer outras prestações acessórias pagáveis anualmente, ou em períodos mais curtos;

[...]

Ocorre que, a teor do pedido formulado, não se está a postular a parcela acessória de juros, mas sim uma indenização por supostos danos decorrentes das consequências do alegado descumprimento de relação contratual pela entidade da Administração Pública Indireta federal.

Portanto, a regra jurídica acima referenciada não se aplica *in casu*.

Ademais, é preciso consignar que os prazos de prescrição, quando demandada sociedade de economia mista, ainda que concessionária de serviço público, são os do direito civil, não o quinquenal da legislação especial aplicável às entidades de direito público (leia-se: Decreto nº 20.910/32 e Decreto-Lei nº 4.597/42). Nesse sentido, observem-se os seguintes arestos do STJ (negritos acrescidos):

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL.

CONTRATOS. ELETRIFICAÇÃO RURAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O prazo prescricional relativo às ações movidas contra sociedades de economia mista concessionárias de serviço público é de vinte anos (AgRg no Ag 1115607/RS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA).

2. A interposição de agravo manifestamente inadmissível enseja aplicação da multa prevista no artigo 557 § 2º do Código de Processo Civil.

3. Agravo regimental improvido, com aplicação de multa. (AgRg no Ag 1127923/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/11/2009, *DJe* 30/11/2009)

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDE DE ENERGIA ELÉTRICA. FINANCIAMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA. CISÃO. CLÁUSULAS. REVOLVIMENTO. SÚMULA N. 5/STJ. PRESCRIÇÃO. VINTENÁRIA. ARTIGO 177, DO CC/1916. QUINQUENAL NA VIGÊNCIA DO ART. 206, § 5º, I, DO CC/2002.

I. A apreciação do tema atinente à ilegitimidade passiva da agravante para figurar no polo passivo da lide esbarra nas Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que recai, necessariamente, no revolvimento da relação contratual e do conjunto fático-probatório.

II. Acerca da prescrição durante a incidência do Código Civil de 1916, pacificou-se no STJ a orientação no sentido de ser aplicável o prazo prescricional vintenário nas hipóteses de ações pessoais movidas contra sociedades de economia mista concessionárias de serviço público (AgRg no Ag 500695/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJU* de 3.5.2004; AgRg no Ag 545205/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJU* de 29.3.2004 e AgRg no Ag 476643/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, *DJU* de 15.12.2003). Já na vigência do Código Civil de 2002, esta Corte considerou quinquenal o prazo para a ação de cobrança em debate, com fundamento no art. 206, § 5º, I (2ª Seção, REsp n. 1.053.007-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 12.08.2009).

III. Agravo desprovido.

(AgRg no Ag 1120842/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2009, *DJe* 23/11/2009)

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDE DE ENERGIA ELÉTRICA. FINANCIAMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESCRIÇÃO. VINTENÁRIA. ARTIGO 177, DO CC/1916. QUINQUENAL NA VIGÊNCIA DO ART. 206, § 5º, I, DO CC/2002.

I. Acerca da prescrição durante a incidência do Código Civil de 1916, pacificou-se no STJ a orientação no sentido de ser aplicável o prazo prescricional vintenário nas hipóteses de ações pessoais movidas contra sociedades de economia mista concessionárias de serviço público. Confirmam-se, a propósito, os precedentes seguintes: AgRg no Ag 500695/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJU* de 3.5.2004; AgRg no Ag 545205/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJU* de 29.3.2004 e AgRg no Ag 476643/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, *DJU* de 15.12.2003. Já na vigência do Código Civil de 2002, esta Corte considerou quinquenal o prazo para a ação de cobrança em debate, com fundamento no art. 206, § 5º, I (2ª Seção, REsp nº 1.053.007-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 12.08.2009).

II. Agravo regimental improvido, com aplicação de multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 557, § 2º, do CPC.

(AgRg no Ag 1079117/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2009, *DJe* 23/11/2009)

AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA - VALOR INVESTIDO - EXPANSÃO DE REDE DE ENERGIA ELÉTRICA - PLANO DE ELETRIFICAÇÃO RURAL - PRESCRIÇÃO - DECRETO N. 20.910/32 - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - INAPLICABILIDADE - PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA - APLICABILIDADE - RECURSO IMPROVIDO.

1. O prazo prescricional das ações de cobrança propostas em relação às sociedades de economia mista concessionárias de serviço público é o prazo ordinário de 20 anos, previsto no art. 177 do CCB/1916, que foi reduzido para 10 anos pelo art. 205 do CCB/2002.

2. As sociedades de economia mista têm natureza jurídica de Direito Privado, por funcionarem e se organizarem como as empresas privadas, atraindo o

Poder Público a idealizar esse tipo de entidade des-centralizada, sendo, portanto, aplicável a prescrição ordinária atribuída às ações pessoais, consoante o disposto no art. 177 do Código Civil de 1916 (205 do Código Civil de 2002).

3. Recurso improvido.

(AgRg no Ag 1091035/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009)

In casu, a empresa pede ressarcimento por supostos prejuízos que dizem com período da relação contratual que vai de 1981 a 1987. Há documentos nos autos que atestam que, em 1982, o particular postulara a correção dos valores pagos em atraso, e as cartas de solicitação de providências pelas demoras subscritas pelo particular se seguiram durante tal lapso temporal. De 1987, é relatório exarado em sede administrativa, no qual, dentre outras medidas, se rejeita expressamente pleito da construtora de ressarcimento pelos custos financeiros correspondentes à captação de recursos no mercado (fls. 167/176). Em 1988, foi ajuizada a ação declaratória de existência de relação jurídica de crédito (e o STJ entende que, por regra, tratando-se de ação declaratória pura, não tendo havido ainda o transcurso do prazo prescricional quanto à pretensão condenatória – cf. STJ, 5T, AgRg no Ag 1064164/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 19.02.2009 –, tal ajuizamento interrompe a prescrição para efeito de posterior propositura da ação condenatória). O trânsito em julgado da ação declaratória se deu em 1992. Esta condenatória foi manejada em 1993. Assim, não há como se reconhecer configurada a prescrição.

Por conseguinte, rejeito a alegação de prescrição.

- IV -

MÉRITO: algumas considerações sobre *exceptio non adimpleti contractus* e equilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado com sociedade de economia mista

A pretensão autoral consiste no pagamento, pela sociedade de economia mista à empresa contratada, de reparação pelos prejuízos ditos decorrentes dos juros de mercado e demais encargos financeiros incidentes sobre os financiamentos que o particular,

segundo alega, teve que contratar para prosseguir na execução da obra contratada, em vista da inadimplência da contratante, que, de modo sistemático, teria honrado, mas apenas tardiamente, com o pagamento das faturas correspondentes.

Na aferição dos seus supostos créditos, a empresa pretende sejam considerados os valores das faturas pagas em atraso, a serem acatados como montante identificador do *quantum* levantado junto ao mercado financeiro, com a incidência do percentual alusivo aos encargos, que seriam, então, quantificados.

Os encargos referenciados na postulação estão assim discriminados no relatório de auditores contratados pela parte autora, anexado aos autos: “taxas demonstradas na publicação ‘Taxa de juros no Brasil’ (Nova Análise Editora Ltda.) considerando a média aritmética entre as taxas de capitação de ‘financiamento para capital de giro’ e através da ‘Resolução 63’, praticadas no período sob análise”.

Dois são os contratos telados.

O CT-I-227.280 tinha por objeto a execução, por empreitada, das obras de terraplanagem do aproveitamento hidrelétrico de Itaparica, no Rio São Francisco, tendo derivado da concorrência pública CHESF-DSCT-24/79. O CT-I-227.281, termo aditivo ao contrato anterior, incluiu naquele a execução das estruturas de concreto do empreendimento.

É de se ver que o contrato (e também seu termo aditivo) firmado entre a contratante e a empresa contratada dispunha que, na hipótese de inadimplência da primeira, o contrato seria rescindido de pleno direito, mediante simples aviso, caracterizando como inadimplência a ultrapassagem do prazo de pagamento das faturas aprovadas ao empreiteiro numa dada periodicidade. Definia, ademais, o que o contratado, por essa razão, teria direito de receber (pagamentos devidos e ainda não honrados de faturas já aprovadas até a data da rescisão, parcela ainda devida correspondente aos itens “Mobilização e Instalação” e “Desmobilização” e perdas e danos de 5% do valor das obras e serviços que o particular ainda teria a executar). Veja-se a literalidade da norma jurídica contratual:

CT-I-227.280 - assinado em 03.04.1981

[...]

CLÁUSULA 48ª. O EMPREITEIRO DE TERRAPLANAGEM emitirá e apresentará à CHESF faturas mensais até o dia 15 (quinze) de cada mês, com base nos dados do boletim de medição, considerados os preços previstos na Cláusula 42ª deste instrumento e demais disposições pertinentes do presente CONTRATO.

[...]

CLÁUSULA 52ª. O pagamento das obras e serviços executados pelo EMPREITEIRO DE TERRAPLANAGEM será realizado pela CHESF na Divisão de Tesouraria Geral, em sua sede, dentro do prazo de 30 (trinta) dias a contar da data de apresentação de faturas mensais, emitidas pelo EMPREITEIRO DE TERRAPLANAGEM e aprovadas pela CHESF.

[...]

CLÁUSULA 68ª. O presente CONTRATO será considerado rescindido de pleno direito, mediante simples aviso de uma parte à outra, nos seguintes casos:

- a) por inadimplemento da CHESF;
- b) por inadimplemento do EMPREITEIRO DE TERRAPLANAGEM;

[...]

CLÁUSULA 69ª. A CHESF será considerada inadimplente se, por sua exclusiva responsabilidade, verificar-se:

- a) paralisação total das obras por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo motivo de força maior ou caso fortuito;
- b) que por 3 (três) vezes consecutivas ou por 6 (seis) vezes alternadas, o prazo de pagamento de faturas do EMPREITEIRO DE TERRAPLANAGEM já aprovadas pela CHESF, tenha sido ultrapassado de 180 (cento e oitenta) dias ocorridos em cada caso.

[...]

CLÁUSULA 71ª. Se a rescisão ocorrer por inadimplemento da CHESF (Cláusula 69ª) caberá ao empreiteiro de terraplanagem receber exclusivamente:

- a) os pagamentos devidos e ainda não efetivados pela CHESF relativos a faturas aprovadas correspondentes a serviços executados até a data da rescisão;
- b) a parcela que for ainda devida correspondente aos itens 'Mobilização e Instalação' e 'Desmobilização';

c) uma importância a título de perdas e danos, pré-fixada, correspondente a 5% (cinco por cento) do valor das obras e serviços que o EMPREITEIRO DE TERRAPLANAGEM teria ainda que executar em relação às quantidades previstas no último Cronograma Físico Atualizado, excluídas as parcelas correspondentes aos serviços de Mobilização e Desmobilização e Manutenção do Canteiro e do Acampamento.

[...]

CT-I-227.281, assinado em 03.04.1981

[...]

CLÁUSULA 70ª. O presente ADITIVO será considerado rescindido de pleno direito, mediante simples aviso de uma parte à outra, nos seguintes casos:

c) por inadimplemento da CHESF;

d) por inadimplemento do EMPREITEIRO;

[...]

CLÁUSULA 71ª. A CHESF será considerada inadimplente se, por sua exclusiva responsabilidade, verificar-se:

c) paralisação total das obras por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo motivo de força maior ou caso fortuito;

d) que por 3 (três) vezes consecutivas ou por 6 (seis) vezes alternadas, o prazo de pagamento de faturas do EMPREITEIRO já aprovadas pela CHESF, tenha sido ultrapassado de 180 (cento e oitenta) dias ocorridos em cada caso.

[...]

CLÁUSULA 73ª. Se a rescisão ocorrer por inadimplemento da CHESF (Cláusula 71ª) caberá ao empreiteiro receber exclusivamente:

d) os pagamentos devidos e ainda não efetivados pela CHESF relativos a faturas aprovadas correspondentes a serviços executados até a data da rescisão;

e) a parcela que for ainda devida correspondente aos itens 'Mobilização e Instalação' e 'Desmobilização';

f) uma importância a título de perdas e danos, pré-fixada, correspondente a 5% (cinco por cento) do valor das obras e serviços que o EMPREITEIRO teria ainda que executar em relação às quantidades previstas no último Cronograma Físico Atualizado, excluídas as parcelas correspondentes aos serviços de Mobilização e Desmobilização e

Manutenção do Canteiro.

[...]

Evidente, destarte, a inexistência de imposição ou autorização contratual para que a empreiteira buscasse recursos no mercado financeiro para dar andamento à obra, em caso de inadimplência por parte da contratante.

Tal conclusão se mantém, inclusive e principalmente, observando-se todos os demais elementos probatórios reunidos nos autos, especialmente os que mostram as manifestações administrativas, quando a sociedade de economia mista foi chamada a se posicionar sobre o pleito da contratada de pagamento de compensações financeiras, importando ressaltar que a contratada já percebeu valores a título de reembolso pelas demoras no pagamento das faturas (correção monetária e juros de mora, além de outras reparações), cumpridas, de tal modo, as disposições contratuais pertinentes.

Em verdade, é preciso dizer, de logo, que tramitou no Tribunal de Contas da União representação, na qual, a despeito do seu **arquivamento** (por “impossibilidade de interposição de recurso de revisão das contas da CHESF por haverem sido julgadas há mais de cinco anos”), apontava-se para a **existência de pagamentos indevidos feitos pela CHESF à empresa MENDES JÚNIOR ENGENHARIA (em mais de R\$ 218.000.000,00, em valores de julho de 1998)**, consoante se constata do trecho que segue inserto no parecer do representante do Ministério Público junto ao TCU, do qual destacamos (Decisão nº 420/99-Plenário):

Trata-se de Comunicação encaminhada pelo Sr. Diretor-Presidente da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - CHESF, dando conta de medidas adotadas com o objetivo de promover a defesa junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco - TJPE, com vistas a reformar as decisões proferidas pelo referido Tribunal e pelo Juiz da 4ª Vara Cível do Recife, em processos movidos contra a estatal pela Construtora Mendes Júnior S.A. - CMJ (atualmente Mendes Júnior Engenharia S.A.), litígios estes decorrentes de contratos firmados entre a entidade e a CMJ, vencedora de concorrência pública, destinada à execução das obras de terraplanagem e estruturas de concreto do

'Aproveitamento Hidroelétrico de Itaparica' [...] Em face da comunicação [...] o eminente Ministro-Relator CARLOS ÁTILA ÁLVARES DA SILVA determinou à SECEX/PE a instrução do feito, a verificação *in loco* dos procedimentos da entidade que resultaram na mencionada condenação judicial e o acompanhamento do andamento das medidas anunciadas pela Direção da CHESF [...] Primeiramente, procederemos ao exame das alegações oferecidas pelos agentes questionados, em resposta à audiência determinada pelo Ministro-Relator, no V. Despacho de fls. 83, a saber: 1) Srs. Paulo Roberto Leal Caldas, Ênio Lima de Araújo Góes, João Bosco Costa e Carlos Roberto Braconi Astuto, pela omissão, no relatório apresentado à Diretoria da CHESF, das irregularidades presentes na gestão pelos órgãos técnicos e nas decisões gerenciais acerca dos pleitos da **Construtora Mendes Júnior S.A., sob títulos 'pendências financeiras' e 'andamento anormal da obra'**. 2) Sr. Agenor Alves Feitosa acerca da não-impugnação, na Ação Declaratória, de fatos-base do pedido da Construtora; determinação da CHESF, de continuidade de obras, financiamento do empreendimento, mediante captação de recursos a juros de mercado e encargos financeiros (CPC, arts 302 e 334); e interposição de Recurso Especial desinformado quanto à construção jurisprudencial no âmbito do STJ, ensejando o seu não-conhecimento. 3) Sr. Abner Waldivino de Araújo, sobre a não-impugnação da contestação da Ação Declaratória da CMJ. 4) Sr. Luiz Carlos A. de Andrade, sobre a interposição de Recurso Especial desinformado quanto à jurisprudência do STJ. 5) Sr. Ervin de Matos Roth, Consultor-Jurídico Geral, em face das omissões, em seu relatório de acompanhamento, dos procedimentos dos advogados da CHESF nas Ações Declaratória e Ordinária de Cobrança. 6) Sr. Carlos Antônio Neto Canuto sobre o nível de desinformação no qual foram mantidos os órgãos CHESF acerca da gravidade da situação processual da entidade nas Ações Declaratória e Ordinária de Cobrança. No tocante ao item 1, os membros da Comissão constituída pela Portaria PR 44-93 (CHESF), para executar o levantamento dos pleitos da Construtora Mendes Júnior S.A., inerentes aos contratos CT-I 228.280 e CT-I 228.281, apresentaram razões de justificativas, em conjunto, às fls. 444/446, acompanhadas de anexos que formaram o volume VIII. **Alegam os responsáveis que**

atenderam plenamente aos objetivos da citada Portaria, promovendo o levantamento dos pleitos da Construtora, identificação das providências adotadas relativamente à restauração do equilíbrio-financeiro dos contratos, verificação dos dados históricos correspondentes a juros de mercado e encargos financeiros e a identificação das medidas administrativas aplicáveis ao pleito. Argumentam, ainda, que a Comissão forneceu as devidas informações sobre os títulos 'pendências financeiras' e 'andamento anormal da obra', não se omitindo, conseqüentemente, a respeito. Em sua análise, a SECEX/PE entendeu que possam ser acolhidas as justificativas apresentadas (fls. 453, subitem 11.1.2.3). As justificativas oferecidas pelo Sr. Agenor Alves Feitosa sobre os fatos de que trata o item 2 são suficientes, segundo a instrução, para proceder ao exame das questões também postas aos Srs. Abner Waldivino de Araújo (item 3) e Luiz Carlos A. de Andrade (item 4), uma vez que esses dois responsáveis não acudiram ao chamamento do Tribunal. Quanto à primeira assertiva, o responsável desenvolveu persuasiva argumentação (fls. 435/439), aceita pela instrução, em análise contida nos subitens 11.2.2, 11.2.2.1, 11.2.2.2, 11.2.2.3 e 11.2.2.4, às fls. 455. Com referência à interposição de Recurso Especial pelo corpo jurídico da CHESF, desinformado quanto à construção jurisprudencial dominante no âmbito do STJ, ensejando o seu não conhecimento, a defesa, embora reconhecendo que 'houve falha quanto ao prequestionamento, e que o Recurso Extraordinário seria o cabível' ressalva que o Recurso Especial, apesar de não conhecido, foi analisado pelo STJ, denotando-se, no julgamento daquele Tribunal, o entendimento de que a fundamentação do Acórdão recorrido (manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato) é tema já assentado na doutrina e consagrado no STF e STJ. Alegam que, se impetrado Recurso Extraordinário, o posicionamento no STF tenderia a ser o mesmo, não concorrendo a falha cometida para o insucesso inicial da CHESF. O Sr. Ervin de Matos Roth, Consultor-Jurídico Geral da Elektrobrás, nega sua participação na tramitação da Ação Declaratória, no Poder Judiciário, correndo o patrocínio dos interesses da CHESF no processo, sob inteira responsabilidade do corpo jurídico desta última empresa e dos consultores por ela contratados. Coube-lhe, apenas, elaborar

relatório de acompanhamento de Ação Ordinária de Cobrança, para ciência dos dirigentes da Eletrobrás. Enfatiza, por fim, que, em nenhum momento, foi-lhe atribuída, quer pela Presidência, quer pela Diretoria-Executiva, a incumbência de realizar sindicância para apurar a qualidade do desempenho ou a responsabilidade profissional dos advogados da CHESF. Forçoso reconhecer as dificuldades de se refutar a defesa promovida pelo Sr. Ervin, ante a evidência dos argumentos de que se serviu. O Sr. Carlos Antônio Neto Canuto, a quem foi imputada a responsabilidade pelo nível de desinformação no qual foram mantidos os órgãos da CHESF, acerca da gravidade da situação processual da entidade, nas Ações Declaratória e Ordinária de Cobrança, alega descaber justificativa sobre fato que não ocorreu, pois foram cientificados sobre o feito o Conselho de Administração, a Diretoria Plena, a Diretoria de Engenharia e Construção, a Diretoria Econômico-Financeira, a Auditoria Interna, a Auditoria Externa e o próprio Tribunal. Documenta sua defesa com a anexação de cópias de expedientes de sua iniciativa, visando à proteção dos interesses da CHESF (fls.413/439). Outro ponto a ser considerado é que as providências adotadas pela CHESF, pela ELETROBRÁS, e ainda, pela Advocacia Geral da União começaram a apresentar resultados proveitosos, visto que a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em acórdão prolatado na Sessão de 06.08.96, resolveu dar provimento à Apelação interposta pela CHESF, na Ação Ordinária de Cobrança, anulando o processo a partir da perícia. No dia 15.08.96, a Corte Especial do mesmo Tribunal negou provimento ao Agravo Regimental interposto pela Mendes Júnior. Do acórdão, foi interposto Recurso Especial ao STJ, encontrando-se pendente de julgamento. **Ressalte-se que a anulação decorreu do fato de a perícia ter sido efetuada por perito legalmente incompetente, devendo ser refeita, porém, ficando a construtora com o ônus de provar haver feito a captação dos recursos, a juros de mercado, e, ainda, ter aplicado tais recursos na obra do aproveitamento hidroelétrico de Itaparica.** [...] Diante do exposto, manifestamo-nos de acordo com as conclusões da instrução, no item 13, às fls. 462, no sentido de que possam ser aceitas as justificativas dos responsáveis ouvidos, no que concerne aos tópicos abordados na au-

diência. **Contudo, no que concerne aos pagamentos efetuados à Construtora Mendes Júnior S.A. pela CHESF, a título de ‘custos adicionais por andamento anormal da obra’ e de ‘pendências financeiras’, deixamos de concordar com a assertiva da Unidade Técnica, contida no subitem 12.7, às fls. 462, de que as causas apontadas como passíveis de transformação dos autos em Tomada de Contas Especial não teriam sido irregulares e que inexistiriam os pressupostos básicos para constituição da TCE.** Relevante recordar que, relativamente aos ‘custos adicionais por andamento anormal da obra’, podemos extrair do Relatório de Auditoria, elaborado pela SECEX/PE, por pertinentes, os seguintes trechos: ‘Ocorre, porém, que, em 30/04/87 o relatório, elencando em síntese seus sólidos fundamentos, concluiu pela improcedência de ‘custos adicionais por andamento anormal de obra’, juridicamente insuportável, tenha dado desautorizado e sintomático albergue a despropositado adiantamento concedido preteritamente à CMJ’ [...] Os ‘custos adicionais’ ali presentes, com base em novembro/87, sobre terem sido quantificados mediante metodologia desassistida da necessária base fática, são juridicamente imprestáveis para viabilizar o assédio aos cofres da CHESF. Ali, inclusive, há ‘divergências conceituais’, não sanadas, até porque impossível, com os ‘esclarecimentos (...), os desautorizados artifícios e subjetivismos geradores de dano patrimonial estão sintetizados, em sua produção [...] [...] ‘Nebulosa, à luz da documentação disponibilizada na verificação, também é a operação de pagamento posto que os ‘custos adicionais’ de NCz\$ 187.006.115,78, ou US\$ 23,9 milhões, não encontra na documentação contábil-financeira acessada durante a verificação in loco, direta e específica correspondência, salvante às fls. 172/173 [...] [...] ‘As indisfarçadas contrariedades presentes nas manifestações de fls. 197v e 202v - ANEXO III; o afastamento de quem ‘efetivamente’ participou das ‘negociações’ (fls. 199v - ANEXO III); a ausência de qualquer análise técnico-jurídica, com aplicação das normas repressoras das ‘negociações’; a solidária elaboração de uma ‘saída’ para a construção de um ‘aditivo’ a todo título incabível (fls. 161 e 203/207 - ANEXO III); o esforço para obter a assinatura da empreiteira (fls. 208v, 214, 216, 217v - ANEXO III); a não eficácia do despacho de fls. 218v - ANEXO III, suscitando,

abertamente, a via do 'Contencioso Geral', e os desorientadores, protelatórios ou 'retificantes' encaminhamentos dados ao assunto (fls. 216v, 217v, 218v, 219/224 - ANEXO III) foram condutas reciprocamente alimentadas até porque as partes ou servidores responsáveis ou contribuintes das 'negociações' não se encontravam em condições de, por sua iniciativa, provocarem a sobrevinda de um reexame externo e anátomo-patológico das 'negociações'. (Fls. 37, item 148). Quanto às 'pendências financeiras', podemos destacar do referido Relatório de Auditoria, os seguintes excertos: 'É desarrazoado o fato do Sr. MÁRLIO UCHÔA CAVALCANTI haver se impressionado com a afirmativa do Sr. J. SAULO RAMOS, dado que, tendo aquela autoridade adotado a nota de fls. 118/131 - ANEXO III, que não reconheceu procedência jurídica no 'atendimento ao pleito de ressarcimento dos chamados juros de mercado', não influenciou, tal afirmativa, até porque desprovida de caráter subsidiário para o desate jurídico da matéria. **Sem embargo da carência absoluta de elementos probatórios, quanto ao levantamento, pela CMJ, de recursos junto ao mercado financeiro, para enfrentamento dos atrasos de pagamento das faturas, a custos superiores aos contratualmente previstos na hipótese de inadimplência da Administração (e, ainda que ocorrido, não viabilizaria o pleito)** – fls. 51, item 240. 'Alimentadas por uma adremente preparada combinação, sistêmica e cronológica, das renovações oportunistas de pleitos, acrescidas de inovações ilegítimamente prestigiadas por truncamento da matéria de fato e de direito, posto a serviço de parecer/informação juridicamente desautorizado, as malsinadas pendências financeiras são coroadas com o relatório subscrito pelo próprio Sr. MÁRLIO DE CARRILHO UCHÔA CAVALCANTI, Advogado e Assistente Técnico da DF, e Srs. PAULO ROBERTO LEAL CALDAS, Chefe do Departamento de Contabilidade, JORGE WILLIAM LINDO, Assessor do mesmo órgão, e JOSÉ AIRTON MARTINS, Chefe da Coordenadoria Técnica da Diretoria de Construção, onde é explicitada a metodologia adotada na abertura dos cofres da empresa' (fls. 51, item 243). **Pode-se observar, assim, que não há nos autos elementos que permitam inferir que os pagamentos efetuados pela CHESF à Construtora Mendes Júnior S.A.,**

a título de ‘custos adicionais por andamento anormal da obra’ e de ‘pendências financeiras’, se amoldam às hipóteses aceitas pelo Plenário desta Corte de Contas, nas Decisões nºs 246/92³², 384/92 e 448/92³³, mencionadas pela instrução no subitem 12.5, às fls. 461. No V. Despacho de fls. 83, o eminente Ministro-Relator determinou à SECEX/PE proceder ‘à identificação de todos os responsáveis, inclusive dos membros, em exercício à época, da Diretoria Plena, dos Conselhos de Administração e Fiscal da CHESF e da ELETROBRÁS, respectivamente, tendo em vista a necessidade de, após a transformação do processo em Tomada de Contas Especial, definir-se, para a citação a ser promovida, a responsabilidade (individual ou solidária) pelos débitos, nos termos do art. 12, inciso I, da Lei n.º 8.443/92’. Cumpre registrar que, quanto ao mérito das impugnações que originaram o referido Despacho, não foram juntados aos autos novos elementos suficientes para elidi-las. Acrescente-se que, às fls. 287/291, foram anexados os róis de responsáveis a que alude o Ministro-Relator. Por fim, **cumpre-nos mencionar que os valores envolvidos nesses pagamentos alcançam, em 13.07.98, as expressivas quantias de R\$ 52.674.774,88 (‘andamento anormal da obra’) e R\$ 165.882.494,22 (‘pendências financeiras’)**, segundo demonstrativos acostados à contracapa, valores

³² “O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE conhecer da consulta sob exame para responder ao Sr. Presidente da Câmara dos Deputados ser admissível a exigência de correção monetária e juros de mora, em contratos de prestação de serviços ou fornecimento de materiais, celebrados com empresas públicas ou sociedades de economia mista, por atraso na liquidação de obrigações pecuniárias, não se admitindo, entretanto, nas mesmas circunstâncias, a previsão contratual ou cobrança de multa, por falta de norma legal que o ampare”.

³³ “O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, decide: 1 - preliminarmente, conhecer da presente consulta; 2 - no mérito, responder ao órgão consulente que é admissível a atualização monetária das parcelas pagas com atraso por órgãos públicos a prestadores de serviços ou fornecedores; e 3 -quanto ao índice a ser aplicado, dependerá do tipo e do objeto de cada contrato considerado, observada sempre a legislação (Leis nºs 7801/89; 8177 e 8178/91; e Port. MEFP - 429, de 03.06.91) e os atos regulamentares Pertinentes”.

cuja monta justificam a conversão, desde logo, do processo em Tomada de Contas Especial, a fim de ser promovida a citação dos responsáveis. Sendo assim, *data venia* da Unidade Técnica, manifestamo-nos no sentido de que, nos termos do artigo 47 da Lei n.º 8.443/92, sejam transformados os presentes autos em Tomada de Contas Especial, com vistas à citação, individual ou solidária, dos responsáveis, indicados às fls. 69/71 e 287/291, ou de seus sucessores (artigo 5º, inciso VIII, da Lei n.º 8.443/92), para, nos termos do artigo 12, incisos I e II, da referida lei, apresentarem defesa ou recolherem aos cofres da CHESF as importâncias discriminadas às fls. 70/72, acrescidas dos consectários legais incidentes a partir das datas ali especificadas, **em razão de pagamentos lesivos à estatal, efetuados à Construtora Mendes Júnior S.A., sob os títulos de ‘andamento anormal da obra’ (fls. 68/70, a.1) e ‘pendências financeiras’ (fls. 70/72, a.2).**

Nessa contextura, é indispensável referenciar o resultado dos exames feitos pela CHESF, em relação aos pleitos de ressarcimento formulados pela contratada. É o que se passa a fazer, *verbis* (fls. 167/177 – apenas os negritos foram acrescentados):

2.1. Na qualidade de licitante vencedora da Concorrência Ampla CHESF-DSCT-24/79, a CONSTRUTORA MENDES JÚNIOR celebrou, em 03.04.81, com a CHESF, o Contrato CT-I-227.280, para execução das obras de terraplanagem [...] de Itaparica. Nesta mesma data, como resultado de entendimento e negociações havidas entre as partes, em função de dispensa de licitação devidamente autorizada pelo MME, foi também assinado com aquela CONSTRUTORA o Contrato CT-I-227.281, para execução das estruturas de concreto do citado empreendimento.

Na mesma oportunidade, a referida CONSTRUTORA apresentou exigência no sentido de que fossem incluídas, nos mencionados contratos, cláusulas explicitando a obrigatoriedade do pagamento, pela CHESF, de compensação financeira na hipótese de eventuais atrasos de pagamentos.

2.2. Todavia, considerando, de um lado, a existência na época de recomendação da ELETROBRÁS para não aplicação de tais dispositivos em qualquer contrato e, de outro, a urgente necessidade de celebração daqueles con-

tratos por força da crescente demanda de energia do mercado desta Empresa, a CHESF aquiesceu firmar, na mesma ocasião, a SIDE-LETTER PR-3520.

2.3. Por constituir um dos destaques relevantes envolvidos com as questões a serem examinadas, a citada SIDE-LETTER vai transcrita a seguir:

'Reportando-nos aos textos das respectivas Cláusulas de nossos supramencionados Contratos, dispositivos pertinentes ao prazo estabelecido para pagamento pela CHESF. Consolidando nossas negociações com V. Sa., vimos, pela presente, confirmar que, obedecidas as normas contratuais para a submissão, processamento e aprovação das faturas, caso haja atraso em qualquer pagamento, desde logo fica acordada uma compensação financeira em favor da MENDES JÚNIOR, na mesma base da variação ocorrida no valor nominal das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN) entre o mês de vencimento da fatura e o da sua efetiva liquidação, acrescidos de juros de mora de 1% (hum por cento) ao mês, sobre os valores monetariamente corrigidos, durante esse período.

Ressalvados, no entanto, que tal obrigação, de parte da CHESF, fica condicionada à superior aprovação do Ministério das Minas e Energia, dentro das diretrizes administrativas do Governo Federal, a cuja autoridade já foi submetida tal aprovação.

Pendente da condição ressalvada no parágrafo anterior, a presente carta tem força de Aditivo Epistolar, complementando as pré-mencionadas Cláusulas contratuais para todos os fins e efeitos legais, desde que V. Sa. aponham seu 'De Acordo' em sinal de ciência e conformidade'.

2.4. No dia 30.10.81 a CHESF submeteu a aludida SIDE-LETTER à ELETROBRÁS (Carta 11.527/81), solicitando que o problema fosse encaminhado à consideração do Exmº Sr. Ministro das Minas e Energia, com vistas à obtenção do necessário e imprescindível pronunciamento daquela autoridade.

2.5. No dia 17.03.83, a ELETROBRÁS, por sua vez, enviou o assunto a consideração do Exmº Sr. Ministro das Minas e Energia, manifestando sua concordância nos termos seguintes, através da carta PR-120/83:

'Para os contratos supramencionados, no que diz respeito ao reajustamento das faturas devidas e não pagas na data contratual de pagamento, julgo recomendável a aplicação

de correção monetária pelo índice de variação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, em base *pro-rata tempore*, após decorrido um prazo de carência de quinze dias, como já foi aceito pela ELETROBRÁS para outros contratos.

Em função do compromisso assumido na carta PR-3520, de 03.04.81, entre a CHESF e a MENDES JÚNIOR, julgo recomendável também que a vigência dessa sistemática seja a partir do início dos contratos celebrados na mesma data'.

2.6. O Exm^o Sr. Ministro, no dia 13.04.83, emitiu despacho referendando o parecer de seu Consulto Jurídico, contido na CI nº 2524/83. Nos termos deste parecer, o Consultor Jurídico manifestou sua opinião favorável ao 'deferimento de autorização solicitada pela CONSTRUTORA MENDES JÚNIOR S.A, mas com as limitações expressamente consignadas no ofício PRE-120/83, da ELETROBRÁS, de 17 de março de 1983'.

Por oportuno, cabe esclarecer que os textos do Ofício PRE-120/83, bem como o parecer do Consultor Jurídico do MME, não fazem referência específica às considerações pactuadas na SIDE-LETTER no que se refere ao pagamento de juros de mora de 1% ao mês.

3. CRISE CONJUNTURAL E SEUS REFLEXOS NO ANDAMENTO DO EMPREENDIMENTO E NA ADMINISTRAÇÃO DOS CONTRATOS

3.1. Como conseqüência da grave crise econômica que afetou o País a partir do final da década de setenta, as empresas do setor elétrico, de um modo geral, e a CHESF, em particular, passaram a pagar pesado tributo, representado pela carência de recursos necessários para a implantação dos empreendimentos, estes julgados indispensáveis para atender à crescente demanda do mercado regional.

[...]

3.7. Por outro lado, os primeiros atrasos de pagamento correspondentes a serviços executados pela CONSTRUTORA MENDES JÚNIOR na UHE de Itaparica, ocorreram a partir de julho de 1981. Na mesma oportunidade, a CONSTRUTORA apresentou à CHESF faturas referentes à correção monetária resultante dos atrasos observados na liquidação das faturas de serviço.

A CHESF negou a acolhida às citadas faturas de correção monetária até 09.02.84, quando da assinatura do ADITIVO EPISTOLAR CT-I-227.284, cópia anexa, celebrado entre as partes com o objetivo de formalizar as disposições constantes da já citada SIDE LETTER PR-3520, parcialmente aprovadas pela Exm^o Sr. Ministro do MME, com as limitações consignadas na Carta PRE-120/83 da ELETROBRÁS. Por oportuno, cumpre esclarecer que o referido ADITIVO EPISTOLAR CT-I-227.284 foi firmado pela CONSTRUTORA, com as ressalvas consignadas na carta DCE-ITA-17/84, cópia anexa.

Quanto às providências postas em prática pela CHESF na administração deste Aditivo, no que se refere a i) critério de cálculo de correção monetária e ii) forma de operacionalização do pagamento da correção monetária, merecem registro os seguintes aspectos:

- a partir do ADITIVO EPISTOLAR CT-I-227.284, a CHESF passou a aceitar o pagamento de correção monetária por atraso de pagamento sob a forma de emissão de uma fatura específica, inclusive com efeitos retroativos para 03.04.81, neste caso limitado o pagamento ao valor histórico;

- para efeito de cálculo do valor das faturas de correção monetária, a CHESF introduziu um período de carência de 15 dias;

- ainda, foi fixado um prazo de 30 dias para vencimento das faturas de correção monetária, procedimento este já adotado para as faturas de serviço;

- a partir da Resolução 02/85, de 26.01.85, a CHESF passou a pagar correção monetária por atraso de pagamento das faturas de correção monetária pagas com atraso, inclusive retroativamente a partir de 09.02.84, através da emissão de novas faturas, considerando os 15 dias de carência e 30 dias para o vencimento.

4. ANÁLISE DAS REIVINDICAÇÕES DA CONSTRUTORA MENDES JÚNIOR SOB O ENFOQUE CONTRATUAL E LEGAL

A seguir, serão abordadas as pendências existentes entre a CHESF e a CONSTRUTORA MENDES JÚNIOR, em itens específicos e na mesma ordem em que foram tratados na carta da CONSTRUTORA DCE-ITA-263/86, cópia anexa.

4.1. Atualização das faturas de correção monetária pagas

com atraso, pelo valor histórico, referentes ao período anterior a 09.02.84

[...]

Com base nas considerações precedentes e reconhecendo ter havido prejuízo financeiro para a CONSTRUTORA - por motivo não imputável à mesma - em função da liquidação das faturas de correção monetária pelos respectivos valores históricos, a CHESF considera justo o ressarcimento pleiteado a este título, cujo valor foi estimado pela CONSTRUTORA em 158,7 milhões de cruzados, à moeda de março/87.

[...]

4.2. Eliminação do prazo de 30 dias exigidos pela CHESF para liquidação das faturas de correção monetária

A CHESF não tem acolhido esse tipo de reivindicação, tendo em vista a existência de Instrução Normativa interna, fixando um prazo mínimo de 30 dias para vencimento de faturas em geral, procedimento estendido ao caso de faturas de correção monetária a partir de 09.02.84, conforme referido no item 3.7.

No caso particular da CONSTRUTORA MENDES JÚNIOR, a CHESF entende que a aplicabilidade da aludida Instrução Normativa para pagamento de faturas de correção monetária é questionável, visto que, a já mencionada SIDE LETTER PR-3520 que tem força de ADITIVO EPISTOLAR para todos os fins e efeitos legais a ela se sobrepõe e lhe antecede, não expressa condição de pagamento com prazo de 30 dias. Deste modo, a CHESF é de opinião que o cumprimento das obrigações a que esta Empresa se comprometeu, nos termos da SIDE LETTER PR-3520 seja cumprido de modo que a correção monetária seja considerada vencida no ato do pagamento da fatura que lhe der causa.

À consideração das colocações acima enfocadas, esta Empresa considera justo o ressarcimento dos custos financeiros decorrentes da aplicação de um prazo de 30 dias exigidos pela CHESF para o pagamento das faturas de correção monetária da CONSTRUTORA.

O valor de tais custos foi avaliado pela CONSTRUTORA em 99,6 milhões de cruzados, à moeda de março/87, valor este que está sujeito à verificação por parte da CHESF, para fins de habilitação de pagamento.

[...]

4.4.2. Eliminação de carência de 15 dias para efeito de pagamento das faturas de correção monetária e de cálculo de correção de faturas de correção monetária pagas com atraso

No pressuposto de que a correção monetária por atraso de pagamento, é devida no ato da liquidação da fatura de serviço correspondente, conforme mencionado no item 4.2., a CHESF considera procedente o pleito da CONSTRUTORA para eliminação de carência de 15 dias para efeito de pagamento de faturas de correção monetária e de cálculo de correção de faturas de correção monetária.

Este pleito da CONSTRUTORA foi avaliado em 49,4 milhões de cruzados, à moeda de março/87, valor este que está sujeito à verificação por parte da CHESF.

4.5. Juros de mora por atraso de pagamento

A SIDE LETTER PR-3520 estabelece o pagamento de juros de mora de 1% ao mês por atraso de pagamento, condicionado a superior aprovação do Ministério das Minas e Energia.

Ocorre que no parecer do consultor jurídico do MME referente à SIDE LETTER PR-3520, que foi aprovado pelo Exm^o Sr. Ministro das Minas e Energia, não consta qualquer referência explícita ao pagamento dos aludidos juros.

A CHESF, embora considerado que o pagamento dos juros de mora na base de 1% ao mês seja previsto na referida SIDE LETTER, encontra-se impossibilitada de efetivá-lo por falta da devida aprovação superior.

O pleito em questão, conforme cálculos apresentados pela CONSTRUTORA, está orçado em 603,8 milhões de cruzados, à moeda de março/87, ficando reduzido para o valor de 423,4 milhões de cruzados em função do não atendimento ao pleito do item 4.4, valores estes sujeitos ao exame e validação pela CHESF. Vale salientar que os referidos cálculos foram elaborados considerando o critério de capitalização mensal dos juros não pagos, critério este que não poderá ser aceito pela CHESF por falta de cobertura legal.

4.6. Diferença para juros de mercado

Sob o argumento de que os sistemáticos atrasos nos pagamentos das faturas obrigaram a CONSTRUTORA a captar recursos no mercado financeiro, com a finalidade de

manter o ritmo da obra requerido pela CHESF, a CONSTRUTORA solicita o ressarcimento dos custos financeiros correspondentes. Para isto, apresenta cálculos determinando valores situados entre 1.065,1 e 1.586,2 milhões de cruzados, à moeda de março/87, já descontados os juros de mora de 1% considerados como efetivamente pagos. Ainda, a CONSTRUTORA considera como custos financeiros os custos reais de captação praticados pela mesma no período de realização da obra.

Embora reconhecendo que a CONSTRUTORA tenha sido levada a usar recursos próprios ou de terceiros para manter o andamento da obra, em função dos atrasos de pagamento, e que eventualmente, tenha arcado com custos financeiros superiores aos da correção monetária acrescidos de juros de mora conforme previstos na SIDE LETTER, a CHESF entende que não há de sua parte obrigação contratual ou de qualquer outra natureza que a responsabilize por tal ressarcimento, prática esta jamais adotada na Empresa. Conseqüentemente, considera não ser possível o atendimento ao pleito em questão por decisão administrativa interna, face inclusive ao precedente que seria criado, com graves repercussões administrativas e financeiras para a Empresa.

[...]

Acresça-se que não se juntou qualquer prova de eventual constrangimento administrativo a que tivesse sido supostamente submetida, direta ou indiretamente, a empresa a se voltar para o mercado.

Totalmente inverossímil (inclusive e, especialmente, considerada a lógica inerente – afirmação sem qualquer juízo de valor - à iniciativa privada e ao seu código próprio de ação), esdrúxula e não comprovada a tese da empresa, de que se sentiu compelida a buscar recursos no mercado financeiro, para continuar a obra, em nome dos “superiores interesses do programa energético” nacional e da economia nordestina.

Se, entre ter por rescindido o contrato – recebendo o que lhe era devido, segundo a norma contratual a que aderiu livremente – e ter captado recursos no mercado financeiro para o empreendimento – o que se admite apenas para argumentar, sequer existin-

do provas de realização desses supostos custeamentos obtidos junto ao mercado especificamente para a obra contratada –, a empresa autora preferiu, ante a mora administrativa, segundo dito por ela, a segunda alternativa (ajustar financiamentos sob juros de mercado), fê-lo *sponte propria*, por sua conta e risco, unilateralmente, sem qualquer ajuste administrativo nessa direção, não podendo, assim, transferir eventuais equívocos de estratégia ou excessos de sua ação empresarial ao erário público.

Embora a sociedade de economia mista federal tenha confessado que os atrasos de pagamento das faturas emitidas pela contratada efetivamente ocorreram, pagando as penalidades previstas para a hipótese de mora, não há prova de que, em algum momento, tivesse imposto ou chancelado medida extrema de captação de recursos no mercado, em volume tão grande, e a taxas exorbitantes e em condições tão agressivas, quais as afirmadas pela autora, nem que tivesse se comprometido a compensar a empresa por esse tipo de despesa.

Em verdade, há registros nos autos de que a orientação, na seara administrativa, era no sentido da diminuição do ritmo da obra, com prorrogação de prazos, exatamente ante a carência de recursos públicos.

Destarte, diante desse quadro, é possível afirmar: a) que havia autorização para a aplicação da regra da *exceptio non adimpleti contractus* contra a CHESF; b) não se configurou desequilíbrio econômico-financeiro do contrato com efeitos imputáveis à sociedade de economia mista federal.

De fato – e resumindo –, se, pelo contrato, o inadimplemento da CHESF (assim entendido, inclusive e textualmente, o atraso no pagamento das faturas pelos serviços executados), poderia levar à rescisão contratual (bastando simples aviso da parte prejudicada), com os correspondentes efeitos dessa forma de extinção da relação contratual, é evidente que a empresa contratada poderia ter suscitado (com apoio também na doutrina e na jurisprudência), na primeira oportunidade, contra a pessoa jurídica de direito privado contratante, em mora, a *exceptio non adimpleti contractus*, seja na via administrativa, seja buscando, em sua proteção, a via judicial.

No parecer exarado pelo Sub-Procurador Geral da República, nos autos do Recurso Especial nº 5059/PE (interposto contra o acórdão de procedência do pedido da ação declaratória), ficou registrado, de modo adequado (fls. 423/431):

[...]

[...] entendemos que o recurso merece ser conhecido. Em querela de tal magnitude, seria temerário, sob pena de grave injustiça, cercear, de pronto, o conhecimento do especial. Daí a correção do despacho que o admitiu.

[...] No mérito, entendemos que o recurso merece prosperar.

Ora, competia à recorrida, no mínimo, levantar, na oportunidade, a exceção do contrato não cumprido, dado o fato da recorrente ser pessoa jurídica de direito privado, sendo razoável supor que tal arguição não seria de todo desarrazoada, e não é menos verdade de que foi previsto no contrato a forma de reajuste das prestações, no caso de atrasos de pagamento à empreiteira, ora recorrida. Assim, não é crível que contrato, feito em época inflacionária – onde tenha sido prevista a forma do reembolso por atraso ou inadimplemento – seja modificado pelo Poder Judiciário, que passa a impor, em desfavor da Chesf – recorrente, ‘ônus do mercado’, ou seja, o custo do dinheiro levantado, unilateralmente, pela recorrida – imposição essa, aliás, que fere a própria ‘lei’ do contrato, e, de conseguinte, o art. 5º, inc. III, da Constituição.

[...] Ressalte-se, aliás, que a exceção do contrato não cumprido pode ser oposta em desfavor de sociedades de economia mista, como já reconheceu o STF, ao decidir que o Dec. n. 73.140/73 não se aplica àquelas sociedades (RTJ 118/576).

[...]

Nos autos do mesmo mencionado recurso especial, foi coligido o parecer subscrito pelo Dr. Luiz Rafael Mayer, no qual consigna, com propriedade (fls. 434/456):

[...]

Os diversos tópicos do venerando acórdão convergem para um mesmo e único fundamento decisório: a Empreiteira, constrangida a dar continuidade à obra, em que pese o atraso de pagamentos, porquanto não lhe era dado exerci-

tar a *exceptio non adimpleti contractus*, viu-se na contingência de tomar recursos no mercado financeiro a juros elevadíssimos; e que a correção monetária e os juros de 1% (um por cento), ao mês, sobre aquele montante, contratualmente previstos para o ressarcimento do atraso de pagamento das faturas apresentadas, não são suficientes para a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, havendo que compor todos os custos financeiros que teve a Empreiteira de suportar, em financiando com recursos próprios ou alheios.

[...]

O venerado acórdão impugnado incorre no que se pode denominar um erro conspícuo na qualificação dos fatos da causa [...] e desse erro decorre a infringência por ele cometida ao direito federal questionado que à Corte Superior impende resguardar.

[...]

Aplicado, como devera, o artigo 1.092, do Código Civil, não só era facultado à Empreiteira exercer a exceção, como seguidamente propor a rescisão com perdas e danos (parágrafo único), o que ainda lhe estava assegurado pelas cláusulas contratuais referidas pela própria Recorrida, dado incontroverso nos autos.

[...]

É o que ocorre com a invocação pelo acórdão da denominada equação financeira do contrato, por ele tida como infirmada, argumento que está necessariamente vinculado à responsabilização da CHESF pela constrangida busca de recursos financeiros pela Construtora, cuja inconsistência jurídica já foi denunciada em item anterior.

[...]

Ora, a estipulação das cláusulas contratuais têm a exata significação de instituição e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Incivil é pretender-se a inserção nessa equação de um encargo à CHESF, consistente em ressarcir a Empreiteira a título de juros de mercado, o que desfaria a equação, que, por ser equação, tem dois termos.

[...]

Note-se, ainda, o que realça Celso Antônio Bandeira de Mello, em relação aos contratos administrativos, mais particularmente aos subscritos com pessoas jurídicas de direito público (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15^a

ed. ref. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 578 – **negrito e sublinhado acrescido**):

[...] Costumava-se afirmar que a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) não é invocável pelo contratado nos contratos administrativos. Tal assertiva (**que, ao nosso ver, dantes já era inexata**), hoje não mais poderia ser feita [...].

Ademais, o contrato e as regras jurídicas ajustadas posteriormente, essas especificamente em relação às compensações devidas por conta das aludidas demoras de pagamento, em complemento daquele, têm força de lei, entre as partes contratantes, mormente porque foram livremente pactuadas por elas, pessoas jurídicas há muito em atuação no mercado, sabedoras da situação econômica do momento, da amplitude da obra, das responsabilidades assumidas e das penalidades impostas em caso de inadimplemento.

Sem prova de que a empresa foi compelida pela CHESF a levantar recursos no mercado financeiro para a obra contratada ou de que lhe foi prometido reembolso pelas despesas dessa forma de ação empresarial, havendo possibilidade de rescisão contratual pelos atrasos, sendo esses previsíveis (no sentido de regulados contratualmente), sobre eles havendo previsão contratual de reparação, tratou-se de opção empresarial voltar-se ao mercado na captação de recursos para continuação de obra, não sendo admissível que se possa impor à CHESF, quando não participou de qualquer negócio jurídico dessa índole, o ressarcimento de despesas para as quais não concorreu.

Nesse ponto, não se pode esquecer o que justifica o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, na lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15ª ed. ref. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 592 et seq):

[...] A proteção ao equilíbrio econômico-financeiro é ampla e se manifesta com respeito às seguintes diferentes situações:

a) Agravos econômicos oriundos de sobrecargas decididas pelo contratante no *uso do seu poder de alteração*

unilateral do contrato, isto é, impostas ao contratante privado para ajustar suas prestações a cambiantes exigências do interesse público. A noção de equilíbrio ou equação financeira do contrato defende-o às completas contra a gravosidade dessas modificações. Georges Vedel sintetiza bem esta situação, ao registrar que: 'A Administração pode, dentro de certos limites, modificar o peso das obrigações que, em um prato da balança, estão ao encargo de seu contratante, mas deve logo colocar no outro prato as compensações pecuniárias correspondentes'.

Não estão em causa aqui, como diz o autor citado, 'perdas e danos que seriam devidos em razão de uma falta contratual consistente na inadimplência de suas obrigações. Trata-se de uma indenização fundada sobre a necessidade de conservar o balanço das cargas e vantagens, tal como foi encarado pelos contratantes'.

[...]

b) Agravos econômicos resultantes de *medidas tomadas sob titulação jurídica diversa da contratual*, isto é, no exercício de outra competência, cujo desempenho venha a ter repercussão direta na economia contratual estabelecida na avença. É o chamado 'fato do príncipe' [...]

O fato do príncipe não é um comportamento ilegítimo. Outrossim, não representa o uso de competências extraídas da qualidade jurídica de contratante, mas também não se constitui em inadimplência ou falta contratual [...]

c) Agravos econômicos sofridos *em razão de fatos imprevisíveis produzidos por forças alheias às pessoas contratantes* e que convulsionam gravemente a economia do contrato. Seria o caso, por exemplo, de acentuada elevação do preço de matérias-primas, causada por desequilíbrios econômicos, etc. É a 'teoria da imprevisão', por via da qual, modernamente, se retoma o vetusto princípio da cláusula *rebus sic stantibus*. Entre nós, a teoria da imprevisão é perfeitamente acolhida [...]

d) Agravos econômicos *provenientes das chamadas 'surpresas imprevistas'*. Vedel as definiu como 'dificuldades de ordem material que as partes não podiam prever e que fazem pesar uma carga grave e anormal para o empreendedor (p.ex., encontro de um lençol d'água insuspeitado na escavação de um túnel)'.

Em tal caso, o contratante tem direito à indenização total

pelo prejuízo, exatamente por se tratar de encargo suplementar que altera a economia do contrato e que não estava suposto na avença travada.

[...]

e) Agravos econômicos *resultantes da inadimplência da Administração contratante, isto é, de uma violação contratual.*

Ao compor-se consensualmente com um particular contratante, a Administração, assim como adquire direitos, também assume obrigações. Estas, portanto, corresponderão a direitos do contratante, que não podem ser desconhecidos ou amesquinçados. É de solar evidência que jamais o Poder Público encontraria alguém disposto a contratar se ficasse ao alvedrio do Estado cumprir ou não o que se estipulou no acordo.

Assim, em relação à violação das obrigações contratuais, é evidente que o contratante governamental não estará a exercer direito algum quando desatende a obrigações assumidas na avença. Pelo contrário, assim procedendo, agride direito alheio, rompe o compromisso assegurado e afeta o equilíbrio econômico ajustado. Não haveria supor que o Estado ou suas entidades auxiliares, quando se revelem refratários a atender o direito da contraparte, estejam a exercitar alguma prerrogativa própria ou que desfrutem de posição jurídica especial mitigadora da incorreção de suas condutas. Antes, é de esperar que tais sujeitos, mais que quaisquer outros, se revelem expeditos na obediência ao Direito e às obrigações que hajam contraído. O desacato a regras jurídicas não será menos jurídico se provier da Administração.

Ora, é por demais evidente que, *in casu*, não se materializaram as circunstâncias descritas nas letras a à d, da citação doutrinária anterior, sendo os comentários lá postos suficientes a essa percepção. De fato, não se está diante de alteração unilateral do contrato pela Administração Pública (os acréscimos que houve foram favoráveis à empresa contratada, não tendo havido modificações contratuais a ela prejudiciais), nem de fato do príncipe (não houve exercício externo, de competências estranhas ao contrato, com afetação desse), nem de sujeições imprevistas ou fatos impreviáveis.

Quanto a esse último ponto, cumpre frisar, inclusive, que não se pode chamar de situação imprevisível, eventual flutuação de taxas de juros de mercado, incidentes sobre supostos financiamentos tomados, voluntária e unilateralmente, pela empresa, para fazer frente à obra (financiamentos que não existiram, reforce-se, no sentido de que não foram comprovados), quando a contratada está, como estava na ocasião, há muito, consolidada na área a que se dedica, sendo notoriamente conhecedora da dinâmica econômica e monetária, mormente na época em que efetivado o negócio jurídico, com capacidade de, razoavelmente, perceber e dimensionar, sem dificuldades, essa realidade manifestamente inflacionária.

Ademais, em verdade, a autora não cogitou, propriamente, que tivesse sido surpreendida com eventual variação profunda ou anormal dessa ordem. Se optou por contrair financiamentos no mercado para a obra – ressentir-se de prova nesse tocante –, fê-lo espontânea e suficientemente consciente dos riscos a que se sujeitaria, não podendo, agora, simplesmente, repassar aos cofres públicos supostos prejuízos com sua ação empresarial, para a qual não concorreu a Administração Pública.

Realmente, não se olvide o que diz a doutrina, sobre as condições para a caracterização de um “estado de imprevisão” – especialmente o que afirmam os doutrinadores franceses, considerando que a teoria da imprevisão remonta à decisão do *Conseil d’État*, datada de março de 1916 (*decisum* que ficou conhecido como “*arrêt du gaz de Bordeaux*”):

1º) Comme son nom meme l’exprime, l’état d’imprévision ne peut résulter que de la survenance d’un événement qui était imprévisible au moment de la conclusion du contrat, en ce sens qu’il n’y avait pas de raison de le prévoir. C’est à juste titre qu’il n’a pas été prévu.

2º) De sa survenance, doit résulter un bouleversement de l’économie du contrat, c’est-à-dire plus qu’une simple rupture de son équilibre financier. L’événement doit aggraver les charges du cocontractant dans une mesure telle qu’une situation ‘extracontractuelle’ se trouve créée.

3º) Cela étant, et dès lors qu’il procède d’un fait étranger à la volonté des parties, l’état d’imprévision peut avoir des causes diverses.

(CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 4. ed. Paris: Montchrestien, 1988, t. 1, p. 751)

Na jurisprudência pacificada, colhe-se o seguinte registro:

[...]

Igualmente, não se pode, no caso, como sustentam as informações do Poder Executivo (fls. 119 e segs.), pretender que as normas ora impugnadas, especialmente a do artigo 24, se limitam a aplicar a teoria da imprevisão para restaurar o equilíbrio contratual. De feito, a teoria da imprevisão só é aplicável quando fatos posteriores ao contrato, imprevisos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, modificam profundamente o equilíbrio contratual. Na espécie, obviamente não há como sustentar-se que, em contratos que estabeleciam a correção monetária exatamente porque a inflação não era apenas previsível mais existente e com grande intensidade, a inflação em todas as suas conseqüências (inclusive a ciranda de índices) fosse imprevisível. [...]

(STF, Pleno, ADI 493, Rel. Min. MOREIRA ALVES, j. em 25.06.1992 – trecho do voto do Relator)

Considerações adicionais devem ser feitas, no que tange à letra e do mesmo excerto antes transcrito da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello. A violação contratual a que se reporta o doutrinador, hábil a ensejar o direito à compensação pelo desequilíbrio contratual decorrente, apenas pode ser a que diz com o desrespeito aos ditames contratuais, para os quais não se previu, no próprio instrumento, a forma de reparação, ou com a não efetivação ou observância das penalidades previstas no caso da ofensa. Não é a situação dos autos. No caso concreto, é certo que houve a infração contratual, mais especificamente no que atine ao prazo para pagamento das faturas pela contratante. Mas é igualmente correto que as punições previstas para essa hipótese foram atendidas, plenamente, pela contratante. Ou seja, respondeu ela, segundo as normas contratuais firmadas livre e espontaneamente pelas partes, pelos encargos referentes à demora na quitação das faturas atinentes à realização dos serviços. A dizer: a CHESF reconheceu que pagou com atraso e arcou com os ônus financeiros pertinentes a esse atraso. Não tentou se evadir quanto à sua responsabilidade. Apenas se não tivesse quitado os encargos alusi-

vos à demora no pagamento das faturas é que se poderia falar em direito à compensação por prejuízos. Mais que isso, chegou-se à constatação de que o particular contratado recebeu, em verdade, mais do que lhe era devido, porquanto parte dos valores pagos como recomposição não encontravam respaldo na lei ou no contrato, do que resulta o reposicionamento da CHESF, que passa da condição de devedora, para a de credora (essa ilação foi realçada pelo Ministério Público, tanto aquele com atuação perante o TCU, que fala em crédito a favor da CHESF, de mais de R\$ 218.000.000,00 (valor de 1998), como antes destacado, quanto o Ministério Público Federal, que exarou o parecer de fls. 3036/3130, apontando como crédito a favor da CHESF a quantia de mais de R\$ 350.000.000,00, em montante de 1997).

Destarte, vê-se que também quanto à letra e, não está configurada, para fins de embasar eventual reconhecimento de direito a reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. É indispensável frisar que:

[...] o contratante privado não pode buscar qualquer proveito econômico adicional excedente do equilíbrio originário tratado – isto é, não previsto – que seja auferível em detrimento e às expensas da Administração. Nesta categoria se compreendem tanto a execução com materiais inferiores aos supostos na avenca quanto a realizada por processos menos dispendiosos, se o forem com sacrifício da segurança, da rapidez e da qualidade da obra ou serviço, ou, ainda, os reajustes de preços imotivados, vale dizer, sem correspondência com a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro convencionado.

[...]

[...] a idéia [é] de que as obrigações contratuais devem ser entendidas em função das circunstâncias ao lume das quais se travou o ajuste [...]

[...]

[...] as obrigações contratuais hão de ser entendidas em correlação com o estado de coisas ao tempo em que se contratou. Em conseqüência, a mudança acentuada dos pressupostos de fato em que se embasaram implica alterações que o Direito não pode desconhecer. É que as vontades se ligaram em vista de certa situação, e na expectativa de determinados efeitos, e não em vista de situação e

efeitos totalmente diversos, surgidos à margem dos comportamentos dos contraentes.

(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15ª ed. ref. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 596 et seq)

Algumas observações adicionais devem ser feitas, ainda com olhos nas provas dos autos e na percuciente análise empreendida pelo Ministério Público Federal. Confirmam a inoportunidade de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato as constatações (oriundas de análise contábil) de que:

a) a autora sempre teve capital de giro líquido, ou seja, recursos para financiar o seu ciclo operacional;

b) a ausência de capital de giro próprio em dado período resultou em maciço volume de recursos destinados pela autora a investimentos em outras empresas do mesmo grupo econômico que compunha, sem vinculação com a obra em destaque;

c) as faturas devidas pela CHESF não repercutiam significativamente no ciclo operacional da autora e, quando eram, nesse ponto, um pouco mais expressivas, mesmo assim não impactavam grandemente ante a existência de recursos suficientes para os gastos de curto prazo;

d) comparativamente com o total de contas a receber, os valores constantes nas faturas devidas pela CHESF não eram significativos;

e) o total de financiamentos tomados pela autora – repita-se: sem vinculação com a obra contratada – eram muito superiores aos valores devidos pela CHESF.

Não se deve esquecer, outrossim, que, para participar da concorrência, via da qual se selecionou a proposta mais vantajosa, a empresa teve que demonstrar ostentar uma estrutura patrimonial mínima, compatível com o tamanho da obrigação a que iria se vincular.

Assim, se havia a possibilidade de ser deduzida contra a sociedade de economia mista a exceção do contrato não cumprido, bem como se o suposto (reitere-se: **não foi comprovado**) desequilíbrio econômico-financeiro, se tivesse ocorrido, teria redundado

do de ação imputável apenas à empresa contratada, tendo sido cumpridas pela CHESF todas as penalidades pela ultrapassagem do prazo contratualmente definido para pagamento das faturas, não há como se acolher pedido de ressarcimento pelos prejuízos ditos decorrentes.

Com essas considerações, já julgaria improcedente o pedido autoral.

Entretanto, não se pode parar por aqui, tendo em conta o *decisum* transitado em julgado na ação declaratória e o que, dele, a autora pretende extrair.

De fato, mesmo com o reconhecimento da validade do julgado na ação declaratória e a imprescindibilidade de respeito à coisa julgada nela cristalizada, por certo, esse título judicial deverá ser interpretado nos limites que lhe são próprios, ante a natureza jurídica do feito declaratório, o que foi pedido e o que restou judicialmente declarado, conforme se verá adiante.

Assim, prossigo.

- V -

MÉRITO: a natureza jurídica da ação declaratória e o julgamento da ação condenatória lastreada no título judicial declaratório

Como antes se relatou, trata-se de recursos de apelação interpostos pela CHESF - COMPANHIA HIDROELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO, pela UNIÃO, pela MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra sentença que, ao cancelar a tese da coisa julgada da ação declaratória, interpretando-a, recebeu o seguinte dispositivo:

Do exposto, julgo parcialmente procedente o pleito autoral e extingo o feito com resolução do mérito (art. 269, I, do CPC) para condenar a CHESF a pagar à autora o valor referente aos juros de mercado e encargos financeiros incidentes sobre o valor despendido no financiamento das faturas dos contratos CT-I-227.280 e CT-I-227.281, até seu efetivo pagamento, da seguinte forma:

1) As faturas em atraso deverão sofrer a incidência dos

juros simples individualmente, entre a data do vencimento (estabelecida nos contratos CT-I-227.280 e CT-I-227.281) e seu efetivo pagamento, com aplicação do índice que reflita, na época específica, a menor remuneração das formas de captação de recursos adotadas pela MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A por ocasião do financiamento de cada parcela da obra.

2) Para o cálculo do referido índice, deve-se apurar, em relação a cada fatura e seu período de atraso, as formas adotadas pela autora para captar recursos no mercado financeiro e aferir qual a menos onerosa para a empresa, identificando, assim, o mercado do qual deverá ser obtido o custo da captação dos recursos.

3) A incidência dos juros de mercado e dos encargos financeiros está limitada ao pagamento individualizado de cada fatura. Ou seja, é devida a incidência da taxa apurada no item 2 sobre o valor da fatura vencida e não paga apenas no período que mediar entre a data de vencimento da fatura estabelecida nos contratos CT-I-227.280 e CT-I-227.281 e seu efetivo pagamento³⁴.

4) Os valores referentes aos juros de mercado e aos encargos financeiros de cada fatura paga em atraso – calculados na forma do item 3 – devem sofrer a incidência exclusiva de atualização monetária, na forma do Manual de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal, a partir do pagamento de cada fatura pela CHESF até a citação da ré nesta ação, quando deverão incidir a atualização monetária e os juros de mora, desde a citação, no percentual mensal de 0,5% (meio por cento) até a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), quando o percentual deverá ser de 1,0% (um por cento)³⁵.

5) Apurado o crédito da autora na forma dos itens acima, deve haver abatimento dos benefícios auferidos pela acionante por meio de:

³⁴ A data de vencimento deve levar em conta o prazo de tolerância para a emissão da fatura e de tolerância para pagamento.

³⁵ Os juros de mora incidem desde a citação inicial, à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, à luz dos art. 219 do CPC e art. 1.062 do Código Civil de 1916. A partir da vigência do novo Código Civil, Lei nº 10.406/2002, deverão ser computados nos termos do art. 406 desse diploma, à razão de 1% (um por cento) ao mês.

- Incidência de correção monetária e de juros de mora (capitalizados) de 1% (um por cento), ao mês de atraso de pagamento;
- Indenização pelos custos adicionais decorrentes do andamento anormal da obra;
- Eliminação de carência para o cálculo da correção monetária e para os vencimentos das faturas de correção monetária;
- Atualização dos valores das faturas de correção monetária (“correção da correção”) que tenham sido pagas com atraso pelo valor histórico;
- Alteração do período de reajustamento de preços contratados e
- Reajustamento dos preços complementares com base no IGP-DI/FGV, entre a data de apresentação da fatura até o vencimento (30 dias), e correção monetária desses valores pela OTN.

6) Os benefícios mencionados no item 5 também deverão ser atualizados monetariamente na forma do Manual de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal, desde quando trouxeram acréscimos patrimoniais à autora.

7) Calculado o crédito na forma dos itens 1 a 4, deverão ser abatidos os valores mencionados no item 5, atualizados monetariamente na forma do item 6, encontrando-se assim o montante devido à MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A.

Esse dispositivo foi integrado pelo resultado do julgamento dos embargos de declaração opostos contra a sentença, efetivado nos seguintes termos:

1) Rejeito os embargos de declaração da MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A, no tocante às alegações de contradição e omissão da sentença, mas acolho a alegação de existência de erro material e determino a correção da sentença de fls. 3506/3259 para fazer constar exclusivamente os contratos nº CT-I-227.280 e CT-I-227.281;

2) Acolho os embargos de declaração da CHESF e da UNIÃO FEDERAL para aclarar o dispositivo sentencial e esclarecer que os juros de mora processual devem incidir apenas sobre eventual diferença do crédito da MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A e o valor pago pela CHESF, realizadas as compensações determinadas na sentença, e a partir da citação, no percentual determinado no item 4

do dispositivo, e que devem ser utilizados na compensação dos valores já pagos pela CHESF todos os pagamentos efetuados para a obra de Itaparica, no período, independente da denominação específica que lhes foi dada, e 3) Rejeito os aclaratórios movidos pelo MPF.

Vê-se que o julgado de primeiro grau se assentou, fundamentalmente, na invocação do resultado do julgamento da ação declaratória.

Assim, é preciso que nos debrucemos sobre o mencionado feito declaratório precedente, para bem compreendê-lo.

A AÇÃO DECLARATÓRIA.

O PEDIDO.

Formulou-se o pedido da ação declaratória nos seguintes termos:

declarar o direito da autora ao ressarcimento completo e atualizado, pela Chesf, dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros em que incorreu a autora e que foram decorrentes de financiamentos da obra a que foi obrigada, em virtude da falta de pagamento por parte da Chesf, e da determinação desta autora para que assim mesmo prosseguisse com a obra no ritmo adequado.

A SENTENÇA.

A sentença, bem destacando a fundamentação da petição inicial (– a autora teria sido obrigada pela ré a financiar a obra com recursos próprios captados no mercado; – a ré teria se comprometido a ressarcir a autora pelos encargos financeiros respectivos; e – dever-se-ia pensar em termos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, inclusive, quanto às condições de pagamento do preço), foi de improcedência do pleito.

O ACÓRDÃO.

O TJPE, especialmente acolhendo a tese da garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, deu provimento à apelação da empresa autora, para:

declarar a existência de uma relação de crédito da MENDES JÚNIOR contra a CHESF e **que lhe assegure ressarcimento completo e atualizado** dos valores relativos a **juros de mercado e encargos financeiros, de-**

correntes de financiamento da obra de ITAPARICA e, obtidos ante a falta de pagamento, por parte da recorrida, na oportunidade contratual própria.

(trecho do dispositivo do voto do Relator, com destaques acrescidos)

De tal enunciado, lendo-o em compasso com a fundamentação, bem como com a natureza jurídica da ação declaratória, extrai-se, já numa primeira leitura:

a) declarou-se a existência de relação de crédito por prejuízos advindos de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato (ou seja, falou-se em danos, em vista da equação econômico-financeira original do contrato, passível de rompimento pelos atrasos nos pagamentos devidos pela contratante);

b) reconhecer relação de crédito por danos é afirmar direito a ressarcimento que cubra, com suficiência (e o parâmetro desse “bastante” é, exatamente, no caso, a equação econômico-financeira contratual original), esses danos, que, portanto, precisam ser demonstrados;

c) o direito à eventual reparação com base em juros de mercado e demais encargos financeiros (conceitos a serem especificados com exatidão, pois se utilizou, no dispositivo, apenas de expressões genéricas), caso adotados esses critérios para fins de recomposição por desequilíbrio contratual, o que demanda prova, foi atrelado a duas condicionantes:

c.1) os juros de mercado a serem considerados para fins de ressarcimento seriam os decorrentes dos financiamentos tomados para a obra contratada (tal exige, minimamente, prova da realização dos financiamentos para a obra, prova das taxas de juros de mercado e de encargos financeiros efetivamente fixados em tais negócios e prova da aplicação dos recursos financiados na obra);

c.2) os juros de mercado a serem considerados para efeito de reparação seriam os relativos aos financiamentos decursivos da falta de pagamento das faturas (tal exige, minimamente, prova de que a inadimplência levou a empresa à única solução de captação financeira no mercado e prova de quanto foi gasto a título de juros de mercado).

Em síntese, o que restou declarado foi apenas a existência de uma relação de crédito (porque o atraso no pagamento de faturas pelos serviços prestados teria o condão de ocasionar desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, pelas providências a que tivesse sido levada a contratada a adotar ante tal demora para dar prosseguimento à obra contratada).

Tudo o mais, especialmente a identificação e a quantificação do dano a reparar e o critério de ressarcimento, estava a depender de ampla produção probatória, a ser desenvolvida na seara adequada, qual seja, a ação condenatória.

Essa ilação é confirmada a partir da leitura das discussões efetivadas quando do julgamento do recurso especial interposto contra o acórdão do TJ/PE.

O JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

O STJ não conheceu do recurso especial manejado pela CHESF, em razão da ausência de interposição de recurso extraordinário no tocante à matéria constitucional também veiculada no acórdão recorrido (“[...] verifico que além da regra da *exceptio non adimplenti contractus* ante sua impossibilidade de arguição contra o serviço público, o argumento mais evidente e que presidiu em sua quase totalidade, o entendimento dos eminentes julgadores *a quo*, se prendeu à equação econômica-financeira do contrato [...]” – trecho do voto do Ministro Relator).

No entanto, a despeito da lavratura pelo não conhecimento, quando do exame efetuado naquela Corte Superior, nos idos de 1991, explicitou-se a dimensão do julgado do TJ/PE, mormente a partir de considerações sobre a natureza jurídica da ação declaratória e os efeitos decursivos do comando exarado no seu julgamento. Observem-se trechos da discussão estabelecida no âmbito do REsp 5059/PE (destaques acrescidos):

EMENTA

AÇÃO DECLARATÓRIA. DECISÃO COM ASSENTO EM MAIS DE UM FUNDAMENTO.

I - O v. acórdão recorrido decidiu com base em matéria constitucional e infraconstitucional.

A Recorrente não interpôs recurso extraordinário. Logo, transitou em julgado a matéria constitucional, por si só

suficiente para manter a decisão recorrida (Súmula 283 do STF).

De outra parte, em se tratando de ação de natureza meramente declaratória, a decisão vale como preceito para a ação condenatória, se proposta, onde a matéria deverá ser amplamente debatida.

II - Recurso não conhecido.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: [...]

[...]

É bom lembrar, como fez o eminente Desembargador relator, ao final de seu voto, que a decisão recorrida tem natureza declaratória e não condenatória, valendo como preceito para a futura ação **onde a matéria poderá ser amplamente debatida.**

Com estas considerações, não conheço do recurso.

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN:

[...]

Finalmente, a alegação de astronômica compensação pelo vulto da indenização poderia impressionar, mas na verdade não impressiona, simplesmente porque não está em discussão neste ensejo. A ação é declaratória da existência de relação de crédito e **o valor do eventual ressarcimento, ainda a depender de prova, vai ser fixado na ocasião oportuna e nos seus verdadeiros parâmetros.**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS:

[...]

A ação proposta é uma ação declaratória. Mas, não obstante isso, entendo que o acórdão desbordou dos limites da declaração, quando diz no seu final 'que essa indenização há de ser calculada a juros de mercado'.

Penso que no bojo desta ação não se poderia, e nem se pode, chegar a essa conclusão. A equação financeira do contrato é tese já assentada [...].

Não me comove, por exemplo, a argumentação da *res communis omnium*, porque, em verdade, o que ficou patenteado é que a construtora cumpriu as obrigações e realizou a obra pública e [...] aceitar o argumento de que ela deveria parar a obra seria infringir o princípio da continuidade e consagrar a inadimplência. Inadimplente, sem dúvida, foi o Estado brasileiro, e duplamente, porque o que se diz nos

jornais e nos cálculos dos economistas pátrios é que **a simples forma de correção monetária com que se faz a correção dos valores depositados nas poupanças não é real. Ora, se assim é ou não, esta vai ser uma matéria que deve ser discutida – e largamente – no bojo dos autos, em outra ação tipicamente condenatória e não declaratória.**

Neste ponto, assalta-se uma dúvida – penso que comungo com os óbices postos pelo Eminentíssimo Ministro-Relator, de modo geral – e gostaria mesmo de me socorrer do debate com os Eminentíssimos Ministros: **o simples não conhecimento da matéria nos termos em que lança o voto do Eminentíssimo Ministro-Relator, ou seja, frisando que se trata de uma ação declaratória, afastaria, por exemplo, aquela declaração de que se deveria buscar os juros de mercado?**

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (APARTE): [...] **Acredito que sim, por uma razão muito simples: para chegar a essa afirmação, a Firma teria que ter feito prova de que captou recursos no mercado a juros altos. Isso é uma futurologia. O Desembargador fez isso num exercício de memória. Não posso admitir que, não havendo prova, ele possa dizer que a conclusão é que se tem que pagar juros de mercado. Será que foi captado a juros de mercado?** Esta é a grande pergunta.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: É nesse ponto que reside a minha grande dúvida, porque, em verdade, o que se observa dos autos é que o Eminentíssimo Desembargador-Relator, como o Revisor, retratou, no seu voto, o seu próprio sentimento diante da inflação que nos assola, porque nos autos não consta a prova de que essa equação financeira se fizesse dessa ou daquela forma, e o que a Constituição determina é que se restabeleça sempre essa equação – vale dizer, em relação a contratos de empreitadas, seja de natureza cível ou administrativa –, que o preço reflita custo mais lucro, mas aquele lucro obtido e aquele com que ela se apresentou à concorrência, porque [...] se admitirmos o contrário seria, inclusive, fraudar aqueles outros concorrentes. Essa é a equação que se busca. Por isso é que não posso, nessa parte do acórdão, admitir a referência a juros de mercado.

[...]

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (APARTE): Antes que o Sr. Ministro Pádua Ribeiro se pronuncie [...] Existe algo que não podemos negar. O desequilíbrio da equação financeira está confessada pelo outro lado, que é matéria constitucional pacífica. V. Exa. está dizendo que o entusiasmo do Desembargador-Relator foi muito longe - ela faz uma observação sobre os efeitos e os benefícios que essa usina gerou na região. Ressaltou mais que a CHESF passou a receber os rendimentos pela venda da energia. Tudo isso é romântico. Para mim, o caminho que realmente precisa ser definido é se existe uma equação financeira, e alguma dúvida a ser dissipada entre a CHESF e a Mendes Júnior. Existe, porque, na verdade, já foi dito nos pareceres que há uma injustiça, só que não há uma lei para respaldá-la.

Está aí o preceito que serve de base para uma futura ação. Agora, não vamos dicutir se foram juros de mercado ou não, isso é outro assunto.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: [...] Mas a minha única dúvida é que esse preceito contém uma declaração expressa já se referindo a juros de mercado; juros de mercado esses que não sei se seriam os aplicáveis, porque o de que se cuida neste caso é de restabelecer a equação, e se ela vai ser afinal restabelecida com juros de mercado ou não é questão que vai ser decidida no futuro. O que não posso é antecipar e dizer que seriam juros de mercado [...].

COMPLEMENTAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: [...] juros de mercado só podem ser cobrados nesse País por instituições financeiras. Somente banco pode cobrar além da taxa legal estabelecida.

[...]

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: [...] não cabe, no ensejo, a meu ver, examinar a extensão do julgado recorrido, porque não conhecendo do recurso, não podemos estabelecer qual a sua extensão, adentrar na sua essência, como se estivéssemos a examinar embargos declaratórios [...]/**Creio que nada obstará que, por ocasião da propositura da ação própria, a ação executória, o Judiciário examine amplamente essa matéria [...].**

[...]

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS: Senhor Ministro Peçanha Martins, se V. Exa., permite-me, a natureza jurídica da ação meramente declaratória não comporta exceção. É preceito para uma futura ação. *Data venia*, o que está aqui não é objeto de execução. **Estamos dizendo que há um ajuste a ser feito.**

O EXMO SR. MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: [...] **Chego a admitir que, futuramente, a matéria** [alusiva à adoção dos juros de mercado como parâmetro do ressarcimento] **possa ser trazida à apreciação do Judiciário, mas não me cabe antecipar sobre ela.** [...]

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: [...] **enfatizando com o Relator e todos os Ministros, de que há que se fazer uma nova e completa instrução probatória para restabelecer-se a equação financeira do contrato.**

Em síntese, pode-se concluir: o título judicial formado na ação declaratória, o *decisum* que transitou em julgado, reconheceu, declarando, direito à reparação por prejuízo (“relação de crédito”) – pelo desequilíbrio contratual gerado pela inadimplência da contratante –, a ser devidamente dimensionado, mediante prova, na ação condenatória. Assim, textualmente, entendeu-se que a discussão, por exemplo, sobre se devidos, ou não, juros de mercado, deveria acontecer na ação condenatória, que é a via apropriada para tanto (na ação declaratória não se poderia condenar à aplicação de juros de mercado). Importante consignar também: não se firmou compreensão de que os financiamentos teriam se verificado, porquanto essa afirmação estaria a depender de prova, a ser colhida em instrução probatória a ser realizada na sede própria – diga-se, mais uma vez, na ação condenatória.

E, assim, concretizou-se o julgado da ação declaratória, formando coisa julgada – “*tiene fuerza de ley en los límites de la litis y de la cuestión decidida*” (CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de Derecho Procesal**. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE1952, v. 1, p. 161).

Dois posicionamentos podem ser vislumbrados ante esse julgado do STJ.

Uma **primeira posição** é a de que, embora o resultado do julgamento tenha sido proclamado como “não conhecimento”, o STJ, em verdade, teria ingressado no mérito, para conhecer parcialmente o recurso na parte em que concernente ao trecho final do dispositivo da sentença, que, segundo certa leitura, teria já imposto o ressarcimento pelo cômputo de juros de mercado e encargos financeiros derivados dos financiamentos aludidos pela autora.

A tomada desse rumo encontraria, adiante, uma bifurcação, com dois caminhos aparentemente possíveis: a. o STJ teria conhecido parte do recurso especial da ré, dando-lhe provimento nesse ponto, para julgar improcedente, de logo, o pedido de aplicação de juros de mercado e encargos financeiros decursivos de financiamentos ajustados no mercado; ou b. o STJ teria conhecido em parte do recurso da ré, dando-lhe provimento nesse ponto, para excluir do trecho final do acórdão a parte impositiva de reparação com base em juros de mercado e encargos financeiros, porquanto a forma de compensação pelos danos, a depender de ampla instrução probatória, apenas poderia ser definida em sede de ação condenatória.

A questão em debate, portanto, diz com o sentido do “não conhecimento” do recurso para o STJ. Veja-se, a propósito, o que diz Sérgio Bermudes, em parecer coligido aos autos (fls. 1444/1472):

[...]

7. É preciso que se compreenda e se aceite esta verdade, que a doutrina registra e a leitura dos repositórios de jurisprudência deixa evidente: a fórmula não conhecer do recurso, de que se utilizam os julgados dos egrégios SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, não significa, necessariamente, um juízo de inadmissibilidade do recurso, que ocorre, como se sabe, quando o órgão competente para julgar o recurso não lhe aprecia o mérito pela falta de um dos seus pressupostos subjetivos ou objetivos.

8. Na vigência da Constituição de 1967 e da emenda nº 1, de 1969, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ‘não conhecia’ dos recursos extraordinários, fundados na alínea a do art. 119, III (contrariedade a dispositivos da Constituição, ou negativa de vigência de tratado ou lei federal), não apenas quando os deixava de admitir pela ausência de pres-

suposto de admissibilidade (v.g., ilegitimidade ou falta de interesse do recorrente, ou intempestividade do recurso), mas também quando, examinando o aresto impugnado, não encontrava razões para reformá-lo.

9. A doutrina dava destaque ao emprego da frase não conhecer para designar, indistintamente, em particular quanto aos recursos da alínea a, o juízo negativo de admissibilidade e o juízo negativo de mérito, isto é, de desprovimento do recurso, proferido este quando, para repetir a terminologia forense, se confirmava a decisão impugnada (na verdade, substituída pelo julgamento da corte recursal, nos termos do art. 512 do Código de Processo Civil) [...]

10. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconheceu que assim procedia, quando enunciou a súmula nº 249 da sua jurisprudência: 'É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida'.

Obviamente, aquele tribunal não declararia a sua competência para rescindir acórdão de não conhecimento de recurso extraordinário, se o julgado se cingisse à declaração de inadmissibilidade. O STF adotou orientação diferente porque reconhece que, muitas vezes, o acórdão, que declara não conhecer, na realidade conhece e julga. Se julga, tanto procede assim para desprover quanto para prover, não obstante a deficiência da fórmula que lhe dá expressão [...]

11. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA guardou fidelidade à praxe do STF e, consoante seus julgados, também não conhece de recursos especiais, mormente pela alínea a do art. 105, III, da Constituição, quando, julgando o seu mérito, lhe nega provimento.

[...]

23. Diante disso, depois disso, acredito insustentável a idéia de que, no julgamento do recurso especial aludido, o STJ se tenha limitado a um julgamento de verificação dos pressupostos do recurso, para não o admitir, pela falta de um, ou de alguns. Positivamente, não.

24. A leitura dos votos, que compõem o acórdão, mostra com ofuscante nitidez que houve julgamento do mérito do recurso especial. Obscurecido embora pela fórmula im-perfeita com que se manifestou, esse julgamento excluiu

os juros de mercado, afastando-os, inequivocamente. DAÍ RESULTOU PRONUNCIAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO FEITO NA INICIAL DA AÇÃO DECLARATÓRIA, ONDE SE BUSCARAM JUROS DE MERCADO.

[...]

31. Respondo, portanto, ao segundo quesito, afirmando que (a) no recurso especial, houve julgamento de improcedência do pedido de juros de mercado, pelas razões que já expus, ou (b) se não se entender julgado improcedente o pedido, como me parece correto, o entendimento alternativo será no sentido de que houve extinção do processo sem julgamento do mérito quanto ao pedido de juros de mercado, substituído, então, o pronunciamento de mérito do tribunal pernambucano por outro, este terminativo, do Superior Tribunal de Justiça.

32. Contemplada a hipótese (a) do parágrafo anterior, já não haveria necessidade de se suscitar, na ação condenatória subsequente, a exceção de contrato não cumprido, porque o pedido foi julgado improcedente.

33. Admitida, contudo, a hipótese (b) do parágrafo 31 deste parecer, incidiria o art. 268 do mesmo Código, que, salvo nos casos do art. 267, V, dos quais não se cogita, permite a repositura da ação, quando se extingue o processo sem julgamento do mérito e, conseqüentemente, admite que o réu oponha ao pedido do autor quaisquer defesas, inclusive, como evidente, a do art. 1.092 do Código Civil.

34. Mas a análise do primeiro quesito da consulta, por mim deliberadamente posposta à do segundo, não pode excluir, ainda que conjecturalmente, a possibilidade de que, como acreditou a respeitável sentença da ação condenatória, haja prevalecido o julgamento de procedência do pedido de juros de mercado, contido no v. acórdão do Tribunal de Justiça de Pernambuco, no processo da ação declaratória, que o STJ teria deixado incólume pelo não conhecimento do recurso especial, equivalente a um juízo negativo de admissibilidade.

35. Nesse caso – que, aos meus olhos, não se verificou – teria emergido do processo da ação declaratória um preceito, que serviu de fundamento jurídico do pedido formulado na ação condenatória, que não é ação de execução [...] tratando-se de ação cognitiva, proposta com a finalidade de se obter uma prestação.

Vista assim a questão, nada obstará à oposição da *exceptio* do art. 1092 do Código Civil para excluir a incidência do preceito obtido no processo da ação declaratória. Porém, constitui erro entender-se que, existente o preceito, o pedido deve, necessariamente, ser acolhido. Isso dispensaria, por inócuo, o processo da ação cognitiva de condenação, que, no entanto, a lei (CPC, art. 584, I) faz imprescindível, se se quiser compelir a demandada a uma prestação.

[...]

Outrossim, reside nos autos parecer assinado por Moniz de Aragão, sob o título “Alcance e eficácia de julgamento do Superior Tribunal de Justiça, que ‘não conhece’ de recurso especial”. Nele se narra (fls. 1473/1512):

[...]

18. O julgamento dos recursos constitucionais de natureza extraordinária, tanto o recurso extraordinário propriamente dito, dirigido ao Supremo Tribunal Federal, quanto o recurso especial, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, obedece a uma técnica *sui generis*, de há muito consolidada com relação ao primeiro e adotada sem retoques quanto ao segundo. Grosso modo, pode ser assim exposta: se configurado algum dos tipos descritos na Constituição Federal, o recurso será ‘conhecido’; se não, o recurso não será ‘conhecido’. Por conseguinte, o verbo ‘conhecer’ tem, nessa técnica, significado diverso do que lhe é peculiar no julgamento dos recursos de natureza ordinária, habitualmente apreciados nos tribunais de segunda instância. MATOS PEIXOTO, tratadista clássico da matéria, assim definiu a questão: ‘o Supremo Tribunal, ao decidir o recurso, engloba logo a questão preliminar, concernente ao conhecimento dele, na questão de mérito, relativa ao seu provimento’ [...]

Tal método tem despertado críticas, como, na atualidade, a do Prof. BARBOSA MOREIRA: ‘É inadequada a maneira por que o Supremo Tribunal Federal costuma pronunciar-se acerca desses recursos, dizendo que deles ‘não conhece’ quando entende inexistir a alegada infração. Desde que examine a *federal question* suscitada pelo recorrente, isso significa que se julga o recurso de *meritis*, pouco importando que se acolha ou se repila a impugnação feita à

decisão recorrida; em casos tais, o que se deve dizer é que se conheceu do recurso e, respectivamente, que se lhe deu ou negou provimento' [...] Todavia, apesar da autoridade dos críticos, tanto o Supremo quanto o Superior Tribunal mantêm o modo tradicional de julgar. O exame do alcance e da eficácia de seus pronunciamentos não se pauta, pois, pelas noções comuns ao juízo de admissibilidade dos recursos aplicada nos tribunais de segundo grau. Como bem observam MATOS PEIXOTO e BARBOSA MOREIRA, no geral dos casos, apesar de esses tribunais afirmarem que o recurso 'não foi conhecido', em verdade foi ele apreciado pelo mérito e o não-conhecimento corresponde (na técnica aplicável a tribunais de segundo grau) a negativa de provimento. Excetuam-se naturalmente hipóteses como a da intempestividade, por exemplo, em que o não-conhecimento tem o mesmo alcance e eficácia tanto nesses como nos tribunais de grau inferior. Somente em casos tais será possível afirmar *a priori* que a coisa julgada material consubstancia-se exclusivamente no acórdão recorrido.

[...]

Os julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pelos quais o recurso não é conhecido, não são dados neutros na formação da coisa julgada. Se tiverem opinado sobre a questão federal controvertida. É ingenuidade supor o contrário. O que determina a inocuidade de tais julgamentos perante a decisão final da causa não é, pois, o fato de o recurso não ter sido 'conhecido' o que, na aparência – mas somente na aparência – dá a impressão de haverem sido apreciadas certas condições preliminares de seu cabimento; o que importa, isto sim, é o fato – a ser verificado caso a caso – de não ter sido apreciada, de modo algum, a questão federal controvertida.

19. De múltiplas maneiras pode o Superior Tribunal de Justiça apreciar a questão federal controvertida, sem, no entanto, conhecer do recurso especial, ou seja, mesmo declarando expressamente que dele não conhece. Uma dessas maneiras (ocorrida no caso versado na Consulta) é haver o Tribunal interpretado e esclarecido o julgamento impugnado e assim contribuído para melhor compreensão de seu alcance e de sua eficácia.

[...]

Expostas essas considerações sobre a interpretação, e suas conseqüências, em tribunais superiores, de decisões proferidas em tribunais inferiores, passa-se ao exame da interpretação, e suas conseqüências, do julgamento prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, feita pelo Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o recurso especial da CHESF, posto que dele não tenha ‘conhecido’.

O primeiro marco fincado pelo Superior Tribunal de Justiça ao interpretar o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco e assim concorrer para elucidar seu alcance e eficácia consistiu em enfatizar, na ementa e no final do voto do relator, Min. José de Jesus F^o, que ‘em se tratando de ação de natureza meramente declaratória’ o julgamento ‘vale como preceito para a ação de natureza condenatória’ e que, em conseqüência, nesta última ‘a matéria’, objeto da mera declaração, ‘deverá ser amplamente debatida’. O primeiro voto a seguir, do Min. Hélio Mosimann, reafirmou a orientação claramente fixada pelo relator: ‘A ação é declaratória da existência da relação de crédito’ e por força de sua própria natureza de mera declaração ‘o valor do eventual ressarcimento, ainda a depender de prova, vai ser fixado na ocasião oportuna e’ – (neste ponto o trabalho de hermenêutica avançou mais um passo) – ‘nos seus verdadeiros parâmetros’. Se os demais votos fossem de mera adesão, esses já seriam suficientes para clarear o alcance e eficácia do acórdão do Tribunal de Justiça, a fim de pautar o processo da futura ação condenatória.

Acontece que os escrúpulos a seguir manifestados pelo Min. Peçanha Martins, e a proveitosa discussão que seu voto provocou, levaram a exegese do julgado recorrido a novos avanços, de modo a tornar mais claros o alcance e a eficácia do acórdão objeto do recurso especial.

Suscitou ele debate a propósito do efeito da declaração enunciada quando diz no seu final ‘que essa indenização há de ser calculada a juros de mercado’. Sobre essa questão estabeleceu-se debate altamente esclarecedor. [...]

Com mais essas considerações ficou explícito que a declaração enunciada pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco restringia-se àquilo que houvesse sido *captado a juros de mercado*, o que de resto já estava expresso em seu

próprio acórdão [...]

Em sua zelosa insistência, o Min. Peçanha Martins polemizou sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato a cujo respeito versava o processo declaratório: ‘dos autos não consta a prova de que essa equação financeira se fizesse dessa ou daquela forma’. Ponderou o relator que a equação seria restaurada, para o que o julgamento declaratório serviria como preceito; todavia se o restabelecimento se daria a juros de mercado, ou não, isso era assunto para o futuro processo, tese com que concordou o Min. Peçanha Martins.

[...]

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, mesmo não conhecendo do recurso especial, integra-se ao acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco e com ele compõe um só e único todo, no qual deve buscar-se, em sua real configuração, o julgamento da causa. O fato é corriqueiro nos embargos de declaração, que, mesmo quando rejeitados, podem aportar esclarecimentos relevantes para a compreensão do julgado, com o qual o dos embargos passa a formar uma só decisão. A peculiaridade relativamente à espécie versada na Consulta consiste em a interpretação do acórdão de segundo grau ter sido feita no Superior Tribunal de Justiça. Mas também esse aspecto não impressiona, tampouco constitui novidade.

[...]

Merece referência, ainda, pelo brilho de sempre e pela luz que lança ao caso concreto, artigo científico da lavra de José Carlos Barbosa Moreira, no qual o estudioso se detém a responder a seguinte pergunta: “Que significa ‘não conhecer’ de um recurso?” (**Revista Jurídica**, ano XLIV, nº 224, jun. 1996, p. 5-17). Dele, extraio os seguintes trechos, que mostram as “dificuldades” vivenciadas pelo STJ, pelo menos em certa época de sua atuação, em relação aos dois ângulos distintos de apreciação jurisdicional dos recursos especiais, quais sejam, o pertinente à admissibilidade (identificado pelos códigos “conhecimento do recurso” ou “não conhecimento do recurso”) e o atinente ao mérito (caracterizado pelos códigos “provimento do recurso” ou “desprovimento do recurso”):

[...]

[...] nem sempre os textos permitem, logo à primeira leitura, identificar com segurança a linha divisória entre os dois terrenos, o do juízo de admissibilidade e o do juízo de mérito. [...]

Os textos, entretanto, optam às vezes por outra maneira de dizer, capaz de dar a falsa impressão de que, ao indicar-se o 'tipo', já está se embutindo nele uma valoração. Leia-se, v.g., o art. 105, nº III, letra a, da Carta da República. Por força desse dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça é competente para 'julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência'. Ora, limitando o discurso, *commoditatis causa*, à hipótese de *contrariedade a lei federal*, não há quem não perceba que, tomada a Constituição ao pé da letra, se teria conferido ao Superior Tribunal de Justiça atribuição intrinsecamente contraditória. Ele deveria julgar o recurso especial apenas nos casos em que a decisão recorrida houvesse contrariado lei federal; ou, em outras palavras: apenas nos casos em que o recorrente tivesse razão. Sucede que, para verificar se a lei federal foi mesmo contrariada, e portanto se assiste razão ao recorrente, o Superior Tribunal de Justiça *precisa julgar o recurso especial! Quid iuris* se, julgando-o, chega o tribunal à conclusão de que não se violou a lei, de sorte que o recorrente não tem razão? Literalmente entendido o texto constitucional, haveria o Superior Tribunal de Justiça andado mal em julgar o recurso: a decisão recorrida *não contrariou* lei federal, logo a espécie não se enquadra na moldura do art. 105, nº III, letra a.. Mas como poderia o tribunal, *a priori*, sem julgar o recurso, adivinhar o sentido em que viria a pronunciar-se, na eventualidade de julgá-lo?

Eis o pobre Superior Tribunal de Justiça metido, sem culpa sua, em dilema implacável: diante do recurso especial, ou o julga, a fim de ver se a lei federal foi violada e arrisca-se a, concluindo pela negativa, exceder os limites traçados pela Carta da República; ou então se abstém de julgá-lo, e assume o risco de descumprir a atribuição constitucional, porque sempre era possível que a lei federal tivesse sido realmente violada... Não é crível que a Constituição

haja querido pôs o Superior Tribunal de Justiça em situação a tal ponto embaraçosa, condenando-o a *jamaís* ter como desincumbir-se com tranqüilidade da missão que se lhe confiou. Torna-se patente que ao texto do art. 105, nº III, letra a, cumpre dar inteligência que evite convertê-lo em tão angustiante beco sem saída.

[...]

[...] Como é notório, sob o regime constitucional anterior, costumava o Supremo Tribunal Federal, na hipótese de recurso extraordinário correspondente à do atual art. 105, nº III, letra a, empregar terminologia equivocada: dizia, com efeito, *não conhecer* do recurso sempre que lhe parecia *infundada* a impugnação, do mesmo modo que o dizia quando o recurso faltava algum requisito de admissibilidade.

[...]

[...]

[...] Bem sabemos como julgava o Supremo Tribunal Federal e como costuma julgar o Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses em foco. É isso, justamente, que nos preocupa [...]

[...]

A expressão 'não conhecer' de um recurso significa, só e sempre, abster-se de examinar a impugnação em sua substância, de provar ou desaprovar a decisão recorrida. O tribunal que não conhece de um recurso de jeito nenhum diz a quem assiste razão: se ao recorrente, se ao órgão *a quo*. Caso o diga, ou está avançando o sinal, fazendo acréscimo indevido à decisão de não conhecimento, ou está dando ao seu pronunciamento denominação equivocada.

É antes de examinar a substância da impugnação que o tribunal tem de decidir se vai ou não conhecer do recurso. Se lhe examinou a substância, dele *já conheceu*, por mais que se empenhe em fazer crer o contrário. No instante em que está deliberando se o recurso merece ou não merece ser conhecido, o tribunal *ainda não sabe* que juízo formará a respeito da decisão recorrida e das razões do recorrente; apenas o saberá, à evidência, se e quando examinar aquela e estas – noutras palavras, se e quando *conhecer* do recurso. E a deliberação preliminar (conhece-se ou não se conhece?) em nada predetermina o sentido em que, *depois*, se julgará o recurso no mérito [...]

[...]

Ante tal arcabouço doutrinário de peso, terminei me convencendo de que, a despeito da inscrição “não conhecer” do recurso especial, o STJ, em verdade, enveredou, em certa medida, no mérito – e, portanto, conheceu, ainda que parcialmente, do recurso especial.

Contudo, não posso concordar que, nesse investir sobre o mérito, tenha aquela Corte Superior, já julgado improcedente o pedido de ressarcimento nos moldes e pelos critérios pretendidos pela parte autora.

Penso mais correta a percepção de que, ao observar o mérito da demanda, o STJ, em que pese ter mantido (pelo não conhecimento de parte do recurso) a declaração judicial de relação jurídica de crédito por dano decorrente de desequilíbrio contratual por atrasos de pagamentos, deixou claro que a parte final do acórdão não se sustentaria, porquanto a ação declaratória não seria a via processual apropriada para o tipo de prestação jurisdicional que lá, aparentemente, tinha sido colocada, a depender de ampla produção probatória (um dos Ministros que analisaram o recurso chegou a dizer que, quanto à parte final do dispositivo do acórdão, os Desembargadores de Justiça teriam feito verdadeiro exercício de futurologia).

Então, o STJ deixou explicitado que o debate sobre a existência e o dimensionamento dos prejuízos, bem como sobre a própria forma de reparação, deveria se verificar na ação condenatória.

Alguns Ministros chegaram, inclusive, a mencionar a possibilidade de não se acatar na ação condenatória o parâmetro dos juros de mercado, por não se tratar a autora de instituição financeira, bem como por não enxergarem a congruência entre tal tipo de taxa e a reposição pelo rompimento do equilíbrio contratual.

Não por outro motivo se fez inscrever na própria ementa do julgado do STJ em comento: **“em se tratando de ação de natureza meramente declaratória, a decisão vale como preceito para a ação condenatória, se proposta, onde a matéria deverá ser amplamente debatida”**.

Suponha-se, contudo, que não venha a ser acatado esse entendimento de que, repita-se, embora a inscrição final do julga-

mento do recurso especial tenha sido o “não conhecimento”, o efeito foi, verdadeiramente, de parcial provimento do recurso, conhecido apenas em parte, para expurgar do dispositivo do acórdão do TJ/PE sua parte final (mais exatamente **“dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros, decorrentes de financiamento da obra de ITAPARICA e, obtidos ante a falta de pagamento, por parte da recorrida, na oportunidade contratual própria”**).

Ainda assim, ou seja, mesmo em se compreendendo que deva prevalecer a literalidade do “não conhecer” do recurso especial, o fato é que o expurgo do trecho antes destacado do acórdão do TJ/PE, ou, melhor dizendo, a sua adequada leitura, de igual modo, realiza-se por inerência, em função da natureza jurídica da ação declaratória, instrumento processual pelo qual a parte optou, sujeitando-se, portanto, aos limites inerentes a essa via.

Nessa esteira, o STJ apenas teria trazido à colação a interpretação de julgado que se compatibiliza com essa limitação. Nesse tocante, cabe frisar o que a doutrina designa de “interpretação autêntica da sentença”, compreendendo-se como interpretação autêntica a que “provém do mesmo autor do preceito ou da declaração preceptiva que se trata de compreender” (BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 119. A citação que seguem foi extraída das fls. 148/149):

A sentença, provimento de um órgão do poder jurisdicional, pode, em determinadas hipóteses, constituir objeto de interpretação vinculante por obra de órgãos do mesmo poder, aos quais seja proposto o problema de estabelecer o significado da sentença anterior à luz da correta compreensão da lei. Ora, tal interpretação deve ser qualificada como autêntica em razão da fungibilidade e da identidade institucional que se dá entre os vários órgãos da jurisdição ordinária, uma vez que todos pertencem a um único ‘ordenamento judiciário’. Essa fungibilidade e essa identidade institucional implicam que os vários órgãos podem ser considerados como um sujeito idêntico, ao qual a ordem jurídica refere os provimentos jurisdicionais: é o que basta para gerar aquela identidade do autor, que é requisito essencial da interpretação autêntica.

A interpretação autêntica é, antes de mais nada, aquela que o art. 384, alínea 2, do cód. proc. civ. (infelizmente redigido de maneira infeliz) defere ao juiz de cassação, conferindo-lhe o poder de 'corrigir em direito' a motivação da sentença impugnada; ou seja, o poder de tornar a motivação coerente, por um lado, com a verificação do fato (ao qual o juiz de cassação se encontra vinculado, conforme resulta da sentença) e, por outro, com o dispositivo dessa sentença, no âmbito das questões de direito, propostas pela demanda e decididas pelo juiz de mérito.

Além disso, a interpretação autêntica é toda interpretação concernente a uma sentença de significado controverso, que possa ser demandada à autoridade judiciária segundo o princípio geral do interesse de agir, exigido para propor uma demanda em juízo pelo art. 100 do Cód. Proc. Civ. Quando, de fato, as formulações da sentença (ou seja, do dispositivo relacionado com a motivação) apresentam na sua aplicabilidade prática dificuldades decorrentes da possibilidade de entender seu significado de vários modos, divergentes entre si, deve-se dizer que a equívocidade, a obscuridade ou a incerteza do significado se refletem e repercutem numa incerteza da própria situação jurídica substancial, regulada pelo preceito da sentença: incerteza essa que vem acompanhada pelo perigo de perplexidade no comportamento das partes e de controvérsias que podem surgir sobre a hipótese de o comportamento mantido por uma ou outra parte ter observado ou violado o preceito em questão. Ora, sem esperar que tais controvérsias surjam, é do interesse de pelo menos uma das partes alcançar, por meio de uma interpretação vinculante da sentença precedente, a verificação da situação jurídica substancial.

Eis que surge a segunda hipótese de leitura do julgado do STJ, mas que tem efeitos símiles à da postura que acolhi, como acabei de realçar.

Essa **segunda posição** é a de que, a despeito do não conhecimento do recurso, conclusão tomada no sentido da técnica processual mais estrita, de não enveredamento pelo mérito (a dizer: independentemente da proclamação), ainda assim, a única interpretação plausível do acórdão transitado em julgado seria na direção de reconhecer nele apenas a declaração da existência de uma

relação de crédito, mas cuja apuração dos danos e da forma de ressarcimento não poderia prescindir de discussão no âmbito da ação condenatória, exatamente em função dos limites próprios da ação declaratória.

Por absolutamente pertinente, considere-se que a ação declaratória – ou, como também chamada, ação meramente declaratória – é “aquela por via da qual o autor mais não pretende nem pode obter do que a certeza da existência ou inexistência de determinada relação jurídica, mediante declaração autoritativa do órgão jurisdicional”. Assim, “o que por sentença se pode declarar é a relação, não algum elemento isolado dela: não o fato em si ou a norma em abstrato, mas a incidência de norma sobre o fato. Não cabe a ação a fim de declarar simplesmente que Tício danificou bem de Caio, nem para declarar que, se alguém danificar bem de outrem, deve indenizar; admite-se, sim, para declarar que Tício, por haver danificado bem de Caio, se tornou devedor de indenização a este”. E mais: “A ação meramente declaratória distingue-se das demais apenas em que a declaração pedida é pura e simples, não acrescida ou qualificada por algum outro elemento” (os trechos antes citados foram extraídos de FABRÍCIO, Adroaldo Furta-do. **Ação declaratória incidental**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 42, 55 e 58).

As ações declaratórias visam a instalar certeza jurídica quanto a uma dada situação narrada e ponto. Não trazem conteúdo mandamental ou executivo. São inexecutíveis, diversamente das ações condenatórias – sublinhando-se, que as ações condenatórias, de seu turno, não podem ser tomadas como simples ações de execução do título alcançado nas declaratórias. Nas ações condenatórias, é que o “efeito normal” da sentença é o executivo (cf. MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947, v. 1, p. 106), exequibilidade que não se tem nas ações declaratórias. Pontes de Miranda acrescentava: “Mediante a sentença proferida na ação declaratória, nem se pode executar, nem constituir. Nem por ela se pode pedir reconhecimento de obrigação [...]” (mesma obra, p. 117). E mais adiante: “A sentença proferida na ação declaratória escapa ao processo de execução: apenas estabelece a claridade judicial do direito ou da relação jurídica [...]” (mesma obra, p. 121).

Ademais, enquanto a sentença constitutiva altera a relação jurídica entre as partes, “a sentença declaratória apenas fixa a existência ou inexistência dessa relação, não alterando seu conteúdo (efeito ‘certificativo’). A estabilidade proveniente da sentença declaratória recai sobre o juízo de existência ou inexistência da relação, que não se confunde com a relação em si, pertencendo a sistema distinto, como metalinguagem”. Sinteticamente: “A sentença declaratória pretendida pelo autor não lhe traz segurança sobre qualquer situação jurídica, mas sobre uma posição de vantagem” (os excertos citados são de SILVA Neto, Francisco Antônio de Barros e. **A antecipação de tutela nos processos declaratórios**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005, p. 73 e 82).

Interessante ressaltar, ainda, nesse viés mais teórico, que, nestes autos, vários foram os estudiosos de renome que responderam a consultas formuladas pelas partes litigantes. Merece destaque, pela acuidade da análise, a manifestação de Calmon de Passos. Confira-se (destaques do original mantidos – fls. 1414/1442):

PARECER SUBSCRITO POR CALMON DE PASSOS (ante a sentença de procedência do pedido, inicialmente prolatada na ação condenatória, no âmbito da Justiça Estadual)

[...]

[PERGUNTAS A RESPONDER]

A) O que se tornou firme e indiscutível por força da coisa julgada da decisão de mérito proferida na ação declaratória?

B) Qual o objeto da ação condenatória ajuizada pela MENDES JR?

C) É matéria ainda controvertível a pretensão da MENDES JR de ser indenizada à base dos juros de mercado:

D) É aceitável que, a título de reposição de prejuízos, se atribua à MENDES JR valor superior ao da própria obra, objeto da contratação?

E) O provimento do apelo levará a que conseqüências?

PARECER

1 - O erro fundamental da decisão.

1.1 - O fundamento nuclear em que o decisório recorrido escorou sua conclusão é o de que

a coisa julgada da sentença proferida na ação declaratória que precedeu a atual ação de cobrança, precluiu a arguição de tudo quanto seja estranho ao cumprimento puro e simples do preceito declaratório, que entende tenha definido não só a responsabilidade da CHESF, como também a natureza dos danos pela MENDES JR sofridos, só restando, na presente ação de cobrança, como seu objeto, o que seja pertinente à fixação do valor devido.

[...]

1.2 - Essa tese, com aparente força de decisiva e na aparência irrespondível é, em verdade, frágil e vulnerável, por assentar não só numa incorreta compreensão, data vênha, dos limites objetivos da coisa julgada de uma sentença declaratória, quando já dispunha o interessado de pretensão condenatória, suscetível de ajuizamento, como também por malferir as regras técnicas que disciplinam a interpretação das decisões.

Cumprida ao magistrado, em primeiro lugar, indagar-se sobre o que constitui objeto da ação declaratória proposta pela MENDES JR, para delimitar o âmbito do que suscetível de trânsito em julgado.

Em seguida, impunha-se-lhe responder à indagação sobre o que tem possibilidade de transitar em julgado na decisão de mérito proferida em ação declaratória, ou seja, o que necessariamente está abrangido pela conclusão da sentença definitiva nela proferida.

Por último, resolver o problema da determinação do que se insere na coisa julgada da ação declaratória proposta por quem já tinha pretensão condenatória, e o que remanesce para livre discussão na ação condenatória subsequente.

[...]

Optando pela declaratória, [a MENDES JR] limitou-se a colocar como objeto da demanda apenas a **certificação** da existência da relação jurídica, **excluída**, por força da própria natureza da ação proposta, **a determinação e imposição da sanção**. Conseqüentemente, objeto da ação declaratória foi, e só poderia ser, **exclusivamente**, aquele primeiro momento certificador, **excluído tudo quanto pertinente à determinação e imposição da sanção**.

2.5 - Entender-se, como o fez a respeitável decisão apela-

da, que a coisa julgada da ação declaratória incluiu algo pertinente à determinação da sanção e sua imposição, é emprestar a um pleito declaratório efeito de que se não pode revestir, porquanto, se o incluísse, seria ele de natureza condenatória, o que foi expressamente excluído pela autora.

Lição sabida, a de que, na ação condenatória, cumpre distinguir o pertinente ao *an debeat* daquilo que concerne ao *quantum debeat*. Toda a carga certificadora está única e exclusivamente restrita ao *an debeat*, transferido para o *quantum debeat* tudo que seja pertinente ao elemento condenatório da decisão. Ora, se assim é, optando o credor, aparelhado com pretensão condenatória, por restringir seu pedido ao elemento certificador, essa sua atitude limita, por igual, o *thema decidendum*, que não pode ultrapassar o espaço decisório reservado ao juiz pelo *an debeat*.

Sabe-se, outrossim, envolver a condenação, em sua dimensão determinadora da sanção, não apenas o que se tem como base de cálculo suporte para a fixação da qualidade ou quantidade do devido, como, ainda, o cálculo ou determinação do valor devido. Há, por conseguinte, esse duplo aspecto, incindível. A esse espaço é estranha a ação meramente declaratória, porque a entender-se até aqui, já não seria declaratória, mas sancionadora, condenatória, portanto. Uma coisa é afirmar o juiz (certificar) que se deve perdas e danos, outra coisa é fixar os fatos danos e apurar-lhes o valor. Uma coisa é dizer-se que na espécie ocorreu situação jurídica autorizadora da aplicação do princípio do equilíbrio contratual etc, outra coisa é dizer-se o que, como decorrência disso, é devido – fato dano e determinação de seu valor. Entender-se que na declaratória já se insere a determinação da base de cálculo é incidir em erro manifesto de natureza dogmática e em violência inacolhível em termos de direito positivo.

2.6 - Optando pela declaratória, a MENDES JR excluiu de seu pleito tudo quanto de caráter determinador da sanção a ser imposta na espécie, pois que a determinação de sanção e o sancionar já pertencem ao espaço da condenatória, visto como, a não ser assim, nenhuma diferença seria construível entre uma sentença **condenatória ilícita** e uma **sentença declaratória resultante da imputação da pretensão condenatória**, salvo se chegar-

mos ao requinte da sofisticação de se dizer que a ação de preceito (condenatória) que se impõe seja ajuizada subseqüentemente, terá apenas a finalidade de dizer, **agora**, que o juiz está impondo uma sanção, **antes**, já por ele certificada. Se assim fosse, a ação declaratória deixaria de ser ação em que se postula a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica, passando a ser, também, ação em que se pede a certificação do inadimplemento e a determinação da sanção, ficando em suspenso, apenas, a sua imposição. Teríamos, nesses termos, uma declaratória *sui generis*, que antes de se limitar a declarar a existência ou inexistência da relação jurídica, já certificaria o inadimplemento e a conseqüência do inadimplemento, ou seja, ela certificaria o devido, nada deixando para a condenatória, salvo o *amem* idiota de uma repetição, sem sentido, de tudo quanto foi feito antes. Abrangesse a decisão meramente declaratória a determinação da sanção, teríamos que concluir haver o legislador incidindo num idiotice, exigindo, subseqüentemente, a ação de preceito. Suficiente seria uma ação de liquidação de sentença, visto como esta é que é a ação própria para **quantificar** o que resulta de uma sanção já **determinada e imposta**. [...]

[...]

3.1 - Fácil, portanto, comprovar-se que se pretender discutir, na ação condenatória, nominada de cobrança, tudo quanto diga respeito à natureza da sanção, sua determinação e quantificação é, antes de se ventilar algo insusceptível de exame e decisão, trazer-se, justamente, para o âmbito da condenatória, em que já existe o ponto prejudicial derivado da declaratória (indiscutibilidade do an debeat) o que somente nela, condenatória, e necessariamente nela, deve ser argüido, verificado e decidido.

[...]

Ninguém põe em dúvida que a decisão proferida em ação declaratória faz coisa julgada material. Ninguém contesta que aquilo que foi coberto pela coisa julgada material da decisão declaratória é ponto prejudicial, não mais podendo ser objeto de contestação ou modificação. E isso foi o que disseram os grandes mestres citados. Nenhum deles, entretanto, cometeu a heresia de dizer que a coisa julgada na ação declaratória, derivada da amputação da pretensão condenatória, vai além do elemento certificador

da conclusão, estendendo-se até ao que é pertinente à determinação e imputação da sanção, o que é **específico e exclusivo** do pleito condenatório, subsequente.

[...]

3.3 - Não afirmamos ser possível voltar a discutir o que foi coberto pela coisa julgada na ação declaratória. Incorreto dizer-se isto. O que asseveramos ser indispensável, no caso da consulta, é indagar-se, em primeiro lugar, a respeito da natureza jurídica da ação declaratória e, em segundo lugar, 'interpretar-se' a decisão proferida na ação declaratória, justamente para que se possa fixar o alcance do que se tornou firme e indiscutível.

[...]

3.4 - Com extrema simplicidade, data vênua, o magistrado cobriu com a coisa julgada da ação declaratória o que jamais podia ter sido objeto de pedido em ação meramente declaratória, conseqüentemente, decorrer, por igual, de uma sentença meramente declaratória.

O que dela derivou, firme e indiscutível, foi, e só poderia ser, a obrigação da CHESF recompor o prejuízo financeiro sofrido pela MENDES JR, não em termos previamente tarifados (estaria certificando uma **obrigação**) mas como se viesse a apurar na ação condenatória, que se impunha fosse ajuizada subsequente, caso não acordasse as partes quanto à natureza do devido e ao seu valor.

Só uma certeza existe, alicerçada na coisa julgada da ação declaratória – a responsabilidade da CHESF pelo que efetivamente venha a ser apurado como prejuízo sofrido pela MENDES JR e suscetível de ser reparado, nos limites da lei e do específico do caso concreto. Apurar o que efetivamente é devido constitui, justamente, o objeto da ação de cobrança (condenatória) e somente nela pode ser verificado.

[...]

4.1 - Assentado que a coisa julgada da decisão proferida na ação declaratória só tornou firme e indiscutível o *an debeatur*, vale dizer, o direito da MENDES JR de ser resarcida de quanto tenha realmente despendido e seja suscetível de ser reparado, **nos limites da lei e do específico do caso concreto**, coloca-se fora de toda dúvida não só a possibilidade mas, em verdade, a necessidade de na ação de cobrança, condenatória, ser discutido e provado quanto pertinente à natureza do devido e à quantidade do devido.

[...]

O certificado pela coisa julgada da decisão declaratória foi, portanto, e exclusivamente, o **direito** da MENDES JR. Na condenatória é que se irá definir a **obrigação** da CHESF.

[...]

6.1 - Como já acentuado, na ação declaratória só o relativo ao *an debeatur* se tornou firma e indiscutível. Na ação condenatória, subsequente, é que se terá que alegar e provar o pertinente ao *quantum debeatur*, ou seja, na ação de cobrança ajuizada pela MENDES JR terá ela que alegar e provar a existência dos fatos danos e o valor que lhes deve ser atribuído. Este é o objeto da ação condenatória e esta ação é que é a sede própria para se discutir e provar quanto concernente à determinação da sanção e à estimativa do valor do que será devido.

[...]

Veja-se, de mais a mais, o que disse o Ministério Público Federal, em manifestação de fls. 1569/1581 (os destaques são do original):

[...]

Considerados a *causa de pedir* e o pedido formulados na **ação declaratória** [...], não há qualquer dúvida de que o '*completo ressarcimento, com atualização dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros em decorrência do financiamento da construção da Usina Hidroelétrica de Itaparica, na forma requerida*', que vem estabelecido na parte dispositiva do acórdão proferido pelo TJPE na **ação declaratória**, refere-se exclusivamente ao *quantum* de **juros de mercado e encargos financeiros efetivamente suportados pela Mendes Júnior em razão da captação de recursos efetivamente realizada junto ao mercado financeiro**.

[...]

[...] para que a CHESF possa ser condenada ao ressarcimento declarado na ação anterior é absolutamente necessário que a Mendes Júnior, **nesta ação de cobrança**, realize a prova da **captação de recursos no mercado financeiro, bem como do respectivo custo (juros e encargos)** [...].

Considerada, pois, a natureza jurídica da ação declaratória,

reforça-se a compreensão de que o *decisum* transitado em julgado naquela seara apenas declarou a existência de relação jurídica de crédito atinente a ressarcimento por danos decorrentes de retardo no pagamento das faturas pela contratante, gerador de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. **APENAS ISSO**. Na ação condenatória, é que se deve apurar, então, fundamentalmente, quais são esses danos, se é que eles ocorreram, e como ressarcir-los suficientemente.

Assim, vamos às provas reunidas, após ampla instrução probatória oportunizada às partes.

Primeiras perguntas a serem respondidas (em respeito à coisa julgada da ação declaratória): os danos foram comprovados? Comprovou-se a realização pela autora, frente à mora da Administração Pública, de financiamentos no mercado para a captação de recursos dirigidos especificamente e aplicados efetivamente à obra de Itaparica? Comprovaram-se os custos que a empresa autora teve que arcar efetivamente em vista desses financiamentos (quais os juros de mercado e encargos financeiros aplicados realmente em tais negócios)? Comprovou-se que esses custos foram superiores aos valores percebidos pelo particular, contratualmente previstos para a hipótese de inadimplemento? Houve dedução dos valores pagos à época pela inadimplência, referenciados, inclusive, no âmbito do TCU?

Se, na ação declaratória, foi afirmada existência de relação de crédito por danos ditos decorrentes de desequilíbrio contratual gerado pela mora da Administração Pública, imprescindível, para efeito de ressarcimento, é a demonstração do prejuízo, a dizer: das despesas que a autora afirma ter injustamente suportado a partir do rompimento da estabilidade contratual. Compensar o prejuízo representa, então, no caso concreto, reequilibrar, ou seja, recompor a expressão econômica inicial da relação jurídica. Nesse contexto, é mister entender o que é ressarcimento, qual a sua natureza jurídica.

Veja-se, mais uma vez, para reforçar, o pedido lançado na ação declaratória: “declarar o direito da autora **ao ressarcimento completo e atualizado**, pela Chesf, dos valores relativos a juros de

mercado e encargos financeiros em que incorreu a autora e que foram decorrentes de financiamentos da obra a que foi obrigada, em virtude da falta de pagamento por parte da Chesf, e da determinação desta autora para que assim mesmo prosseguisse com a obra no ritmo adequado” (destaques acrescidos). Já na ação condenatória, com base no “trânsito em julgado da referida decisão [da ação declaratória]” e diante da inércia da ré, “mais uma vez instada pela autora a cumprir com suas obrigações”, pede-se a importância alusiva aos juros de mercado. O cerne da discussão diz, pois, com o conceito de ressarcimento.

Ressarcir é compensar por um prejuízo que se tenha sofrido. De acordo com De Plácido e Silva (**Vocabulário Jurídico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. IV, p. 128):

Do latim *resarcire* (concertar, emendar, compensar), juridicamente exprime: *pagar o prejuízo causado, indenizar, satisfazer o dano, reparar o dano*.

Embora ligados à mesma idéia de reparação ou indenização do dano ou do prejuízo sofrido, *ressarcir* e *responder* exprimem sentidos distintos:

Responder é estar obrigado pelo dano causado, ou a *ressarcir o dano*.

Ressarcir é pagar o dano ou satisfazer a obrigação, resultante ou fundada na *responsabilidade*.

Responder é sujeitar-se à obrigação ou a ela prender-se.

Ressarcir é cumprir a obrigação.

In casu, não se reuniu qualquer prova dos alegados danos. Por conseguinte, não há o que ressarcir, ao menos a esta altura e neste processo.

Essa afirmação está calcada, sobretudo, nas várias perícias (aí incluídos os esclarecimentos complementares) realizadas ao longo de todo o processamento do feito, desde quando tramitava na Justiça Estadual, até os desdobramentos verificados já no âmbito da Justiça Federal. Senão, vejamos.

Observem-se, inicialmente, a sistemática de cálculo adotada na primeira perícia realizada nos autos, de fls. 528/542, ainda quando da tramitação na Justiça Estadual, e especialmente, as respostas dadas aos questionamentos das partes (os destaques foram acrescidos):

[...]

A base de cálculo do financiamento informal da hidrelétrica de Itaparica corresponde ao valor das faturas pagas com atraso pela CHESF. Assim, utilizou-se as próprias faturas do contrato, tendo as mesmas sido solicitadas a ambas as partes. [...]. O perito procedeu à averiguação das dezenas de centenas de faturas, valendo-se da técnica estatística de amostra aleatória. [...]. Cabe ressaltar que as chamadas glosas de valores, praticadas pela Contratante/CHESF, em várias faturas de serviço, foram levadas integralmente em conta, prevalecendo para efeito de cálculo dos juros devidos, o valor glosado [...].

No que concerne aos juros de mercado, sua definição exigiu técnica mais elaborada. O que se entende por preço de mercado – e o juro nada mais é que o preço de utilização do fator econômico capital –, é o preço médio praticado no mercado de certo bem ou serviço, entendendo-se por média, a medida representativa do atributo considerado, *in casu*, o juro remunerativo do fator capital. **Foi realizada ampla pesquisa tendente ao levantamento de taxas de juros de mercado (juros médios),** relativamente ao período no qual houve utilização pela CHESF do capital da Mendes Jr., isto é, a partir de 1981, tendo sido realizadas diversas diligências. [...]. Foi pesquisada a literatura nacional sobre a matéria ‘taxas-de-juro’, que resultou na listagem de títulos bibliográficos [...]. Em sua maioria, esses títulos abordam a questão da taxa-de-juro nacional sob a óptica das causas, definindo-as como sendo a chamada crise do sistema financeiro internacional, a pressão exercida pelo setor público ao frequentar o sistema bancário em busca de mais recursos para financiar o seu déficit orçamentário, o ônus elevado *ad*tributação no Brasil, e a margem de ‘spread’ praticada pelas instituições financeiras. [...]. Todas essas publicações trazem séries históricas de taxa-de-juro para o período considerado, seja na modalidade ‘capital de giro’ (recursos financeiros captados no mercado interno), seja na modalidade ‘resolução nº 63’ (recursos ofertados pela banca, captados no exterior). As taxas-de-juro apresentadas em cada uma dessas séries são médias, representativas das taxas praticadas no mercado financeiro, nos respectivos períodos de tempo. Foram selecionadas as séries mais completas encontradas tanto no Banco Central, como na FEBRABAN [...].

Selecionadas as séries existentes sobre taxa-de-juro, dispensou-se o tratamento matemático da média aritmética, refinando-se ainda mais o conceito de juro de mercado estipulado pelo v. acórdão ora em liquidação. Dessa forma, a apuração dos valores devidos a título de juro não se restringiu a uma determinada série de taxa-de-juro (como foi feito no relatório anexado pela Autora e auditado pelas consultoras Price Waterhouse e ArthurAndersen), mas abrangeu um conjunto de série taxas-de-juro do mercado financeiro, que foi refinada quanto à representatividade, ao se calcular a média de taxas médias de juros [...].

O procedimento de cálculo adotado na apuração do ressarcimento objeto do acórdão ora liquidado consistiu na construção de coeficientes de cálculo de juros, a partir da média das taxas de mercado. A construção de tais coeficientes de cálculo de juros foi feita através da aplicação do critério denominado de taxa de juro *pro rata die*, isto é, a taxa relativa a um mês é parcelada em cotas diárias de juros, de forma que ao final do mês (no último dia) se tenha a taxa mensal acumulada no valor integral de cada mês, e, sucessivamente, as taxas mensais *pro rata* se acumulam ao longo do tempo. Assim, sendo é exequível apurar o valor dos juros para certo período de atraso. Os coeficientes de cálculo de juros foram elaborados a partir das séries de taxas-de-juro pesquisadas, [...].

O cálculo do valor dos juros referente a certo período de tempo é factível através do algoritmo (expediente de cálculo) denominado de interpolação. A interpolação operacionaliza o cálculo da taxa dos juros relativa a certo período de tempo (e.g., número de dias de atraso), a partir do cálculo de coeficientes de juro compreendidos entre o intervalo temporal de atraso, do qual é possível obter a taxa-de-juro pertinente ao intervalo temporal considerado, taxa esta que aplicada sobre o valor da fatura, resulta no valor dos juros devidos pela utilização do capital no intervalo compreendido entre a data de vencimento e a data de pagamento de certo valor devido. Como se trata de dezenas de centenas de faturas, com períodos de atrasos distintos, faz-se mister a definição de uma data fulcral, isto é, a determinação de uma data que consolide as diversas faturas espalhadas ao longo do tempo, prestando-se a data fulcral a ser a data de referência para onde devem ser calculados os valores devidos e que se encontram dispersos ao longo

do tempo. A apropriação dos juros, determinado pelo v. acórdão instituidor da ação de cobrança em tela, se dá através da aplicação, sobre as bases-de-cálculo (constituídas pelos valores nominais das faturas), das taxas-de-juro relativas ao período que intermedia a data do vencimento das faturas e a data fulcral ou data de análise. Por outro lado, como a Ré efetuou pagamentos em adiantamento, bem como havia pago faturas a título de correção monetária, faz-se mister aplicar o mesmo critério financeiro, dispensado na apuração dos juros de mercado a crédito da Autora, a tais pagamentos realizados pela Ré e que se constituem em crédito a favor desta. Neste caso, a base de cálculo é constituída pelos valores nominais das faturas de correção monetária e dos adiantamentos pagos pela Ré, e sobre ela deve ser aplicada as mesmas taxas médias de juro utilizadas no cálculo do crédito a favor da Autora.

[...]

QUESITO Nº 02-A - 'É correto afirmar que 'juros de mercado e encargos financeiros' praticados pelas instituições financeiras aos tomadores de empréstimos, abrangem, entre outros, custo de captação, correção monetária custos administrativos/operacionais, taxas impostos e 'spread'?

RESPOSTA - A taxa-de-juro, '*lato sensu*', engloba ademais da remuneração do capital principal, outros elementos que compõem o custo financeiro do crédito, tais como, o juro de captação, a correção monetária (no caso de operação pós-fixada), despesas administrativas, cobertura de risco ('*spread*') do empréstimo e os tributos aplicados ao tipo de operação creditícia.

[...]

QUESITO Nº 05-A - 'Tendo em vista as operações de crédito disponíveis junto às instituições financeiras que possibilitaram a Autora financiar as obras da UHE de Itaparica, é correto calcular o ressarcimento a ela devido, utilizando-se as taxas médias entre 'capital de giro' e 'resolução 63' publicadas na revista já citadas?'

RESPOSTA - O conceito de média – no caso, taxa média de juro – é utilizado como estimativa do juro característico, praticado no mercado de recursos financeiros em certo período. As modalidades de financiamento 'capital de giro' (crédito de capital captado no mercado interno) e 're-

solução nº 63' (crédito de capital captado no mercado exterior) são típicas de operações de grandes montantes para atender necessidades imediatas de caixa de uma empresa.

[...]

QUESITO Nº 01-R - 'Queiram os Srs. Peritos esclarecer, à luz dos documentos integrantes dos autos, se os valores constantes dos relatórios das consultoras técnicas contratadas pela Autora, refletem os custos contratuais avençados entre as partes.'

RESPOSTA - Os relatórios das consultoras citadas [...] tratam das faturas de serviços e de correção monetária concernentes aos contratos [...], firmados pelas partes, que foram emitidas pela Autora e pagas, com atraso, pela Ré. **Somente através de um levantamento físico-financeiro seria possível verificar se as faturas refletem os custos contratados, o que extrapola o escopo desta perícia.**

QUESITO Nº 02-R - 'Em que documentos, constantes dos autos, podem os Srs. Peritos aferir a captação dos recursos, que tenham originado os juros de mercado pretendidos pela Autora?'

RESPOSTA - **Os autos processuais não apresentam documentação atinente a contratação de recursos, nem por parte da Autora, nem por parte da Ré.**

QUESITO Nº 03-R - 'À luz das disposições avençadas pelas partes, e demais elementos constantes nos autos, podem os Srs. Peritos dizer se houve, no curso de sua execução, restauração do equilíbrio econômico-financeiro do contábil em favor da Autora?'

RESPOSTA - **O equilíbrio econômico-financeiro de um contrato ocorre a medida em que os custos incorridos na sua execução são ressarcidos. No decorrer dos contrato em tela, ocorreu quebra do citado equilíbrio, tendo havido negociações tendentes ao seu estabelecimento.**

QUESITO Nº 04-R - 'Em caso negativo, podem os Srs. Peritos dizer, à luz das disposições contratuais integrantes dos autos, em que consistiu a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro?'

RESPOSTA - O fato gerado do desequilíbrio está no prazo originalmente contratado para quitação das faturas de serviços, objeto de repactuação administrativa entre as par-

tes. Outro fato gerador, reside nos atrasos contumazes com que as faturas foram sendo pagas, o que ensejou a presente lide, posto que a reparação acordada da correção monetária e juros-de-mora foi considerada insuficiente pela Autora.

[...]

QUESITO Nº 01-R-S - 'A CHESF, ao pagar as faturas em atraso, promoveu algum tipo de compensação financeira a Mendes Júnior?'

RESPOSTA - Resposta positiva. A Ré/Contratante foi penalizada com o pagamento de correção monetária e juros-de-mora ao inadimplir, por força a de dispositivo contratual.

[...]

[...] As faturas quitadas em atraso pela Ré foram oneradas com atualização monetária e juro-de-mora de 1,00% (hum por cento) ao mês, por força de dispositivo pactuado entre as partes [...]. Os indexadores de correção monetária utilizados foram a variação da ORTN - Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional, da OTN - Obrigação do Tesouro Nacional e do BTN - Bônus do Tesouro Nacional, que compõem a chamada correção monetária oficial. [...]

QUESITO Nº 03-R-S - 'É verdadeiro afirmar-se que a CHESF atendeu aos sucessivos pleitos de ressarcimento financeiro da Construtora Mendes Júnior, abaixo discriminados: a) andamento anormal da obra; b) correção monetária por atraso de pagamento; c) juros de mora por atraso de pagamento, d) eliminação da carência de 15 dias no cálculo da correção monetária, e) correção das faturas de correção monetária; f) eliminação do prazo de 30 dias para liquidação das faturas de correção monetária?'

RESPOSTA - Resposta afirmativa. Todos os itens acima discriminados foram objeto de negociação entre as partes que resultaram no seu entendimento.

[...]

QUESITO Nº 05-R-S - 'Consta dos autos que a CHESF, em algum momento, tenha autorizado a Construtora Mendes Júnior captar recursos no mercado financeiro para das seqüência as obras, ou que aquela empresa, por ocasião da captação, comunicou a CHESF que estava assim procedendo?'

RESPOSTA - Não consta dos autos nenhuma autorização ou comunicação sobre contratação de recursos financeiros, entre as partes.

[...]

[...] **Não consta dos autos instrumentos específicos de captação de recursos financeiros nem por parte da Construtora Mendes Júnior, nem por parte da CHESF.**

QUESITO Nº 07-R-S - 'Consta dos autos, que em algum momento, a Construtora Mendes Júnior comprovou, mediante instrumento específico, a captação de recursos financeiros que tenham originado os juros de mercado pretendidos, vinculando-os e destinando-os à obra da UHE Itaparica?'

RESPOSTA - **Não consta dos autos instrumentos específicos de captação de recursos financeiros nem por parte da Construtora Mendes Júnior, nem por parte da CHESF.**

Notem-se também alguns esclarecimentos prestados pelo mesmo primeiro perito com atuação nos autos da ação de cobrança (fl. 893):

[...] o entendimento da existência de financiamento da Mendes Júnior à usina hidrelétrica de Itaparica está expresso no v. acórdão do Tribunal de Justiça de Pernambuco [...].

[...]

O Perito esclarece que não arbitrou o ressarcimento do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato da hidrelétrica de Itaparica [...], mas sim, quantificou o acórdão da Apelação Cível nº 816/89 (gerador da presente ação de cobrança).

[...]

Algumas observações em relação a tais manifestações:

- não se pode deixar de notar, nesses excertos do laudo, a impropriedade da utilização da expressão “acórdão ora em liquidação”, haja vista que não há um acórdão em liquidação, porquanto a ação declaratória não é dotada de exequibilidade ou, em outros termos, não enseja execução, não se podendo prescindir, destarte, de uma sentença em ação condenatória. Essa, por sua vez, não é meramente uma ação de execução do decidido no feito declaratório;

- de se discordar, outrossim, da ilação de que não se pode mais discutir sobre a existência ou não dos supostos financiamentos. Esse, ao contrário, é um dos aspectos que está no centro do debate a ser travado no âmbito da ação condenatória, como antes já destacado;
- finalmente, é de se enfatizar que essa perícia parece desdizer exatamente o fundamento em que se ancorou o julgado da ação declaratória, ao afirmar não ter sido buscado o atingimento da expressão econômica necessária ao ressarcimento pelo desequilíbrio contratual (ora, foi exatamente o acolhimento da tese de que os atrasos administrativos teriam rompido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato que fizeram com que o TJ/PE tivesse se manifestado pela procedência do pleito da ação declaratória).

Consigne-se que essa perícia foi anulada pelo TJ/PE, que também invalidou os atos processuais que a seguiram, inclusive a sentença, a teor do acórdão de fls. 1304/1306, em que constou (com negritos nossos):

[...]

A decisão judicial, base da ação de cobrança, não foi observada pela perícia no sentido de revelar o *quantum* captado pela autora-apelada, a juros de mercado, bem como o valor utilizado de recurso próprio e, ainda a quantia despendida com encargos financeiros, com os respectivos períodos de captação.

Inocorrência de exames contábeis na respectiva escrita da autora-apelada, necessários e indispensáveis para a correta apuração das importâncias asseguradas na decisão da ação declaratória, sem definição específica da sua finalidade e respectivos períodos.

[...]

Dentre as considerações trazidas pelos Julgadores, naquele momento, merecem ênfase: a perícia “não elucidou nada em relação ao que está definido no acórdão da Ação Declaratória” (voto do Relator - fl. 1329); “**não há, então, como distorcer a prestação jurisdicional para se oferecer um ressarcimento referente a todo e qualquer atraso de pagamento, relativo às faturas emitidas pela empreiteira.** O que o Tribunal decidiu [...] é que o ressarcimento tem relação direta com os financiamentos obtidos

pela empreiteira [...] o que o juízo, como um todo, deveria ter apurado, era exatamente quais os financiamentos obtidos pela empreiteira com a finalidade de continuar as obras, em face de um eventual atraso da CHESF [...]” (voto do Revisor – fl. 1334); “[...] mesmo se por acaso a Mendes Júnior tivesse apresentado prova da captação de recursos, tão-somente prova de que esse financiamento fora obtido, **ainda assim, havia necessidade de uma perícia contábil para vincular esse financiamento ao atraso de pagamento das faturas, e a sua utilização no financiamento da obra, ou seja, da continuação da obra [...]/ [...]** Como foi frisado durante o relatório e durante a sustentação oral feita pelo ilustre advogado da CHESF, o STJ, embora não tenha conhecido do recurso por motivos técnico-processuais, fez, pela unanimidade dos Ministros presentes àquele julgamento, uma apreciação doutrinária acerca desse assunto, inclusive deixando patenteado que a oportunidade própria para o exame da matéria seria o julgamento da Ação de Cobrança” (aparte do Revisor – fl. 1340). Veja-se que era o TJ/PE, tratando da interpretação a ser dada ao acórdão da ação declaratória exarado pelo próprio TJ/PE e confirmado, mas com inserções de cunho meritório, pelo STJ.

Eis que o STJ se manifestou, nos autos do recurso especial (de nº 117.525/PE) interposto contra o acórdão referenciado, para não conhecer do recurso, ao mesmo tempo em que admitiu a União no feito como assistente, determinado o encaminhamento dos autos à Justiça Federal. Confira-se o acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. NÃO SE CONHECE DE RECURSO ESPECIAL QUANDO O ACORDÃO TEM AS SUAS CONCLUSÕES ASSENTADAS COM BASE NA PROVA DEPOSITADA NOS AUTOS.

2. HÁ DE NÃO SE CONHECER DE RECURSO ESPECIAL QUE VISA MODIFICAR ARESTO QUE ANULOU PERÍCIA E, CONSEQUENTEMENTE, A SENTENÇA QUE A ADOTOU, POR RECONHECER QUE A MESMA É IMPRESTÁVEL E QUE FOI FEITA POR PERITO NÃO QUALIFICADO PARA REALIZÁ-LA, HAJA VISTA QUE HÁ NECESSIDADE, EM FACE DA NATUREZA DA LIDE, AÇÃO DE COBRANÇA PARA FAZER VALER PRECEITO POS-

TO EM AÇÃO DECLARATÓRIA, EXAME DE ESCRITA CONTÁBIL, O QUE É ATRIBUIÇÃO ESPECÍFICA DE CONTADOR DEVIDAMENTE DIPLOMADO E INSCRITO NO CONSELHO COMPETENTE.

3. A IMPRESTABILIDADE DA PERÍCIA FOI DETERMINADA APÓS OS VOTOS COMPONENTES DO ACÓRDÃO ANALISAREM, COM DETALHES, OS FATOS FORNECIDOS PELA PROVA PERICIAL.

4. É PREPONDERANTE A CORRENTE JURISPRUDENCIAL DE QUE NÃO SE CONHECE DE RECURSO ESPECIAL QUANDO O ACÓRDÃO ANULA A SENTENÇA E DETERMINA QUE OUTRA SEJA PROLATADA, COM A RENOVAÇÃO DE ASPECTOS PROBANTES. HA IMPOSSIBILIDADE DE, EM TAL SITUAÇÃO, SE FAZER APRECIÇÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO.

5. NÃO SE CONHECE DE RECURSO ESPECIAL CONTRA RESOLUÇÃO EXPEDIDA POR CONSELHO REGIONAL REGULAMENTADOR DE PROFISSÃO. NÃO É ATO NORMATIVO QUE POSSA SER CONSIDERADO, EM SENTIDO LATO, COMO LEI FEDERAL.

6. O DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PARA DETERMINAR CONHECIMENTO DE RECURSO ESPECIAL HÁ DE SER ENTRE SITUAÇÕES QUE GUARDEM A MESMA IDENTIDADE E QUE TENHAM RECEBIDO APLICAÇÃO DE DETERMINADO DISPOSITIVO LEGAL DE MODO DIVERGENTE POR TRIBUNAIS DIVERSOS.

7. NÃO MERECE SE CONHECER RECURSO ESPECIAL POR APONTADA VIOLAÇÃO AO ART. 467, DO CPC, QUANDO, PRIMEIRAMENTE, O ACÓRDÃO ANULOU A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU, NÃO HAVENDO ASSIM PRONUNCIAMENTO SOBRE O MÉRITO E, EM SEGUNDO LUGAR, A RECORRENTE INVOCA, COMO VIOLAÇÃO MAIOR, PRECEITO CONSTITUCIONAL, NO CASO, O ART. 5º, XXXVI, DA CF/1988. TAL PRETENSÃO POR TRATAR DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL E PREPONDERANTE SOBRE A APONTADA VIOLAÇÃO DO ART. 467, DO CPC, PELO QUE DEVE SE DESENVOLVER EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

8. O MEMORIAL, EMBORA PEÇA IMPORTANTE PARA ESCLARECER OS MOTIVOS RECURSAIS, PELO QUE PODE APRESENTAR NOVAS MENÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS SOBRE A MATÉRIA QUE SUSTENTA A HOSTILIZAÇÃO AO ACÓRDÃO, NÃO ME-

RECE SER CONSIDERADO NAQUILO QUE INOVA, ISTO É, QUANDO PRETENDE TRAZER PARA DEBATE, POR EXEMPLO, MATÉRIA JURÍDICA NÃO ABORDADA PELO RECURSO ESPECIAL, CUJA NATUREZA É ABSOLUTAMENTE VINCULADA.

9. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

(REsp 117525/PE, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/1997, DJ02/03/1998 p. 18, DECISÃO: “POR UNANIMIDADE, ADMITIU A UNIÃO FEDERAL COMO ASSISTENTE E, PRELIMINARMENTE, NÃO CONHECEU DO RECURSO, VENCIDO EM PARTE O EXMO. SR. MIN. MILTON LUIZ PEREIRA QUE DELE CONHECIA QUANTO A VIOLAÇÃO AO ART. 467 DO CPC; E AINDA, POR MAIORIA, VENCIDOS OS EXMOS. SRS. MINISTROS DEMOCRITO REINALDO E MILTON LUIZ PEREIRA, DECIDIR REMETER OS AUTOS A JUSTIÇA FEDERAL”)

Nesse tocante, merecem realce alguns trechos da manifestação do Ministro Garcia Vieira, do STJ, quando do julgamento do Recurso Especial nº 117.525/PE:

[...] numa causa onde se pleiteia cerca de sete bilhões de dólares, de juros, não se fez, sequer, ou pelo menos é o que entendeu o Tribunal *a quo*, prova do pagamento desses juros. Não se provou que a Mendes Júnior foi buscar recursos no sistema financeiro ou com particulares e que esses foram efetivamente usados na conclusão das obras contratadas com a CHESF. Não se fez prova de que ela pagou juros, de quanto pagou, a quem pagou e se teriam sido pagos e se foram superiores àqueles contratados. Afirma-se que existe prova de que as faturas foram pagas com atraso. O que apenas prova o atraso no pagamento, mas não prova o pagamento de juros, muito menos, a quem, nem de quanto. Por isso, o Tribunal entendeu que precisa ser feita uma perícia na escrita da Mendes Júnior por um contador habilitado, por uma pessoa experiente. Penso que o Tribunal, nesse aspecto, fez muito bem em anular a perícia.
[...]

Agora, e na seqüência, é de se ressaltar trechos do laudo da perícia realizada na Justiça Federal (fls. 2096/2102 – destaques acrescidos):

[...]

MÉTODO: O perito examinou os lançamentos de créditos e pagamentos constantes nos livros Diários e Razões, em Belo Horizonte, sede social da Mendes Júnior Engenharia S/A, referentes à contratação de financiamentos para capital de giro.

Foram examinados os lançamentos feitos nos livros referentes às faturas pagas com atraso, conforme Planilhas A, B, C, D e Anexos.

Conforme Planilha A, com base nos lançamentos registrados nos livros contábeis e contratos de financiamento para capital de giro, financiamentos estes, tomados pela Autora, foi determinada a taxa média mensal de juros conforme demonstrado na Planilha D. Determinou-se também os valores devidos por atraso.

Os valores devidos pela CHESF, como os seus créditos, junto a autora foram atualizados pelos mesmos coeficientes de juros, conforme Planilhas A., B, C e D.

[...]

Quesito Terceiro: Pode o Senhor Perito, examinando a escrita da Autora, confirmar que esta não possuía recursos próprios para financiar os atrasos, da Ré, no pagamento de faturas? Pode o Senhor Perito confirmar que a Autora foi obrigada a contratar junto ao mercado financeiro recurso para financiar os atrasos de pagamento das suas faturas emitidas contra a Ré?

Resposta: A Autora, no período examinado encontrava-se no mercado financeiro contraindo **financiamento para capital de giro**, conforme contratos relacionados ao anexo II, e respectivos contratos.

[...]

Quesito Quinto: Pode o Senhor Perito, examinando a escrita contábil da Autora determinar a taxa mensal de juros que esta pagou, no mercado financeiro, para financiar os atrasos de pagamento das faturas emitidas pela Autora na execução da AHE de Itaparica contratada com a Ré?

Resposta: De acordo com a escrita contábil e contratos relacionados no Anexo II, a Autora estava tomando financiamentos para Capital de Giro, cujas taxas estão demonstradas na Planilha D que faz parte integrante deste Laudo. No período de atrasos a Autora estava no mercado financeiro, tomando recursos para Capital de Giro, **entretanto o perito não pode afirmar que foram para o AHE de**

Itaparica, por não haver evidência nos contratos nesse sentido e registros segregados na contabilidade.

[...]

Quesito Quinto: [...]

Resposta: **Não é possível a partir da análise dos registros contábeis da Mendes Júnior, afirmar ter ela captado, nos períodos em que ocorreram atrasos no pagamento das faturas, recursos no mercado financeiro, especificamente para o financiamento da obra da Itaparica.**

Quesito Sexto: [...]

Resposta: De acordo com os registros e demonstrativos contábeis, evidencia-se que a MENDES JÚNIOR estava **permanentemente** tomando recurso no mercado financeiro conforme Anexo II, que faz parte integrante deste laudo.

[...]

Em seguida, houve esclarecimentos (fls. 2405/2413), dos quais se extrai (negritos acrescentados):

[...]

Quesito Segundo: [...]

Resposta: [...]

Toda empresa financia suas operações com recursos de terceiros, a autora não é diferente, pelo volume de financiamentos contraídos e conforme resposta ao quesito oitavo da Ré.

Quesito Terceiro: [...]

Resposta: [...]

O perito atual tomou como base o custo do dinheiro incorrido pela autora para capital de giro durante cada mês.

[...]

Quesito Oitavo: [...]

A resposta do Perito foi que a partir da análise dos registros contábeis da Mendes Júnior ela tinha captado recursos nos períodos em que ocorreram atrasos no pagamento das faturas, recursos no mercado financeiro, não especificamente para o financiamento da obra de Itaparica. Também não pode afirmar o contrário. Da análise das Demonstrações Contábeis verifica-se que o Passivo Circulante mais Exigível a Longo Prazo estão aplicados no Ativo Circulante mais Realizável a Longo Prazo.

[...]

[...] O Perito não pode afirmar que as variações nos financiamentos foram decorrentes unicamente pelos atrasos nos pagamentos das faturas da CHESF [...]

Mais esclarecimentos foram prestados pelo perito oficial (fls. 2914/2968), dos quais se transcrevem os excertos seguintes (destaques acrescentados):

[...]

No entendimento do Perito para se determinar o montante devido é suficiente saber o valor das faturas, os dias de atraso e qual o custo financeiro que a autora estava tomando no mercado. [...]

COMENTÁRIOS DO ASSISTENTE TÉCNICO [da CHESF] (FL. 2733)

'(...) cumpre observar que somente foram examinados, nos livros Diário e Razão, os contratos adrede selecionados e entregues pela Mendes Júnior.

Ressaltamos que, de acordo com a informação do contador da Mendes Júnior, os Livros Diários contendo os registros das operações no período de janeiro de 1984 a dezembro de 1986, foram destruídos por um incêndio. Apesar da insistência junto ao Sr. Perito para a obtenção/comprovação do Registro da Ocorrência, na Autoridade Legal Competente, não obtivemos êxito. Assim sendo, aquela informação, no nosso entender, fica prejudicada.'

RESPOSTA DO PERITO

Foram examinadas uma grande quantidade de contratos cujas cópias foram juntadas aos autos no Laudo inicial pelo Perito. A ausência dos livros Diários relativos às operações de Jan/84 a Dez/86 não prejudicaram os trabalhos porque os dados necessários a Perícia foram confirmados nos Livros Razões.

COMENTÁRIO DO ASSISTENTE TÉCNICO [da CHESF] (FL 2734)

'O Sr. Perito, em seu laudo, afirma que não há prova de obtenção de recursos para financiamento da obra de Itaparica.'

RESPOSTA DO PERITO

O Perito não afirmou que não há prova da obtenção de recursos para financiamento da obra de Itaparica. O que o perito respondeu a um quesito da Ré foi:

Não é possível a partir da análise dos registros contábeis da Mendes Júnior afirmar ter ela captado, nos períodos em

que ocorreram atrasos no pagamento das faturas, recursos no mercado financeiro suportado pela autora especificamente para o financiamento da obra da Itaparica.

[...]

Além do mais, **o fato dos contratos de financiamento não mencionarem a obra de Itaparica**, não significa que tal obra não tenha utilizado recursos dos financiamentos, até porque está provado que o capital de giro da Mendes era insuficiente para tal.

[...]

[...] se a Autora estava indo ao mercado diversas vezes durante vários meses, durante vários anos, é porque não tinha recursos [...]

[...]

COMENTÁRIO DO ASSISTENTE TÉCNICO [da CHESF] (FL 2759)

‘A resposta do Sr. Perito ao quesito bem como a outros já comentados, demonstra que as análises efetuadas cingiram-se, basicamente, à comprovação do registro nos livros Diários e/ou Razão dos valores relativos ao financiamento cujos contratos lhe foram apresentados, e do recebimento das faturas emitidas pela Mendes Júnior contra a Chesf, como se essas duas providências fossem suficientes para etender o requerido pela perícia.

Aceitar tal fato como correto significa ir de encontro à determinação da Ação Declaratória no tocante ao ressarcimento dos encargos suportados pela Mendes Júnior em decorrência dos atrasos da Chesf nos pagamentos das faturas a ela apresentadas, na conformidade do contrato assinado.

Diante do exposto vê-se que o Sr. Perito do Juízo mais uma vez demonstrou que a Mendes Júnior não conseguiu provar se o montante dos juros e encargos financeiros que pagou, decorrente da obtenção de recursos no mercado financeiro, especificamente, para utilização na obra de Itaparica, foi maior ou menor do que o montante das compensações financeiras, por atraso de pagamento das faturas de serviço, recebidos pela Mendes Júnior.’

RESPOSTA DO PERITO

O perito examinou a documentação necessária à realização da perícia de acordo com a sentença transitada em julgado. Para tanto, a comprovação nos livros diários e/ou no razão dos valores relativos aos contratos de financia-

mento que foram celebrados, foi realizada. A sentença norteadora dos procedimentos do perito não determinou que se buscasse atender à impertinente sugestão do ilustre assistente da ré.

[...]

[...] Com relação a comentários de que os contratos foram selecionados o perito não concorda porque os contratos foram examinados nos livros contábeis pelo perito e assistentes técnicos em Belo Horizonte. Ressalte-se que a Perícia anterior não foi impugnada quanto ao aspecto de apuração dos coeficientes [...]

[...]

Esclareço que, na contabilidade das empresas comerciais e industriais, quando estas contratam recursos financeiros em operação como as caracterizadas nesta perícia, não há a obrigatoriedade de se evidenciar as razões e/ou motivo de captação, que a entidade é que contrai empréstimo para financiar as suas operações, os recursos entram no caixa e são aplicados em suas atividades onde sejam necessários sem necessidade de constar nos contratos em que atividade foi aplicada. Nos contratos constam as linhas de créditos classificação dos bancos. Os orçamentos de investimentos das empresas privadas não são como orçamentos das entidades públicas.

[...]

Depreende-se dessa prova pericial:

- mais uma vez, confirma-se que **não há qualquer prova** de que os financiamentos citados tivessem sido decorrentes dos atrasos no pagamento das faturas pela CHESF, de que tivessem sido ajustados com vinculação à obra e de que os recursos correspondentes tivessem sido, realmente, empregados na obra de Itaparica. Muito ao contrário, o perito oficial, ao lado de concluir pela inexistência de documentos comprobatórios dessa vinculação entre atraso/financiamento/obra, afirma, de modo textual, que a empresa encontrava-se PERMANENTEMENTE tomando recurso no mercado financeiro, ou seja, não se tratava de uma situação de anormalidade, diferenciada ou especial. Essa ilação foi ratificada com a assertiva de que “toda empresa financia suas operações com recursos de terceiros”;

- particularmente interessante a afirmação do perito de que os contratos de financiamento ditos analisados não mencionam a obra de Itaparica. Ora, é conhecida a distinção que se faz entre empréstimo e financiamento. O empréstimo é crédito concedido sem destinação específica; financiamento, operação bancária de antecipação de crédito com destinação contratualmente especificada. Por empréstimo, tem-se operação financeira sem comprovação da aplicação dos recursos, no sentido de que o dinheiro emprestado não está comprometido com um fim identificado. Por financiamento, entende-se operação financeira direcionada a recursos com destinação certa. O Banco Central do Brasil distingue esses atos jurídicos (disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/servicos9.asp#5>; acesso em: 19 jan. 2010): “1. O que é empréstimo bancário?/É um contrato entre o cliente e a instituição financeira pelo qual ele recebe uma quantia que deverá ser devolvida ao banco em prazo determinado, acrescida dos juros acertados. Os recursos obtidos no empréstimo não têm destinação específica./2. O que é financiamento?/É também um contrato entre o cliente e a instituição financeira, mas com destinação específica, como, por exemplo, a aquisição de veículo ou de bem imóvel”. Ora, se os contratos de financiamento analisados pelo perito do Juízo não mencionam a obra de Itaparica, não foram realizados com vinculação a ela, sendo evidente, pois, que não podem ser considerados para os fins desta ação, frente à coisa julgada invocada pela própria autora. Em outros termos, ainda que haja elementos probatórios suficientes para afirmar que a empresa foi ao mercado financeiro, tal não significa, por si só, automaticamente, que assim agiu em função de atrasos no pagamento de faturas, para fazer frente às despesas da obra e, muito menos, que o dinheiro obtido foi aplicado na obra de Itaparica. Além de provar a existência dos contratos de financiamento, a empresa teria que comprovar que eles se efetivaram ante a demora no pagamento das faturas pela Administração e que os valores captados foram dirigidos à – e efetivamente investidos na – obra. A Administração não poderia ser obrigada a responder por encargos alusivos a todo e qualquer financiamento realizado

pela empresa no período contratual guerreado. Assim, se não há prova de que houve **financiamento específico**, ou seja, decorrente da demora de adimplemento da obrigação contratual, destinado a suprir a obra de Itaparica com os recursos garantidores de sua continuação, e de que os recursos se destinaram, com efetividade, à obra contratada, não há como se acolher a postulação, sob pena, inclusive, de violação à coisa julgada na ação declaratória.

Aludam-se aos argumentos dispostos pelo Ministério Público Federal, quando da análise do Recurso Especial nº 117.525/PE (fls. 1580/1581):

Como ficou exaustivamente demonstrado nos pareceres trazidos à colação pela CHESF e foi lembrado em razões acima, a *declaração* enunciada no acórdão proferido na ação declaratória apenas reconheceu o *an debeat* de modo que, na ação de cobrança, a Mendes Júnior deveria provar a **captação de recursos no mercado financeiro, bem como o respectivo custo (juros e encargos)**, visto que estes fatos foram apenas alegados na ação declaratória.

Considerando que os peritos se limitaram a examinar as faturas apresentadas pela Mendes Júnior e apurar uma média dos juros, o acórdão recorrido proclamou a imprestabilidade da prova pericial [...] Vale ressaltar que na prova pericial, absurdamente, levou-se em consideração atrasos de poucos dias e até de **apenas um dia**. Aliás, como a autora, agora recorrente, não havia efetuado a prova (dos fatos constitutivos da pretensão alegada) que lhe competia, a ação de cobrança, a rigor, deveria ter sido julgada improcedente.

É o próprio assistente técnico da parte autora que confirma a ausência de prova de que os recursos obtidos via financiamento se prestaram à obra da hidroelétrica: “Os valores referentes aos contratos de capital de giro sempre se apresentaram superiores aos saldos dos valores a receber da CHESF [...]. Embora não se tenha encontrado registros de aplicação destes recursos nesta obra, especificamente, uma vez que o processo de registro contábil é obrigatório para a Entidade Mendes Júnior Engenharia S/A não cabendo reclamos contra a obrigatoriedade de controles es-

pecíficos para aquela obra, ou qualquer outra, nem por exigência da legislação societária ou mesmo pelas NBC's - Normas Brasileiras de Contabilidade, emanadas do CFC - Conselho Federal de Contabilidade" (fl. 2716).

Importante, agora, destacar as considerações técnicas tecidas pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, constantes do parecer exarado pelo *Parquet* às fls. 3036/3130:

1. Através da análise das demonstrações contábeis da Construtora Mendes Júnior, verificamos que ao longo da década de 80 sempre houve capital de giro líquido (que é igual ao Ativo Circulante menos o Passivo Circulante), o que significa que a empresa dispunha de recursos para financiar o seu ciclo operacional, que envolve desde a aquisição de matérias primas e o pagamento de fornecedores e dívidas de curso prazo até o momento das vendas de produtos ou serviços [...]

[...]

16. A análise do capital de giro próprio na Tabela 2, representa o montante de recursos próprios aplicados no ativo circulante e através dela podemos verificar que de 1983 a 1990 a empresa não dispunha de recursos próprios aplicados no ativo circulante (coluna 4) devido ao fato de que foram efetuados grandes investimentos em empresas coligadas e controladas ao longo do período (coluna 5).

[...]

17. O aumento expressivo dos investimentos em controladas e coligadas por parte da Construtora Mendes Júnior ocorreu em um contexto operacional onde a empresa apresentava expansão dos seus negócios, com obras de grande vulto no exterior, como o Iraque, além de atividades de siderurgia, ou seja, empreendimentos que justificam financiamentos (até mesmo de origem externa) haja vista a elevada demanda de recursos para estas atividades.

[...]

21. Conjugando a análise da Tabela 2 e da Tabela 3, podemos observar que, desconsiderando os investimentos em empresas coligadas e controladas, haveriam recursos próprios aplicados no Ativo Circulante, onde se encontram os Valores a Receber da CHESF relativos à Construção da Obra de Itaparica no período de 1981 a 1986.

[...]

24. Isso significa que recursos próprios podem ter sido utilizados no ciclo operacional da empresa, haja vista o contexto inflacionário da década de 80 e o alto custo do dinheiro em uma época onde predominava na maior parte das empresas a capitalização dos recursos próprios, mas devido ao aumento dos investimentos em empresas controladas e coligadas, provavelmente eles foram utilizados na aquisição destes investimentos (que não fazem parte da atividade principal de uma empresa) juntamente com recursos de terceiros [...]

[...]

27. A participação do Contas a Receber da CHESF em relação ao capital de giro líquido (recursos disponíveis descontadas todas as obrigações de curso prazo) da Mendes Júnior comprometeu no máximo 61% no ano de 1983, ficando essa relação abaixo de 9% a partir de 1986, de acordo com a Tabela 4 apresentada a seguir, evidenciando que as faturas devidas pela CHESF não repercutiram no capital de giro líquido da empresa, com exceção dos anos de 1983 a 1984, mais ainda assim haviam recursos suficientes para liquidar as obrigações de curto prazo.

[...]

31. Considerando-se as faturas devidas pela CHESF conforme levantamento efetuado pelo seu Assistente Técnico, verificamos que a participação destas faturas em relação ao total de contas a receber da Mendes Júnior (que envolve todos os seus clientes) não representaram um montante significativo, sendo no máximo de 20,89% do total em 1984, situando-se abaixo de 1,5% do total a partir de 1986

[...]

[...]

32. Em relação ao total de financiamentos contraídos pela Mendes Júnior no período, as faturas devidas pela CHESF não representam um montante expressivo chegando a valores irrisórios a partir de 1986 (menos de 1,5% em relação ao total de financiamentos, com o máximo de 28,26% em 1984) de acordo com a Tabela 7 a seguir, sendo esse fato reconhecido pelo Assistente Técnico da Mendes Júnior às fls. 2.908 do processo da Justiça Federal: 'Os valores referentes aos contratos de capital de giro sempre se apresentaram superiores aos saldos dos valores a receber da CHESF ...'.

33. Uma questão relevante foi a utilização de financiamentos em moeda estrangeira para a composição da taxa média de juros por parte da Mendes Júnior e pelo Perito Oficial (relação de contratos às fls. 2.921 a 2.971 do processo da Justiça Federal), em um contexto operacional em que a Mendes Júnior apresentava expansão dos seus negócios, conforme abordado no item 16, o que justificaria a captação desse tipo de empréstimo para outros fins que não a obra de Itaparica.

[...]

36. Tendo em vista estas questões, não seria correto carregar financeiramente os atrasos do pagamento das faturas pela CHESF com contratos de financiamento que, muito provavelmente, foram tomados no mercado para outros fins, quer para garantir a expansão da companhia com obras de vulto no Iraque e a atividade de siderurgia, quer para garantir a aquisição de bens ou investimentos em empresas ligadas, conforme abordado nos itens 14 a 17, uma vez que o montante em atraso não era significativo (máximo de 20,89% do total de 1984, situando-se abaixo de 1,5% do total a partir de 1986, de acordo com a Tabela 6) em relação ao total de contas a receber ou em relação ao total de empréstimos tomados no mercado.

37. Por fim, considerando-se a participação das faturas devidas pela CHESF em relação ao total de lucros e reservas de lucros da empresa, podemos observar que elas não representaram um montante significativo (mínimo de 1,63% e 0% em 1986 e 1989, respectivamente), com algumas exceções (máximos de 64,36% e 48,32% em 1983 e 1984, respectivamente), de acordo com a Tabela 9, o que significa que o montante de contas a receber da CHESF não afetaria de forma significativa os lucros da Construtora durante este período.

[...]

39. De acordo com o gráfico, verificamos que o montante de contas a receber da CHESF apresenta-se com valores pouco expressivos, especialmente a partir do ano de 1985, o que significa que os valores devidos pela CHESF não justificariam a captação de recursos expressivos no mercado financeiro e, se considerarmos também a análise dos itens 23 e 24, onde está demonstrado que havia capital de giro necessário à manutenção da obra de Itaparica, a captação de recursos no mercado financeiro provavelmente foi

para outros fins, como a aquisição de investimentos em empresas ligadas [...]

[...]

40. Em síntese, a análise contábil demonstra que, em princípio, não haveria necessidade de captação de recursos no mercado financeiro para garantir a manutenção das obras de Itaparica e mesmo que consideremos essa hipótese, o montante necessário seria muito inferior ao contestado pela Mendes Júnior de acordo com as abordagens efetuadas neste trabalho.

[...]

42. No caso de prevalecer a metodologia de se apurar o montante devido com base nos juros de mercado, necessário se faz que a apuração da taxa média de juros com base nos contratos de financiamento do período respeita a proporcionalidade entre as faturas devidas pela CHESF em relação a possíveis empréstimos captados [...], haja vista que especialmente após o ano de 1986 as faturas devidas representavam especialmente após o ano de 1986 as faturas devidas representavam menos de 1,5% dos empréstimos do período além de que havia capital de giro líquido suficiente para garantir a manutenção da obra [...]

[...]

44. Uma questão relevante se apresenta na idéia de correção de valores de atrasados por uma taxa de juros, qualquer que seja ela. Tanto os juros de mercado, que à falta de definição são ambíguos conforme assinalado pela FI-PECAI, quanto aqueles apurados nos contratos de financiamentos contraídos pela Mendes Júnior, que em tese representariam o custo de carregamento do capital de terceiros, se defrontam com uma violação constitucional já esclarecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN 493-0/DF, vedando a aplicação de taxas de juros como indexador de correção monetária além de que não há uma identificação causal dos empréstimos e financiamentos com as obras de Itaparica, fato este ratificado pelo Perito Oficial [...]

Essas considerações são interessantes. Mostram, com clareza, que a captação de recursos no mercado não se apresentava como necessária para fins de cobertura dos custos da obra de Itaparica. Evidenciam a pouca significância dos valores devidos pela CHESF, sem repercussão em termos de imposição de busca

de recursos no mercado para que a obra pudesse ter continuidade. Confirmam a inexistência de provas de que a captação de recursos no mercado financeiro se fez, em específico, para fins de dar andamento às obras de construção do sistema hidroelétrico de Itaparica.

Como já destaquei antes, diante da análise empreendida pelo Ministério Público Federal:

a) a autora sempre teve capital de giro líquido, ou seja, recursos para financiar o seu ciclo operacional;

b) a ausência de capital de giro próprio em dado período resultou em maciço volume de recursos destinados pela autora a investimentos em outras empresas do mesmo grupo econômico que compunha, sem vinculação com a obra em destaque;

c) as faturas devidas pela CHESF não repercutiam significativamente no ciclo operacional da autora e, quando eram, nesse ponto, um pouco mais expressivas, mesmo assim não impactavam grandemente ante a existência de recursos suficientes para os gastos de curto prazo;

d) comparativamente com o total de contas a receber, os valores constantes nas faturas devidas pela CHESF não eram significativos;

e) o total de financiamentos tomados pela autora – repita-se: sem vinculação com a obra contratada – eram muito superiores aos valores devidos pela CHESF.

Em tal passo, é de se dizer que não encontra sustentação a crítica feita pela autora às observações técnicas apresentadas pelo Ministério Público Federal. Lembre-se o que disse a empresa: que o pronunciamento dos analistas do MPF, ao qual se reportaria a sentença, não teria caráter conclusivo, em vista das expressões utilizadas, a exemplo de “provavelmente”. Ocorre que não caberia ao *Parquet* comprovar a existência, os dados e as razões de efetivação (vinculação) dos financiamentos realizados pela Mendes Júnior. Ao reverso, o ônus da prova era da empresa. Os servidores do MPF analisaram detidamente os documentos constantes dos autos, inclusive, as perícias realizadas, e exararam manifestação clara e coerente, convergente, inclusive, nos pontos fundamentais

para o desate do litígio (refira-se, especialmente: ausência de prova de financiamentos realizados com atrelamento à obra de Itaparica), com as considerações postas pelo perito oficial e pelo assistente técnico da autora.

Destaque-se que a parte autora poderia, por exemplo, ter juntado aos autos cópias dos instrumentos contratuais alusivos aos supostos financiamentos tomados, com a discriminação dos juros e encargos a que se teria sujeitado. **Mas não o fez.** A autora poderia ter trazido registros documentais de controle quanto aos recursos aplicados na obra contratada, a evidenciar a origem de tais valores. **Mas não o fez.** Essa prova cabia a ela e presume-se, obviamente, que estivesse em suas mãos, haja vista se tratar, segundo alega, de parte contratante, responsável por obra de grande porte, envolvendo montantes vultosos, a se sujeitar a controle rigoroso. Por outro lado, os peritos que atuaram nos autos, sublinharam a inexistência de elementos que respaldassem conclusão no sentido de que os financiamentos foram realizados para fazer frente às obras de Itaparica, ante a inadimplência da contratada, com aplicação dos recursos pertinentes àquele empreendimento.

Portanto, não se desincumbindo de ônus que é seu, de prova dos fatos constitutivos de seu direito (art. 333, I, do CPC), não há como se acolher o pedido da autora. E, aqui, destaque-se: **A INEXISTÊNCIA DE PROVA DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO ALEGADO DÁ ENSEJO À IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO**, não se podendo admitir o acolhimento do pleito, a partir do adiamento ou postergação da apresentação de provas dos próprios fatos constitutivos do direito à fase de liquidação. Como bem observado pelo Ministério Público, à fl. 3613v: “Com efeito, em se reconhecendo a ausência de prova sobre fato constitutivo do direito alegado pela parte autora (ônus que sobre ela recai), impõe-se a improcedência do pedido, e não a condenação ao pagamento de juros de mercado e encargos financeiros que não foram efetivamente demonstrados”, donde se enxerga a contradição entre o dispositivo da sentença e a sua fundamentação.

Nessa direção, da imprescindibilidade de comprovação do fato constitutivo do direito, sob pena de improcedência do pedido, vejam-se os seguintes precedentes: “Inexistência de escrituração contábil das despesas. Meras alegações. Conseqüência: não-de-

ferimento do pedido de creditamento, dada a imprescindibilidade da prova da existência do fato constitutivo do direito postulado” (STF, 2T, RE 255340, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. em 30.05.2000); “Em ação de conhecimento de conteúdo condenatório em que se busca a compensação de tributos, a ausência de comprovação da existência do pagamento indevido acarreta a improcedência do pedido. Inteligência do disposto no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil” (STJ, 2T, REsp 807692/ES, Rel. Min. CASTRO MEIRA, j. em 15.03.2007); “Nas hipóteses em que o autor não consegue provar o fato constitutivo de seu direito, a ausência ou insuficiência de provas conduz a improcedência do pedido, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil” (STJ, 6T, REsp 758123/RS, Rel. Min. PAULO MEDINA, j. em 18.04.2006); “I - Os documentos destinados à prova dos fatos alegados devem ser apresentados em juízo com a petição inicial (art. 283 do CPC), cabendo à parte autora comprovar suas afirmações e seu direito constitutivo (art. 333 do CPC)./II - Ante a ausência de provas, o juiz não pode determinar, de ofício e a qualquer tempo, a produção de prova que deveria integrar a petição inicial” (STJ, 1T, REsp 703178/PR, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Min. FRANCISCO FALCÃO, j. em 05.04.2005).

Assim, tem-se as respostas às primeiras perguntas (em respeito à coisa julgada da ação declaratória): os danos não foram comprovados; não se comprovou a realização pela autora, frente à mora da Administração Pública, de financiamentos no mercado para a captação de recursos dirigidos especificamente e alocados efetivamente à obra de Itaparica; não se comprovaram os custos que a empresa autora teve que arcar efetivamente em vista desses financiamentos (quais os juros de mercado e encargos financeiros aplicados realmente em tais negócios); não se comprovou que esses custos foram superiores aos valores percebidos pelo particular, contratualmente previstos para a hipótese de inadimplemento.

Poder-se-ia questionar que, a despeito da procedência do pedido da ação declaratória, incongruentemente, nenhum valor teria sido reconhecido como devido na ação condenatória. Nesse ponto, a par das considerações antes traçadas sobre a diversidade

entre os feitos declaratório e condenatório, merece reflexão, por analogia, *mutatis mutandis*, a situação que se convencionou chamar de “liquidação de valor zero”. Sobre essa figura, transcrevo trecho de decisão exarada pelo Excelentíssimo Sr. Juiz Federal Francisco Antônio de Barros e Silva Neto:

Aplica-se à hipótese, ao menos por analogia, o que a doutrina costuma definir como ‘liquidação de valor zero’. Por todos, transcrevo excertos da tese de livre docência do professor Cândido Rangel Dinamarco:

Problema sério, embora proposto quase apenas em sede doutrinária, sem na prática surgir com freqüência ou preocupar, é o da liquidação onde se verifique que nada existe a ser pago. [...] Quando o juiz condena a pagar o valor que vier a ser apurado em liquidação, ele não está afirmando que efetivamente exista um valor significativo a pagar: nos motivos da sentença, aceitou a existência dos fatos constitutivos do direito alegado pelo autor, mas, justamente por lhe faltar informação acerca do *quantum*, deixou que a efetividade de sua expressão financeira venha a ser discutida depois e na liquidação se decida a respeito.

Forçar as coisas para declarar o valor de uma indenização por dano inexistente, ‘ao menos na quantidade um’, talvez fosse até mais cômodo, diante da lógica da estrutura formal da sentença condenatória genérica: respeitar-se-ia formalmente o seu efeito declaratório quanto ao *an debeat*, encontrando-se o *quantum debeat* a todo custo. Tal solução, além de arbitrária por fixar assim aleatoriamente um valor sem correspondência na prova e na realidade, teria o grave inconveniente de desviar o processo de seus objetivos como instrumento a serviço da justiça e dos desígnios do direito substancial. (Execução Civil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 549-550).

Em sentido semelhante, Teori Albino Zavascki afirma que na liquidação de valor zero, não obstante a ‘situação anômala e extravagante’, ‘um erro não justifica o outro. O juízo de improcedência da liquidação constitui, em tal hipótese, a única forma de não penalizar duplamente o réu, já penalizado pela condenação indevida’ (*Título executivo e liquidação*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.

184-185).

No caso concreto não se cuida propriamente de liquidação, mas na fase de cumprimento de sentença se verificou a inexistência de caderneta de poupança no momento de incidência dos expurgos pleiteados, o que conduz à inexistência da própria obrigação de fazer.

Esse primeiro conjunto de respostas já seria suficiente para sustentar a decisão pela improcedência do pedido.

Mas continuo, enfrentando a temática da (in)admissão de cômputo de juros de mercado, para fins de ressarcimento por desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Eis o segundo grupo de perguntas a responder: a empresa poderia obter indenização atrelada a juros de mercado? Os juros de mercado seriam critério hábil a reparar danos justificados no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato?

Tenho por improcedente o pedido de condenação da parte ré no ressarcimento (por não comprovação do dano, por não demonstração dos financiamentos vinculados à obra e com recursos alocados efetivamente na obra, em função de demora de cumprimento da prestação financeira a que obrigada a contratante) e, mais especificamente, tenho por improcedente o pleito de ressarcimento **com base no cômputo de juros de mercado** (a. seja pela impropriedade de sua utilização como fator refletor da variação do poder aquisitivo da moeda, b. seja pela restritividade de sua prática às instituições financeiras; c. seja por sua inadequação como critério de reparação de supostas repercussões financeiras danosas ditas atribuídas a desequilíbrio econômico-financeiro do contrato).

É imperioso enfatizar que os juros de mercado têm natureza específica. Mostra-se completamente imprópria e injurídica sua compreensão ou adoção como indexador de correção monetária. Essa não é sua finalidade. “Os juros são as remunerações correspondentes a ganhos de aplicações de capitais por determinado prazo ou relativas a pagamentos a empréstimos ou financiamentos contraídos por pessoas físicas ou jurídicas”, ou, em outros termos, “juro ou interesse é a remuneração ganha ou paga pela aplicação ou utilização de determinado capital durante um certo pra-

zo. Quanto maior o prazo de aplicação ou utilização de certo capital tanto maior deverá ser o valor total dos juros referentes à operação” (RODRIGUES, José Antônio; MENDES, Gilmar de Melo. **Manual de aplicação de matemática financeira**. 1. ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 12 e 13). O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a questão, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493-0/DF “A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda” (trecho da ementa do acórdão plenário de 25.06.1992). É importante, ainda, observar que a referência a “juros de mercado” deve ser entendida como “juros de mercado” para aquele tipo de operação de “**financiamento**” **específico**, garantido, com *spread* muito menor que a operação de empréstimo, esse com custo bem maior.

Ademais, apenas instituições financeiras podem praticar juros de mercado. A autora não é instituição financeira e, portanto, não poderia, simplesmente, eleger tal critério como fator de reparação. Realmente – inclusive quanto à eventual compreensão de que os recursos empregados pela Mendes Júnior Engenharia S/A foram próprios (percepção que não seria admissível, considerada a *causa petendi* afirmada pela própria autora, no sentido de que os recursos que aplicou na inadimplência do ente público foram os decorrentes de financiamentos tomados junto ao mercado – cf. p. 824: “o que a autora está buscando não é a remuneração do seu (dela) capital, mas sim o ressarcimento das despesas que foi obrigada a fazer, no financiamento das obras da hidroelétrica de Itaparica, cujos pagamentos eram sistematicamente retardados pela CHESF, o que já é *res judicata*”) –, não se pode deixar de lembrar que apenas podem praticar taxas de juros de mercado as instituições financeiras, assim consideradas as “as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros” (art. 17 da Lei nº 4.595/64), o que não é o caso da autora.

De igual modo, não há como se acatar simplesmente, de modo apriorístico, independentemente da realidade concreta, que os ju-

ros de mercado indicados genericamente refletiriam, de forma fidedigna, a compensação pelos supostos prejuízos que a autora diz ter amargado, quando o atraso no pagamento das faturas pela CHESF teria produzido desequilíbrio contratual. Nos termos do título judicial civil, os juros teriam que ser os de “mercado”, tomados para aquele **financiamento específico**.

A questão do reequilíbrio contratual é mais complexa e envolve outros fatores, a exemplo mesmo da garantia de preservação dos princípios regentes da licitação que ensejou a contratação. Nesse tocante, o direito ao reequilíbrio contratual não autoriza a modificação dos critérios estabelecidos no início do processo de seleção do melhor contratante, que orientaram e obrigaram a atuação de todos os concorrentes que almejavam subscrever o contrato em questão. O que está no cerne da noção de reequilíbrio contratual são princípios como equidade, boa-fé, razoabilidade, que impõe a manutenção da equação econômico-financeira originária do contrato celebrado, salvando-a de circunstâncias posteriores à lavratura do negócio jurídico, causativas de onerosidade excessiva imprevista e estranha à vontade das partes. O reequilíbrio contratual não pode ser invocado para justificar pagamento superior à somatória das parcelas de custo de produção e lucro. É a expressão financeira dessa soma que deve ser garantida, não se podendo admitir valor superior sob pena de configuração de enriquecimento injustificado. Lembre-se, inclusive, do alerta feito pelo Ministro Peçanha Martins, quando do julgamento do REsp 5059/PE: “os autos não consta a prova de que essa equação financeira se fizesse dessa ou daquela forma, e o que a Constituição determina é que se restabeleça sempre essa equação – vale dizer, em relação a contratos de empreitadas, seja de natureza cível ou administrativa –, **que o preço reflita custo mais lucro, mas aquele lucro obtido e aquele com que ela se apresentou à concorrência**, porque [...] se admitirmos o contrário seria, inclusive, fraudar aqueles outros concorrentes. **Essa é a equação que se busca. Por isso é que não posso, nessa parte do acórdão, admitir a referência a juros de mercado**” (negritos acrescentados).

Respostas ao segundo conjunto de perguntas: a empresa não poderia obter indenização atrelada a juros de mercado (juros de mercado não se prestam a funcionar como inde-

xadores de correção monetária e apenas instituições financeiras podem praticar juros de mercado). Os juros de mercado não são critério hábil a reparar danos justificados no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato (o reequilíbrio deve atender unicamente à equação originária custo de produção + lucro, não estando autorizados adicionais não admitidos quando da subscrição do vínculo contratual).

O que os autos revelam é uma (inadmissível) tentativa de imposição de presunções: presuma-se a efetivação de financiamentos para a obra junto ao mercado; presuma-se um montante financiado; presuma-se que a taxa de juros aplicada às operações financeiras foram as identificadas pela postulante; presuma-se que os recursos captados foram destinados à obra; presuma-se que isso tenha gerado dano a ser ressarcido pelo Estado pelo desequilíbrio do contrato. É óbvio que não se pode partir desse raciocínio, tratando-se de fatos passíveis de serem comprovados por documentação hábil. Destaque-se: se a prova era possível (e indispensável), mas a postulante dela não se desincumbiu, não é lícito chegar ao montante da reparação por arbitramento ou por simplória estimativa por presunção de valores.

Por conseguinte, mais essas razões também são suficientes para rejeitar o pedido autoral.

- VI -

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda não tenho como finalizado o voto, pois penso imprescindíveis considerações adicionais.

Se houvesse que ser aplicada taxa de juros de mercado, não há como se acolher a pretensão autoral nos termos em que formulada. Totalmente despropositada se afigura a eleição (arbitrária, diga-se) pela autora, a título de juros de mercado, da taxa de captação de empréstimo para capital de giro, assim como o critério aplicado no âmbito da auditoria contratada pela parte autora (taxas de empréstimo de capital de giro e operação segundo a resolução 63). Igualmente, inaceitável a forma de descobrimento dos juros do mercado financeiro aplicáveis segundo a perícia con-

tida nos autos. É de se ver que, seguindo o laudo pericial nos autos (como documentação por ele invocada e que lhe subsidiou), consta ofício encaminhado pelo BACEN, no qual a instituição encaminha “uma série histórica relativa aos custos de financiamento para capital de giro” (fl. 544).

Nesse tocante (quanto à taxa de juros de mercado a ser adotada), penso que o máximo aceitável seria a aplicação de taxa média concernente a financiamentos para obras de grande porte, a exemplo de Itaparica. Aqui, mais uma vez, é prudente lembrar a diferença entre empréstimo e financiamento. A vinculação própria do financiamento se traduz em juros menores que os de empréstimos.

Mais ainda, não se pode admitir correção, após a formação do título, também com base em média de juros de mercado. O correto é a atualização segundo as regras do Manual de Cálculos da Justiça Federal. Não se poderia confundir o hipotético título judicial com o critério de correção monetária do título. Os “juros de mercado” pagos seriam o título principal para o ressarcimento, mas o critério de correção desse não é o do título. Uma confrontação simples pode explicitar a assertiva: quando uma instituição financeira (por exemplo, a CEF) ingressa com ação de cobrança pelos inadimplementos de valores decorrentes de crédito rotativo (correção contratual, juros, taxa de permanência), o fator de correção deste montante não é o dos juros do contrato, mas o legalmente previsto.

Quando se tomam parâmetros mais concretos para a visualização da expressão econômica da postulação, enxerga-se quão absurda a pretensão autoral se afigura.

Para se ter uma idéia, aproximada, da repercussão financeira, no caso de procedência do pedido formulado pelo particular (**em valores de 2008**, de mais de **R\$ 1.220.000.000,00**), é de se dizer que o montante almejado seria suficiente para a aquisição pelo Governo brasileiro de mais de **5.000 caças franceses Rafale** (cada um orçado em R\$ 240.000.000,00), tornando a Força Aérea Brasileira a mais portentosas do mundo. Seria também suficiente para **quitar, no mínimo duas vezes, a dívida externa brasileira** (estimada, no final do ano de 2009, em US\$ 205,5 bilhões, consi-

derando-se o dólar equivalente a R\$ 1,74, em 13.01.2010). Outrossim, esse *quantum* corresponde a **17 vezes o valor das hidroelétricas de Belo Monte (que será a quinta maior do mundo), Santo Antônio e Jirau, atualmente em construção, ou seja, com o montante pretendido, construir-se-iam 51 hidroelétricas muito maiores que Itaparica ou, pelo menos, 10 hidroelétricas de Itaipu.** Corresponde, finalmente, em termos exemplificativos, **praticamente, ao valor total do Orçamento da União para o ano de 2010** (R\$ 1.860.000.000.000,00).

Trata-se de pretensão executória completamente irreal, que foge a todos os parâmetros do possível, do compreensível e do admissível. Trata-se de um grande equívoco que o decurso do tempo, por si só, apenas veio a bem evidenciar.

- VII -

DISPOSITIVO (e consectários)

Com essas considerações, rejeito as preliminares e a prejudicial de mérito, dou provimento às apelações interpostas pela CHESF, pela UNIÃO e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e nego provimento à apelação da MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A, para julgar IMPROCEDENTE O PEDIDO AUTURAL, pelos motivos, que ora sintetizo, em ratificação:

a) na ação declaratória se declarou, com os limites próprios decorrentes de sua natureza jurídica, a existência de uma relação de crédito, mas o eventual ressarcimento foi condicionado à ampla instrução probatória a ser realizada na via hábil, qual seja, a da ação condenatória, segundo interpretação dada pelo próprio STJ;

b) os danos alegados não foram comprovados, e ressarcir é recompor prejuízos, que, portanto, precisam ser demonstrados;

c) não se comprovou a realização pela autora de financiamentos no mercado para a captação de recursos dirigidos especificamente e alocados efetivamente à obra de Itaparica;

d) não se comprovaram os custos que a autora teve que arcar efetivamente em vista desses financiamentos (quais os juros de mercado e encargos financeiros aplicados realmente em tais negócios);

e) não se comprovou que esses custos foram superiores aos valores percebidos pelo particular, contratualmente previstos para a hipótese de inadimplemento (muito ao contrário, há registro nos autos de que a empresa-autora teria recebido, indevidamente, montante a maior);

f) mostrou-se, com clareza, que a captação de recursos no mercado não se apresentava como necessária para fins de cobertura dos custos da obra de Itaparica;

g) evidenciou-se a pouca significância dos valores devidos pela sociedade de economia mista, pagos com atraso, sem repercussão em termos de imposição de busca de recursos no mercado;

h) confirmou-se, inclusive pela prova pericial, a inexistência de provas de que a captação de recursos no mercado financeiro se fez, em específico, para fins de dar andamento às obras de construção do sistema hidroelétrico de Itaparica;

i) não comprovado prejuízo, não há o que reparar;

j) a referência a juros de mercado apenas pode ser entendida como juros de mercado para o tipo de operação de financiamento específico, garantido, com *spread* menos que a operação de empréstimo, esse com custo bem maior;

k) imprópria a adoção de juros de mercado como indexador de correção monetária, pois eles não refletem a variação do poder aquisitivo da moeda;

l) não sendo instituição financeira, a autora não poderia estipular, como critério de reparação, juros de mercado;

m) o direito ao reequilíbrio contratual ou à compensação pelo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato não autoriza a modificação dos critérios estabelecidos no início do processo de seleção do melhor contratante, que orientaram e obrigaram a atuação de todos os concorrentes que almejavam subscrever o contrato em questão;

n) se a prova era possível (e indispensável), mas a postulante dela não se desincumbiu, não é lícito chegar ao montante da reparação por arbitramento ou por simplória estimação por presunção de valores;

o) quanto à taxa de juros de mercado, o máximo que se poderia admitir seria a aplicação da taxa média concernente a financiamentos para obras de grande porte, como Itaparica, jamais a aplicação de taxa de captação de empréstimos para capital de giro ou equivalente;

p) não se poderia confundir o hipotético título judicial com o critério de correção monetária do título.

Ante o reconhecimento da total improcedência do pedido autoral, é de se condenar a autora nas custas processuais e honorários advocatícios, esses que ora se passa a arbitrar.

A condenação da parte vencida em honorários advocatícios deve ser feita em atenção ao regramento do art. 20 do CPC, atendendo-se, outrossim, aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo-se o cuidado de não incidir no mesmo equívoco da parte autora.

Assim, em atenção às peculiaridades do caso, é de se condenar a construtora-autora nas custas processuais e em honorários advocatícios que se arbitra em R\$ 100.000,00, a serem rateados entre a CHESF e a UNIÃO.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 484.571-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelantes: TANIAMARIA DA SILVA, BAR E RESTAURANTE MEU PARAÍSO
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ DO EGITO NEGREIROS FERNANDES E OUTRO (1º APTE.), JOÃO PAULO RODRIGUES DO NASCIMENTO E OUTRO (2º APTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL OBJETIVANDO MEDIDA JUDICIAL QUE FAÇA CESSAR “DEFI-

NITIVAMENTE O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE COMERCIAL OU DE QUALQUER NATUREZA NO LOCAL ONDE ATUALMENTE FUNCIONA O “BAR E RESTAURANTE MEU PARAÍSO”, NA PRAIA DE BOLDRÓ, EM FERNANDO DE NORONHA, E PROMOVAM A RECUPERAÇÃO DA ÁREA MEDIANTE A DEMOLIÇÃO DO IMÓVEL E DAS CONSTRUÇÕES ACRESCIDAS, COM A RETIRADA DE TODOS OS ENTULHOS E DESOBSTRUÇÃO DA ÁREA ÀS SUAS EXPENSAS”, FL. 17V.

- Ação julgada procedente, com a determinação “aos réus que cessem, em caráter definitivo, as atividades exercidas no imóvel e promovam, às suas expensas, a demolição das construções realizadas no local”, fl. 757.

- Interposição de recurso de apelação por parte dos réus – Tânia Maria da Silva, que ocupava o terreno com o Bar do Boldró – e do Restaurante Meu Paraíso e Empreendimentos Ltda., que substitui o primeiro, sob a forma de firma comercial tendo como sócios Isabel Kácia Pereira dos Santos, majoritária, e Enivaldo Alves Sobrinho, minoritário, a vender o último suas ações para Andréa Sabbatini.

- Apelo de Tânia Maria da Silva, a arguir preliminares – incompetência do juízo federal e nulidade de citação, pela ausência da presença de Gerson Alves de Souza, companheiro da apelante, e falta de legitimidade na citação efetuada por meirinho da Justiça Estadual, e no mérito, a defender a inexistência de crime ambiental.

- Apelo de Restaurante Meu Paraíso e Empreendimentos Ltda., agora via bastante procurador (a contestação foi efetuada por defensor dativo nomeado pelo juízo), a atroar sete preliminares, a título de se constituírem matéria de ordem pública, de maneira a não se sujeitar a preclusão, traduzidas, respectivamente, de ilegitimidade do

Parquet, incompetência da Justiça Federal, impossibilidade jurídica do pedido, litisconsórcio unitário necessário, nulidade de citação – do agente incompetente, litisconsórcio passivo necessário da ADFN, IBAMA, CPRH e GRPU, e, enfim, da suspensão da presente lide até ulterior julgamento do procedimento criminal, e, no mérito, atropar ter a sentença atacada ofendido aos princípios constitucionais, improváveis danos ao meio ambiente, regularidade do imóvel, ilegalidade/inconstitucionalidade do Plano de Manejo – da ausência de regulamentação do uso e ocupação do solo de Fernando de Noronha – Lei 11.304/95-PE, e, enfim, da não recepção dos Decretos 92.755, de 05 de junho de 1986 APA/FN, e 93.693, de 14 de setembro de 1988 PARNAR/FN, pela nova ordem política.

- Rejeição de todas as preliminares, inclusive das que não foram levadas, anteriormente, ao conhecimento do julgador de primeiro grau, sendo de destacar que o demandado-apelante Restaurante Meu Paraíso e Empreendimentos Ltda., ao constituir procurador, deveria ter arguido as preliminares na primeira oportunidade em que se manifestou nos autos, o que ocorreu com a interposição de embargos de declaração ante a sentença prolatada, circunstância que faria o juiz natural se manifestar sobre todas as matérias atroadas.

- Conhecimento, mesmo assim, de todas as preliminares, e sua rejeição.

- Matérias atinentes ao mérito também rejeitadas, registrando-se que, em meio às que foram manejadas pelo demandado-apelante Restaurante Meu Paraíso e Empreendimentos Ltda., apenas duas que não foram levadas, anteriormente, ao conhecimento do juiz natural, materializada na ofensa aos princípios constitucionais e na ile-

galidade/inconstitucionalidade do Plano de Manejo.

- Inocorrência de necessidade de perícia na instrução, por estarem devidamente assentadas a ocupação e a ampliação irregulares do Restaurante Meu Paraíso e Empreendimentos Ltda., no lugar do anterior Bar do Boldró, além dos danos causados ao ambiente, sendo de se ressaltar que, na abordagem do tópico atinente à ilegalidade/inconstitucionalidade do Plano de Manejo, a referida apelante se contradiz, primeiro ao afirmar não ter a sentença apreciado “a legalidade e constitucionalidade dos instrumentos jurídicos ora alçados pelo Parquet”, fl. 893, o que levaria a matéria para o campo dos embargos declaratórios (e nos aclaratórios movimentados, já referidos, não se tocou no assunto), para depois arrematar que “a decisão ora atacada ... fora balizada em norma inconstitucional e ilegal”, fl. 895, deixando claro uma situação conflitante, porque se a sentença se omitiu, não como explicar que “fora balizada em norma inconstitucional e ilegal”.

- Presença, de forma contundente, de irregularidade na ocupação e ampliação, além dos danos ambientais, de forma permanente, a conduzir a impertinência dos apelos, para manter, in totum, a douta sentença recorrida.

- O momento processual presente, não mais comporta a intimação do Ministério Público Federal, para que este venha a formular proposta de transação, conforme requerido pela apelante. A transação celebrada pelo Ministério Público Federal, noticiada nos autos, diz respeito a outra pessoa e a outro imóvel, cuja disparidade na situação de fato e de direito impede sua utilização como parâmetro nestes autos.

- Improvimento dos apelos dos réus.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, vencido o Desembargador Maximiliano Cavalcanti, que dava parcial provimento, negar provimento às apelações, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 4 de março de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

A presente ação civil pública promovida pelo Ministério público federal, contra Tânia Maria da Silva, Isabel Kácia Pereira dos Santos e Andrea Sabatini, estes dois últimos substituídos por Restaurante Meu Paraíso Empreendimentos Ltda., pretende a interrupção das atividades comerciais onde, atualmente, funciona o Bar e Restaurante Meu Paraíso, localizado na Praia de Boldrós, na Ilha de Fernando de Noronha, bem como a demolição de todo o imóvel, inclusive das construções acrescidas.

A sentença, afastando a preliminar de incompetência do juízo e a suspensão do processo até a conclusão da ação penal ajuizada, julgou procedente o pedido fundada nas provas colhidas aos autos, em que demonstra o ilícito ambiental havido com a exploração comercial no local, cujo imóvel, ampliado irregularmente, está inserido na área de Proteção Ambiental de Fernando de Noronha - APA-FN, na Zona de Proteção à Vida Silvestre, fls. 747-757.

A ré Tânia Maria da Silva, cedente do ponto comercial onde funciona o segundo réu, interpõe apelação arguindo, em preliminar, a incompetência da Justiça Federal, a nulidade da citação, que teria sido efetuada por oficial de justiça estadual, e não federal, além da ausência de citação de seu cônjuge Gerson Alves de Souza, fls. 796-797.

No mérito, limita-se a defender a verdadeira intenção de resol-

ver as questões que afetam a regularidade do estabelecimento e a sua moradia localizada na mesma área, fl. 797.

O segundo réu, Bar e Restaurante Meu Paraíso Ltda., também apela, suscitando, as seguintes preliminares: (1) a ilegitimidade do Ministério Público Federal, fl. 857, (2) a incompetência da Justiça Federal, fl. 858, (3) a impossibilidade jurídica do pedido, fl. 860, (4) a presença de litisconsorte unitário sucessório, fl. 861, (5), a nulidade de citação – do agente incompetente, fl. 863, (6) o litisconsorte passivo necessário da ADFN, IBAMA, CPRH e GRPU, fl. 865, e, finalmente, (7) a necessidade de suspensão da presente lide até ulterior julgamento do procedimento criminal, fl. 866.

No mérito invoca as seguintes matérias, assim enumeradas: (1) da ofensa aos princípios constitucionais, fl. 868; (2) dos improváveis danos ao meio, fl. 870, (3) da regularidade do imóvel, fl. 882, (4) da ilegalidade/inconstitucionalidade do Plano de Manejo – da ausência de regulamentação do uso e ocupação do solo de Fernando de Noronha – Lei 11.304/95-PE, fl. 893, (5) da não recepcionalidade dos Decretos 92.755, de 05 de junho de 1986 APA/FN, e 93.693, de 14 de setembro de 1998 PARNAR/FN, pela nova ordem política, fl. 900.

Por meio da petição protocolada em 24 de fevereiro de 2010, depois da inclusão em pauta de julgamento, o apelante Bar e Restaurante Meu Paraíso Ltda. formula pedido de suspensão do presente recurso, e a intimação do Ministério Público Federal, ora apelado, para que este apresente proposta de conciliação, com o intuito de regularização do imóvel ora embargado, conforme ocorreu em circunstância similar na ação penal movida contra Sílvia Regina da Silva Alves, pessoa estranha aos presentes autos, fl. 1376-1382.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

No combate à r. sentença, fls. 646-669, que julgou procedente a presente demanda, duas apelações foram interpostas.

Uma, da ré Tânia Maria da Silva, fls. 796-798.

Outra, da demandada Restaurante Meu Paraíso e Empreendimentos, fls. 853-907.

Toda a questão apresenta por objeto a ampliação de um bar-restaurante na Praia do Boldró, em Fernando de Noronha, em área situada na Zona de Preservação da Vida Silvestre, esclarecendo-se que o bar, inicialmente de Tânia Maria da Silva, com a denominação de Bar do Boldró, foi ampliado e reformado, para abrigar, como abriga, o Restaurante Meu Refúgio e Empreendimentos Ltda., agora sob a supervisão de Isabel Kácia Pereira dos Santos, que assina, como Isabel dos Santos, a procuração de fl. 766, outorgada pela apelante Bar e Restaurante Meu Paraíso.

A r. sentença, ao acatar integralmente a ação, determinou aos réus, ora apelantes, *que cessem, em caráter definitivo, as atividades exercidas no imóvel e promovam, às suas expensas, a demolição das construções realizadas no local*, fl. 757.

Para evitar tais medidas, os dois apelos se voltam, ou, pelo menos, como ressalta a segunda apelante, para o reconhecimento, *ao menos [d]o direito de manutenção da parte do imóvel referente ao antigo “Bar do Boldró”, eis que impossível negar sua regularidade administrativa*, fl. 907.

A análise de cada apelação passa a ser feita, por ordem cronológica, com referência, quando ocorrer matéria idêntica, às matérias atoadas na peça recursal do Restaurante Meu Paraíso e Empreendimentos Ltda.

Inicialmente, a de Tânia Maria da Silva, a arguir, em nível de preliminar, a incompetência da Justiça Federal, arguição já rejeitada na douda sentença, fls. 750-751. E, aliás, outro não pode ser o entendimento, visto que, na dicção da Procuradoria Regional da República, ouvida nesta Corte, *tratando-se o objeto da demanda de bem da União está presente o interesse de agir do Parquet Federal, bem como a legitimidade ad causam*, fl. 1033, porque, na lição do Min. Herman Benjamin, citado no parecer referido, *a presença do Ministério Público Federal no pólo ativo da demanda é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, o que não dispensa*

o juiz de verificar a sua legitimação ativa para a causa em questão, fl. 1038.

Esta mesma preliminar foi arguida por Bar e Restaurante Meu Paraíso, ficando, desta forma, rejeitada.

A outra preliminar da apelante Tânia Maria da Silva se prende à nulidade de citação, seja de Gerson Alves de Souza, tido como seu marido, bem como à falta de legitimidade na citação efetuada por oficial de Justiça Estadual, fl. 796.

Não há nulidade alguma, nem em um caso nem em outro.

No primeiro, não se qualifica a apelante como casada. Aliás, na procuração de fl. 486, datada de 28 de dezembro de 2008, não consta seu estado civil. Se era casada, deveria, à época, ter denunciado o fato. Como solteira aparece no auto de fl. 823, de 27 de novembro de 2007. Depois, a demanda não carrega nenhum ranço dos direitos reais, a exigir a presença de ambos os cônjuges. Aliás, na ação civil pública, apresentando, como apresenta, como objeto a demolição de bar-restaurante, a citação deve ser feita apenas na pessoa de quem aparece como proprietária, dispensando a do outro cônjuge, se casada for.

No segundo caso, Tânia Maria da Silva, via bastante procurador, deu-se por citada, conforme se constata da petição de fl. 485. Não é factível que, depois de assim proceder, via procurador, venha, depois, arguir a nulidade da citação, quando até agravo de instrumento movimentou, fls. 492-533. O processo não admite a vazante e a enchente das marés, ficando, desta forma, prejudicada a matéria que a alimenta.

Rejeito-a, também.

Já o Restaurante Meu Paraíso e Empreendimentos Ltda. ergue sete preliminares, dentro do escudo de que *as matérias de ordem pública não estão sujeitas à preclusão, motivo pelo qual podem ser originariamente arguidas e apreciadas em sede de apelação* (Min. Benedito Gonçalves, EAg 714888-MG, DJe 22.06.2009) (fl. 857).

Dentro das matérias atoadas, estão, por ordem cronológica de exposição: (1) a ilegitimidade do Ministério Público Federal, fl.

857, (2) a incompetência da Justiça Federal, fl. 858, (3) a impossibilidade jurídica do pedido, fl. 860, (4) a presença de litisconsorte unitário sucessório, fl. 861, (5) a nulidade de citação – do agente incompetente, fl. 863, (6) o litisconsorte passivo necessário da ADFN, IBAMA, CPRH e GRPU, fl. 865, e, finalmente, (7) a necessidade de suspensão da presente lide até ulterior julgamento do procedimento criminal, fl. 866.

Destas preliminares, apenas duas foram movimentadas à época da peça contestatória, fls. 649-669, isto é, a incompetência absoluta da Justiça Federal, fl. 648, e a premente necessidade de suspensão da ação, fl. 653. As demais, formalmente, se constituem em novidade nos autos, que não tendo sido erigidas em tempo oportuno, escaparam da apreciação do douto juízo de primeiro grau.

Desta forma, sobram, a título de preliminar, apenas cinco matérias novas – (1) ilegitimidade do Ministério Público Federal, (2) a impossibilidade jurídica do pedido, (3) a presença de litisconsorte unitário sucessório, (4) a nulidade de citação – do agente incompetente, e, enfim, (5) o litisconsorte passivo necessário da ADFN, IBAMA, CPRH e GRPU –, das quais, nenhuma, absolutamente, nenhuma, apresenta cheiro de matéria de ordem pública, temática, aliás, que a apelante não procurou fundamentar, limitando-se só a rotular as preliminares como matérias de ordem pública.

É de se observar que as preliminares em foco foram arguidas pelo ilustre e douto procurador da apelante, na sua terceira manifestação nos autos.

No aspecto, inicialmente, depois de prolatada a sentença, em 22 de junho de 2009, o ilustre profissional peticiona, comunicando ser o procurador do Restaurante Meu Paraíso e Empreendimentos Ltda., tendo o cuidado de *requerer a destituição da curadora especial nomeada por esse MM. Juízo ou de qualquer outro procurador que não sejam os subscritores da presente peça*, tendo o cuidado de alertar pela nulidade de *todos os atos, após a publicação da sentença de mérito... se forem realizados sem a subscrição dos procuradores ora nomeados*, fl. 765.

Na mesma data, apresentam embargos declaratórios, fls. 768-770, circunstância que demonstra a intimidade com o feito, a ponto de não precisarem de vista para tanto. Nos aclaratórios, atacam

omissão, uma vez que V. Exa. não se manifestou acerca dos pedidos de indenização e recolocação do imóvel em questão, sob a égide do Plano de Manejo insular, bem como não especificou qual área deverá ser removida, fl. 769.

Este era o momento para levantar as preliminares devidas, levando em conta se cuidarem de nulidades, e, neste aspecto, deveriam ser alegadas na primeira oportunidade em que falasse nos autos, sob pena de preclusão, por invocação, por analogia, da regra embutida no art. 245 do Código de Processo Civil, inclusive como forma de fazer com que o juízo natural enfrentasse as matérias camufladas nas preliminares.

Mas só no momento da apelação, datada de 30 de julho de 2009, fl. 853, é que, enfim, a apelante trouxe aos autos as preliminares já aludidas, sob a roupagem de matérias de ordem pública, fls. 856-857, não indo, na fundamentação, além de ementa do min. Benedito Gonçalves, já citada.

Neste sentido, levando em conta não terem sido arguidas na primeira oportunidade em que peticionou nos autos, ou mais precisamente, na interposição dos aclaratórios, fls. 768-770, e, por não terem fundamentado o pedido no que tange cada preliminar argüida, não deveriam ser conhecidas.

No entanto, para evitar que a apelante faça das preliminares seu escudo, passo a examinar, uma por uma, rejeitando todas.

(1) O Ministério Público Federal é parte legítima no pólo passivo, à medida em que o objeto do litígio se traduz em bem imóvel da União sendo palco de crime ambiental. A ementa citada na peça recursal em tela, inclusive, se calca em decisão a englobar dano ambiental em terras particulares, fl. 858, o que não é o caso presente. Aliás, ao se rejeitar, anteriormente, a incompetência do juízo federal, implicitamente se reconheceu a legitimidade do Ministério Público Federal.

(2) A impossibilidade jurídica do pedido é argumento sem força, não se constituindo em matéria formal, por carregar forte dose substantiva, a ponto de se imiscuir no mérito. Depois, o pedido só é juridicamente impossível quando encontra empeco na norma, o que não é, aqui, absolutamente, o caso, à míngua de lei neste sen-

tido. Há, sim, em sentido contrário, ou seja, lei combatendo o crime ambiental e exigindo, no plano cível, a indenização pelo causador do dano.

(3) Também não há lugar para a participação do convivente de Tânia Maria da Silva, pelas razões anteriormente expendidas, bem como porque ao apelante – Restaurante Meu Paraíso e Empreendimentos Ltda. – falta legitimidade para sacudir a matéria. Afinal, o apelante Restaurante Meu Paraíso e Empreendimentos Ltda. é pessoa jurídica totalmente dissociada da figura física de Tânia Maria da Silva, cabendo a esta, que se defendeu via procurador, fazer as arguições que se ligam ao seu interesse pessoal. O Restaurante Meu Paraíso e Empreendimentos Ltda. não pode funcionar como procurador daquela.

(4) Não prospera, também, a nulidade de citação, dada a ocorrência de problemas internos ligados à pessoa do serventuário cartorário. A matéria é de ordem interna do Poder Judiciário Estadual de Pernambuco, não repercutindo na citação efetuada.

Depois, é preciso verificar que, em verdade, a senhora Isabel Kácia Pereira dos Santos não queria ser citada, visto ter permanecido fora do seu estabelecimento comercial durante mais de trinta dias, a teor da certidão do meirinho, fl. 593v a 594. De 12 de novembro de 2008 a 15 de dezembro do mesmo ano, a mencionada senhora não apareceu, nem deu notícias aos servidores do dito bar e restaurante. O fato, aliás, foi bem observado na r. decisão de fls. 632-633.

Depois, há vários detalhes, no mínimo, curiosos: (a) no dia aprazado para a citação por hora certa, isto é, 15 de dezembro de 2008, o bar e restaurante estava fechado; (b) o meirinho teve o cuidado de ir até a residência de Enivaldo Alves Sobrinho, que é servidor do restaurante em sua residência, e este não quis nem assinar o mandado de citação; (c) Enivaldo Alves Sobrinho é portador da Carteira de Identidade expedida pelo Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Pernambuco de nº 27680134, segundo anotou o meirinho, fl. 594, número exatamente igual a cópia da Carteira de Identidade que se encontra à fl. 353, demonstrando que Enivaldo Alves Sobrinho, em verdade, foi sócio minoritário da firma Restaurante Meu Paraíso e Empreendimentos Ltda., ao lado de

Isabel Kácia P. dos Santos, fl. 347, deixando a condição de sócio para ingressar, em seu lugar, Andréa Sabbatini, que lhe teria comprado as ações, fl. 354; e, finalmente, (d) Enivaldo Alves Sobrinho, pelo que a cópia de sua foto na carteira de identidade mostra, fl. 353, é o mesmo que aparece como garçon na foto de fl. 612, tirada por assessor do Ministério Público Federal, conforme informação datada de 06 de março de 2009, ou seja, depois de ter sido citado, em nome do Restaurante Meu Paraíso e Empreendimentos Ltda., citação ocorrida em 15 de dezembro de 2009.

Em suma, como ex-sócio do Restaurante Meu Paraíso e Empreendimentos Ltda., como garçon na ativa, mesmo depois de 15 de dezembro de 2008, não é possível imaginar que Enivaldo Alves Sobrinho não tenha mantido contato, pelo menos, telefônico com Isabel Kácia Pereira dos Santos, para lhe informar das ocorrências. Ou que tenha decidido manter o restaurante fechado no dia 15 de dezembro de 2008 por livre e pessoal iniciativa.

Enfim, as datas servem para assentar que cinco meses após a consagração da liminar, determinando a abstenção de qualquer atividade comercial, o bar-restaurant continuava funcionando.

(5) Não há necessidade, tampouco, da participação, no plano passivo necessário, da ADFN, IBAMA, CPRH e GRPU. O ato perseguido se traduz nos danos causados ao meio ambiente pelo apelante em foco, na ampliação da área ocupada e dos detritos que lança ao ambiente diariamente, conduta que os quatro órgãos não guardam conexão alguma. Depois, caso a apelante se sinta prejudicada pela atuação destes, deve promover em juízo a demanda devida.

No mérito, necessário antes de tudo cotejar a peça contestatória, fls. 646-669, apresentada em nome do Restaurante Meu Paraíso e Empreendimentos Ltda. pela ilustre defensora dativa, traduzido nos seguintes títulos: (1) regularidade de aquisição e da manutenção do imóvel, fl. 655, (2) da ausência de dano, (3) da responsabilidade civil objetiva do dano material, fl. 659, (4) da responsabilidade solidária do Estado, fl. 663, (5), da forma de recomposição do dano, fl. 666, e, finalmente, (6) da recolocação e da indenização pelo imóvel, fl. 667.

A sentença atacada, no que tange ao Restaurante Meu Paraíso e Empreendimentos Ltda, enfrentou as matérias de acordo com aquilo que o dito demandado, agora apelante, colocou na mesa.

No entanto, com a peça recursal, já assinada por procurador constituído por sua sócia-majoritária Isabel Kácia Pereira dos Santos, a apelação traz à tona matérias totalmente diferentes das incluídas na contestação.

Na enumeração dos títulos, as matérias agora, despojadas de seus subtítulos, são as seguintes: (1) da ofensa aos princípios constitucionais, fl. 868; (2) dos improváveis danos ao meio, fl. 870, (3) da regularidade do imóvel, fl. 882, (4) da ilegalidade/inconstitucionalidade do Plano de Manejo – da ausência de regulamentação do uso e ocupação do solo de Fernando de Noronha – Lei 11.304/95-PE, fl. 893, (5) da não recepção dos Decretos 92.755, de 05 de junho de 1986 APA/FN, e 93.693, de 14 de setembro de 1998 PARNAR/FN, pela nova ordem política, fl. 900.

São matérias outras, à exceção da regularidade do imóvel, fl. 882, que também foi arguida na peça contestatória, fl. 655, sob título diverso, isto é, regularidade de aquisição e da manutenção do imóvel, fl. 655.

Por outro lado, levando em conta o título, a dita sentença trabalhou com a presença dos danos ao meio ambiente, destacados em três significativos trechos:

Consoante as conclusões do Parecer Técnico APA-FN/ICMBio nº 08/2008, lavrado por analista ambiental do Instituto Chico Mendes, a reforma do imóvel acarretou a supressão da vegetação, a compactação e impermeabilização do solo, o aumento no lançamento de resíduos e efluentes sanitários e o aumento da iluminação artificial em área de nidificação de tartarugas marinhas (fl. 133).

O Laudo de Exame de Meio Ambiente nº 789/08, da Polícia Federal, também atesta que “qualquer atividade que implique em emissão de luz e ruídos desnecessários pode provocar efeitos indesejados nas práticas de ovoposição de quelônios marinhos”. Ademais, “a edificação impede a regeneração natural da área relativa à sua base e está em desacordo com o uso estabelecido pelo plano de manejo da APA” (fls. 192/193).

Narram, ainda, os policiais federais que as construções mais recentes medem “aproximadamente 193 m²” (fl. 189) e que “durante a realização da perícia, observou-se lançamento a céu aberto de efluentes com características de águas servidas, ou seja, apresentavam cor e odor de esgoto doméstico, os quais estavam sendo lançados sob uma das estruturas do complexo de edificações” (fl. 190), fl. 756.

Por seu turno, em nível de regularidade do imóvel, a douda sentença viu situação completamente oposta, materializada na irregularidade da presença do Restaurante Meu Paraíso e Empreendimentos Ltda., não considerando a sua aquisição, por parte do Restaurante Meu Paraíso e Empreendimentos Ltda., como regular, a ponto de acrescentar que *o ilícito ambiental, portanto, configura-se pela transformação do modesto Bar do Boldró no atual Bar e Restaurante Meu Paraíso, cujas fotos dormitam às fls. 65/66 e 109/110, em área non aedificandi, fl. 756, acrescentando que para se ter uma idéia da inovação operada no imóvel, o Auto de Infração relata que a reforma compreendeu a construção de “seis blocos (2 mirantes, bloco de ampliação do bar, bloco com 1º pavimento e dois blocos de apoio)”, totalizando “aproximadamente 150 m² de área construída, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes” (fl. 32), fl. 32.*

A regularidade de aquisição só pode ser demonstrada via de documento de concessão expedido por quem de direito. A transferência, ou arrendamento, ou aluguel, ou o quer que seja o título, de Tânia Maria da Silva para Isabel Kácia Pereira dos Santos, não foi demonstrado.

Por seu turno, a douda sentença atacada trabalhou com o Decreto 92.755, não encontrando nenhum choque com a nova ordem constitucional advinda com a Carta Magna vigente desde o ano de 1988, circunstância que mata a matéria do título de nº 5, isto é, o último, fl. 900.

Entre as cinco matérias, duas não foram abordadas na r. sentença combatida.

Uma, atinente a ofensa a princípios constitucionais, fl. 868.

A outra, referente a ilegalidade/inconstitucionalidade do Plano

de Manejo – da ausência de regulamentação do uso e ocupação do solo de Fernando de Noronha – Lei 11.304/95-PE, fl. 893.

Não ocorreu nenhuma ofensa a princípios constitucionais o fato de o douto Julgador ter se louvado nas perícias procedidas em fase anterior a do presente feito. No aspecto, é bom ressaltar que a apelante não desmentiu nenhuma das conclusões dos laudos em que a douta sentença se calcou e, abundantemente, destacou em diversos ângulos. Não foi, aliás, um só laudo. Foram vários, produzidos pelo Instituto Chico Mendes, e, também, pela Polícia Federal.

Ademais, é preciso, como a sentença enfatizou, deixar bem claro que, *a exploração do local resta sujeita às limitações emanadas do Poder Público, que desestimulam a presença humana naquela praia e impedem a reforma ou ampliação das construções existentes, submetendo o licenciamento de qualquer atividade à prévia manifestação de vários órgãos públicos*, fls. 755-756.

Enfim, no que toca à matéria, não há necessidade de perícia, em nível judicial, porque o cerne da questão é a ocupação e a ampliação – que estão devidamente demonstradas, inclusive por fotografias –, figurando os danos como consequência, e aliás, natural, dessa ocupação e ampliação.

No que tange ao outro argumento, atinente a ilegalidade/inconstitucionalidade do Plano de Manejo etc., é bom destacar que, no início de sua argumentação, a apelação acentua seu *inconformismo ... quanto ao decisum ora atacado não ter apreciado [apreciou] a legalidade e constitucionalidade dos instrumentos jurídicos ora alçados pelo parquet, tendo em vista competir ao Juízo o mérito destas questões*, fl. 893.

Ora, se o douto julgador não apreciou é porque se omitiu. E se omitiu, a apelante deveria ter, ao manejado seus aclaratórios, fl. 768-770, incluído tal matéria no meio das duas omissões ali consignadas. Não o fez.

No entanto, a apelante entra em contradição no final do item atinente à matéria em apreço ao registrar que *a decisão ora atacada não deve prosperar, vez que fora balizada em norma inconstitucional, ilegal devendo ser reformada*, in totum, *a fim de garantir a*

manutenção do recorrente no local declinado nos autos, vez que este não afronta qualquer legislação, estando lícito, portanto, fl. 895.

A contradição resulta evidente. Primeiro, porque se denuncia não ter a sentença apreciado *a legalidade e constitucionalidade dos instrumentos jurídicos ora alçados pelo Parquet, fl. 893*, para se arrematar que *a decisão ora atacada ... fora balizada em norma inconstitucional e ilegal, fl. 895*. Afinal, se a sentença se omitiu, como explicar que fora balizada *em norma inconstitucional e ilegal?*

Não há outro argumento em tela.

A apelação não comprovou a regularidade da presença do Restaurante Meu Paraíso e Empreendimentos Ltda.

Não desmentiu a ampliação.

Não demonstrou a inocorrência de dano ao meio ambiente.

A apelação, com todas as vênias, ficou no campo discursivo, na colocação de matérias que não justificam a ocupação, nem, tampouco, a ampliação do espaço do restaurante, na busca, pelo menos, do *direito de manutenção da parte do imóvel referente ao antigo “Bar do Boldró”*, e, embora, no seu último grito, defenda que *é impossível negar sua regularidade administrativa, fl. 907*, não trouxe, a propósito, uma só prova a respeito.

Cabe destacar as palavras do ilustre Procurador Regional da República, Antonio Edilio Magalhães Teixeira, ao registrar que *o pedido da parte autora, bem como a sentença de primeiro grau, não têm por escopo impedir o referido desenvolvimento e sim a agressão ao meio ambiente, tendo em vista que o ponto turístico de Fernando de Noronha consiste, justamente, na sua beleza natural, fruto da preservação ambiental do local, fl. 1039.*

Finalmente, o momento processual presente, não mais comporta a intimação do Ministério Público Federal, para que este venha a formular proposta de transação, conforme requerido pela apelante. A transação celebrada pelo Ministério Público Federal, noticiada nos autos, fls. 1378-1382, diz respeito a outra pessoa e a outro imóvel, cuja disparidade na situação de fato e de direito impede sua utilização como parâmetro nestes autos.

Por este entender, nego provimento às duas apelações e indefiro o pedido de tentativa de conciliação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 486.102-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: LUCAS SERVIÇOS TÉCNICOS LTDA.
Advs./Procs.: DRS. JOÃO SANTANA FILHO E OUTROS (APDO.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. SIMPLES. CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO XIII DO ART. 9º DA LEI Nº 9.317/96. ADI 1.643. EMPRESA DEDICADA À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS QUE NÃO DEPENDEM DE HABILITAÇÃO PROFISSIONAL LEGALMENTE EXIGIDA. DIREITO À REINCLUSÃO AO SIMPLES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS JUDICIAIS.

- A partir de uma interpretação teleológica, pode-se inferir que as restrições contidas no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96 são destinadas às pessoas jurídicas que prestam as atividades específicas de profissionais autônomos.

- A Apelada tem por objetivo social a prestação de serviço terceirizado de vistorias prévias para empresas de seguro de bens. Trata-se, na verdade, de simples coleta de informações uma vez que a atividade consiste basicamente em relatar os dados do segurado, as especificações do bem, e a verificação do estado em que este se encontra.

- Conclui-se, destarte, que o serviço prestado em nada se confunde com prestação de serviço cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

- ***Direito à reinclusão da apelada ao SIMPLES (regime ao qual se encontrava vinculada desde a data da sua constituição) posto ser a ela inaplicável a vedação prevista no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, e ao ressarcimento dos valores tributados a maior em razão da exclusão.***
- ***Honorários advocatícios mantidos em R\$ 500,00 por estarem em sintonia com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC. Demais ônus da sucumbência, nos termos do voto.***
- ***Apelação e remessa necessária improvidas.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa necessária, 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, 14 de janeiro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Ação declaratória, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada por Lucas Serviços Técnicos Ltda., em face da União (Fazenda Nacional) objetivando a sua reinclusão no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - **SIMPLES**, assim como o ressarcimento de eventual tributação paga a maior em decorrência da exclusão do regime.

Alegou ser pessoa jurídica de direito privado, devotada à prestação dos serviços de vistoria e de inspeção para Seguradoras de

bens (que terceirizam tal serviço) enquadrada, portanto, no conceito de Microempresa, nos termos da Lei nº 9.137/96.

Aduziu, ainda, que seus funcionários não dependem de habilitação profissional legalmente exigida, mas tão-somente, de conhecimentos técnicos uma vez que somente coletam informações do segurado para repassá-las à Seguradora.

Sustentou que a ré, interpretando de forma equivocada a vedação imposta pelo art. 9º, inciso XIII, da citada lei, a excluiu do SIMPLES, sistema ao qual tinha aderido desde 1997.

A sentença julgou procedente o pedido para declarar a nulidade do ato administrativo que excluiu a empresa do SIMPLES e determinou o ressarcimento dos valores tributados a maior em razão da exclusão do regime. Deferiu, ainda, a possibilidade de compensação, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, até o limite de 30% (trinta por cento).

O ônus sucumbencial foi arbitrado em desfavor da Fazenda Nacional. Os honorários advocatícios foram fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

A apelação da Fazenda Nacional pleiteou a reforma do julgado (fls. 419/426).

As contrarrazões estão às fls. 429/433. Sentença sujeita ao reexame necessário.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Averbando acendrada vênia aos que perfilham entendimentos dissonantes, penso que a sentença *a quo* desmerece reformada.

A microempresa Lucas Serviços Técnicos Ltda., foi excluída do “Regime SIMPLES” sob a alegação de que exerceria atividade econômica vedada pela Lei nº 9.317/1996, norma que impediria a inclusão de determinadas pessoas jurídicas no sistema SIMPLES;

só para rememorar, transcrevo o disposto nos artigos da Lei nº 9.317/1996, *in verbis*:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - microempresa a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); (destaquei)

II - empresa de pequeno porte a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica: XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

De fato, o texto legal supratranscrito estabelece restrições à inscrição de determinadas pessoas jurídicas ao SIMPLES, em face das atividades exercidas.

E anoto, por oportuno, que o egrégio Supremo Tribunal Federal – STF guardião da Carta Magna – já se manifestou, no julgamento da ADI 1.643, ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais, reconhecendo a constitucionalidade da citada norma (art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96). Confira-se:

ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. LEGITIMIDADE ATIVA. PESSOAS JURÍDICAS IMPEDIDAS DE OPTAR PELO REGIME. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Há pertinência temática entre os objetivos institucionais da requerente e o inciso XIII do artigo 9º da Lei 9317/96, uma vez que o pedido visa a defesa dos interesses de profissionais liberais, nada obstante a referência a pessoas jurídicas prestadoras de serviços.

2. Legitimidade ativa da Confederação. O Decreto de 27/05/54 reconhece-a como entidade sindical de grau superior, coordenadora dos interesses das profissões liberais em todo o território nacional. Precedente.

3. Por disposição constitucional (CF, artigo 179), as microempresas e as empresas de pequeno porte devem ser beneficiadas, nos termos da lei, pela “simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas” (CF, artigo 179).

4. **Não há ofensa ao princípio da isonomia tributária se a lei, por motivos extrafiscais, imprime tratamento desigual a microempresas e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta, afastando do regime do SIMPLES aquelas cujos sócios têm condição de disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente** - destaquei

(STF - Supremo Tribunal Federal, ADI 1643, DJ 14-03-2003 PP-00027 EMENT VOL-02102-01 PP-00032, Relator MAURÍCIO CORRÊA).

A questão envolve a interpretação do multicitado art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96. Ao meu ver, ao se empregar uma interpretação teleológica ao citado dispositivo, verifica-se que tais restrições são destinadas às pessoas jurídicas que prestam a atividades específicas de profissionais autônomos.

Ou seja, o que se pretende impedir é que profissionais autônomos (como empresários, atores, médicos, etc.), que podem realizar suas atividades sem as benesses do SIMPLES, se utilizem de uma “personificação jurídica”, através de firma ou sociedade individual, *exempli gratia*, apenas para desfrutarem das benesses fiscais oferecidos por aquele Sistema.

Ao destacar no inciso XIII, que tal restrição se refere às pessoas jurídicas que prestem serviços profissionais de “*corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário (...)* ou de qual-

*quer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida”, a norma pretendeu – é o que entendo – afastar aquelas pessoas jurídicas “personificadas” – as que se confundem com o próprio profissional – que executa suas atividades, tal como ocorre, *verbi gratia*, com o corretor ou o representante comercial.*

O texto legal dá a idéia de que se pretende evitar inclusão no **SIMPLES do profissional, e não, da atividade**; caso contrário, destacaria os serviços de corretagem (e não, o corretor), os de despachos (e não, o despachante), os de medicina (e não, o médico.) Essa, ao meu sentir, é a melhor exegese que se pode emprestar à norma.

No particular, trago à guisa precedentes desta egrégia Corte, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. SIMPLES. LEI 9.317/96. LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS. ART. 9º DA LEI 9.317/96 (ALTERADO PELO ART. 6º DA LEI 9.779/99). INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO LEGAL PARA INCLUSÃO NO SIMPLES. DIREITO À OPÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1 - Trata-se de apelação interposta pela Fazenda Nacional contra sentença que concedeu a segurança, para assegurar ao laboratório de análises clínicas o direito de ingressar no Sistema Integrado de Pagamento das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, a vigorar para todo o ano-calendário de 2003, pela não incidência da norma do art. 9º, III, da Lei 9.317/96.

2 - Ao fazer referência aos “serviços profissionais de médico”, a lei não se refere aos laboratórios de análises clínicas, mas, tão-somente, às atividades de médico exercidas pelos profissionais legalmente habilitados e sob a responsabilidade destes como autônomos.

3 - Considerando que na hipótese não se cuida de firma ou “sociedade em nome individual”, e sim de uma sociedade comercial que desenvolve atividades de serviços laboratoriais, não há como confundir-la com o prestador de serviço autônomo, nem com “firma ou sociedade em nome individual”.

4 - Portanto, não se aplica ao apelado a vedação de que cuida especificamente o inciso XIII, do referido art. 9º da Lei nº 9.317/96 (alterado pelo art. 6º da Lei

9.779/99), inobstante possa invocar-se como vedação à opção, desde que efetivamente provada, uma outra hipótese tratada nos demais incisos, o que não ocorreu no presente caso.

5 - Manutenção da sentença, que assegurou à impetrante o direito de ingressar no SIMPLES, a valer para todo o ano-calendário de 2003.

6 - Apelação e remessa oficial improvidas, para manter a sentença. Destaqueei.

(TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO, AMS - 86084/AL, Segunda Turma, Decisão: 13/11/2007, DJ - Data: 05/12/2007 - Página: 486 - nº: 233, Desembargador Federal Ubiratan de Couto Maurício).

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DECADÊNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. LEI 9.317/96, ART. 9º, INCISO XIII. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. EMPRESA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LABORATORIAIS.

- Tratando -se de mandado de segurança preventivo, que se insurge contra ato iminente da autoridade impetrada, não se aplica o prazo decadencial de 120 dias, previsto no artigo 18 da Lei nº 1.533/51.

- O caráter teleológico dos preceitos limitadores contidos no artigo 9º da Lei nº 9.317/96, conduz à ideia de evitar que profissionais liberais (pessoas físicas) constituam sociedades (microempresas) apenas para se eximir do recolhimentos dos tributos a que estão sujeitos.

- O objeto social da apelada cinge-se à “exploração, por conta própria, do ramo comercial de análise clínica”, laboratório de análises clínicas, pessoa jurídica que, em sua essência, não parece ter sido criada com o escopo de usufruir do favor legal.

- Prejudicial afastada.

- Apelação e remessa obrigatória não providas. Destaqueei (TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO, AMS - 86348/PE, Primeira Turma, Decisão: 09/03/2006, DJ - Data: 07/04/2006 - Página: 1158 - nº: 68, Desembargador Federal César Carvalho).

Compulsando o contrato social da apelada observa-se que o seu objetivo principal é a prestação de serviço terceirizado de visitórias prévias para empresas de seguro de bens (fl. 80).

Da leitura dos contratos de prestação de serviços (fls. 121 e seguintes) infere-se, inclusive, que o serviço a ser prestado consiste, basicamente, na elaboração de relatório com os dados do segurado (nome, endereço e telefone) as especificações do bem (marca, tipo, modelo, ano de fabricação etc.) a verificação e a constatação do estado em que se encontra o bem que se visa segurar, o que na verdade importa em simples coleta de informações.

A coleta de dados prescinde, claramente, de profissionais com habilitação legalmente exigida, tendo em vista que se trata de atividade técnica que não possui órgão regulador, e que muitas vezes é exercida por pessoas que possuem, apenas, conhecimentos empíricos sobre a matéria.

Percebe-se assim, que o objeto social da Apelada **em nada se confunde com a prestação de serviço cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.**

Por isso penso que a apelada deve ser mantida no SIMPLES, justo por não se enquadrar nas vedações do art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, ao menos à conta da interpretação que ora me permito prestigiar. Observo, inclusive, que desde a sua constituição, no ano de 1997, a empresa foi incluída no referido regime especial. A Administração Fazendária, com base em nova interpretação da legislação reguladora da matéria, resolveu por bem excluí-la do regime através do Ato Declaratório Executivo nº 1, publicado no *DOU* de 02/02/05, com efeitos a partir de janeiro de 2002.

Corroborando a tese ora sufragada, colaciono os seguintes precedentes jurisprudenciais de casos similares; confira-se:

TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES). LEI Nº 9.317/96. AGÊNCIAS DE VIAGENS. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO.

1. Em se tratando de interpretação da legislação tributária acerca de atividades similares, não se presta a analogia

para legitimar ato administrativo concebido com o propósito de obstaculizar isenção fiscal prevista em lei.

2. O inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, ao relacionar as pessoas jurídicas impedidas de aderir ao “SIMPLES”, somente alcança aquelas atividades cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida, situação na qual não se enquadram as agências de viagens.

3. Recurso especial provido.

(STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp - 437051/PR, SEGUNDA TURMA, Decisão: 27/06/2006, DJDATA:03/08/2006 PÁGINA:239, Relator JOÃO OTÁVIO DE NORONHA).

TRIBUTÁRIO. EMPRESA ATUANTE NO RAMO DE DIVERSÕES. OPÇÃO PELO SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES). INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO. LEI Nos 9.317/96 E ALTERAÇÕES.

- Cinge-se a controvérsia em averiguar se a empresa apelante, atuante no ramo de atividades recreativas, faz jus à inclusão no regime tributário do SIMPLES.

- O inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, ao relacionar as pessoas jurídicas impedidas de aderir ao “SIMPLES”, somente alcança aquelas atividades cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

- Na situação versada nos autos, ante a natureza do seu objeto social, à luz do dispositivo legal supracitado, observo que a apelante se enquadra nos requisitos legais relativos à inclusão no regime tributário do SIMPLES, pois o desempenho da sua atividade não necessita de profissionais com habilitação específica para exercer o ofício de atividades recreativas, tais como “confecção, comercialização e manipulação de bonecos, fantoches e marionetes”.

- Apelação provida.

(TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO, AMS - 94557/CE, Primeira Turma, Decisão: 09/08/2007, DJ - Data: 17/09/2007 - Página: 1092 - nº: 179, Desembargador Federal César Carvalho).

TRIBUTÁRIO. REGIME FISCAL DO SIMPLES. RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELO INCISO XIII DO ART. 9º DA LEI 9317/96. PRESTADOR DE SERVIÇO.

1. A empresa apelada tem, por objeto, a construção e a reparação de embarcações em gerais, serviços marítimos, manutenção e reparos em bombas motores, tanques e reservatórios, caldeiras, trocadores de calor, reatores industriais, válvulas, estruturas metálicas, movimentação de carga, vagões tanques, tubulações, limpeza de tanques e reservatórios, limpeza, manutenção e reparos em sistemas de ar condicionado, dentre outros;

2. A maior parte dos profissionais que fazem parte de seu quadro integra categorias variadas, não desempenha atividades cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;

3. O escopo do SIMPLES é o de diminuir a carga tributária das micro e pequenas empresas, tanto para protegê-las, como para incentivá-las a sair da informalidade;

4. Direito à reinclusão no regime fiscal do SIMPLES. Atividades não abrangidas pela vedação contida no inciso XIII do art. 9º da Lei 9317/96. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

(TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO, AC - 427844/CE, Terceira Turma, Decisão: 24/01/2008, DJ - Data: 01/04/2008 - Página: 380 - nº: 62, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho).

Correta, portanto a sentença *a quo* que julgou procedente o pedido para declarar a nulidade do ato administrativo que excluiu a empresa do SIMPLES e determinou a sua permanência no regime.

Do mesmo modo penso haver sido ponderada a decisão monocrática ao permitir a compensação tributária dos valores recolhidos a maior a título de tributos, em decorrência do lapso temporal em que a apelada fora excluída do SIMPLES, nos exatos moldes deferidos pelo douto juiz sentenciante, e que faço transcrever adiante:

A declaração deste direito, por óbvio, não implica no reconhecimento de valores eventualmente apresentados pela parte suplicante, pois o cálculo dos valores a serem com-

pensados é efetuado por conta e risco do credor, ficando ressalvada ao Fisco a averiguação do crédito compensável e a efetividade e integralidade dos recolhimentos a ser realizada em fase própria.

Ressalve-se que a compensação tributária dos créditos somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da decisão, na forma prevista no artigo 170-A do Código Tributário Nacional, uma vez que a ação foi ajuizada já na vigência da Lei Complementar nº 104/01.

Quanto à atualização monetária deverá ser efetuada através da Taxa SELIC, prevista na Lei nº 9.250/95; registro que a SELIC já engloba a correção monetária e os juros de mora, pelo que não há ensejo para a incidência dos juros moratórios previstos no CTN, sob pena de ocorrência de um *bis in idem*.

No tocante à verba honorária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), tenho que a quantia fixada merece ser mantida. No caso em questão deve ser aplicado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil - CPC, que, só para recordar, estatui:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 1º (*omissis*)

§ 2º (*omissis*)

§ 3º (*omissis*)

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

Penso que a quantia fixada pelo MM. Magistrado *a quo* está em harmonia com o disposto na norma citada supra e se coaduna com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Deve o Juiz atuar com seu juízo de equidade para fixar a quantia devida pela parte a título de honorários advocatícios.

Por fim, a alegação da União Federal de que não deve ressarcir as custas adiantadas pela parte autora, por ser isenta de cus-

tas judiciais, não merece guarida, pois a isenção legal deferida à União e às suas autarquias, no tocante ao pagamento das custas judiciais **não se aplica** à hipótese de restituição (ressarcimento) das custas antecipadas pela parte que sagrou-se vitoriosa na lide. Por isso, e com as vênias devidas à divergência, a União deve suportar o ônus sucumbencial ora em discussão.

Posto isso, nego provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa necessária, mantendo a r. sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 486.329-PB

Relator: LEONARDO RESENDE MARTINS (CONVOCADO)
Apelante: LÍVIO MASSA DE CAMPOS E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. JANINE DE HOLANDA FEITOSA E OUTROS
(1º APTE.)

EMENTA: CIVIL E ADMINISTRATIVO. INTERESSE DE AGIR. ENFITEUSE. CADUCIDADE. COBRANÇA DO FORO INDEVIDA. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO CADIN. DANOS MATERIAIS E MORAIS.

- A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso V, não condiciona o acesso ao Poder Judiciário ao indeferimento de pedido na via administrativa, porquanto não é requisito necessário à obtenção da prestação jurisdicional o prévio requerimento naquela instância. Assim, não prospera a alegação de inexistência de interesse processual. Ressalva do entendimento pessoal do Relator.

- O artigo 101, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 9.760/46, é norma de aplicação obrigatória e direta, ou seja, não pago o foro por três anos consecutivos tem-se a caducidade do aforamen-

to, restituindo-se o bem à posse da União Federal, que tem o seu domínio direto. Precedente: AGTR nº 52.956/SE, Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, julg. 16.03.2004, DJU 06.04.2004, pág. 550.

- A necessária comunicação dirigida aos enfiteutas, no sentido de provocá-los a pagar o foro devido e dizer do seu interesse na revigoração da enfiteuse, se é realizada depois da caducidade, apenas pode restaurar a relação obrigacional entre as partes, caso haja interesse do particular, o que foi negado expressamente pelos agravantes.

- No caso, o autor, como esposo de uma das herdeiras de imóvel foreiro, também não poderia ser mantido como responsável tributário pelo pagamento do foro, tendo em vista o reconhecimento da caducidade e da não revigoração da enfiteuse. Assim, qualquer processo administrativo ou inscrição em dívida ativa decorrente de taxas de foro referente à enfiteuse do imóvel com RIP 1965.0000915-69 deve ser cancelado.

- Assegura-se ainda ao autor o ressarcimento do valor correspondente ao suposto débito que fora objeto de compensação pelo Fisco, mediante retenções das restituições de imposto de renda.

- Demonstrada a irregularidade da inscrição do nome do autor no CADIN, faz jus o mesmo à indenização por danos morais, estes fixados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), equivalente ao valor originalmente atribuído à causa.

- Honorários advocatícios a serem arcados pela União Federal, no montante de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), à luz do art. 20, § 4º, do CPC.

- Apelação da União Federal improvida. Apelação do autor provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimento à apelação da União Federal e dar provimento à apelação do autor, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 2 de março de 2010 (data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS (Convocado):

Trata-se de apelações da r. sentença que deu parcial provimento ao pedido, em ação ordinária, para determinar que a ré cancele a inscrição em dívida ativa de todas as taxas de foro decorrentes da enfiteuse relativa ao imóvel de RIP nº 19965.0000915-69 (Processo Administrativo nºs 04931.600363/2004-21, 04931.6000010/2005-11), com a exclusão do nome dos autos dos registros dos sistemas da dívida ativa da União/Secretaria do Patrimônio na Paraíba – Procuradoria da Fazenda Nacional relativos aos débitos advindos do aforamento do imóvel acima mencionado, eximindo-o da condição de foreiro. Negou provimento ao pedido de danos morais.

Defende o autor, em sua apelação, que esclareceu, na inicial, que a questão trata de taxas foreiras relativas a enfiteuse herdada não por si, mas pela sua esposa, mediante partilha, em 1988, aforamento que foi constituído em terrenos há muito ocupados por terceiros de origem desconhecida pelos herdeiros, de modo que, haja vista a falta de imissão na posse dos terrenos, bem como a falta de pagamento dos foros devidos pelos três anos consecutivos que se seguiram à herança, deu-se a caducidade do instituto, nos termos do Decreto-Lei nº 9.760/46, arts. 101, parágrafo único, e 692, II. Continua afirmando que na ação declaratória ajuizada pelos herdeiros (Proc. nº 2006.82.00.006878-0), suspendeu-se a

exigibilidade de todos os débitos de foro relativos à enfiteuse herdada por sua esposa e cunhados, reconhecendo a União a caducidade do aforamento e do erro no retardo de seu cancelamento. No entanto, como casado com uma das herdeiras, seu nome não foi retirado do cadastro de inadimplentes e foi inscrito em dívida ativa, o que lhe trouxe danos de ordem moral e material.

Argumenta o autor apelante que a sentença falhou ao limitar os débitos aos apenas inscritos no processo administrativos nº 04931.600363/2004-21, 04931.6000010/2005-11 e ao recusar a reparação material e moral reclamada sob a presunção de que o processo administrativo nº 05053.001443/2003 não se relacionaria ao aforamento e justificaria a inscrição no CADIN e a compensação com as restituições de IRPF.

Também recorre a União Federal alegando, em suma, que falta interesse processual ao autor, visto que não há pedido administrativo em seu nome relativo a enfiteuse e sua caducidade, não comprovando que houve pretensão resistida. Sustenta que não existem provas nos autos de que sua inscrição em dívida ativa decorreu da enfiteuse relativa ao imóvel de RIP 1965.0000915-69, havido por herança atribuída a sua esposa e que o fundamento de que sua responsabilidade decorre do fato de ser casado em regime de comunhão universal de bens com a herdeira foi construído por mera presunção, sendo necessária a cópia integral do processo administrativo. Por fim, aduz que o reconhecimento da caducidade invocado pelo Juízo monocrático, quando do processo administrativo, foi dado em relação ao imóvel de RIP 1965.0000511-54 e não em relação ao imóvel de RIP 1965.0000915-69.

Subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS (Relator Convocado):

Na inicial, constata-se que o pedido dos autos refere-se à exclusão do nome do autor dos registros da Secretaria do Patrimô-

nio na Paraíba relativos ao aforamento de RIP 1965.0000915-69, eximindo-o da condição de foreiro, com o cancelamento de todas as taxas de foro já inscritas em seu nome em virtude da mencionada enfiteuse, requerendo, ainda, indenização pela compensação indevida de sua restituição tributária, bem como cancelamento da inscrição de seu nome no CADIN, além de indenização por danos morais, ante o constrangimento sentido por ter seu nome inscrito no cadastro de inadimplentes e na dívida ativa.

O MM. Juiz monocrático entendeu por consolidado o entendimento da caducidade da indigitada enfiteuse e a desconstituição da cobrança do foro, uma vez que já houve reconhecimento administrativo e judicial na ação declaratória (Proc. 2006.82.00.6878-0) conexa com a presente ação. Também observou a sentença que o autor, apesar de casado com uma das herdeiras que integrava a lide na ação declaratória, não foi parte naquela demanda, sendo prejudicado com registro em seu nome da enfiteuse tombada na Delegacia do Serviço do Patrimônio da União na Paraíba sob o nº 1965.0000915-69, o que resultou na sua inscrição em dívida ativa e no CADIN, com a indevida compensação tributária.

Argumenta a União que não existe interesse processual do autor, posto que não houve pedido administrativo em seu nome pugnando pela caducidade, não havendo a existência de pretensão resistida.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso V, não condiciona o acesso ao Poder Judiciário ao indeferimento de pedido na via administrativa, porquanto não é requisito necessário à obtenção da prestação jurisdicional o prévio requerimento naquela instância. Assim, não prospera a alegação de inexistência de interesse processual.

Também não prevalece a afirmação de que o autor não provou a causa ensejadora ou o motivo que originou a sua responsabilidade pelos débitos relativos ao imóvel de RIP 1965.0000915-69.

Observa-se às fls 96/104/108, que estão sendo cobrados do autor valores correspondentes ao aforamento do imóvel com RIP nº 1965.000915-69. Acontece que o citado imóvel fez parte do formal de partilha (fls. 54/62), onde consta sua esposa Glaura Mello Massa de Campos como herdeira e o autor como seu esposo (fls.

56 e 307). Portanto, não há necessidade de trazer aos autos a cópia integral do procedimento administrativo.

Sustenta, ainda, a União, que o reconhecimento administrativo da caducidade invocada pelo Juiz na sentença de fls. 421/426, foi dado em relação ao imóvel de RIP 1965.0000511-54 e não em relação ao imóvel de RIP 1965.0000915-69.

Realmente na sentença transitada em julgado da ação declaratória, ficou demonstrado o reconhecimento administrativo da caducidade do imóvel, referente a RIP nº 1965.0000511-54 (fls.390/397). Porém, ficou claro na parte dispositiva da sentença, o reconhecimento da caducidade para os imóveis descritos na inicial, nos seguintes termos: “...os imóveis descritos às fls. 05 da inicial, constituindo-se terrenos nacionais interiores de domínio da União, situados em Cabedelo, PB, e, conseqüentemente, a desconstituição dos foros inadimplidos após a caducidade do aforamento, cujo cancelamento já foi determinado”. Ora, à fl. 05 da inicial constam os imóveis de RIP 1965.0000511-54 e de RIP 1965.0000915-69.

Mesmo não existindo o reconhecimento administrativo da caducidade para o imóvel de RIP 1965.0000915-69, há de se entender pela caducidade do aforamento na via judicial, já que não houve o pagamento do foro por mais de três anos consecutivos, nos termos do art. 101, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 9.760/46.

A respeito do tema, o entendimento que adotou esta Turma Julgadora, em ocasião anterior, foi o seguinte:

ADMINISTRATIVO. TERRENO DE MARINHA. TAXA DE OCUPAÇÃO. AFORAMENTO. CADUCIDADE. DISCUSSÃO DA DÍVIDA. IMPOSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO.

1. A cobrança de “taxa de ocupação” pertinente a terreno de marinha é regulada pela Lei nº 9.636/98, bem como pelo Decreto-Lei nº 9.760/46, sendo presumível a caducidade do aforamento após o não pagamento do foro por três anos seguidos ou quatro intercalados.
2. Estando pendente ação que visa discutir o valor do débito, constitui constrangimento o registro do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito.
3. Agravo de instrumento improvido e inominado prejudicado.

(AGTR nº 52.956/SE, Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, julg. 16.03.2004, *DJU* 06.04.2004, pág. 550).

Também dispõe o art. 118, *caput*, do referido Decreto:

Art. 118. Caduco o aforamento na forma do parágrafo único do art. 101, o órgão local da SPU notificará o foreiro, por edital, ou quando possível por carta registrada, marcando-lhe o prazo de noventa dias para apresentar qualquer reclamação ou solicitar a revigoração do aforamento. (destaquei)

A norma acima reproduzida é de aplicação obrigatória e direta, ou seja, não pago o foro por três anos consecutivos tem-se a caducidade do aforamento. Caduco o aforamento, restitui-se o bem à posse da União Federal, que tem o seu domínio direto.

Claro está que os enfiteutas, ou quem porventura detenha a posse, regular ou irregular, das terras em questão, sempre poderá buscar a reativação da enfiteuse, inclusive protestando pela prévia comunicação da caducidade, a fim de se lhe oportunizar o pagamento do foro.

No caso destes autos, ao que parece, a União não promoveu a comunicação devida aos enfiteutas, tão logo ocorreu a inadimplência, mas apenas se observa que no ano de 2000 um dos herdeiros deu ciência à SPU da caducidade do aforamento e da falta de interesse na revigoração, quando já tinham passados muitos anos sem que houvesse recolhimento da taxa de aforamento.

Essa demora da União em notificar os enfiteutas herdeiros para pagar o foro não pode ter como consequência a prorrogação da caducidade da enfiteuse, sob pena de transferir ao alvedrio do senhor dominial do terreno uma faculdade que é de seu ocupante, qual seja a de permanecer com a posse do bem conforme lhe aprouver.

No caso, o autor, como esposo de uma das herdeiras, também não poderia ser mantido como responsável pelo pagamento do foro, com o reconhecimento da caducidade.

Em seu recurso o autor defende a existência de outros processos administrativos referentes a pagamento de aforamento com relação ao imóvel de RIP nº 1965.0000915-69, os quais não foram

citados na sentença na parte dispositiva, para que fossem cancelados.

A decisão *a quo* determinou o cancelamento da inscrição em dívida ativa de todas as taxas de foro decorrentes da enfiteuse relativa ao imóvel de RIP 1965.0000915-69, citando os processos administrativos de nºs 04931.600363/2004-21, 04931.6000010/2005-11.

Consta à fl. 553 dos autos despacho do Chefe do SERP - Secretaria do Patrimônio da União, nos seguintes termos:

Em cumprimento ao parecer técnico, relativo ao cancelamento de débitos do imóvel cadastrado sob o RIP 1965.0000915-69, informamos não constar nenhum débito em aberto na base do sistema SIAPA, porém, existem 05 processos de encaminhamento de débitos a PFN para inscrição em dívida Ativa da União, cito, Processo 05053.600010/2005-11 inscrito junto a PFN/PB, processo 04931.600363/2004-21 e 04931.600010/2005-11 inscritos junto a PFN/AL, e processos 04931.600228/2008/2008 e 04931.600041/2009-21 inscrito junto a PFN/RJ.

Observando sentença da Justiça Federal, a decisão da Ação Judiciária foi deferida parcialmente, relata os processos 04931.600363/2004-21 que se refere ao débito de 2003, 04931.600010/2005-11 que refere-se ao débito de 2004, ficando excluído o primeiro processo de inscrição nº 05053.001443/2003-77. Também, defende que cancele o cadastro do imóvel e os débitos futuros aos débitos das inscrições, dos processos 04931.600363/2004-21 e 04931.600010/2005-11, e considerando que os débitos geradores posteriores a estes processos foram encaminhados para a inscrição em Dívida Ativa da União sob os processos 04931.600228/2008-18 e 04931.600041/2009-97.

Sugiro, portanto, encaminhar Ofícios às Procuradorias dos Estados de Alagoas e Rio de Janeiro, solicitando o cancelamento daquelas inscrições.

E ainda sugiro encaminhar o presente a DIIFI, solicitando o cancelamento da inscrição do imóvel em causa.

Entendo que qualquer processo administrativo ou inscrição em dívida ativa decorrente de taxas de foro referente à enfiteuse do imóvel com RIP 1965.0000915-69 deve ser cancelado, tendo em

vista que já foi reconhecida a caducidade do aforamento e a falta de interesse nele, não sendo, inclusive, o autor, possuidor do imóvel.

Como consequência, assegura-se ainda ao autor o ressarcimento do valor correspondente ao suposto débito que fora objeto de compensação pelo Fisco, mediante retenções das restituições de imposto de renda.

Demonstrada a irregularidade da inscrição do nome do autor no CADIN, este faz jus a indenização por danos morais, estes fixados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), equivalente ao valor originalmente atribuído à causa.

Os honorários advocatícios devem ser arcados pela União Federal, no montante de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), à luz do art. 20, § 4º, do CPC. Cabe à UNIÃO ressarcir as custas antecipadas pelo autor, devidamente atualizadas.

Diante do exposto, nego provimento à apelação da União Federal e dou provimento à apelação do autor, para determinar que seja cancelada a inscrição em dívida ativa de todas as taxas de foro decorrentes da enfeiteuse do imóvel de RIP 1965.0000915-69, relativo a qualquer processo administrativo que cobre o aforamento do imóvel com o citado registro, bem como para que a UNIÃO realize o ressarcimento do valor atualizado (pela SELIC) correspondente ao suposto débito que fora objeto de compensação pelo Fisco, mediante retenções das restituições de imposto de renda, e ainda o pagamento dos danos morais fixados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), estes corrigidos a partir da presente data (pelo critério previsto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009), além dos honorários e custas processuais.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.824-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelado: GILENO ANDRADE
Adv./Proc.: DRA. SIMONE MARIA CORREIA PORTO (APDO.)

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. MOVIMENTAÇÃO DE CONTA BANCÁRIA. NÃO JUSTIFICAÇÃO PELO CONTRIBUINTE. DEPÓSITOS QUE NÃO INTEGRAVAM O PATRIMÔNIO DO ACUSADO EM FACE DE ATIVIDADE MERCANTIL. PRESUNÇÃO DE RENDA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO. IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

- O crime de sonegação fiscal, previsto no artigo 1º da Lei nº 8.137/90, perfaz-se com a ação dolosa do agente, inexistindo previsão culposa de sua realização.

- No caso em exame, os depósitos decorrentes de movimentação bancária do acusado, haveres tidos como pertencentes aos donos dos caminhões, em face de atividade de mercância (corretor intermediando vendas de caminhões, que recebe numerário para adquiri-los e devolve ao dono correto dos veículos) não se integrava ao seu patrimônio a resultar para o acusado acréscimo patrimonial, nem riqueza nova a configurar e justificar o fato gerador do Imposto de Renda.

- Em se tratando de aferição de crime de sonegação fiscal cometido por pessoa física, com base unicamente em movimentação bancária, há que trazer aos autos conjunto probatório a respaldar a condenação do acusado que justifica os extratos de depósitos de aportes financeiros, por

conta de atividade comercial por ele desenvolvida, entendendo inexistir renda ou aumento patrimonial (precedentes desta Corte: 4ª Turma - ACR nº 4716-PE e ACR nº 4106-CE).

- Da mesma sorte, a presunção não pode ser aplicada como meio de prova no campo processual penal, tal qual ocorre no campo fiscal, ao ser lançado de ofício o crédito tributário por não ter logrado o contribuinte comprovar a origem dos depósitos.

- Ante a ausência de dolo no agir do acusado e outros elementos de prova que respaldem a condenação, impõe-se o reconhecimento do in dubio pro reo.

- Absolvição que se mantém.

- Apelação do Ministério Público Federal improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 11 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal (fls. 903/912) contra sentença (fls. 893/897) da lavra do Exmo. Sr. Juiz Federal Vladimir Souza Carvalho, à época, na Jurisdição da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Sergipe, que, julgando improcedente a denúncia, absolveu o réu GILENO ANDRADE, com esteio no antigo artigo 386, V, do Código de Proces-

so Penal (existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena), atualmente previsto no inciso VI do mesmo diploma legal.

Segundo a denúncia, lastreada pela Representação Criminal instaurada por Auditores Fiscais da Receita Federal (Processo nº 10510.001358/2003-12), constatou-se sonegação de Imposto de Renda de Pessoa Física, por parte do contribuinte, ora acusado, GILENO ANDRADE, em face de omitir renda de depósitos bancários não justificados, alusivos aos anos de 1997 e 1998, cujos rendimentos auferidos totalizaram R\$ 4.643.792,92 (quatro milhões, seiscentos e quarenta e três mil, setecentos e noventa e dois reais e noventa e dois centavos) e R\$ 7.266.400,00 (sete milhões e duzentos e sessenta e seis mil e quatrocentos reais), respectivamente, tendo o acusado declarado tão somente R\$ 18.062,74 e R\$ 18.979,25 nos anos correspondentes a 1997 e 1998.

O Ministério Público Federal imputou ao acusado a prática de crime previsto no artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

Insurge-se o apelante, Ministério Público Federal, contra o decreto absolutório, com o fim de o acusado ser condenado pelo crime previsto no artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/90, argumentando para tanto: 1) existência de provas satisfatórias a embasar a condenação, tais como: comprovação de autoria e materialidade delituosas; 2) que o réu agiu com dolo e não se desincumbiu do ônus de provar qualquer discriminante.

Contrarrazões apresentadas pela defesa (fls. 920/933), que pugnou pela manutenção da sentença absolutória.

No Parecer Ministerial (fls. 957/964), o Exmo. Sr. Procurador Regional da República, Dr. Luciano Mariz Maia, opinou pelo provimento da apelação da acusação para reformar a sentença absolutória e condenar os acusados, ora apelados, nas sanções do crime previsto no artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

É o que havia de relevante para relatar.

Encaminhem-se os autos ao eminente Sr. Desembargador Federal Revisor, nos termos regimentais.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

GILENO ANDRADE foi absolvido, com esteio no antigo artigo 386, V, do Código de Processo Penal (existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena), atualmente previsto no inciso VI do mesmo diploma legal, da prática de crime previsto no artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

Irresignado com o decreto absolutório, o Ministério Público Federal, em sede de apelação, pugna pela reforma da sentença com o fim de o acusado ser condenado pelo crime previsto no artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/90, argumentando para tanto: 1) existência de provas satisfatórias a embasar a condenação, tais como: comprovação de autoria e materialidade delituosas; 2) que o réu agiu com dolo e não se desincumbiu do ônus de provar qualquer discriminante.

Passo à análise.

Segundo a denúncia, lastreada pela Representação Criminal instaurada por Auditores Fiscais da Receita Federal (processo nº 10510.001358/2003-12), constatou-se sonegação de Imposto de Renda de Pessoa Física, por parte do contribuinte, ora acusado, GILENO ANDRADE, em face de omitir renda de depósitos bancários não justificados, alusivos aos anos de 1997 e 1998, cujos rendimentos auferidos totalizaram R\$ 4.643.792,92 (quatro milhões, seiscentos e quarenta e três mil, setecentos e noventa e dois reais e noventa e dois centavos) e R\$ 7.266.400,00 (sete milhões, duzentos e sessenta e seis mil e quatrocentos reais), respectivamente, tendo o acusado declarado tão somente R\$ 18.062,74 e R\$ 18.979,25 nos anos correspondentes a 1997 e 1998.

O Ministério Público Federal imputou ao acusado a prática de crime previsto no artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

O Exmo. Sr. Juiz Sentenciante, logo no início da parte decisória da sua sentença (fl. 894), reconheceu que o acusado se utilizava da informalidade da sua atividade comercial, como corretor, intermediando vendas de caminhões, para se defender dos seus

atos perante o FISCO. Nesse sentido, colhem-se os seguintes excertos do decreto absolutório:

(...) Os extratos bancários das contas do acusado se espalham no apenso, fls. 105 a 195 e 200 a 248. As contas trazem a chancela do Banco do Brasil e do Banco do Estado de Sergipe.

Na conta do Banco do Brasil, de n. 13.108-3, por exemplo, em 31 de dezembro de 1997, o acusado apresenta o saldo negativo de R\$ 18,12, cf. fl. 159, do referido apenso. No ano seguinte, em 31 de dezembro de 1998, o saldo da conta era de R\$ 101,12, também negativo, cf. fl. 195, também do apenso em tela.

Em conta no Banco do Estado de Sergipe, de nº 01/011.855-0, em 31 de dezembro de 1998, o acusado tinha um débito de R\$ 5.631,79, cf. fl. 230, do apenso.

Nos extratos em foco, fls. 105 a 195 e 200 a 248, as contas do acusado se revelam, numa movimentação intensa de saques e depósitos, depósitos e saques, a evidenciar o volume de recursos que, diariamente, o acusado mexia, quer sacando, quer depositando. Não são contas comuns, paradas, ou de pouco saque. Antes disso, tais movimentações acentuam o entra e sai de depósitos.

É sintomático o comportamento do acusado na relação de tais contas, pautando, em seus negócios diários, por uma senda de informalidade impressionante, que o próprio acusado, depois, perante o Fisco, quando chamado a prestar contas, reconhece e proclama, utilizando-se deste escudo para justificar seus atos. Na informalidade, pauta seus negócios, levando em conta ter sido sempre um corretor, intermediando vendas de caminhões, como a testemunha de fl. 656 esclarece. Ou, na dicção da testemunha de fl. 597, o acusado sempre viveu do agenciamento de caminhões. Concentrava seu comércio na intermediação de caminhões, que mandava buscar em Brasília e em São Paulo. As notas fiscais de fls. 478 a 519 atestam a aquisição de caminhões, em Brasília (...).

Quanto aos fundamentos utilizados, pelo Exmo. Sr. Juiz Federal da 1ª Vara/SE, que redundaram na absolvição do acusado, têm-se (fls. 894/897):

(...) Pois bem.

Não havia anotações. Não havia registros. Não havia nada.

A informalidade era a tônica. O acusado recebia o dinheiro da pessoa que queria comprar um caminhão, depositava em sua conta bancária, comprava e pagava o veículo com aquele dinheiro, ficando com uma comissão. Era o centro de seu comércio. Também trocava veículos velhos por veículos novos, sempre se utilizando das duas contas bancárias, uma das quais em nome de Fausto José Santos, seu servidor, para o depósito do comprador e para o pagamento da concessionária.

Desde que a Receita Federal cercou o acusado, exigindo-lhe explicações, que este trouxe à tona a técnica de sua conduta, como a peça de fls. 63 a 66, do apenso, atesta. Em toda a sua inteireza, o gênio comercial se debulha em detalhes, na estratégia e na execução.

Revela o acusado:

Vamos aos detalhes; na condição de negociante de caminhões (principalmente) e de outros veículos novos e usados, ocorreram naturalmente vários casos de pessoas que através de meus contatos em várias regiões do país, incluído dentre eles pessoas jurídicas e pessoas físicas, já que o primordial em meu negócio é justamente a Informação de quem tem o que pra vender e por quanto *versus* [?] quem quer o que pra comprar e de quanto dispõe. Intermediei várias e várias transações de compras e vendas de veículos. E como isso refletiu nessas movimentações financeiras? Refletiu significativamente em virtude do segundo ponto primordial no meu negócio; Confiança, pois a pessoa a quem eu estava intermediando a venda do seu veículo, na maioria das vezes apenas aceitava o meu cheque como pagamento, pois sabia da minha Credibilidade, que é o terceiro ponto crucial no meu negócio; ou seja, exemplificando concretamente fato ocorrido; uma pessoa me procurava dizendo que tinha um caminhão e que queria trocar o mesmo por outro mais novo ou até por um zero quilômetro, eu como já disse antes, tinha a informação de onde adquirir o carro desejado por essa primeira pessoa, assim se concluía uma entre várias operações de comércio de veículos. Posteriormente apenas o que acontecia era o seguinte; na sua maioria indiscutível das vezes, o vendedor do veículo apenas confiava no pagamento através de cheques meus, condição clara e lógica em qualquer negócio, pois o vendedor depositava na minha pessoa a confiança para o recebimento do valor da venda efe-

tuada por ele, pois eu era que o conhecia, minha pessoa é que tinha credibilidade para com ele [negritos do original], fls. 63-64, do apenso.

Assim funcionava e desta maneira agia o acusado. A prova testemunhal, de forma exaustiva, assim revela, quer pelo testemunho de quem integrou o rol acusatório, fls. 550-551, 552-554, 593-594, 595-596, 597-598 e 813-814, quer pelo testemunho de quem fez parte do rol defensivo, fls. 656, 690-691, 692, 719, 747, 781 e 849.

A testemunha de fl. 593, em cujo nome uma conta bancária ostentava, textua que o acusado trabalhava agenciando caminhões para terceiros, recebendo comissões quando da venda de tais veículos; que o dinheiro dessas operações era depositado na conta da testemunha, fl. 593.

A revelação dessa testemunha confere com o informado por outra testemunha, ou seja, que há cerca de oito anos seu pai, de nome Flávio Pedro da Silva, foi até o acusado para negociar um caminhão de que era proprietário, pois soube que Gileno agenciava a venda de tais veículos; que o caminhão de propriedade de seu pai foi entregue ao acusado, que o vendeu a um terceiro e repassou o dinheiro para seu pai, descontando a sua (do acusado) comissão; que embora não tenha certeza, acredita que o valor da venda tenha sido de oitenta mil reais, enquanto a comissão paga ao acusado tenha sido de mil e quinhentos reais; que não sabe dizer se o adquirente do veículo depositou o dinheiro da conta do acusado ou se pagou em espécie, mas a depoente, contudo, afirma que seu pai recebeu o valor em dinheiro vivo, fl. 690.

Na mesma linha, o depoimento de outra testemunha, ao esclarecer que o acusado exerce o ofício de agenciador de veículos; que já comprou vários caminhões por meio do acusado, esclarecendo que sempre entrega o dinheiro em espécie ou cheque em mãos do mesmo, fl. 692.

O relacionamento da revendedora Brasília Motors da Mercedes Benz, em Brasília, é do conhecimento da testemunha de fl. 719, sabedora que do repasse, para o acusado, de veículos pesados para que o denunciado os vendesse, não sabendo o depoente se tais vendas ocorriam mediante sistema de corretagem ou se era tais veículos comprados pelo réu.

Outra testemunha elucida ter feito 5 a 6 negociações com o mesmo [acusado], fl. 747, tocando na tecla da informal-

dade dos negócios: que as negociações consistiam em permutas ou aquisições de caminhões, sendo que se concretizavam de maneira informal; que os pagamentos ora eram feitos mediante cheques entregues diretamente ao denunciado, oras efetuava o depósito da diferença em alguma conta indicada pelo denunciado, notadamente quando a negociação envolvia a concessionária “Brasília Motors”, fl. 747.

Assim agia o acusado, da maneira mais informal possível. O Imposto de Renda não era elemento a integrar os seus negócios. Apesar de todo o histórico revelado nestas duas contas, o acusado não levou para o Imposto de Renda os elementos necessários. Aliás, sobre a matéria, nada declarou. Nem, ao menos, procurou fazer uma maquiagem, abstraindo alguns depósitos ou outro tipo de conduta para desviar a atenção do Fisco. Simplesmente, nada declarou, nem mesmo qualquer número com diminuição de valores, para suavizar aquilo que teria de pagar, afinal, ao Fisco. Nada, absolutamente, nada, repita-se.

Esse aspecto chama a atenção por ser inusitado. Tivesse conhecimento da legislação tributária, o acusado poderia ter percorrido outros caminhos, como deixar de emitir nota fiscal, inserir documento inexato em sua contabilidade, para reduzir imposto ou contribuição, na dicção de também Edmar Oliveira Andrade Filho, em *Direito Penal Tributário - Crimes contra a Ordem Tributária* (São Paulo, Atlas, 1995, p. 80). Poderia trilhar outros caminhos, entenda-se, se pretendesse burlar o Fisco. No entanto, simplesmente, nada fez. O caso apresenta um colorido completamente diferente. Justamente aí, nessa informalidade, que se prolongou por todo o tempo em que o acusado manteve seu negócio, ou seja, de 1996 a 1999, fl. 473, que brota a completa e total inexistência de dolo, no desconhecimento amplo das normas devidas, a lhe obrigar, como a todo cidadão e empresa, a levar para as declarações atinentes ao imposto de renda os numerários entrados e saídos de sua conta. E, se não fez declaração alguma, não foi, por certo, para esconder nenhuma situação, mas, simplesmente, porque o depósito que entrava na sua conta não lhe pertencia, não se integrava ao seu patrimônio, dele não podia dispor senão para adquirir o caminhão e entregá-lo ao dono correto. Se o dinheiro não era seu, como justificar declará-lo como seu, apesar de estar em sua conta?

Não vejo dolo em sua forma de agir. Pedro Roberto Deoman, em Crimes contra a ordem tributária (2ª edição, Obra Jurídica, 1995, ps. 21-22) ressalta que é preciso verificar, realmente, na apuração e punição de tais crimes, se houve a intenção de fraudar o fisco, ou seja, se a realização de alguma das condutas típicas previstas em lei aconteceu efetivamente de forma maliciosa ou se foi, antes, fruto, de má interpretação da legislação tributária aplicável à espécie. Aqui, não se trata nem de malícia, nem má interpretação da legislação tributária aplicável à espécie, mas, efetivamente, de completa falta de conhecimento da legislação tributária, fazendo com que o acusado desprezasse os mais elementares cuidados, preocupando-se só com a aquisição do numerário, compra do veículo e sua comissão, na utilização de duas contas bancárias, além de levar em conta, por certo, que o dinheiro do comprador não era seu, não podendo integrar uma declaração de renda sua. Tivesse o acusado conhecimento do terreno onde pisava, por certo, não se arriscaria tanto, em três anos, de prática idêntica. Só a ignorância do que regia a espécie pode justificar sua conduta. Depois, as entradas e saídas do numerário em as duas contas bancárias utilizadas, com negativo em duas das três contas, como exposto acima, mostra a condição do acusado, não de empresário, proprietário de empresas, mas de simples e mero corretor de veículos. Recebe o numerário para adquirir um caminhão. Fica apenas com uma comissão.

Edmar Oliveira Andrade Filho (ob. cit.) destaca que o legislador não arrolou, na Lei nº 8.137/90, a modalidade culposa nos crimes contra a ordem tributária (p. 80). O delito em tela exige, portanto, dolo. Sem o dolo, não há, no caso, como condenar o acusado, independentemente da ocorrência de infração fiscal, matéria que, no caso, não se comunica, nem influencia na decisão nesta órbita penal. Por este entender, absolvo o acusado, da imputação que lhe é feita, com fulcro no art. 386, V, CPP.(...)

No caso em exame, o Magistrado de primeiro grau entendeu inexistir dolo na conduta do acusado em face de ausência de renda ou aumento patrimonial.

Um detalhe chama-me a atenção na sentença recorrida, que é o fato, como destacado pelo próprio Magistrado sentenciante, de

que na informalidade da ocupação do acusado, que se prolongou por todo o tempo em que manteve seu negócio – anos de 1996 a 1999 (cf. fl. 473), não fez declaração perante o Fisco.

E, aí se indaga realmente, como o fez o próprio juiz da instrução penal: “E, se não fez declaração alguma, não foi, por certo, para esconder nenhuma situação, mas, simplesmente, porque o depósito que entrava na sua conta não lhe pertencia, não se integrava ao seu patrimônio, dele não podia dispor senão para adquirir o caminhão e entregá-lo ao dono correto. Se o dinheiro não era seu, como justificar declará-lo como seu, apesar de estar em sua conta?, exatamente porque o Imposto de Renda não era elemento a integrar os seus negócios. Apesar de todo o histórico revelado nestas duas contas, o acusado não levou para o Imposto de Renda os elementos necessários. Aliás, sobre a matéria, nada declarou.

Conforme se verifica do interrogatório do acusado, nas transcrições da própria sentença recorrida acima, na condição de corretor de caminhões (principalmente) e de outros veículos novos e usados, ocorreram naturalmente vários casos de pessoas que através dos contatos do acusado em várias regiões do país, incluído dentre eles pessoas jurídicas e pessoas físicas, já que o primordial em seu negócio seria justamente a Informação de quem tem o quê pra vender e por quanto *versus* [?] quem quer o quê pra comprar e de quanto dispõe.

O acusado intermediava várias e várias transações de compras e vendas de veículos. E isso refletiu na confiança inata aos atos de comércio – pois, segundo o acusado, a pessoa a quem estava intermediando a venda do seu veículo, na maioria das vezes apenas aceitava o seu cheque como pagamento, pois sabia da sua credibilidade. Nesse sentido, justificou o acusado que: “uma pessoa me procurava dizendo que tinha um caminhão e que queria trocar o mesmo por outro mais novo ou até por um zero quilômetro, eu como já disse antes, tinha a informação de onde adquirir o carro desejado por essa primeira pessoa, assim se concluía uma entre várias operações de comércio de veículos. Posteriormente apenas o que acontecia era o seguinte; na sua maioria indiscutível das vezes, o vendedor do veículo apenas confiava no pagamento

através de cheques meus, condição clara e lógica em qualquer negócio, pois o vendedor depositava na minha pessoa a confiança para o recebimento do valor da venda efetuada por ele, pois eu era que o conhecia, minha pessoa é que tinha credibilidade para com ele” (fls. 63-64 do apenso). Assim funcionava e desta maneira agia o acusado.

Destaque-se trecho do interrogatório do acusado, em juízo, oportunidade que confirmou a veracidade dos fatos narrados na denúncia e alegou que a origem das receitas movimentadas em suas contas-correntes e na de FAUSTO JOSÉ SANTOS se deu em razão de trabalhar com compra e venda de caminhões. Veja-se:

(...) O fato é verdadeiro, esclarecendo o interrogando que o seu erro consistia em receber o dinheiro atinente à compra de um caminhão, por exemplo, do cliente, em sua conta bancária. Com esse dinheiro, o interrogando comprava, na concessionária de veículos, em Brasília, um caminhão para o cliente. Só que o interrogando pagava com seu cheque, não aparecendo o cliente na história. Essa prática foi utilizada pelo interrogando, nos anos de 1996 a 1999, parando em função de ter tomado prejuízo financeiro (...).
[Fls. 473/475]

O relato da prova testemunhal, conforme pode ser remetido nas próprias transcrições da sentença recorrida, revela a informalidade com que agia o acusado.

A discussão posta na presente apelação há muito é travada no âmbito desta Corte. Há fato gerador para o Imposto de Renda? Existe acréscimo patrimonial ou riqueza nova?

O crime tipificado no artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/90 perfaz-se pela atuação dolosa do agente, inexistindo previsão de conduta culposa de sua realização.

Debatia-se, nesta Corte, que, na aferição de crime de sonegação fiscal cometido por pessoa física, com base unicamente em movimentação bancária, há que trazer aos autos conjunto probatório a respaldar a condenação do acusado que justifica os extratos de depósito de aportes financeiros, por conta de atividade comercial por ele desenvolvida.

No início se questionava se os depósitos apurados firmaram umnexo causal entre o aumento patrimonial deles decorrentes e a obrigação tributária correlata.

Nesse raciocínio, aplicava-se o preconizado na Súmula nº 182 do extinto TFR, *verbis*:

É ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda arbitrado com base apenas em extratos bancários e depósitos bancários.

Ou seja, a mera prova da movimentação bancária e a omissão desse fluxo de capitais perante o Fisco, ante à inexistência de incontestada demonstração de dolo capaz de caracterizar o tipo penal tributário, com provas de enriquecimento ilícito decorrente da utilização de tais verbas, capaz de caracterizar o elemento subjetivo do tipo – dolo, não é satisfatória para um juízo condenatório.

E se concluía que para a existência de dolo para fins de sustentar decreto condenatório por crime de sonegação fiscal, como no caso em exame, remanesce tão-só a condição do acusado de omissor perante o Fisco, haja vista a omissão de sua movimentação bancária em período específico, situação incapaz, como preconizado na Súmula nº 182 do extinto TFR, de por si só constituir fato gerador do imposto de renda.

Nesse sentido, acerca da não caracterização de crime de sonegação fiscal pela movimentação bancária sem a correspondente prova de aumento patrimonial, veja-se trecho do voto da Exma. Sra. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli nos autos da ACR nº 4716-PE, em sede de julgamento na 4ª Turma deste Tribunal:

(...) nem mesmo o Fisco pode proceder ao lançamento do Imposto do Renda arbitrando a renda de forma exclusiva com base na movimentação bancária do contribuinte, como se este fato, constituísse, por si mesmo, aumento de patrimônio.

A ocorrência da presunção, se ocorrer perante o Procedimento Fiscal, somente alcança a atuação do Fisco, e, mesmo assim, quando o contribuinte, devidamente intimado em que lhe são conferidas as garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, não jus-

tifique a origem do patrimônio, ou se nega a fazê-lo. No que tange à seara penal, entretanto, quando os depósitos bancários forem as únicas fontes de prova ao lançamento do Imposto de Renda, pessoa física, não há como entender configurada a tipificação do crime de sonegação fiscal por presunção, ante a postura do moderno direito processual penal de caráter garantista.
(...)

A ementa do voto proferido naquela ACR nº 4716-PE restou assim resumida:

PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INC. I, LEI Nº 8.137/90. SONEGAÇÃO FISCAL. PROCEDIMENTO FISCAL. RECEITA FEDERAL. MOVIMENTAÇÃO CONTA BANCÁRIA. NÃO JUSTIFICAÇÃO PELO CONTRIBUINTE. PRESUNÇÃO DE RENDA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE NO CAMPO PENAL. AUSÊNCIA DE CONJUNTO PROBATÓRIO. *IN DUBIO PRO REO*. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

I. O crime tipificado no I do art. 1º da Lei nº 8.137/90 é material ou de resultado, perfazendo-se pela atuação dolosa do agente, inexistindo previsão de conduta culposa de sua realização.

II. Em se tratando de aferição de crime de sonegação fiscal cometido por pessoa física, com base unicamente em movimentação bancária, há que trazer aos autos conjunto probatório a respaldar a condenação do acusado que justifica os extratos de depósitos de aportes financeiros, por conta de atividade comercial por ele desenvolvida, entendendo inexistir renda ou aumento patrimonial.

III. A Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que ainda vem respaldando inúmeros entendimentos pretorianos, giza: “*É ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda arbitrado com base apenas em extratos e depósitos bancários*”.

IV. A presunção não pode ser aplicada como meio de prova no campo processual penal, tal qual ocorreu no campo fiscal ao ser lançado de ofício o crédito tributário por não ter logrado o contribuinte comprovar a origem dos depósitos.

V. Não apresentou o Órgão acusador a comprovação de ter o contribuinte sonegado o imposto de renda devido, tendo-se respaldado tão-somente em relação à movimentação bancária.

VI. Ausente nos autos o conjunto probatório que respalde a condenação do réu, escoreita a fundamentação contida na sentença pelo reconhecimento de aplicação do brocardo latino do *in dubio pro reo* erigido em princípio em nosso direito processual penal.

VII. Apelação a que se nega provimento.

Na mesma senda foi o voto proferido pelo eminente Desembargador Federal Marcelo Navarro nos autos da Apelação Criminal nº 4106-CE, na 4ª Turma desta Corte, que teve a ementa assim resumida:

PROCESSO PENAL. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. ART. 1º, INCISO I, DA LEI Nº 8.137/91. MATERIALIDADE NÃO CONFIGURADA. PROCEDIMENTO FISCAL REVELADOR, TÃO-SOMENTE, DE OMISSÃO DE INFORMAÇÃO DE RENDA À RECEITA QUANTO A HAVERES DECORRENTES DE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. ALVARÁS JUDICIAIS PERTENCENTES A CLIENTES DO ADVOGADO RECORRIDO, CUJOS DEPÓSITOS SERIAM REPASSADOS POSTERIORMENTE AOS TITULARES. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO, ELEMENTO SUBJETIVO DO CRIME EM ESPÉCIE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO, NEM DE AUMENTO PATRIMONIAL INCOMPATÍVEL COM A RENDA DECLARADA. MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA QUE, POR SI SÓ, NÃO SE PRESTA A CONSTITUIR FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 182 DO EXTINTO TFR. PRECEDENTE DESTA 4ª TURMA: MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA.

-Processual penal. Apelação criminal. Crime contra ordem tributária. Art. 1º, inc. I, Lei nº 8.137/90. Sonegação fiscal. Procedimento fiscal. Receita Federal. Movimentação conta bancária. Não justificação pelo contribuinte. Presunção de renda. Lançamento de ofício. Constituição de crédito tributário.

Impossibilidade no campo penal. Ausência de conjunto pro-

batório. *in dubio pro reo*. Absolvição mantida. Recurso improvido.

I. O crime tipificado no inciso I do art. 1º da Lei nº 8.137/90 é material ou de resultado, perfazendo-se pela atuação dolosa do agente, inexistindo previsão de conduta culposa de sua realização.

II. Em se tratando de aferição de crime de sonegação fiscal cometido por pessoa física, com base unicamente em movimentação bancária, há que trazer aos autos conjunto probatório a respaldar a condenação do acusado que justifica os extratos de depósitos de aportes financeiros, por conta de atividade comercial por ele desenvolvida, entendendo inexistir renda ou aumento patrimonial.

III. A súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos que ainda vem respaldando inúmeros entendimentos pretorianos, giza: “É ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos e depósitos bancários”.

IV. A presunção não pode ser aplicada como meio de prova no campo processual penal, tal qual ocorreu no campo fiscal ao ser lançado de ofício o crédito tributário por não ter logrado o contribuinte comprovar a origem dos depósitos.

V. Não apresentou o órgão acusador a comprovação de ter o contribuinte sonegado o imposto de renda devido, tendo-se respaldado tão-somente em relação à movimentação bancária.

VI. Ausente nos autos o conjunto probatório que respalde a condenação do réu, escorreita a fundamentação contida na sentença pelo reconhecimento de aplicação do brocardo latino do *in dubio pro reo* erigido em princípio em nosso direito processual penal.

VII. Apelação a que se nega provimento.

(TFR-5ª Região. ACR nº 4716-PE. 4ª Turma. Rel.Des. Margarida Cantarelli. Julg. 29.08.06. unân.DJU 21.09.06, p. 953.)

Vê-se, portanto, no caso em exame, que, considerando as circunstâncias que permeiam o fato delituoso e, ao meu sentir, restam favoráveis ao acusado, posto se tratar de movimentação de numerário oriundo de venda comercial informal, que, conforme bem demonstrado pelo Magistrado Sentenciante, os simples depósitos

que entravam na conta-corrente do acusado não lhe pertencia, não se integrava ao seu patrimônio, dele não podendo dispor senão para adquirir o veículo – caminhão e entregá-lo ao dono correto. E, dentro de tal agir, se o dinheiro não era seu, como justificaria na declaração ao FISCO, não obstante estivesse em sua conta.

De fato, o *modus operandi* do acusado era inusitado, pois o dinheiro “passava por suas mãos”, na sua conta bancária, que era devolvido ao dono correto dos veículos, não resultando para o acusado acréscimo patrimonial, nem riqueza nova a configurar e justificar o fato gerador do Imposto de Renda, que é o próprio acréscimo patrimonial. Se acréscimo patrimonial existiu estaria afeto aos donos dos veículos.

Ademais, comungo do entendimento de que a presunção não pode ser aplicada como meio de prova no campo processual penal, tal qual ocorreu no campo fiscal ao ser lançado de ofício o crédito tributário por não ter logrado o contribuinte comprovar a origem dos depósitos.

Nesse contexto, considero que a decisão recorrida se houve dentro da razoabilidade e com acerto na sua parte conclusiva, uma vez que não cabe condenação, no caso em exame, na modalidade culposa, independentemente de infração, em tese, fiscal, pelo que mantenho o entendimento exposto no decreto absolutório, seja por não vislumbrar dolo na forma de agir do acusado, bem como por não encontrar outros elementos de prova que embasem a condenação, o que impõe a aplicação do próprio princípio do *in dubio pro reo*.

Ex positis, nego provimento à apelação do Ministério Público Federal.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.055-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E JOSÉ AFONSO DE FREITAS MELRO
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. MARCELO HENRIQUE BRABO MAGALHÃES E OUTRO (2º APTE.)

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ARTIGO 1º, I, DO DECRETO-LEI 201/67. DOSIMETRIA DA PENA. CORRETA VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA RECORRIDA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. ACOLHIMENTO DO PARECER MINISTERIAL.

- Trata-se de apelações criminais interpostas contra sentença que condenou ex-prefeito municipal acusado da prática de responsabilidade, crime tipificado no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67.

- Sentença que não comporta modificação, porquanto se verifica, sobretudo na dosimetria da pena, o acerto do magistrado na análise e valoração das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, com base nos elementos contidos nos autos.

- Sendo a pena prevista para o ilícito imputado, em 2 a 12 anos de reclusão, não foge à razoabilidade a fixação da pena-base no patamar de 5 anos e 9 meses, reprimenda que restou concretizada, pois ausente qualquer circunstância legal e inexistente causa de aumento ou de diminuição possível de modificá-la.

- Considerando o lapso decorrido entre a data de consumação do crime, nos idos de 1992, e o recebimento da denúncia, em 2007, e em razão

do não acolhimento do recurso ministerial, impõe-se reconhecer a ocorrência da prescrição retroativa. Aplicabilidade dos artigos 107, IV, 109, III, e 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal.

- Acolhido o parecer opinativo.

- Não provida a apelação do Ministério Público Federal.

- Decretada a extinção da punibilidade do réu, e prejudicada a análise da apelação por ele interposta.

ACÓRDÃO

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação do Ministério Público Federal, decretar a extinção da punibilidade de José Afonso Freitas Melro e julgar prejudicada a apelação por este interposta, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 15 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de apelações criminais interpostas contra a sentença de folhas 275/282, da lavra do Juiz Federal da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária de Alagoas, Dr. Rubens de Mendonça Canuto Neto, que condenou JOSÉ AFONSO FREITAS MELRO, pela prática do crime de responsabilidade tipificado no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, à pena privativa de liberdade de 05 anos e 09 meses de reclusão.

Nas suas razões recursais, coligidas às folhas 287/297, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL pugnou pela majoração da pena aplicada, sob a alegação de que as circunstâncias judiciais dispostas do artigo 59 do Código Penal não teriam sido bem valorizadas quando da dosimetria da pena. Argumentou, em suma, que

tais circunstâncias, com exceção do comportamento da vítima, mostravam-se desfavoráveis ao réu, que teria agido com culpabilidade reprovável, bem como ser possuidor de maus antecedentes e ter personalidade voltada para o crime, apresentando péssima conduta social, e que, desde o início, planejara apropriar-se da verba pública. Por fim, apregou o representante ministerial o fato de responder o réu a várias ações e procedimentos administrativos sobre crimes de responsabilidade e improbidade administrativa.

A defesa do réu-apelante apresentou as razões de folhas 319/357.

Preliminarmente, alegou a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, ao argumento de que os valores repassados por meio de convênio firmado com a União, no momento em que são depositados na conta corrente da edilidade, deixariam de ser considerados verbas federais, pois passariam a integrar o patrimônio do ente que os recebeu.

Noutro passo, como prejudicial do mérito, aduziu, no caso, a ocorrência da prescrição retroativa, apesar do recurso do Ministério Público Federal; apontou o lapso de 15 anos entre a consumação do ilícito e o recebimento da denúncia, a ensejar a aplicabilidade do disposto nos artigos 109 e 110 do Código Penal.

No mérito, advogou a tese de atipicidade da conduta imputada, pois, ao seu dizer, teria sido a verba devidamente repassada à construtora responsável pela execução da obra. Asseverou que, de sua conduta, de sorte a afastar a presença do dolo eventual, os atos praticados pelo réu durante a sua gestão como prefeito revestiam-se do princípio da legalidade, em que pese ter ele incidido em erro administrativo, por inabilidade e inexperiência na gestão pública, mas que se confundiriam com o cometimento de um crime. Nesse sentir, e porquanto fosse ônus da acusação provar a alegação de ilegitimidade dos atos praticados, alega não ter havido qualquer apropriação ou desvio de rendas ou bens públicos pelo apelante; este, ademais, estaria sendo vítima de perseguição política da administração posterior do município. Voltou-se a defesa, por fim, contra a fixação da pena, que, por cautela e de modo alternativo, pediu a sua diminuição, afastando-se as circunstâncias judiciais agravantes.

Contrarrazões às folhas 359/380, pela defesa, e às folhas 389/399, pelo MPF.

O parecer da Procuradoria Regional da República, às folhas 411/420, subscrito pelo Dr. Francisco Chaves dos Anjos Neto, é opinativo pelo não provimento do apelo ministerial e, em decorrência, com o reconhecimento da prescrição retroativa, pela extinção da punibilidade, julgando-se prejudicada a apelação da defesa.

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos do artigo 28, VIII, do Regimento Interno.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Em razão da conexão entre as matérias tratadas nos recursos, observo que a controvérsia destes gira em torno de questões de caráter preliminar, de prejudicial ao exame do mérito e da pretensão recursal de natureza meritória.

De logo, impende destacar, por necessário, que não merece acolhida o apelo interposto pelo *Parquet*, e assim o digo pelas razões a seguir desenvolvidas, pois não comporta a sentença recorrida qualquer mácula na análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, a propiciar a majoração da reprimenda imposta ao réu-apelante.

Dito isto, o deslinde da questão, na forma como se apresenta, dispensa maior análise.

Acolho e adoto como razão de proferir o meu voto os termos precisos do parecer do ilustre procurador regional da República, de que passo a transcrever trechos elucidativos:

Primeiramente, cumpre desde logo ressaltar que, no caso *sub examine*, não merece procedência o apelo ministerial no sentido de pugnar pela majoração da pena do acusado, sob a alegação de que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, não teriam sido analisadas corretamente pelo magistrado de primeiro grau. Dito isso, efetivamente não há como emprestar trânsito às demais ques-

tões da defesa, na medida em que avulta uma matéria – *in casu*, a ocorrência da prescrição retroativa – que, por ser de ordem pública, precede a qualquer análise, independentemente da fase processual em que se encontra, a teor do art. 61 do CPP.

Para chegar a essa conclusão, é o bastante se apegar ao art. 68 do Código Penal, no que prevê o sistema trifásico de aplicação da pena nos seguintes termos:

Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Assim sendo, na primeira fase é fixada a pena-base, em cuja oportunidade são atendidas as circunstâncias judiciais, no *quantum* necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime; em seguida, são consideradas as circunstâncias legais que atenuam ou agravam a pena, inscritas nos arts. 65 e 61 do Código Penal; e por último, incidem as causas de diminuição e de aumento (minorantes e majorantes), fixadas em níveis percentuais.

Quanto à fixação da pena-base, esta deve atender aos critérios discriminados no art. 59, *caput*, do Código Penal, consoante se depreende:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime ...

Passemos, então, a analisar a incidência dessas circunstâncias em relação ao acusado do presente caso.

Pois bem, ao contrário do que sustentou o Ministério Público Federal, em sede de apelação, as circunstâncias judiciais relevantes para a cominação da pena-base foram muito bem sopesadas pelo juiz sentenciante, como se pode observar dos seguintes trechos colhidos da sentença:

As circunstâncias judiciais não são totalmente desfavoráveis ao réu, porquanto não constam nos autos provas que infirmem sua primariedade e boa personalidade. A culpabilidade e as consequências do crime são graves.

O réu foi eleito pelo voto popular. Os eleitores, crendo em suas promessas de campanha, outorgaram-lhe votação suficiente para derrotar nas urnas os candidatos adversários. Ao malversar verbas públicas em proveito próprio ou alheio, frustrou as expectativas de seus eleitores de uma administração séria, voltada para o atendimento das necessidades e interesses públicos. Essa conduta, sem sombra de dúvida, é muito mais reprovável socialmente do que a de quem desvia bens alheios sem violação da confiança popular.

Diz-se consequência do crime o mal por ele causado que transcende ao resultado típico. Traipu/AL possui um dos piores Índices de Desenvolvimento Humano do Brasil, e o desvio de verbas destinadas às áreas com baixo IDH causa um dano exponencial à população carente, maior do que o resultado típico do delito.

(...)

Destarte, realizando o juízo de valor acerca das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, *caput*, do CP, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos e 09 (nove) meses. (Fls. 280/281) - grifos originais.

Como se pode observar, o juiz analisou todas as circunstâncias judiciais quando da fixação da pena-base. Assim, em relação à alegação do *Parquet* federal – só aprofundada, dialética e documentalmente, em sede de apelação – de que o réu possui maus antecedentes e personalidade voltada para a prática delituosa, tendo em vista a enorme quantidade de ações judiciais e procedimentos administrativos versando sobre atos de improbidade e crimes de responsabilidade praticados pelo acusado, tenho que essa não merece guarida, para efeito de justificar o incremento da pena do réu, a esta altura.

Ora, não era dado ao juiz sentenciante conhecer tais circunstâncias à época da prolação da sentença, se a acusação não produziu provas nesse sentido, só o tendo feito quando da interposição do recurso de apelação. Assim, não é cabível se falar que o juiz *a quo* não analisou essas circunstâncias quando nenhuma referência foi feita pela acusação – tampouco provas foram produzidas – nesse sentido. Quanto às demais circunstâncias elencadas pelo ora apelante – culpabilidade, conduta social e motivos do crime –, evidenciou-se que essas já foram analisadas pelo

juiz de primeiro grau, como se pôde observar acima dos trechos retirados da sentença por ele prolatada, e, diante da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis previstas no artigo 59, do Código Penal, a pena aplicada ao caso *sub examen*, em conformidade com o que fez o magistrado *a quo*, haveria mesmo de ser acima do mínimo legal, como nos ensina Paganella Boschi (*In: Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 187/188 e 221/223):

Pena-base, enfim, é aquela que atua como ponto de partida, ou seja, como parâmetro para as operações que se seguirão. A pena-base corresponde, então, à pena inicial fixada em concreto, dentro dos limites estabelecidos *a priori* na lei penal, para que, sobre ela, incidam, por cascata, as diminuições e os aumentos decorrentes de agravantes, atenuantes, majorantes ou minorantes”.

E mais adiante – ao tratar das regras jurisprudenciais para a fixação da pena-base – assim arremata:

2ª) Quando algumas circunstâncias judiciais forem valoradas negativamente (ou desfavoravelmente ao réu), a pena-base deverá ser quantificada um pouco acima do limite mínimo cominado.

(...)

Então, mesmo sem examinarmos, aqui, a regra nº 3, mas tendo presente a função que ela exerce de conter o *jus puniendi* no limite superior possível – denominado de termo médio –, outra conclusão não seria possível senão esta: a valoração negativa de algumas circunstâncias judiciais listadas no art. 59 ensejará pena-base no *quantum* que corresponde ao ponto intermediário ou médio entre o mínimo cominado em abstrato e o termo médio do fato-crime em julgamento, ao qual alude a regra seguinte.

3ª) Se o conjunto das circunstâncias judiciais for desfavorável, a pena-base, refletindo grau máximo de censura, aproximar-se-á do “termo médio”.

(...)

Essa expressão (“termo médio”) não está mais prevista em lei. Sua sede era o inciso I do art. 47, cuja redação original sinalizava fixação da pena-base no termo médio ao reincidente.

Inobstante isso, ela vem sendo mencionada em muitos

precedentes com aquele sentido proposto pelo citado dispositivo legal: o resultado da divisão por dois do produto da soma do mínimo com o máximo de pena cominados em abstrato ao crime.

(...)

Em que pese a imprevisão legislativa e a alegação de resultante impossibilidade de uso do critério termo médio, nossa opinião é de que ele desempenha ótima função na contenção de excessos e que pode e deve continuar sendo adotado.

Por conseguinte, se levarmos em consideração as regras acima transcritas e que, no caso em tela, mais de uma circunstância judicial restou desfavorável ao acusado JOSÉ AFONSO FREITAS MELRO, agiu acertadamente o Juízo *a quo* ao fixar o *quantum* da pena-base próximo do termo intermediário entre o médio (o qual seria, no presente caso, sete anos, resultado da divisão do produto da soma do mínimo e do máximo da pena cominada ao tipo penal do art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67) e o mínimo (dois anos) previsto no tipo penal em questão, o que resultou numa pena de 05 (cinco) anos e 09 (nove) meses de reclusão. Dessa forma, não merece provimento a apelação interposta pela acusação, devendo a sentença ser mantida em todos os seus termos.

O douto magistrado proferiu a sentença condenatória com base nos elementos contidos nos autos, como não se conceberia de outro modo, e o fez bem, valorando as circunstâncias judiciais dadas a conhecer àquele momento.

Sob tal aspecto, e considerando a pena do artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, prevista em 2 a 12 anos de reclusão, não foge à razoabilidade a fixação da pena-base no patamar de 5 anos e 9 meses. Esta pena, diga-se, restou concretizada, porque ausente qualquer circunstância legal e inexistente causa de aumento ou de diminuição de pena.

Carecedor de amparo, pois, o apelo ministerial.

Persiste, por ordem, a análise da questão relativa à ocorrência da prescrição, em sua modalidade retroativa, no caso presente, como prejudicial do mérito do apelo da defesa.

Pelo decurso do tempo a configurar a prescrição, perde o Estado o poder-dever de punir, por sua inércia para o exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória; falece mesmo o interesse estatal na repressão do crime, com o esquecimento do delito, sem repercussões futuras contra o acusado, que, se não for reincidente, poderá adaptar-se de novo ao convívio social.

O reconhecimento desse instituto exige o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação ou o não provimento do seu recurso, e tem como parâmetros o decurso de tempo entre a data de publicação da sentença e aquela do recebimento da denúncia ou da queixa, ou entre esta data e a da consumação do ilícito.

Em todos os seus efeitos, a prescrição põe fim à ação penal, ficando o julgador impedido de apreciar o mérito do recurso, pois que se trata de matéria de ordem pública que deve ser decretada de ofício, por força do artigo 61 do Código de Processo Penal.

Em face do que determina o artigo 109, III, do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se em 12 anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito.

Por sua oportunidade, traslado do parecer opinativo a análise deste ângulo da questão:

Assim, tomando por base a pena de 05 (cinco) anos e 09 (nove) meses, referente à condenação de JOSÉ AFONSO FREITAS MELRO, bem se constata que, para um prazo prescricional de 12 (doze) anos, já tem-se como ultrapassado, uma vez que a consumação do delito (considerando-se o momento em que o réu firmou o convênio com o órgão da União e recebeu os valores oriundos deste), se deu em meados de 1992 e, a partir daí, projetando tal marco até o recebimento da denúncia, que se deu em 29/11/2007 (fls. 52/56), resta concluir que já transcorreu um lapso temporal de 15 (quinze) anos, ou seja, bem acima do período de doze anos exigido no dispositivo penal.

Com efeito, há que se reconhecer o decurso do lapso prescricional, sendo este fator determinante para a aplicabilidade da extinção da punibilidade penal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso do Ministério Público Federal, e, nos termos do artigo 107, IV, e artigo 109, III, do Código Penal, decreto a extinção da punibilidade de José Afonso de Freitas Melro e, por perda do seu objeto, julgo prejudicada a apelação por ele interposta.

É como voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA MEDIDA CAUTELAR INOMINADA Nº 2.593-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WIL-
DSON DA SILVA DANTAS (CONVOCADO)
Requerente: COMPANHIA DE ALIMENTOS DO NORDESTE -
CIALNE
Requerido: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E RE-
FORMA AGRÁRIA - INCRA
Embargante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: PROCURADORIA DO INCRA
Advs./Procs.: DRS. TIAGO ASFOR ROCHA LIMA E OUTROS
(REQTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E AGRÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOVAÇÃO NAS RAZÕES RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. REAVALIAÇÃO DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO CAUTELAR. SEGURANÇA DA TUTELA RECURSAL. CABIMENTO. REVERSIBILIDADE DA MEDIDA CAUTELAR. RESPONSABILIDADE PROCESSUAL CIVIL OBJETIVA. DESAPROPRIAÇÃO. IMÓVEL INVADIDO. SUSPENSÃO DO PROCESSO EXPROPRIATÓRIO. ENUNCIADO 354 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INFLUÊNCIA DA INVASÃO NA UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL.

- A omissão que justifica os embargos de declaração refere-se às questões discutidas na deci-

são, ou pelo menos alegadas em momento oportuno, não havendo que se falar em omissão quando a matéria só foi deduzida nos próprios embargos, trazendo inovação nas razões recursais, o que é inviável ante a preclusão consumativa. Precedentes do STF e do STJ.

- Os embargos de declaração não se prestam à reavaliação do conjunto probatório ou para sanar eventual erro de julgamento, sobretudo quando a reavaliação pretendida baseia-se em alegações novas, já alcançadas pela preclusão.

- A tutela cautelar é o instrumento processual adequado para assegurar a efetividade da tutela recursal postulada em recurso de apelação sem efeito suspensivo, sobretudo se a sentença rejeitou os pedidos, caso em que não se aplica a norma do artigo 558, parágrafo único, do CPC. O agravo de instrumento não pode ser manejado contra a decisão que recebe o recurso no efeito suspensivo aplicando disposições expressas do artigo 520 do CPC.

- A tutela cautelar não pode ser tida como juridicamente irreversível, haja vista sua natureza meramente conservativa do direito. Os resultados fáticos, mesmo de caráter permanente, que decorram da tutela cautelar, importam responsabilidade processual civil objetiva do requerente pelos prejuízos causados ao requerido, a teor do disposto no artigo 811 do CPC, não o indeferimento da medida cautelar postulada.

- Imóvel rural objeto de invasão que influenciou de forma significativa nas possibilidades de utilização da propriedade de maneira produtiva, cumprindo sua função social. Incidência da regra do artigo 2º, § 6º, da Lei nº 8.629/93, segundo a qual o imóvel rural de domínio público ou particular objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo não pode ser vistoriado, ava-

liado ou desapropriado nos dois anos seguintes à sua desocupação. Aplicação do verbete sumular nº 354 do STJ: “A invasão do imóvel é causa de suspensão do processo expropriatório para fins de reforma agrária”. Com essas considerações, dou como presentes os pressupostos do fumus boni iuris.

- Embargos de declaração do Ministério Público conhecidos e providos para suprir a omissão, mas sem efeitos infringentes. Embargos de declaração do INCRA parcialmente conhecidos, rejeitadas as alegações que estranhas à decisão embargada, e parcialmente providos para suprir os pontos omissos, mas sem efeitos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento aos embargos do Ministério Público e dar parcial provimento aos embargos do INCRA, 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 dezembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS (Convocado):

Trata-se de embargos de declaração de decisão que concedeu medida cautelar em favor da Companhia de Alimentos do Nordeste - CIALNE.

Cumprido fazer um breve histórico dos fatos.

A autora ajuizou a ação cautelar, materializada nos autos de nº 2007.81.00.013874-7, visando impedir o ajuizamento de ação de

desapropriação, pelo INCRA, relativamente ao imóvel rural denominado Fazenda Tapuio.

Em se tratando de ação cautelar, portanto acessória, a demandante anunciou sua intenção de ajuizar ação principal postulando a anulação do processo administrativo em que seria embasada a futura ação de desapropriação.

O pedido de antecipação da tutela foi indeferido pelo juízo de primeiro grau, em decisão confirmada pelo Tribunal em sede de agravo de instrumento (AG 83103/CE).

Nesse ínterim, o INCRA ajuizou a ação de desapropriação que a demandante pretendia evitar, a qual foi autuada sob o nº 2007.81.00.014226-0, processo que atualmente tramita na primeira instância.

Em seguida, o juiz monocrático prolatou sentença julgando improcedente a ação cautelar e determinando o prosseguimento da desapropriação.

Inconformada com a sentença, a demandante interpôs recurso de apelação, recebido apenas no efeito devolutivo, a teor do disposto no artigo 520, IV, do CPC.

Ato contínuo, a demandante ajuizou ação cautelar perante esta Corte Regional para obter decisão judicial que suspendesse o curso da desapropriação até final julgamento do recurso. Eis, portanto, o objeto desta demanda.

A ação foi admitida e concedeu-se antecipação da tutela para impedir/suspender todos os atos que pudessem eventualmente decorrer do processo expropriatório movido pelo INCRA, até julgamento da apelação.

O réu ofereceu contestação (fls. 893 e ss.), o Ministério Público Federal se pronunciou em parecer circunstanciado (fls. 999 e ss.), e houve réplica (fls. 1.004 e ss.).

A contestação da autarquia-ré limitou-se a deduzir três argumentos, a saber: é descabido, no âmbito do processo de desapropriação, alegar a irregularidade do processo administrativo em que ela se embasou ou mesmo a nulidade do decreto de desapropriação; a suspensão do processo de desapropriação poderá trazer prejuízos às famílias assentadas no imóvel, bem como às ativida-

des institucionais do INCRA; não há nos autos provas da invasão do imóvel expropriado (cf. fls. 893/898).

Por sua vez, o Ministério Público Federal suscitou dois argumentos: a via eleita é inadequada, porquanto a ausência de efeito suspensivo decorreu do ato que recebeu o recurso de apelação, sujeito a agravo de instrumento; no caso dos autos não seria hipótese de suspensão do processo de desapropriação, pois não há provas de que a invasão noticiada tenha acarretado a impossibilidade de o expropriado demonstrar o cumprimento da função social de sua propriedade, em razão da destruição operada pelos invasores (cf. fls. 999/1002).

Embora o réu tenha interposto agravo interno da decisão que antecipou a tutela, o recurso ficou prejudicado com o julgamento definitivo proferido por esta Corte Regional, em que se concedeu a medida cautelar perseguida, confirmando a tutela provisória.

Agora, o INCRA e o Ministério Público Federal embargam de declaração o acórdão, arguindo a existência de pontos omissos e obscuros no *decisum*.

Nos seus embargos, o Ministério Público Federal reitera alegação de que a via eleita seria inadequada.

Já os embargos declaratórios do INCRA alegam a inexistência de pronunciamento judicial sobre:

a) a disciplina prevista no artigo 520, IV, do CPC, que impõe o recebimento do recurso de apelação contra a sentença que decidir o processo cautelar apenas no efeito devolutivo;

b) a incoerência com a decisão da Quarta Turma que, no curso do processo cautelar ora em grau de recurso, confirmou o indeferimento da tutela antecipada (AG 83103/CE);

c) a produção de graves repercussões na esfera jurídica do INCRA, uma vez que o retardamento no processo de desapropriação gerará acréscimos no valor da indenização, com a contagem de juros e correção monetária, além de prejuízos de natureza administrativa, quanto à consolidação do assentamento na área;

d) a aplicação do disposto no artigo 1º, § 3º, da Lei Federal nº 8.437/92, que veda a concessão de medida liminar que esgote, no

todo ou em parte, o objeto da ação;

e) a incompetência do Tribunal para julgar a ação cautelar, uma vez que o decreto presidencial autorizador da ação do INCRA só pode ser apreciado pelo colendo Supremo Tribunal Federal;

f) a incidência da norma do artigo 35 do Decreto-Lei nº 3.365/41, uma vez que o imóvel rural passou a integrar o domínio público desde 2007;

g) a suspensão da execução, pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, de acórdão proferido por este Tribunal em outro processo similar, através do Pedido de Suspensão de Liminar nº 157-4/PE;

h) a ausência de provas de que o esbulho ocorreu anteriormente ao decreto presidencial o qual, por sua vez, é posterior à vistoria administrativa – sendo certo ainda que a vistoria posterior ao decreto não conclui acerca da produtividade;

i) a ausência de irreversibilidade a ser protegida relativamente à expropriada, e existência de grave lesão aos cofres da União e às famílias de trabalhadores, bem como à atividade do INCRA;

j) a impropriedade da via eleita, uma vez que, segundo o disposto no artigo 522 do CPC, o meio adequado para se obter a concessão de efeito suspensivo em recurso de apelação seria o agravo de instrumento;

k) a aplicação de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, quando o correto seria aplicar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a aplicação do artigo 2º, § 6º, da Lei nº 8.629/93 só tem lugar quando a invasão ocorrida durante a vistoria administrativa, ou antes, seja hábil a alterar os graus de utilização da terra e eficiência em sua exploração, comprometendo os índices fixados em lei.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS (Relator Convocado):

Tendo em vista que tanto o INCRA quanto o Ministério Público

Federal apontam a existência de pontos omissos e obscuros no acórdão embargado, passo a apreciá-los.

Antes de tudo, cumpre delimitar a amplitude do recurso ao que efetivamente foi suscitado pelo Ministério Público Federal, em seu parecer, e àquilo que foi alegado pelo INCRA como fundamentos de sua defesa.

Os embargos de declaração do Ministério Público Federal são pertinentes e adequados e, realmente, suscitam a existência de ponto omissos no acórdão, que deixou de se pronunciar sobre a adequação desta ação cautelar para a suspensão do processo de desapropriação, alegação deduzida pelo *Parquet* em seu pronunciamento. O argumento consiste em considerar que a decisão impugnada, que admitiu o recurso apenas no efeito devolutivo, estaria sujeita ao recurso de agravo de instrumento, sendo descabida esta ação cautelar.

Por sua vez, os embargos de declaração do INCRA só têm pertinência quanto a alguns dos pontos alegados, e, no mais, inovam parcialmente a lide. Em boa verdade, cotejando o conteúdo da contestação da autarquia com seus embargos declaratórios fica claro o descompasso entre eles, pois a contestação traz apenas três argumentos de defesa, enquanto os embargos apontam a existência de onze pontos omissos ou obscuros, sendo que nem todos dizem respeito a argumentos deduzidos anteriormente na contestação.

Desse modo, enquanto os embargos de declaração do Ministério Público devem ser conhecidos *in totum* para suprir a omissão, os embargos de declaração do INCRA só podem ser conhecidos em parte, rejeitando-se as alegações que não frequentaram a contestação e que, por isso mesmo, foram atingidas pela preclusão consumativa.

Cuida-se aqui da aplicação do princípio *tantum devolutum quantum apelatum* para restringir a amplitude do recurso às questões efetivamente discutidas ou pelo menos suscitadas no momento oportuno, não havendo que se falar em omissão ou obscuridade quando a matéria só veio a ser deduzida em sede de embargos de declaração. Nesses casos, o Tribunal não está obrigado a se manifestar por configurar verdadeira inovação em sede recursal.

Esse entendimento está consolidado na jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, como se pode verificar dos seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. JUROS DE MORA. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NA DECISÃO RECORRIDA.

A apontada omissão na decisão monocrática, no que pertine à constitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, **não fora suscitada no agravo regimental interposto pela ora embargante, momento oportuno para o seu debate.** Na ocasião, a agravante se limitou a impugnar o mérito da controvérsia (complementação do reajuste de 28,86% concedido a servidores militares). **Desse modo, operou-se a preclusão do tema. Embargos de declaração rejeitados.**

(RE-AgR-ED 449662, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 05/08/2008, DJe 28/11/2008)

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458, III, E 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. INOVAÇÃO EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM*. PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. OCORRÊNCIA. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. VIOLAÇÃO DO ART. 3º DA LEI Nº 7.718/88. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 282/STF.

1. Não houve afronta dos arts. 458, III e 535, II, do CPC, pelo acórdão recorrido, uma vez que **toda a matéria submetida ao exame da Corte a quo foi analisada de forma clara e fundamentada, nos termos em que a questão foi devolvida pela apelação da recorrente, na exata medida do princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, não havendo que se falar em omissão, mormente pelo fato de que a alegada afronta do art. 3º da Lei nº 7.711/88 somente foi deduzida pela ora recorrente em sede de embargos de declaração, de forma que o Tribunal de origem não estava obrigado a se manifestar sobre ela por configurar verdadeira inovação em sede recursal.**

2. É cediço que, pelo princípio da eventualidade, a parte recorrente deve manifestar sua irrisignação contra a decisão judicial em momento oportuno, sob pena de não mais

poder insurgir-se sobre a questão não impugnada em razão da qual já terá se consumado a preclusão, tal qual ocorreu na hipótese dos autos.

3. O art. 3º da Lei nº 7.711/88 não foi, e nem poderia ser, objeto de análise pelo Tribunal de origem, de forma que o referido dispositivo legal tido por violado carece de prequestionamento, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial quanto a ele. Incide, no ponto, o Enunciado Sumular nº 282 do Supremo Tribunal Federal.

4. Nem se cogite, ainda, que a questão da redução para 10% do encargo legal previsto no Decreto-Lei nº 1.025/69 deveria ser analisada pelo Tribunal de origem em reexame necessário, uma vez que o mesmo não foi conhecido pelo acórdão recorrido em face do disposto no § 2º do art. 475 do CPC.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 641755/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 13/10/2009, DJe 23/10/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. INOVAÇÃO NA ARGUMENTAÇÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. INVIABILIDADE.

1. Aclaratórios recebidos como Agravo Regimental. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

2. Embora o Tribunal *a quo* tenha debatido a questão relativa à legalidade da cobrança de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, nas razões do Recurso Especial, **o ora agravante insurgiu-se apenas contra a preliminar de legitimidade ativa do consumidor final para postular a devolução dos valores recolhidos indevidamente. Dessa forma, não há falar em omissão, tampouco em ofensa ao art. 535 do CPC, mas, sim, em inovação nas razões recursais, o que é inviável ante a preclusão consumativa.**

3. Agravo Regimental não provido.

(EDcl no Ag 1112240/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 01/10/2009, DJe 09/10/2009)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INEXIS-

TÊNcia DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO JULGADO.

1. Os embargos de declaração, de que trata o art. 535 do CPC, tem por finalidade exclusiva provocar o saneamento de omissão, contradição ou obscuridade eventualmente existentes na sentença ou acórdão, não se prestando, destarte, à apreciação de questões novas, estranhas ao *decisum* embargado.

2. As alegações trazidas em embargos de declaração, e que não foram suscitadas em sede de recurso especial ou de subsequente agravo regimental, configuram inovação recursal impossível de ser admitida diante da preclusão.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1044885/SP, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 22/09/2009, *DJe* 02/10/2009)

A partir dessa premissa, julgo que houve preclusão consumativa das seguintes alegações, suscitadas pelo INCRA em seus embargos de declaração, eis que não constaram de sua contestação, nem do parecer do Ministério Público Federal, a saber: sobre a disciplina prevista no artigo 520, IV, do CPC, que impõe o recebimento do recurso de apelação contra a sentença que decidir o processo cautelar apenas no efeito devolutivo (item *a*); a incoerência com a decisão da Quarta Turma que, no curso do processo cautelar ora em grau de recurso, confirmou o indeferimento da tutela antecipada (AG 83103/CE) (item *b*); a produção de graves repercussões na esfera jurídica do INCRA, uma vez que o retardamento no processo de desapropriação gerará acréscimos no valor da indenização, com a contagem de juros e correção monetária, além de prejuízos de natureza administrativa, quanto à consolidação do assentamento na área (item *c*); a aplicação do disposto no artigo 1º, § 3º, da Lei Federal nº 8.437/92, que veda a concessão de medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (item *d*); a incompetência do Tribunal para julgar a ação cautelar, uma vez que o decreto presidencial autorizador da ação do INCRA só pode ser apreciado pelo colendo Supremo Tribunal Federal (item *e*); a incidência da norma do artigo 35 do Decreto-Lei nº 3.365/41, uma vez que o imóvel rural passou a integrar o domínio

público desde 2007 (item *f*); a suspensão da execução, pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, de acórdão proferido por este Tribunal em outro processo similar, através do Pedido de Suspensão de Liminar nº 157-4/PE (item *g*).

Por via de consequência, os embargos de declaração do INCRA devem ser conhecidos apenas em parte para suprir eventual omissão ou obscuridade relativas às seguintes alegações, constantes de sua contestação: a ausência de provas de que o esbulho ocorreu anteriormente ao decreto presidencial o qual, por sua vez, é posterior à vistoria administrativa – sendo certo ainda que a vistoria posterior ao decreto não conclui acerca da produtividade (item *h*); a ausência de irreversibilidade a ser protegida relativamente à expropriada, e existência de grave lesão aos cofres da União e às famílias de trabalhadores, bem como à atividade do INCRA (item *i*).

Além disso, os embargos também devem ser conhecidos para suprir eventual omissão ou obscuridade em matérias que, mesmo não tendo sido alegadas na contestação do INCRA, foram no parecer do Ministério Público Federal, de modo que sua reiteração em embargos declaratórios pelo réu não inova a lide, nomeadamente: a impropriedade da via eleita, uma vez que, segundo o disposto no artigo 522 do CPC, o meio adequado para se obter a concessão de efeito suspensivo em recurso de apelação seria o agravo de instrumento (item *j*); a aplicação de entendimento do STJ, quando o correto seria aplicar a jurisprudência do STF, no sentido de que a aplicação do artigo 2º, § 6º, da Lei nº 8.629/93 só tem lugar quando a invasão ocorrida durante a vistoria administrativa, ou antes, seja hábil a alterar os graus de utilização da terra e eficiência em sua exploração, comprometendo os índices fixados em lei (item *k*).

Delimitada a amplitude de ambos os recursos, passo a apreciar as razões recursais.

O Ministério Público Federal embarga de declaração o acórdão que concedeu a medida cautelar postulada, alegando que a decisão impugnada não se pronunciou sobre a inadequação da via eleita para a obtenção de efeito suspensivo ativo no recurso de apelação. Segundo sustenta, não seria cabível ação cautelar com essa finalidade quando o correto teria sido manejar agravo de ins-

trumento contra a decisão que recebeu o recurso unicamente no efeito devolutivo, isso com fundamento no artigo 522 do CPC.

Existe, com efeito, omissão.

Todavia, a tese da inadequação da via eleita é infundada.

Observo, de início, que a ação cautelar foi proposta pela demandante antes mesmo de ter sido prolatado despacho recebendo o recurso de apelação, de modo que não seria exigível a interposição de agravo contra decisão até então inexistente.

Além do mais, ainda que houvesse sido proferida decisão recebendo o recurso apenas no efeito devolutivo, a demandante sequer poderia impugná-la por meio de agravo, haja vista que o juiz monocrático estaria meramente aplicando a norma prescrita no artigo 520, IV, do CPC, que veda expressamente a atribuição de efeito suspensivo contra sentença que decide o processo cautelar. Não haveria nessa decisão *error in procedendo* ou mesmo *error in iudicando* a ser questionado.

Assim, seja por um motivo ou por outro, o fato é que o agravo de instrumento não seria em nenhuma hipótese a via processual adequada para veicular a pretensão da demandante.

Aliás, sequer seria o caso de exigir da demandante que se socorresse do expediente previsto no artigo 558, parágrafo único, do CPC, para tentar obter “efeito suspensivo ativo” em seu recurso de apelação. Isso porque, como a sentença julgou improcedentes os pedidos deduzidos na inicial, não haveria nenhum provimento jurisdicional a ser suspenso, sendo inadequada a pretensão a uma “suspensão ativa”, o que só seria possível em sede de agravo.

Em boa verdade, a dúvida existente acerca da adequação da via eleita, a rigor, não tem nenhum sentido, na medida em que a parte autora elegeu o único meio processual adequado para obter o provimento almejado, ou seja, assegurar a futura efetividade da tutela recursal com a suspensão do processo de desapropriação enquanto pendente de julgamento sua apelação.

O imbróglio foi gerado apenas em razão de um equívoco terminológico, mera atecnia processual, consistente em chamar de

“efeito suspensivo ativo” o acautelamento da tutela recursal requerida pela demandante.

Considerando que a sentença rejeitou o pedido, a concessão da medida cautelar em favor da demandante nada tem de suspensiva, justamente porque não existe efeito algum para se suspender.

Seria diferente se a sentença houvesse acolhido o pedido, e o INCRA, por sua vez, pretendesse obter efeito suspensivo em sua apelação, isto é, pretendesse suspender os efeitos produzidos pela sentença apelada. Na hipótese aqui cogitada seria cabível tanto a aplicação do disposto no artigo 558, parágrafo único, do CPC, para atribuir efeito suspensivo à apelação, quanto o ajuizamento de ação cautelar para assegurar a efetividade da tutela recursal perseguida com a suspensão dos efeitos da sentença, desde que houvesse urgência. Veja-se que, em qualquer caso, não seria possível interpor agravo de instrumento da decisão que recebesse o recurso apenas no efeito devolutivo, pois tal decisão, insista-se, não estaria eivada de defeito algum a ser corrigido pelo Tribunal.

Ora, na medida em que a sentença rejeitou os pedidos da demandante, e não havendo efeito algum a ser suspenso por meio de seu recurso de apelação, era descabida a aplicação da regra do artigo 558, parágrafo único, do CPC. Logo, não restava nenhuma alternativa à demandante, para suspender o prosseguimento do processo de desapropriação, senão o ajuizamento de ação cautelar perante o órgão *ad quem*, para garantir a utilidade da tutela perseguida na instância recursal.

Nesse passo, é indubitosa a adequação da via eleita. Veja-se a propósito disso acórdão do egrégio STJ que esclarece as hipóteses de cabimento da ação cautelar para assegurar os efeitos da tutela recursal:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE ADMISSÃO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. CABIMENTO. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO DE SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS EMBARGOS DO DEVEDOR. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO COMO DEFINITIVA. VIA-

BILIDADE, ENTRETANTO, DE OUTORGA DE EFEITO SUSPENSIVO, NOS CASOS DO ART. 558 DO CPC.

1. Em conformidade com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal nas Súmulas 634 e 635, em casos excepcionais, em que haja risco de comprometimento de valor jurídico prevaemente, como o direito constitucional à efetividade da jurisdição, é admissível medida cautelar destinada a antecipar tutela recursal ou atribuir efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido pelo Tribunal de origem.

2. Pendente recurso da sentença que julgou improcedentes os embargos do devedor, a execução prossegue como definitiva. Todavia, havendo risco de irreversibilidade da execução definitiva, tornando inútil o eventual êxito do executado no julgamento final dos embargos, poderá o embargante, desde que satisfeitos os requisitos genéricos da antecipação de tutela (*fumus boni juris* e *periculum in mora*), socorrer-se de uma peculiar medida antecipatória, oferecida pelo art. 558 do CPC: a atribuição de efeito suspensivo ao recurso. Precedente: REsp 630936/RS, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ 22.11.2004.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg na MC 10.260/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 23/08/2005, DJ 05/09/2005, p. 203)

Com essas razões, e tendo demonstrado o cabimento da ação cautelar na hipótese em exame, dou provimento aos embargos de declaração do Ministério Público Federal para suprir a omissão, mas nego os efeitos infringentes pretendidos.

Sigo apreciando os embargos de declaração interpostos pelo INCRA.

A primeira alegação a ser apreciada diz respeito à suposta omissão do acórdão, que não teria se pronunciado sobre a ausência de provas de que o esbulho ocorreu anteriormente ao decreto presidencial, o qual, por sua vez, é posterior à vistoria administrativa – sendo certo ainda que a vistoria posterior ao decreto não conclui acerca da produtividade (item *h*).

Quanto a essa alegação verifico que não procede o inconformismo do INCRA. No voto do relator a questão pertinente à prova

constante dos autos foi devidamente analisada, tendo sido asseverado que:

... existe intensa controvérsia quanto à inobservância da vedação veiculada pelo artigo 2º, parágrafo 6º, da Lei nº 8.629/93, devido a uma ocupação irregular registrada em Boletim de Ocorrência de nº 320/07 da Unidade Policial de São Luiz do Curu; com Laudo Pericial elaborado pelo Instituto de Criminalística da Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Ceará, matérias jornalísticas, fotografias do local, etc. (Cf. fl. 1.066).

Além disso, a fundamentação do voto foi específica em asseverar que o Decreto Declaratório de interesse público para fins de desapropriação e o laudo de vistoria apresentado pelo réu foram formalizados quando o imóvel já se encontrava invadido, senão, veja-se:

... diviso, também, que a aquisição da propriedade pela promovente deu-se em – 06.08.2007 – quando o imóvel já se encontrava invadido; que o Decreto Declaratório de interesse público para fins de desapropriação é de – 17.01.2007 – e o Laudo de Vistoria é de – 18.05.2007 –, bem como com o ingresso da Ação de Desapropriação só foi concretizado em – 31.08.2007, ou seja, quando já consumada a invasão (cf. fl. 1.067).

A partir das transcrições supra constata-se que não existe omissão a ser suprida no que diz respeito ao pronunciamento do juízo sobre a existência de provas de que o esbulho ocorreu antes do decreto presidencial e da vistoria. A decisão discorreu sobre o tema e o fez de forma expressa, com muita clareza. Ocorre que, se o INCRA não concorda com essa avaliação da prova, por considerar que o laudo de vistoria mencionado na decisão – o único apresentado pelas partes nos autos – não dizia respeito à produtividade, ou mesmo que haveria outro laudo anterior à invasão, atestando que o imóvel na realidade era improdutivo, deveria ter alegado e provado esses fatos em momento oportuno; o que não se pode admitir é que venha suscitar tal discussão quando o processo já foi julgado.

Com efeito, o que o embargante pretende aqui é obter uma reavaliação da prova, matéria que diz respeito ao mérito do julga-

mento e que, por isso mesmo, não pode ser discutida em sede de embargos de declaração. Mas mais ainda, o embargante pretende que a prova seja reavaliada em vista de novas alegações não mencionadas no curso da demanda, trazendo inovação não permitida, conforme já exaustivamente exposto.

Quanto à inadequação dos embargos de declaração para reavaliação de provas, veja-se o seguinte julgado desta Corte Regional:

PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO. ALEGADO ERRO DE FATO. DECISÃO CONTRA A PROVA DOS AUTOS. REVISÃO DO JULGAMENTO. REAPRECIAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INEXISTÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 535 DO CPC. REJEIÇÃO.

I - O acórdão embargado entendeu que o benefício de assistência social não poderia ter sido suspenso antes de assegurados o contraditório e a ampla defesa, decidindo inteiramente a questão posta a julgamento.

II - Os embargos declaratórios, ainda que opostos no nítido interesse de prequestionamento, não se prestam a re-discutir matéria já analisada quando do julgamento do recurso.

III - Uma vez acolhido um dos fundamentos jurídicos da questão como razão de decidir, não está o Tribunal obrigado a apreciar os demais. Omissão inexistente.

IV - A contradição que autoriza a declaração do acórdão é aquela verificada no próprio julgamento, e não entre os seus fundamentos e a prova dos autos.

V - Imprestabilidade dos embargos como meio de reavaliação da prova ou para sanar eventual erro de julgamento.

VI - O erro de fato que, por construção jurisprudencial, admite a correção por meio de embargos, verifica-se quando o Tribunal julga matéria inteiramente distinta da tratada nos autos.

(AC 309869, Rel. Desembargador Federal Rogério Fialho, julgado em 14/04/2003)

Inexiste, pois, omissão ou obscuridade a serem supridas, pelo que nego provimento aos embargos de declaração quanto a esse ponto.

A segunda alegação do INCRA a ser apreciada refere-se à ausência de irreversibilidade a ser protegida relativamente à expropriada, e existência de grave lesão aos cofres da União e às famílias de trabalhadores, bem como à atividade da autarquia (item 1).

Nessa parte da decisão verifica-se omissão parcial a ser suprida. A decisão impugnada foi clara em seus fundamentos no que toca ao perigo da demora que justificou a concessão da medida, assentando a existência de risco iminente de dano irreparável ou de difícil reparação em prejuízo da demandante, pela criação de uma situação fática irreversível, como se vê do voto do relator:

No tocante ao segundo requisito – o perigo na demora –, decorre mesmo das circunstâncias narradas na inicial, mormente pelo fato de que a apelação interposta poderá ser julgada somente após a proclamação do resultado da Ação de Desapropriação, de modo a se constituir, neste interregno, uma situação fática irreversível, com sérios gravames de difícil e até mesmo impossível reparação, sem se falar no desprestígio de uma decisão judicial, aca-so favorável ao promovente (cf. fl. 1.067).

Não se pronunciou, contudo, sobre o perigo da demora inverso, pelo que reconheço nessa parte a existência de omissão.

Todavia, mais uma vez a integração da decisão não conduz à sua modificação.

A reversibilidade da medida não é pressuposto para concessão da tutela cautelar, que ostenta caráter natureza meramente conservativa do direito, e sim da tutela antecipada, que pode ter caráter satisfativo. Isso porque, como as providências cautelares não têm caráter satisfativo, do ponto de vista jurídico não podem ser tidas como irreversíveis.

Nesse sentido, note-se que a suspensão da desapropriação, obtida pela demandante, visa tão-somente à preservação da segurança jurídica, assegurando a utilidade do futuro provimento jurisdicional acautelado, e prevenindo a criação de uma situação fática irreversível, para empregar a expressão do eminente Des. Federal Lázaro Guimarães.

A preservação da segurança jurídica justifica a adoção de medidas conservativas, as quais são, por definição, plenamente

reversíveis. Na situação *sub judice* é muito fácil de demonstrar a reversibilidade da suspensão dos atos expropriatórios; basta cogitar que, na hipótese de improvemento do recurso de apelação, nada impediria que se determinasse o prosseguimento do processo de desapropriação.

Não se pode confundir, contudo, a reversibilidade da medida, que não ocorre no âmbito da tutela cautelar, com a produção de resultados fáticos de efeitos permanentes, o que é admissível mesmo nessa instância.

Ocorre que a possibilidade de produção de tais resultados no mundo dos fatos tem por consequência a responsabilidade processual civil objetiva do requerente pelos prejuízos causados ao requerido, a teor do disposto no artigo 811 do CPC, e não o indeferimento da medida cautelar postulada, como pretende o INCRA.

Do exposto, dou parcial provimento aos embargos para suprir a omissão, mas nego os efeitos infringentes.

Analisando, por fim, as alegações suscitadas nos embargos do INCRA que, embora ausentes em sua contestação, haviam sido arguidas no parecer do Ministério Público Federal.

A primeira delas diz respeito à impropriedade da via eleita, uma vez que, segundo o disposto no artigo 522 do CPC, o meio adequado para se obter a concessão de efeito suspensivo em recurso de apelação seria o agravo de instrumento (item *j*).

Essa alegação já foi apreciada quando da análise dos embargos declaratórios do Ministério Público Federal, sendo dispensada a repetição dos argumentos nessa parte.

Registro apenas que, pelas mesmas razões já expandidas anteriormente, dou provimento aos embargos de declaração para suprir a omissão, mas nego os efeitos infringentes pretendidos.

Resta, por fim, a alegação de que foi aplicado ao caso o entendimento do STJ, quando o correto seria acolher a jurisprudência do STF, no sentido de que a aplicação do artigo 2º, § 6º, da Lei nº 8.629/93 só tem lugar quando a invasão ocorrida durante a visitação administrativa, ou antes, seja hábil a alterar os graus de utilização da terra e eficiência em sua exploração, comprometendo os índices fixados em lei (item *k*).

Verifica-se aqui que existe omissão parcial, apenas.

O relator foi claro em seu pronunciamento, ao adotar o entendimento do STJ como critério de julgamento deste processo, se não, veja-se:

O STJ, na condição de guardião da lei federal, editou o verbete sumular n° 354, do seguinte teor: “A invasão do imóvel é causa de suspensão do processo expropriatório para fins de reforma agrária”. Com essas considerações, dou como presentes os pressupostos do fumus boni iuris (cf. 1.067).

O *decisum* não se manifestou, contudo, sobre os motivos para rejeitar a tese do Ministério Público Federal. Pois bem. Ocorre que a decisão está correta. Não se sustenta a tese de que a invasão que impede a vistoria e suspende o processo expropriatório seria tão-somente a que altere o grau de utilização da terra ou a eficiência em sua exploração, pois a lei não faz essa distinção. Veja-se a propósito a regra do artigo 2º, § 6º, da Lei nº 8.629/93:

§ 6º O imóvel rural de domínio público ou particular **objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo não será vistoriado, avaliado ou desapropriado nos dois anos seguintes à sua desocupação**, ou no dobro desse prazo, em caso de reincidência; e deverá ser apurada a responsabilidade civil e administrativa de quem concorra com qualquer ato omissivo ou comissivo que propicie o descumprimento dessas vedações.

Se a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir, nesse passo, a correta solução jurídica para a questão é sem dúvida a do enunciado nº 354 do STJ, adotado pelo *decisum*.

Ora, ficou demonstrado nos autos que o laudo de avaliação do imóvel foi realizado meses depois da invasão, esbulho e ocupação da fazenda, em violação direta da legislação de regência.

Ademais, mesmo que a tese jurídica do INCRA estivesse correta, o que se admite apenas para argumentar, ainda assim não serviria às suas pretensões neste processo. Isso porque ficou claro no curso da instrução que a demandante adquiriu a propriedade deparando-se com um grande número de invasores no terreno,

não conseguindo sequer entrar na posse do imóvel. Assim, numa cognição limitada à verossimilhança do direito alegado, típico da tutela cautelar, forçoso concluir que a invasão influenciou de forma significativa nas possibilidades da demandante em utilizar a propriedade de maneira produtiva, cumprindo sua função social.

Nesse passo, cumpre dar provimento parcial aos embargos para suprir a omissão, mas nego os efeitos infringentes pretendidos.

De todo o exposto, conheço dos embargos de declaração do Ministério Público Federal e dou-lhes provimento para suprir o ponto omissos, mas nego os efeitos infringentes. Conheço parcialmente dos embargos de declaração do INCRA, rejeitando apenas a apreciação de questões novas, estranhas à decisão embargada, ante a preclusão consumativa, para nessa parte dar-lhes parcial provimento, suprimindo os pontos omissos, mas nego os efeitos infringentes.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.760-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA

Impetrantes: DR. ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTROS

Impetrado: JUÍZO DA 24ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO

Paciente: SÍLVIO ROBERTO TAVARES DE ARAÚJO (RÉU PRESO)

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. VENDA DE ARMAMENTO E MUNIÇÃO DESACOMPANHADAS DAS FORMALIDADES LEGAIS. ART. 17 DA LEI Nº 10.826/03. HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. DECISÃO DENEGATÓRIA DE LIBERDADE PROVISÓRIA. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E DA MATERIALIDADE DO CRIME. REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA E NECESSIDADE DE ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PE-

NAL. INEXISTÊNCIA. INTERDIÇÃO DA EMPRESA. INVIABILIDADE DE REITERAÇÃO DA CONDUCTA. APREENSÃO DOS PRODUTOS EXISTENTES NO EMPREENDIMENTO. ORDEM CONCEDEDA.

- A materialidade do crime encontra respaldo no lançamento irregular de informações no SICOVEM, indicando a reiterada venda de armamento e munições despida das formalidades exigidas pela Lei nº 10.826/03 e regulamentos, pois foi operacionalizada grande quantidade de vendas em curto lapso (98 vendas em 2 horas), sem que os “compradores” ostentassem os requisitos necessários para tanto.

- Sobre a autoria, o paciente testemunhou, por ocasião de seu interrogatório na fase policial, ostentar a qualidade de responsável pela loja PESCA E CAÇA, a despeito da propriedade da loja restar registrada no nome de sua esposa.

- A ofensa à ordem pública restaria presente na viabilidade de o réu dar continuidade à reiteração da conduta criminosa, isso consentâneo com a doutrina do prof. Eugênio Pacelli de Oliveira: No Brasil, a jurisprudência, ao longo desses anos, tem se mostrado ainda um pouco vacilante, embora já dê sinais de ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo (in *Curso de Processo Penal*, 7ª edição, Ed. Del Rey, pág. 436).

- Revela-se estreme de dúvidas a inviabilidade de o acusado reiterar a prática das vendas ilegais de armamento e munição, pois o empreendimento – utilizado para tanto – resta inativo, isso em razão de intervenção administrativa, tanto do Ministério da Defesa (exercido através do Exército Brasileiro e em nome do Chefe do Estado-Maior da 7ª Região Militar), quanto da Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco.

- Tentar direcionar o sentido de proteção da ordem pública em razão da repercussão do crime, implicaria admitir que a gravidade do crime em tese, e por si só, justificaria o afastamento de princípios jurídicos caros ao regime democrático de direito, tais como o da isonomia e da inocência. Ademais, na etapa processual presente, não há sequer indícios de que o paciente seria responsável por abastecer (com armamentos e munições) o crime local, argumento utilizado no decisum atacado. Precedentes citados: STF, HC98866/RS, Rel. Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, unânime, Dje 16.10.2009, pág. 560; STJ, HC 50326, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, unânime, Dje 10.4.2006, pág. 258; TRF 5ª Região, HC 3570/PE, Rel. Desembargador Federal Rogério Fialho, Primeira Turma, unânime, Dje 10.9.2009, pág. 142.

- Iguamente, a busca do resguardo da instrução processual revela-se imotivada, bem assim desstituída de plausibilidade. A interdição da empresa, bem assim a apreensão dos produtos controlados existentes, revelam a plena colheita da prova, a qual já se encontra acondicionada pela Administração Pública, pelo que não se faz crível a viabilidade de qualquer ato de ingerência do paciente na atividade probatória.

- O cárcere cautelar, é sabido, constitui medida excepcional, tão só viável quando delineadas as situações estampadas no art. 312 do CPP, inexistentes no presente caso.

- Ordem de habeas corpus concedida, albergando ao paciente liberdade provisória, mediante termo de compromisso e de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais.

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 maioria, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 3 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se de petição de *HABEAS CORPUS* impetrado pelo Bel. ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTROS, em favor do paciente SÍLVIO ROBERTO TAVARES DE ARAÚJO, em contrariedade à decisão da MM. Juíza Federal Substituta AMANDA GONÇALEZ STOPPA (fls. 34/39), a de denegar o pedido de revogação de prisão preventiva, posto remanescerem os requisitos da segregação cautelar do indiciado, fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública.

O paciente é acusado de vender, despido das formalidades legais, armas de fogo e munições (art. 17 da Lei 10.826/03¹), razão pela qual foi preso em flagrante delito, em 14.10.2009, em operação dirigida pela Polícia Federal em conjunto com o Exército Brasileiro.

Dos autos consta que, na suso referida data, em fiscalização na loja CAÇA E PESCA, de propriedade da esposa do paciente, foram lançadas no SICOVEM (Sistema de Controle de Vendas e Estoque de Munições) 98 vendas em um período de 2h, sendo que, das pessoas informadas no sistema, tão só uma constava como portadora de registro de arma válido.

¹ Art. 17. Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

A prisão em flagrante fora convertida em cautelar, decisão esta ora impugnada pelo presente *writ*.

A MM. Juíza Federal Substituta assim decidiu:

Em que pese a alegação de ser o autuado tecnicamente primário (já que não sofreu nenhuma condenação transitada em julgado), ter residência fixa, bom comportamento social (conforme declarações às fls. 92/109 dos autos 2009.83.02.001488-3), profissão definida, julgo necessária a decretação de sua prisão preventiva.

Ponto que a ocupação do acusado (empresário) era justamente seu instrumento para comercialização de armas de fogo, acessórios e munição de modo ilegal. O possível cometimento de crime vinculado ao desenvolvimento de sua atividade laboral importa ocupação ilícita.

Ressalto, também, que o acusado está sendo processado por crime de mesma natureza na Justiça Estadual perante a 2ª Vara Criminal da Comarca de Caruaru/PE, conforme anota a certidão de fl. 90 do processo 2009.83.02.001488-3.

(...)

Conjugando tais fatos, convenço-me da possibilidade de o acusado reiterar atos semelhantes aos ora imputados de modo atingir (*sic*) a garantia da ordem pública, pois o comércio ilegal de armas caracteriza-se como um fator de aumento da criminalidade.

(...)

Com essas considerações, entendo que a segregação provisória do acusado é medida adequada e proporcional, sendo necessária não só para manutenção e garantia da ordem pública, já que a conduta do acusado provavelmente implica o abastecimento ilegal de armas e munições em toda a região, como também, como bem pontuou o Ministério Público Federal, **para garantia da instrução criminal, já que em liberdade o acusado poderia eliminar documentos que o incriminem e criar embaraço à formação da culpa.**

[Grifei]

Sustenta o impetrante não subsistirem no decreto prisional os elementos necessários à constrição cautelar, inscritos no art. 312 do CPP. Outrossim, argumenta a ausência de motivação na decisão atacada, pois em momento algum teria apontado *qualquer fato*

objetivo suficiente a justificar a necessidade da prisão cautelar do paciente, seja para garantia da ordem pública, seja por conveniência da instrução criminal (fl. 4).

Ouvida a MM. Juíza *a quo*, esta renovou os termos da decisão atacada (fls. 57/66).

Instado a se pronunciar, o *Parquet* Federal que oficia junto a este egrégio Tribunal elaborou parecer, subscrito pelo Ilmo. Procurador Regional da República UAIRANDYR TENÓRIO DE OLIVEIRA, assim sumariado (fls. 67/70):

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVAÇÃO ADEQUADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A decretação da prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública resta devidamente fundamentada quando aponta dados concretos que acenam para a possibilidade de o paciente voltar a delinquir se posto em liberdade.
2. Parecer pela denegação da ordem.

Nas fls. 71/89, o impetrante junta documentos novos aos autos, onde comprova a inoperabilidade da loja PESCA E CAÇA, quanto à venda de armamentos e munições, bem assim a apreensão dos computadores da referida loja.

Concedida nova vista ao MPF, este se pronunciou pela manutenção dos termos do parecer anteriormente elaborado, pugnando pela manutenção da medida constritiva.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

O decreto segregatório cautelar possui contornos de excepcionalidade, devendo observar os estreitos requisitos do art. 312 do CPP.

Ei-lo:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por con-

veniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

A materialidade do crime encontra respaldo no lançamento irregular de informações no SICOVEM, indicando a reiterada venda de armamento e munições despida das formalidades exigidas pela Lei nº 10.826/03 e regulamentos, pois foi operacionalizada grande quantidade de vendas em curto lapso (98 vendas em 2 horas), sem que os “compradores” ostentassem os requisitos necessários para tanto.

Sobre a autoria, o paciente testemunhou, por ocasião de seu interrogatório na fase policial, ostentar a qualidade de responsável pela loja PESCA E CAÇA, a despeito da propriedade da loja restar registrada no nome de sua esposa.

Passo a analisar os fundamentos da prisão cautelar.

A douta Juíza *a quo* caracterizou a necessidade da cautela em razão da garantia da ordem pública – possibilidade de reiteração da conduta criminosa – bem assim a tutela da instrução criminal, uma vez que solto, o paciente poderia interferir na prova do crime.

Pois bem.

Com a devida vênia aos bem lançados argumentos da MM. Juíza *a quo*, compartilhados pelo Ilmo. Procurador Regional da República, tenho que, se dúvidas havia sobre a possibilidade de reiteração da conduta criminosa, esta não mais existe em função dos documentos coligidos pelo impetrante.

A ofensa à ordem pública restaria presente na viabilidade de o réu dar continuidade à reiteração da conduta criminosa, isso consentâneo com a doutrina do prof. Eugênio Pacelli de Oliveira (*in Curso de Processo Penal*, 7ª edição, Ed. Del Rey, pág. 436):

No Brasil, a jurisprudência, ao longo desses anos, tem se mostrado ainda um pouco vacilante, embora já dê sinais de ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo.

Revela-se estreme de dúvidas a inviabilidade de o acusado praticar as ditas vendas ilegais de armamento e munição, pois o

empreendimento – utilizado para tanto – resta inativo, isso em razão de intervenção administrativa, tanto do Ministério da Defesa (exercido através do Exército Brasileiro e em nome do Chefe do Estado-Maior da 7ª Região Militar), quanto da Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco.

Percebe-se, por outro lado, na fórmula desenhada no parecer do *Parquet* Federal, uma tentativa de direcionar o sentido de proteção da ordem pública para a repercussão do crime. Acolher tal diretriz implicaria admitir que a gravidade do crime em tese, e por si só, justificaria o afastamento de princípios jurídicos caros ao regime democrático de direito, tais como o da isonomia e da inocência.

Não é outro o entendimento sufragado pelo prof. Nestor Távora (in *Curso de Direito Processual Penal*, 3ª edição, Editora Podivm, pág. 480):

Filiamo-nos, como há destacado, à corrente intermediária, conferindo uma interpretação constitucional à acepção da ordem pública, acreditando que a mesma está em perigo quando o criminoso simboliza um risco, pela possível prática de novas infrações, caso permaneça em liberdade. Data vênua, **a gravidade da infração ou a repercussão do crime não seriam fundamentos idôneos à decretação prisional. Cabe ao técnico a friezua necessária no enfrentamento dos fatos, e se a infração impressiona por sua gravidade, é fundamental recorrer-se ao equilíbrio, para que a condução do processo possa desaguar na punição adequada, o que só então permitirá a segregação. Caso contrário estaríamos antecipando a pena, em verdadeira execução provisória, ferindo de morte a presunção de inocência.**

Nem se diga que a liberdade do infrator durante a persecução poderia afetar a imagem da Justiça. Ora, o sentimento popular não pode pautar a atuação judicial com repercussão tão graciosa na vida do agente. A política de “boa vizinhança” com a opinião pública ou com a imprensa não pode levar ao descalabro de colocarmos em tábua rasa as garantias constitucionais, em prol da falaciosa sensação de segurança que o encarceramento imprimiria. A imagem do Judiciário deve ser preservada, com a condução justa

do processo, não cabendo ao réu suportar este ônus com a sua liberdade.

[Grifei]

Ademais, na etapa processual presente, não há sequer indícios de que o paciente seria responsável por abastecer (com armamentos e munições) o crime local, argumento utilizado no *de-cisum* atacado.

Igualmente, a busca do resguardo da instrução processual revela-se imotivada, bem assim destituída de plausibilidade. A interdição da empresa, bem assim a apreensão dos produtos controlados existentes, revelam a plena colheita da prova, a qual já se encontra acondicionada pela Administração Pública, pelo que não se faz crível a viabilidade de qualquer ato de ingerência do paciente na atividade probatória.

O cárcere cautelar, é sabido, constitui medida excepcional, tão só viável quando delineadas as situações estampadas no art. 312 do CPP, as quais inexistem no caso em rima.

Nesse sentido:

EMENTA: AÇÃO PENAL.

- Prisão preventiva. *Habeas corpus*. Impetração contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido ao STJ, negou seguimento ao pedido. Supressão de instância. HC a que se nega seguimento.
- Concessão, porém, de ordem de ofício, para cassar decreto de prisão fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime e pela crença de impunidade que domina o senso comum.
- Exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça. Inadmissibilidade.
- Razão que não autoriza a prisão cautelar. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF. Precedentes.
- Em princípio, não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, não conhece do pedido.
- Concede-se ordem de ofício para cassar decreto de prisão preventiva baseado em suposta exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça, para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato.

(STF, HC98866/RS, Rel. Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, unânime, *Dje* 16.10.2009, pág. 560)

CRIMINAL. HC. PECULATO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIA SUBSUMIDA NO TIPO. PROVA DA MATERIALIDADE E AUTORIA. CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA A RESPALDAR A CUSTÓDIA. POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DA PRÁTICA DELITIVA. DESAPARECIMENTO DE ELEMENTOS DE PROVA. AMEAÇA A TESTEMUNHA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. MERAS SUPOSIÇÕES E PROBABILIDADES. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. ORDEM CONCEDIDA.

- O juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado à paciente, bem como do grau de intensidade e grandeza das lesões supostamente cometidas, a existência de prova da autoria e materialidade dos crimes e a credibilidade do Poder Judiciário não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto que não a própria prática, em tese, criminosa.

- Aspectos que devem permanecer alheios à avaliação dos pressupostos da prisão preventiva, mormente para garantia da ordem pública, eis que desprovidos de propriamente (*sic*) cautelar, com o fim de resguardar o resultado final do processo. As afirmações a respeito da gravidade do delito trazem aspectos já subsumidos no próprio tipo penal.

- Conclusões vagas e abstratas tais como a preocupação de que a paciente pode reiterar a conduta supostamente delitiva, ou desaparecer elementos probatórios, ameaçar testemunhas ou suborná-las, sem vínculo com situação fática concreta, efetivamente existente, consistem meras probabilidades e suposições a respeito do que a acusada poderá vir a fazer, caso permaneça solta, motivo pelo qual não podem respaldar a medida constritiva para conveniência da instrução criminal. Precedentes do STF e do STJ.

- Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, devem ser devidamente valoradas, quando não demonstrada a presença de requisitos que justifiquem a medida constritiva excepcional. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como o decreto prisional, para revogar a prisão preventiva

dos pacientes, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(STJ, HC 50326, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, unânime, *Dje* 10.4.2006, pág. 258)

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* LIBERATÓRIO. CRIMES, EM TESE, DE PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FOGO E CONTRABANDO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE. PRIMARIEDADE TÉCNICA. CONSTATAÇÃO. NATUREZA DA INFRAÇÃO E GRAVIDADE OBJETIVA DO FATOS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE, POR SI SÓS, NÃO JUSTIFICAM A PRIVAÇÃO CAUTELAR. LIBERDADE PROVISÓRIA. CONCESSÃO. TERMO DE COMPROMISSO E DE COMPARECIMENTO OBRIGATÓRIO A TODOS OS ATOS PROCESSUAIS. EXPEDIÇÃO. ARTIGO 310, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APLICAÇÃO.

1 - A própria descrição dos fatos imputados, conforme se verifica do Auto do Flagrante, do Parecer Ministerial ofertado em primeiro grau, do teor da decisão singular e das informações prestadas, denota, em princípio, indícios de autoria e materialidade delituosas.

2 - Apreensão de armas e munições de uso proscrito e de procedência estrangeira (uma Carabina - US CARBINE CAL.30-MI, acompanhada de 3 carregadores e um FUZIL MAUSER, acompanhadas de carregadores, munições e acessórios).

3 - Desacolhe-se a tese de desproporcionalidade da prisão preventiva ao argumento de se revelar mais gravosa do que a reprimenda porventura imposta na hipótese de condenação definitiva, pois, consoante o disposto no artigo 59 do Código Penal, o juiz observará, para a fixação da pena-base, além dos antecedentes do agente, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime.

4 - Já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça que: “na fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta na sentença, não se deve considerar, isoladamente, apenas a quantidade da pena aplicada (CP, art. 33, parágrafo 2º), mas, igualmente, as condições pessoais do réu (CP, art. 33, parágrafo 3º, c/c o art. 59), que podem, eventualmente, justificar a imposição de regime mais gra-

voso”.

5 - Precipitada, portanto, a conclusão de que cumprirá o réu, ora Paciente, na eventualidade de sua condenação definitiva, pena que não seja em regime fechado, ou de que haveria uma substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, que para sua concessão há de ser observada as circunstâncias da prática do crime.

6 - Em relação ao pleito de revogação do decreto cautelar ao argumento de ausência dos seus requisitos (CPP, art. 312), segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal: “Os elementos próprios à tipologia bem como as circunstâncias da prática delituosa não são suficientes a respaldar a prisão preventiva, sob pena de, em última análise, antecipar-se o cumprimento da pena ainda não imposta”.

7 - A Suprema Corte tem advertido “que a natureza da infração não se revela circunstância apta a justificar a privação cautelar do *status libertatis* daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado”.

8 - No caso concreto, o paciente já sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado, com o oferecimento da denúncia pelo *dominus litis*.

9 - No que se refere ao *status libertatis*, tenho presente a hipótese de concessão de liberdade provisória, com arrimo no artigo 310, parágrafo único, da lei adjetiva penal, porquanto não obstante existam indícios de autoria e materialidade delituosas, em tese, não se constata, por outro lado, razão justificadora, tal qual a conveniência da instrução criminal e a garantia da ordem pública, para o decreto cautelar, à míngua de prova de evidências de que o paciente se furte e/ou obstaculizar ao processo criminal instaurado, ou que venha pôr em risco a ordem pública, voltando a delinquir.

10 - Paciente primário, com endereço certo e sem demonstração de que, ao contrário do argumento utilizado para a decretação da preventiva, integre organização criminosa.

11 - Ordem de *habeas corpus* concedida para pôr o paciente em liberdade provisória, mediante termo de compromisso e de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais.

(TRF 5ª Região, HC 3570/PE, Rel. Desembargador Federal Rogério Fialho, Primeira Turma, unânime, *Dje* 10.9.2009, pág. 142)

Firme no exposto, concedo a ordem de *habeas corpus*, albergando ao paciente liberdade provisória, mediante termo de compromisso e de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais.

Assim voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.809-AL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Impetrante: DR. CLEDSON DA FONSECA CALAZANS
Impetrado: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL DE ALAGOAS
Paciente: JOSÉ CÍCERO MARQUES LUZ DA SILVA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL.

- Apesar de admitir a constitucionalidade, ainda que duvidosa, do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, que veda a liberdade provisória na hipótese do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o STF já decidiu pela insuficiência desse argumento como única razão de decidir, cabendo ao magistrado de 1º grau examinar, sob pena de nulidade do decreto prisional, os requisitos de cautelariedade do art. 310, parágrafo único, c/c art. 312 do CPP.

- Precedente do STF: HC nº 100742/SC, Segunda Turma, Rel. Celso de Mello, julgado em 03/11/2009 (Informativo nº 566).

- No exame dos requisitos cautelares, revela-se que o paciente, enquanto empregado da drogaria onde foram encontrados medicamentos de venda ilícita, não deteria o controle da operação,

o que afasta a ameaça à ordem pública e a possibilidade de reiteração, caso responda ao processo em liberdade. Reconhecimento da primariedade, bons antecedentes e residência fixa como condições pessoais favoráveis.
- Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *HABEAS CORPUS*, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em conceder a ordem, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 26 de janeiro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de ordem de *habeas corpus* proposta por Cledson da Fonseca Calazans em favor de José Cícero Marques Luz da Silva, preso em flagrante em 16/12/2009 pela suposta prática dos crimes do art. 273, § 1º, I, V e VI (alteração de produto destinado a fins terapêuticos), e do art. 33 c/c arts. 31 e 66 da Lei nº 11.343/2006 (tráfico de drogas).

O paciente é empregado da Drogaria Maceió e foi encontrado, por ocasião do flagrante em fiscalização da Vigilância Sanitária, de posse de diversas seringas de Potenay (medicamento veterinário), outros medicamentos sem registro na ANVISA e medicamentos de origem estrangeira sem comprovantes de regularidade fiscal, guardados em armários com chave e no fundo falso da caixa registradora. Em 18/12/2009, foi requerida sua liberdade provisória, sendo indeferida com base no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, que veda o benefício para o crime de tráfico (fls. 53/55).

Com base nesses dados, o impetrante alega a abusividade da prisão, por ausência de demonstração da necessidade da custódia. Sustenta que o paciente não é proprietário da drogaria e, como mero empregado, não teria controle sobre a venda ilícita dos medicamentos. Após sustentar as condições subjetivas favoráveis (primariedade, bons antecedentes e residência fixa) e a ausência de qualquer ameaça à ordem pública, alega a possibilidade de concessão da liberdade provisória no caso, apesar da vedação legal pelo juízo de 1º grau.

Durante o recesso, decidi como plantonista pela notificação do juízo *a quo* para prestar informações (fls. 43/44).

Informações prestadas (fls. 47/48) com a juntada do auto de prisão em flagrante e demais peças (fls. 53/73).

Ainda durante o recesso, o Desembargador Federal Presidente, no exercício do plantão, indeferiu o pedido liminar (fls. 76/77).

O Ministério Público Federal, por seu turno, opina pela denegação da ordem (fls. 82/84).

Dispensada a inclusão em pauta.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Trata-se, como visto, da apreciação de *habeas corpus* referente à prisão em flagrante de José Cícero Marques Luz da Silva, custodiado desde 16/12/2009 – há 35 (trinta e cinco) dias, portanto – pela suposta prática de crimes de adulteração de produto destinado a fins terapêuticos e tráfico de drogas.

De início, transcrevo como referência a manifestação do juízo de 1º grau para indeferir a liberdade provisória em favor do paciente, mantendo assim a vigência da prisão em flagrante:

O artigo 5º, incisos LVII e LXVI, da Constituição Federal determina que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, ou seja, no sistema jurídico brasileiro, a liberdade é a regra e a prisão processual é a exceção.

O parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, por seu turno, prevê que cabe liberdade provisória sempre que não estiverem presentes os pressupostos para decretação da prisão preventiva.

Contudo, a Lei nº 11.343/06, em seu artigo 44, veda expressamente a concessão de liberdade provisória com relação ao delito previsto no artigo 33 desta Lei (tráfico de drogas), nos seguintes termos:

Os crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

No caso dos autos, o acusado foi preso em flagrante delito e não houve ilegalidade em sua prisão, caso em que a vedação legal da Lei de Entorpecentes aplica-se, por si só, impedindo a liberdade provisória, sobretudo porque a constitucionalidade do art. 44 da Lei nº 11.343/06 resta reconhecida pelo STF.

A circunstância de ser o ora paciente primário, ter bons antecedentes, possuir trabalho lícito e residência fixa não afasta a possibilidade da decretação de prisão preventiva em seu desfavor, se presentes as condições e requisitos para tanto necessários, na forma do estabelecido no art. 312 do Código de Processo Penal.

Consoante se depreende da CF/88, art. 5º, inc. LXVI, a possibilidade de liberdade provisória dependerá de previsão em lei, que não alcança a hipótese dos autos, onde o que existe é a expressa disposição legal em sentido oposto, ou seja, negando tal benefício à modalidade delitiva sob apuração, conforme disposto no inciso II e do art. 2º da Lei nº 8.072/90, cujas validade e eficácia conta com reiterados pronunciamentos do egrégio STF:

(...)

Ademais, as razões invocadas pelo requerente são *prima facie* contrariadas pelo acervo indiciário constante dos autos nº 2009.80.00.007269-0 da Comunicação de Prisão em Flagrante, do qual se destaca do depoimento do condutor. Ressalte-se, ainda, que nesse estágio da persecução criminal a dúvida desfavorece o investigado em prol do interesse público na elucidação dos fatos. (Fls. 53/55).

A leitura do provimento impugnado revela que a *ratio decidendi* utilizada pelo magistrado foi a de impossibilidade legal de substi-

tuição da prisão em flagrante pela liberdade provisória, com base no art. 2º da Lei nº 8.072/90 ou do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, em posição bastante conhecida na jurisprudência.

Contudo, parece-me que uma visão puramente normativa do problema não é capaz de compreender certas sutilezas, além de se revelar de constitucionalidade duvidosa – adjetivo que, ressaltado, foi usado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do HC nº 100.742/SC, em 03/11/2009. Transcrevo a notícia publicada no Informativo nº 566 do STF, em face da ausência de acórdão até o momento:

Liberdade Provisória e Tráfico de Drogas

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu, de ofício, habeas corpus para assegurar a denunciado pela suposta prática do delito de tráfico de substância entorpecente (Lei 11.343/2006, art. 33) o direito de permanecer em liberdade, salvo nova decisão judicial em contrário do magistrado competente fundada em razões supervenientes. Enfatizou-se que a prisão cautelar do paciente fora mantida com base, tão-somente, no art. 44 da Lei 11.343/2006 (“Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”) que, segundo a Turma, seria de constitucionalidade, ao menos, duvidosa. HC 100742/SC, Rel. Celso de Mello, 3.11.2009.

Sem entrar no debate acerca da constitucionalidade da vedação pura e simples à liberdade provisória num crime específico, que resvalaria na discussão sobre a previsão de inafiançabilidade, não posso admitir que o cerceamento ao direito de locomoção e a custódia processual sejam solucionados pelo mero recurso a um dispositivo processual, sem que se cogite em nenhum momento a situação particular do envolvido. Além disso, há uma tendência evidente do STF em emprestar uma compreensão forte ao princípio do estado de inocência e reprimir qualquer antecipação no cumprimento de pena, conduzindo à necessária conclusão de apenas se admitir prisão processual com requisitos cautelares.

Não nego, com isso, a vigência do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, que foi aplicado em decisões recentes pelas duas Turmas

Julgadoras do STF. Todavia, em termos de fundamentação, não é suficiente a simples indicação de dispositivo sem nenhuma menção aos requisitos de cautelaridade que cercam qualquer prisão processual, e dentre elas a prisão em flagrante.

Há pelo menos trinta anos o estatuto legal do flagrante delito deixou de gerar para o preso a presunção de culpabilidade, bem como a prisão deixou de ser regra e passou a ser exceção. Isso porque a disposição expressa do art. 310, parágrafo único, do CPP, inserido pela Lei nº 6.416/77, impõe ao magistrado que aprecie as hipóteses que autorizam a prisão preventiva, que, incorrentes, induziriam à concessão da liberdade provisória. Aliás, seria de melhor alvitre se toda prisão em flagrante fosse convertida em prisão preventiva, eliminando assim a prática de simples homologação com exame formal sem apreciar os requisitos de cautelaridade do art. 312 do Código.

No caso em questão, não constato a necessidade de prisão do paciente. Conforme demonstrado nos autos (fl. 25), José Cícero Marques Luz da Silva é empregado da Drogaria Maceió como balconista. O salário anotado em CTPS e a ocupação anterior indicam ser pessoa de baixa renda e pouca instrução, não sendo perceptível em que aspecto poderia, isoladamente, ameaçar a ordem pública ou incidir em reiteração do crime sem que tenha acesso aos medicamentos ilícitos disponibilizados na drogaria. Além disso, tem residência fixa e reconheceu, desde a prisão em flagrante, a prática do ilícito, o que corrobora para a formação de perfil favorável a que responda ao processo em liberdade.

Ademais, cabe um questionamento. Por que o Ministério Público Federal opta por insistir na tese do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, de maior rigor, enquanto seu órgão em 1º grau não pediu sequer a prisão preventiva do farmacêutico responsável ou do proprietário do estabelecimento, resignando-se com a prisão em flagrante de um empregado sem aparente poder de direção?

Note-se, por fim, que não se trata de isentar o paciente de responsabilidade pelas graves penas do crime de tráfico de drogas; afinal, sequer foi ofertada a denúncia, apesar dos 35 (trinta e cinco) dias de custódia. A questão reside na ausência de demonstração da necessidade de manutenção da prisão que, em nenhum

momento, teve os requisitos de cautelaridade apreciados pelo juízo prolator do decreto. Como, na esteira do entendimento do STF, considero que a simples menção ao art. 44 da Lei nº 11.343/2006 não tem o condão de vedar a concessão de liberdade provisória, a medida revela-se abusiva em virtude da ausência de fundamentação consistente.

Ante o exposto, concedo a ordem, para que se expeça o competente alvará de soltura em favor de José Cícero Marques Luz da Silva nos termos do art. 310, parágrafo único, do CPP.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.878-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Impetrante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Impetrado: JUÍZO DA 4ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Pacientes: VALDEREZ ALVES DOS SANTOS, GILVÂNIA DOS SANTOS, MARISA ALVES E LEONARDO ALVES
Adv./Proc.: DR. ASSIEL FERNANDES SILVA (PACTES.)

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXISTÊNCIA DE PROCESSO PENAL, NA JUSTIÇA FEDERAL, SEM QUE O MPF TENHA REVALIDADO DENÚNCIA QUE, ANTES, FORA OFERTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL (AINDA PERANTE JUÍZO DE DIREITO QUE, DEPOIS, RECONHECEU-SE INCOMPETENTE). IMPOSSIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO. CONCESSÃO DA ORDEM.

- Se o Juízo de Direito perante o qual corria o processo penal reconheceu a sua incompetência, daí determinando a remessa dos autos para a Justiça Federal, seria de rigor que o MPF houvesse – no mínimo – revalidado a denúncia oferecida, assim pavimentando o caminho para que o feito tivesse continuidade na seara federal.

- Tal não houve no caso dos autos, donde a situação esdrúxula que se vivencia, de existir um processo em trânsito na Justiça Federal sem que o queria o Parquet Federal – afinal o seu dominus litis; é manifesta a inviabilidade do processo em cenário como o narrado.
- Ordem concedida, mas para o trancamento da ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, denegar a ordem pretendida pelo impetrante e conceder, de ofício, a ordem para o trancamento da ação penal, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 8 de abril de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Cuidam os autos de *habeas corpus* manejado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face de ato decisório do MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária em Pernambuco, que, nos autos da Ação Criminal de nº 0019227-14.2009.4.05.8300, proposta em desfavor de VALDEREZ ALVES DOS SANTOS, GILVÂNIA DOS SANTOS, MARISA ALVES e LEONARDO ALVES¹, restou, a despeito do entendimento diverso esposado pelo MPF, por reconhecer a competência da Justiça Federal para julgá-la, dando-lhe, assim, prosseguimento.

¹ Os crimes foram capitulados, originalmente, nos arts. 288, *caput*, e 171, *caput*, c/c arts. 14, II, e 69, todos do CP.

Busca o impetrante, agora, pela via presente, justo o reconhecimento da incompetência da Justiça Federal. A tese é de simples compreensão: eles (os pacientes) não teriam iniciado atos tendentes à caracterização do crime de estelionato (tentado) contra o INSS (e só se houvessem é que findaria justificada a competência da Justiça Federal), senão que, consumadamente, teriam praticado o crime anterior (de falsidade), mas aí a competência para a causa seria da Justiça Estadual.

Em resumo, pede-se que, pelo HC, seja reconhecida a justiça deste argumento, deflagrando-se conflito de competência.

Com a inicial, documentos (fls. 08 e ss.).

A liminar foi indeferida às fls. 399 e 400.

Notificada regularmente, a digna autoridade apontada como coatora prestou as informações de estilo (fls. 404 e ss.).

Com vistas dos autos, a douta Procuradoria Regional da República pugnou pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

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

Eis um curioso *habeas corpus*.

De saída, anoto duas considerações sobre alguns dados que muito me chamaram a atenção. A primeira delas consiste na circunstância de ver-se um HC, genuína garantia constitucional (inserida que foi nos confins do art. 5º do nosso Magno Texto), usada em desfavor dos pacientes. Em desfavor? Sim, em desfavor. Explico.

O debate que se trava no momento concerne à qualificação jurídica dos fatos atribuídos aos réus. A prevalecer a tese da impropriedade, então eles teriam cometido crime de falsidade de documentos públicos (CP, art. 299), e na forma consumada, donde a sujeição, em abstrato, à pena que varia entre **2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão, e multa**². O crime seria, então, da alçada da

² Além de uma possível formação de quadrilha, como se sabe.

Justiça Estadual (dada a inocorrência de lesão a bens do INSS).

A permanecer o processo nesta Justiça Federal, como acontece hoje, a acusação seria alusiva ao possível cometimento de estelionato contra a autarquia previdenciária e, note-se bem, ainda na forma tentada (com a inevitável aplicação da consumção, e assim a impunibilidade do crime-meio, de falso), donde, no fim de contas, uma persecução que pode resultar numa pena que, no piso, estaria dosada numa singela **fração de 1 ano e 4 meses de reclusão** (já considerada a qualificadora inserida no § 3º do art. 171)³.

Não me parece exatamente adequada a apropriação (feita pelo MP) de um remédio, antes concebido para salvaguarda da liberdade, para uso justo em seu detrimento.

Mas há mais.

O HC está sendo utilizado como meio para a suscitação de um conflito de competência, o que, convenha-se mais uma vez, destoa do tipo de serventia para qual – historicamente – fez-se conceber. Não se trata de ação para, de ordinário, ambientar debates puramente processuais, mas para garantir – ainda uma vez – a liberdade daquele que, direta ou indiretamente, a veja ameaçada.

Tais argumentos me fariam, como fazem, denegar a ordem pretendida pela impetração. Só que uma outra urge ser deferida, mesmo que de ofício.

Sucede é que o processo a que se reporta o HC padece, numa altura dessas, de vício insanável. E não merece prosseguir, justo em função de sua ocorrência. Aliás, curiosamente, a impetração ministerial o admite (fl. 8v), ainda que não extraia, da premissa posta, uma conclusão adequada.

É que, havido o reconhecimento da incompetência da Justiça Estadual, os autos vieram à Justiça Federal, consoante já se fez assinalar várias vezes. Só que, já por aqui, o Ministério Público

³ Além da multa, é claro; além, ainda, de uma possível formação de quadrilha.

Federal, na esteira de uma competência que entende inexistente, não revalidou a denúncia oferecida pelo *Parquet* Estadual, de modo que, feitas as contas, viceja fluente um curiosíssimo processo penal, que, em plena Justiça Federal, deflagrou-se sem que o MPF houvesse dado o seu impulso necessário, fosse oferecendo denúncia ou, quando pouco, fosse revalidando aquela que ofertada pelo congênere estadual. Tal situação, *data maxima venia*, delira completamente de qualquer laivo de razoabilidade jurídica.

Insisto: se o juízo de direito perante o qual corria o processo penal reconheceu a sua incompetência, daí determinando a remessa dos autos para a Justiça Federal, seria de rigor que o MPF houvesse — no mínimo — revalidado a denúncia oferecida, assim pavimentando o caminho para que o feito tivesse continuidade na seara federal. Tal não houve no caso dos autos, donde a situação esdrúxula que se vivencia, de existir um processo em trânsito na Justiça Federal sem que o queria o *Parquet* Federal — afinal o seu *dominus litis* constitucional.

Nunca é demais lembrar que a Carta Magna, do mesmo modo que resguarda o princípio do juiz natural, também ambienta o primado do promotor natural, assegurando que ninguém será **processado** a menos que o seja pela autoridade competente (art. 5º, LIII).

É manifesta a inviabilidade do processo em cenário como o narrado.

Assim, escorado em tais razões, ainda que não deferindo exatamente aquilo quanto se pretendeu, CONCEDO (DE OFÍCIO) A ORDEM DE *HABEAS CORPUS*, determinando o trancamento da ação penal existente contra os réus, sem prejuízo da deflagração de outra, desde quando oportunamente sanado o (possível) conflito de atribuições entre os MPs.

É como voto.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 425.962-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Apelante: MUNICÍPIO DO RECIFE - PE
Apeladas: TELEMAR NORTE LESTE S/A E AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. MARIA CAROLINA LINDOSO DE MELO (APTE.) E MIÉCIO OSCAR UCHOA CAVALCANTI FILHO E OUTROS (1ª APDA.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE ACOLHIDO PELA SEGUNDA TURMA DO TRF5ª REGIÃO. IMPUGNAÇÃO DA LEI DO MUNICÍPIO DO RECIFE Nº 16.866/2003, QUE TORNA OBRIGATÓRIO QUE A CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA FIXA NO MUNICÍPIO DO RECIFE, RESPONSÁVEL PELA EMISSÃO DA FATURA TELEFÔNICA, FORNEÇA INFORMAÇÕES DETALHADAS REFERENTES AOS “PULSOS” EFETUADOS PELO CONSUMIDOR. RESERVA DE PLENÁRIO. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA ORGANIZAR OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 21, XI, E 22, IV.

- Incidente de inconstitucionalidade acolhido pela Segunda Turma deste Tribunal sobre a Lei do Município do Recife nº 16.866/2003, que torna obrigatório que a concessionária de telefonia fixa no município do Recife, responsável pela emissão da fatura telefônica, forneça informações detalhadas referentes aos “pulsos” efetuados pelo consumidor. Reserva de plenário.

- Lei municipal que invade a competência da

União de organizar os serviços de telecomunicações e a sua disciplina legislativa privativa sobre a matéria ofende os artigos 21, XI, e 22, IV, da Constituição Federal/88.

- Incidente que se julga procedente para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos da lei do município do Recife nº 16.866/2003.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão plenária, realizada nesta data, por unanimidade, julgar procedente o incidente para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos da lei municipal nº 16.866/2003, nos termos do voto do Relator e do que consta nas notas taquigráficas que ficam integrando este julgado.

Recife, 16 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Cuida-se de incidente de inconstitucionalidade de lei municipal, acolhido por unanimidade, na sessão de 20/01/2009, pela Segunda Turma deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no julgamento da Apelação Cível 425962/PE, nos autos do processo movido pela TELEMAR NORTE LESTE S/A contra o MUNICÍPIO DO RECIFE e a ANATEL - AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES.

O acórdão da lavra do Juiz Federal PAULO MACHADO CORDEIRO, convocado em substituição ao Desembargador MARCELO NAVARRO, está assim ementado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LEI 16.866/2003 DO MUNICÍPIO DE RECIFE. CONTROLE INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS LEGAIS. RESERVA DE PLENÁRIO (ART. 97 DA CF; ART. 141 DO

REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE). EXIGÊNCIA.

- A Lei nº 16.866/2003 do Município de Recife impôs às operadoras de telefonia a obrigação de detalhar nas contas telefônicas, as chamadas locais, especificamente para telefone fixo.

- Segundo entendimento do STF, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, acolhendo, aliás, a norma cogente do artigo 97 da CF/88.

- Acolhimento do incidente de inconstitucionalidade da Lei 16.866/2003, em homenagem ao princípio da reserva de plenário (Regimento Interno do TRF da 5ª Região, Art. 141).¹

Lavrado o acórdão, foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, tendo o *parquet*, Procurador Regional da República HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO, exarado parecer pela declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 16.866/2003, do Município do Recife.²

É o relatório.

VOTO

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

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que, somente pelo voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais ou dos membros do respectivo órgão especial, os Tribunais podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público (artigo 97).

Com tal dispositivo, estabeleceu o legislador constituinte a reserva de plenário.

¹ Ementa de acórdão da Segunda Turma do TRF5ª Região, aos 20/01/2009, nos autos da AC 425962/PE, rel.: PAULO MACHADO CORDEIRO. Composição da Turma: Desembargadores MARGARIDA CANTARELLI, PAULO MACHADO CORDEIRO (convocado) e JOSÉ PARENTE PINHEIRO (convocado). Fl. 446.

² Fls. 450-451.

Fixada a competência do plenário deste Tribunal, portanto, para a questão, passo ao exame do mérito do incidente de inconstitucionalidade.

A Constituição Federal também estabelece ser da competência da União a organização dos serviços de telecomunicações (artigo 21, inciso XI) e, privativamente, legislar sobre telecomunicações (artigo 22, IV).

A lei municipal questionada, a de nº 16.866/2003, publicada no Diário Oficial do Recife aos 20.05.2003, tem a seguinte redação, *verbis*:

Art. 1º Fica a empresa concessionária de serviço público de telefonia fixa no Município do Recife, responsável pela emissão da fatura telefônica, obrigada a individualizar cada ligação local realizada pelo consumidor, fazendo constar na fatura de cobrança as seguintes informações:

- I - data da ligação;
- II - horário da ligação;
- III - duração da ligação;
- IV - telefone chamado;
- V - valor devido.

§ 1º - Entende-se por ligações locais aquelas denominadas genericamente por “pulsos” pela empresa concessionária do serviço público de telefonia fixa.

§ 2º - A empresa concessionária fica obrigada a colocar a quantidade de “pulsos” efetuados pelo consumidor no mês de cobrança e o resumo acumulado nos últimos 12 (doze) meses.

Art. 2º - A empresa concessionária não poderá alterar o valor da tarifa telefônica ou cobrar de qualquer forma esta mudança no sistema de informações da fatura.

Art. 3º - A concessionária terá o prazo de 60 (sessenta) dias para se adequar à presente Lei.

Art. 4º - Caberá ao Poder Executivo fiscalizar e impor as seguintes penas, no caso do descumprimento da presente Lei:

- I - Advertência na primeira notificação;
- II - Multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) na segunda notificação, até o cumprimento da lei por parte da empresa.
- III - Cassação do alvará de funcionamento.

Art. 5º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º - Revogam-se as disposições em contrário.³

Como se pode observar, as informações que o legislador municipal estabelece que devem ser inseridas na conta telefônica são atinentes à organização dos serviços de telecomunicações, nos termos da Lei nº 4.117, de 27/08//62 (Código de Telecomunicações):

Art. 4º Para os efeitos desta lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético. Telegrafia é o processo de comunicação destinado à transmissão de escritos, pelo uso de um código de sinais. Telefonia é o processo de comunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons.

Ademais, a forma preconizada pela questionada lei municipal invade a disciplina legislativa dos serviços de telecomunicações, matéria de competência privativa da União, o que ofende os artigos 21, inciso XI, e 22, IV, da Constituição Federal.

Em situações símiles, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já se manifestou:

CONSTITUCIONAL. PROJETO DE LEI ESTADUAL DE ORIGEM PARLAMENTAR. VETO TOTAL. PROMULGAÇÃO DA LEI PELA ASSEMBLEIA. NORMA QUE DISCIPLINA FORMA E CONDIÇÕES DE COBRANÇA PELAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. MATÉRIA PRIVATIVA DA UNIÃO. OFENSA AO ART. 21, XI, DA CF. LIMINAR DEFERIDA.⁴

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DA LEI DISTRITAL Nº 3.596. IMPOSIÇÃO, ÀS EMPRESAS DE TELEFONIA FIXA QUE OPERAM NO DIS-

³ Cópia da publicação da lei – fl. 272.

⁴ Ementa de ac., un., do Supremo Tribunal Federal, aos 22/05/2002, na Med. Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.615-1/SC, Rel. Min. NELSON JOBIM, pub. DJ 06.12.2002.

TRITO FEDERAL, DE INSTALAÇÃO DE CONTADORES DE PULSO EM CADA PONTO DE CONSUMO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 22, IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. A Lei Distrital nº 3.596 é inconstitucional, visto que dispõe sobre matéria de competência da União, criando obrigação não prevista nos respectivos contratos de concessão do serviço público, a serem cumpridas pelas concessionárias de telefonia fixa – artigo 22, inciso IV, da Constituição do Brasil.

2. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucional a Lei Distrital nº 3.596/05.⁵

Ante tais fundamentos, julgo procedente o incidente para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Municipal nº 16.866/2003.

É como voto.

⁵ Ementa de ac., por maioria, do Supremo Tribunal Federal, aos 02/08/2006, na ADIN 3.533-9/DF, Rel. Min. EROS GRAU, pub. DJ 06.10.2006

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.329-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Recorrido: BAZILIO DE CARVALHO NETO
Adv./Proc.: DR. JOSÉ ROBERTO DE PAULA FERREIRA (RE-
CDO.)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89, LEI Nº 9.099/95). CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FATO SUPERVENIENTE. ADITAMENTO À DENÚNCIA. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.

- “O traço essencial da suspensão condicional do processo, de imposição excepcional, é, precisamente, a sua revogabilidade, o que exclui, a seu respeito, a invocação da coisa julgada, não havendo razão que impeça a sua desconstituição pelo conhecimento subsequente de fato que determina o seu incabimento” (STJ, 6ª T., RHC 16.608/SP, Rel. Min. NILSON NAVES, DJ de 1.9.2008).

- *O implemento da condição objetiva de punibilidade do tipo descrito no art. 1º da Lei nº 8.137/90, como decorrência da constituição definitiva de crédito tributário, traduz fato superveniente a inviabilizar a suspensão condicional do processo, já que, denunciado por uma nova infração penal durante o período de prova, não pode o recorrido continuar beneficiando-se do referido favor legal.*

- *Recurso provido para receber-se o aditamento à denúncia, com a conseqüente revogação do sursis processual e prosseguimento do feito em primeiro grau de jurisdição.*

ACÓRDÃO

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

Recife, 23 de fevereiro de 2010 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

O Ministério Público Federal investe contra a decisão com que o MM. Juízo da 4ª Vara Federal de Pernambuco indeferiu pedido de aditamento à denúncia formulado nos autos da Ação Penal nº 2007.83.00.012919-2, por considerar que tal providência acarretaria a revogação do benefício da suspensão condicional do processo concedida ao denunciado BAZILIO DE CARVALHO NETO (fls. 113-114).

Argumenta o recorrente que, com o aditamento da exordial, o pretendia responsabilizar o acusado pelo uso de documento falso em cúmulo material com a prática de crime contra a ordem tributária, sendo este último uma decorrência da constituição definitiva do crédito tributário, ocorrida após o deferimento do *sursis* processual.

Afirma que, diferentemente do que entendeu a decisão recorrida, o aditamento seria possível, na medida em que o novo crime, além de conexo ao primeiro, decorreria de fato novo. Assim, entende que o recorrido já não mais preencheria os requisitos para ser beneficiário da suspensão condicional do processo, cuja revogação imediata se necessária, com o consequente prosseguimento do feito (fls. 117-143).

Contrarrazões apresentadas pelo recorrido, que sustenta a higidez da decisão vergastada, ressaltando, ainda, que vem cum-

prindo um parcelamento referente ao débito tributário de que se ocupam os autos (fls. 155-166).

A douta Procuradoria Regional da República opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, em parecer assim ementado:

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ADITAMENTO DA DENÚNCIA. FATO NOVO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. PROCESSAMENTO POR OUTRO DELITO NO CURSO DO PERÍODO DE PROVA. REVOGAÇÃO.

- A superveniência de fato novo conexo ao crime objeto da denúncia autoriza o aditamento a qualquer tempo antes da sentença final.

- A suspensão condicional do processo é de ser revogada quando o beneficiário seja processado por outro crime, durante o curso do período de prova, ainda que nos mesmos autos da ação em que concedido o benefício.

- Conhecimento e provimento do recurso.

(Fls. 174-176/v).

Convertido o processo em diligência, para apurar-se se o crédito tributário em questão havia sido objeto de parcelamento, tal qual afirmado pelo recorrido, verificou-se a procedência da informação. Nada obstante, constatou-se que o parcelamento possuía duas prestações em atraso (fls. 220-223).

Tal dado levou a Procuradoria Regional da República a opinar pelo prosseguimento do feito (fls. 231-232).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Narra a denúncia que o contribuinte BAZÍLIO DE CARVALHO NETO, em 8 de agosto de 2005, no âmbito de procedimento administrativo-fiscal instaurado contra a psicóloga SANDRA LINS DE SOUZA, teria apresentado à Receita Federal do Brasil um recibo ideologicamente falso, relativo a serviços supostamente prestados pela mencionada profissional no ano-calendário de 2002.

Assim, segundo a acusação, teria o denunciado, com vontade livre e consciente, se conduzido no intuito de alterar a verdade sobre os rendimentos auferidos por LUCIANA BADARÓ CRUZ no ano de 2002, estando incurso nas penas do artigo 304, combinado com o artigo 299, ambos do Código Penal (fls. 4-10).

Por ocasião, ainda, da denúncia, o Ministério Público Federal, levando em conta a pena privativa de liberdade mínima cominada ao delito de uso de documento falso, correspondente a 1 (um) ano de reclusão, apresentou proposta de suspensão condicional do processo, a qual foi aceita pelo réu, em audiência realizada em 26.9.2007 (fls. 95-96).

Sucedeu que, posteriormente, em 22.8.2008, deu-se a constituição definitiva do crédito tributário contra o ora recorrido, decorrente das falsas despesas por ele declaradas com os serviços da referida psicóloga. Assim, operou-se a condição objetiva de punibilidade do crime contra a ordem tributária em tese praticado, previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90.

Diante desse fato novo, o *Parquet* ofereceu aditamento à denúncia, em data de 3.3.2009 (fls. 108-110), antes, portanto, do cômputo do período de prova do sursis processual.

A iniciativa foi rechaçada pelo Magistrado, sob o argumento de que o atendimento da exordial implicaria, justamente, a revogação do benefício da suspensão condicional do processo.

Daí a irresignação do MPF, a meu ver, com razão.

Casos semelhantes ao que se tem sob exame aportam nesta corte com grande frequência nos últimos anos. Tal se deve, sobretudo, à enorme quantidade de pessoas na capital pernambucana que teriam feito uso de recibos ideologicamente falsos aludindo a serviços prestados por referida psicóloga.

Nesses precedentes, entendeu o tribunal que, se o uso dos recibos se deu com o único objetivo de confirmar declaração de ajuste anual de rendas com supressão ou redução de tributo, há que se considerar o crime de uso de documento falso inserto no *iter criminis* correspondente ao ilícito de sonegação fiscal, aplicando-se, dessarte, o *princípio da consunção*, de acordo com o qual o *crime-meio* é absorvido pelo *crime-fim*.

Portanto, verificada a extinção da punibilidade do crime de sonegação fiscal perpetrado pelo recorrido, ante o pagamento do débito tributário, é de se reconhecer extinta, também, a punibilidade do crime-meio de uso de documento falso, integrante de sua linha de desdobramento.

Aqui, porém, a discussão é outra. O crédito tributário já se acha devidamente constituído, sendo certo que o parcelamento obtido pelo recorrido restou inadimplido, consoante informação prestada pela Procuradoria Regional da Fazenda Nacional (fls. 220-223). Não há que se falar, portanto, em extinção da punibilidade pelo pagamento do débito, nos termos previstos no art. 9º da Lei nº 10.684/2003.

O que se está questionamento, nestes autos, é se teria lugar o aditamento à denúncia, a fim de se acusar o recorrido de uma nova prática delituosa – sonegação fiscal, tipificada no art. 1º da Lei nº 8.137/90 –, em concurso material com o uso de documento falso (art. 304 c/c o art. 299, ambos do CP) que já lhe fora imputado na versão primitiva da exordial.

Considero, *data venia*, equivocado o entendimento veiculado na decisão recorrida, na medida em que a revogabilidade do benefício em causa é matéria incontroversa, prevista no art. 89, §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.099/95, que assim dispõe:

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

Além disso, o aditamento da denúncia foi apresentado antes da sentença final, a qual só é proferida, em se tratando de suspensão condicional do processo, quando decorrido o período de prova, ocasião em que é possível declarar-se extinta a punibilidade.

Por fim, há que se considerar que o mero acordo acerca da suspensão condicional do processo não provoca a formação de coisa julgada.

Amparando os argumentos do recorrente, registra-se caudalosa jurisprudência, da qual cito os precedentes que encontro mais

à mão, a começar por julgados do egrégio Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. TRANSAÇÃO PENAL. DESCUMPRIMENTO: DENÚNCIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. REVOGAÇÃO. AUTORIZAÇÃO LEGAL.

1. Descumprida a transação penal, há de se retornar o *status quo ante* a fim de possibilitar ao Ministério Público a persecução penal (precedentes).

2. A revogação da suspensão condicional decorre de autorização legal, sendo ela possível até mesmo após o prazo final para o cumprimento das condições fixadas, desde que os motivos estejam compreendidos no lapso temporal delimitado pelo juiz para a suspensão do processo (precedentes).

Ordem denegada.

(STF, 2ª T., HC 88.785/SP, Rel. Min. EROS GRAU, DJ de 4.8.2006, p. 78) - Destacamos.

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REVOGAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO APÓS O TRANSCURSO DO PERÍODO DE PROVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INOCORRÊNCIA DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO CRIME.

1. Não comprovada nos autos a intempestividade do recurso especial interposto pelo Ministério Público Estadual. Ao contrário do alegado, a tempestividade foi afirmada de forma explícita no voto proferido pela Ministra Relatora, do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento dos embargos de declaração opostos no recurso especial.

2. Improcedência dos argumentos relativos à extinção da punibilidade, pois a suspensão condicional do processo pode ser revogada, mesmo após o termo final do seu prazo, se constatado o processamento do réu pela prática de outra infração penal durante o período do benefício. Precedentes.

3. *Habeas corpus* a que se denega a ordem.

(STF, 1ª T., HC 87.927/SP, Rel. Min. CARMEM LÚCIA, DJ de 2.2.2007, p. 114) - Destacamos.

Vogando no mesmo entendimento, já decidiu a Sexta Turma do colendo STJ, por ocasião do julgamento do RHC 16.608/SP, relatado pelo eminente Min. NILSON NAVES:

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. LEI Nº 9.099/95. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ACUSADO QUE DESCUMPRE AS OBRIGAÇÕES. REVOGAÇÃO APÓS O PERÍODO DE PROVA. IRRELEVÂNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O traço essencial da suspensão condicional do processo, de imposição excepcional, é, precisamente, a sua revogabilidade, o que exclui, a seu respeito, a invocação da coisa julgada, não havendo razão que impeça a sua desconstituição pelo conhecimento subsequente de fato que determina o seu incabimento.

2. O término do período de prova sem revogação do sursis processual não induz, necessariamente, à decretação da extinção da punibilidade delitiva, que somente tem lugar após certificado que o acusado não veio a ser processado por outro crime no curso do prazo ou não efetuou, sem motivo justificado, a reparação do dano.

3. *Recurso desprovido.*

(DJ de 1.9.2008) - Destacamos.

Idêntico posicionamento já foi esposado pela colenda Quinta Turma do mesmo tribunal, consoante se colhe da leitura da ementa referente ao julgamento do HC 17.343/RJ, Relator o ilustre Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, transcrita *in verbis*:

HC SUBSTITUTIVO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PROPOSTA QUE INCUMBE AO MINISTÉRIO PÚBLICO, AO VERIFICAR A POSSIBILIDADE E AS CONDIÇÕES PARA O BENEFÍCIO. ENDEREÇO DO RÉU NÃO INFORMADO À ÉPOCA DA PROPOSTA. SUPERVENIÊNCIA DE ADITAMENTO À DENÚNCIA. PORTE ILEGAL DE ARMAS E RECEPÇÃO. DELITOS AUTÔNOMOS.

Réu que à época da proposta de suspensão condicional do processo não declinou o endereço de localização. **Posterior revogação da proposta pelo Ministério Público ante o aditamento da denúncia. Mínimo da pena, em**

concurso, que ultrapassa um ano. A expressão pena mínima cominada não superior a um ano, requisito necessário para a concessão do sursis processual, deve ser compreendida de modo restrito, sendo inadmissível o favor legal nas hipóteses de continuidade delitiva, concurso material ou concurso formal, em que o somatório das penas mínimas ultrapassa o limite de um ano.

Porte ilegal de armas e delito de receptação são infrações autônomas. Portar arma de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar não implica que o paciente não responda ao delito de receptação caso seja efetivamente provado que a arma, portada ilegalmente, tenha sido adquirida como produto de crime. Ordem denegada.

(DJ de 25.2.2002) - Destacamos.

Assim, a superveniente constituição definitiva do crédito tributário, implementando a condição objetiva de punibilidade do tipo descrito no art. 1º da Lei nº 8.137/90, emerge como fator a inviabilizar a suspensão condicional do processo, já que, denunciado por uma nova infração penal durante o período de prova, não pode o recorrido continuar se beneficiando do referido favor legal.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso, reformando a decisão recorrida para receber o aditamento à denúncia oferecido contra BAZÍLIO DE CARVALHO NETO pela prática de crime contra a ordem tributária, com a conseqüente revogação do *sursis* processual e prosseguimento do feito em primeiro grau de jurisdição.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO PENAL

20-CE Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt 13

AÇÃO RESCISÓRIA

5450-PB Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano 20

6261-AL Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt 28

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR

4111-PE Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria 34

4115-CE Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria 39

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

1474-PE Rel. Des. Federal Frederico Pinto de Azevedo
(Convocado) 43

3219-PE Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães 56

4734-PB Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias 74

7790-PB Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira 88

9594-SE Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. 101

APELAÇÃO CÍVEL

371118-PE Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho. 104

373395-PE Rel. Des. Federal Paulo Gadelha 111

447294-PE Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias 123

465411-RN Rel. Des. Federal Francisco Wildo 132

466550-PE Rel. Des. Federal Cesar Carvalho (Convocado). 138

468441-PE Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti 147

484571-PE Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho 332

486102-SE Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano 348

486329-PB Rel. Des. Federal Leonardo Resende Martins
(Convocado) 359

APELAÇÃO CRIMINAL

5824-SE Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira 368

7055-AL Rel. Des. Federal Paulo Gadelha 384

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
NA MEDIDA CAUTELAR INOMINADA**

2593-CE	Rel. Des. Federal Frederico Wildson da Silva Dantas (Convocado).....	393
---------	---	-----

HABEAS CORPUS

3760-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	412
3809-AL	Rel ^a . Des ^a . Federal Margarida Cantarelli	424
3878-PE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	430

**INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE
NA APELAÇÃO CÍVEL**

425962-PE	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho.	435
-----------	---	-----

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

1329-PE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	441
---------	---	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

A

- PrCv e Adm Ação civil pública. Atividade comercial em Fernando de Noronha. Recuperação da área. Ilícito ambiental. Demolição do imóvel e das construções acrescidas e desobstrução da área. Sentença que afasta as preliminares de ilegitimidade do Ministério Público Federal, de incompetência da Justiça Federal, de impossibilidade jurídica do pedido, de presença de litisconsorte unitário sucessório, de nulidade de citação, de litisconsorte passivo necessário e de necessidade de suspensão da lide até ulterior julgamento do procedimento criminal. AC 484571-PE 332
- Ct, Adm e PrCv Ação civil pública. SUS. Irregularidades na prestação de assistência à saúde pública. Preliminares de ilegitimidade passiva da União, de ausência de interesse de agir e de inépcia da inicial rejeitadas. Omissão do Poder Público. Comprovação, nos autos, de falhas gravíssimas na gestão dos serviços de saúde pública na municipalidade de Petrolina – Hospital Dom Malan. Responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios pelo atendimento do SUS. Procedência da ação coletiva com a consequente condenação das três esferas de governo. APELREEX 3219-PE 56
- PrCv, Ct e Adm Ação de ressarcimento. Apelações. Preliminares. Rejeição. Prejudicial de mérito. Desacolhida. Mérito. Ação declaratória. Coisa julgada. Matéria de fato. Não comprovação do prejuízo. Questão fática suficiente para a improcedência do pedido autoral. Legitimidade recursal do Ministério Público. Con-

figuração. Interesse público manifesto. Ação declaratória ajuizada contra sociedade de economia mista federal. Tramitação perante Juízo Estadual. Competência. Súmulas 517 e 556 do STF, e 42 do STJ. Ausência de manifestação da União nos autos. Desconstituição, na ação condenatória, de comando judicial transitado em julgado (e já ultrapassado o prazo para o ajuizamento de ação rescisória) em ação declaratória. Impossibilidade. Vício insanável. Evidenciação. Competência para apreciar alegação de existência de interesse da União. Justiça Federal. Repercussão na ação condenatória quanto ao ente público federal. Pretensão de ressarcimento contra sociedade de economia mista federal. Prescrição. Inocorrência. Contrato de obra. Atrasos no pagamento das faturas emitidas pela contratada. Inadimplência da entidade da Administração Pública indireta. Descumprimento contratual. Exceção do contrato não cumprido. Oponibilidade à sociedade de economia mista contratante. Desequilíbrio econômico-financeiro do ajuste. Não comprovação através de documentos ou outros meios idôneos da ocorrência de prejuízo. Quitação dos encargos decursivos da mora. Pretensão de ressarcimento. Considerações. Ação declaratória. Natureza jurídica. Limites próprios da repercussão da coisa julgada na ação condenatória. Interpretação autêntica do título transitado em julgado no feito declaratório. Fato constitutivo do direito alegado. Alegação de tomada de financiamentos, decursivos de demora no pagamento contratual, vinculados à obra contratada e com valores a ela revertidos. Ônus da prova. Art. 333, I, do CPC. Não compro-

	<p>vação. Juros de mercado. Impropriedade de sua consideração como indexador de correção monetária. Restritividade de sua prática a instituições financeiras. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato pelo somatório (original) de custo de produção e lucro. Improcedência do pleito. AC 468441-PE 147</p>
Ct e Trbt	<p>Ação rescisória. Imunidade tributária. Entidade de assistência social. Erro de fato e violação da CF, art. 150, VI, c; do CTN, art. 9º, IV, e 14, III e da Lei nº 9.532/97. Inexistência. Rejeição do pedido rescisório. AR 6261-AL 28</p>
Ct, Prev e PrCv	<p>Ação rescisória. Pensão por morte. Filha solteira dependente do <i>de cuius</i>. Cessaçãõ do benefício. Advento da maioridade. Surgimento de enfermidade incapacitante (câncer renal). Acórdão que confirmou a sentença que restabeleceu o benefício. Violação a literal disposição de lei. Ausência. AR 5450-PB 20</p>
Adm	<p>Alegado cerceamento do direito de defesa. Proferimento de sentença com base em vasta gama de provas. Novas diligências. Desnecessidade. Nulidade não configurada. Desapropriação indireta. Não compulsoriedade. Descaracterização. Contrato de compra e venda. Comprovação. Inadimplência. Dano moral e material. Nexõ de causalidade. Inexistência. Financiamento habitacional. Não participação da Caixa Econômica Federal na negociação. Prestações por conta dos contratantes. AC 466550-PE 138</p>

Prev	Aposentadoria especial cumulada com auxílio-doença. Inexistência de incompatibilidade. Comprovação de exercício de atividade laboral após a aposentadoria. Enfermidade surgida no curso do contrato de trabalho. Inobservância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. AC 447294-PE 123
Ct e Adm	Aprensão de animais silvestres já domesticados por legítimo depositário que não obteve renovação da guarda dos animais. Impossibilidade de readaptação das aves ao meio ambiente. Aplicação do princípio da razoabilidade. Necessidade de proteção aos animais. APELREEX 4734-PB 74
Cv	Aquisição de unidade residencial. Cooperativa habitacional. BNH. Crédito posteriormente repassado à Caixa Econômica Federal. Desnecessidade de atuação da cooperativa como litisconsorte passiva. Inexistência de vício de citação. Preliminar de nulidade do processo rejeitada. Pagamento das prestações previstas no contrato. Comprovação. Alteração unilateral das cláusulas pela Caixa. Inadmissibilidade. Quitação do financiamento reconhecida. Adjudicação do imóvel deferida. AC 373395-PE 111

C

Pen e PrPen	Crime contra a ordem tributária. Artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/90. Movimentação de conta bancária. Não justificção pelo contribuinte. Depósitos que não integravam o patrimônio do acusado em face de atividade mercantil. Presunção de renda. Inexistência de comprovação de dolo. <i>In dubio pro reo</i> . Absolvição mantida. ACR 5824-SE 368
-------------	--

Pen e PrPen	Crime de responsabilidade. Artigo 1º, I, do Decreto-Lei 201/67. Dosimetria da pena. Correta valoração das circunstâncias judiciais. Artigo 59 do Código Penal. Manutenção da sentença recorrida. Extinção da punibilidade. Ocorrência da prescrição retroativa. Acolhimento do parecer ministerial. ACR 7055-AL 384
-------------	---

H

PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Existência de processo penal, na Justiça Federal, sem que o MPF tenha revalidado denúncia que, antes, fora ofertada pelo Ministério Público Estadual (ainda perante juízo de direito que, depois, reconheceu-se incompetente). Impossibilidade. Trancamento da ação. Concessão da ordem. HC 3878-PE 430
-------	--

I

Ct	Incidente de inconstitucionalidade acolhido pela Segunda Turma do TRF 5ª Região. Impugnação da lei do município do Recife nº 16.866/2003, que torna obrigatório que a concessionária de telefonia fixa no município do Recife, responsável pela emissão da fatura telefônica, forneça informações detalhadas referentes aos “pulsos” efetuados pelo consumidor. Reserva de plenário. Competência da União para organizar os serviços de telecomunicações. Competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações. Constituição Federal, art. 21, XI, e 22, IV. ARGINC na AC 425962-PE 435
----	--

PrCv e Agr Inovação nas razões recursais. Impossibilidade. Preclusão consumativa. Reavaliação da prova. Impossibilidade. Ação cautelar. Segurança da tutela recursal. Cabimento. Reversibilidade da medida cautelar. Responsabilidade processual civil objetiva. Desapropriação. Imóvel invadido. Suspensão do processo expropriatório. Enunciado 354 da Súmula de Jurisprudência do STJ. Influência da invasão na utilização do imóvel. ED na MC 2593-CE 393

Cv e Adm Interesse de agir. Enfiteuse. Caducidade. Cobrança do foro indevida. Inscrição indevida no CADIN. Danos materiais e morais. AC 486329-PB 359

M

Adm Militar. Pensão por morte. Filhas maiores de idade. Contribuição adicional de 1,5% (um e meio por cento). Ato de renúncia praticado pela curadora, viúva do *de cujus*. Interesses conflitantes. Clima de animosidade entre a curadora e as autoras, filhas maiores do primeiro casamento do falecido. Cancelamento do direito de percepção do benefício. Manutenção da anulação do ato de renúncia feito pela curadora, em nome do curatelado, militar reformado da Aeronáutica, que retirou das autoras, filhas do curatelado, o direito de ser beneficiárias da pensão por morte. AC 371118-PE 104

P

PrPen Prefeito municipal. Uso de documento falso. Declaração da SEMACE adulterada. Ausência de indícios de autoria e de ciência da adulteração do documento. Denúncia rejeitada. APE 20-CE 13

PrCv e Trbt	Prescrição. Acordo de parcelamento. Renúncia do contribuinte. Possibilidade. APEL REEX 9594-SE 101
-------------	--

R

PrPen	Recurso em sentido estrito. Suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº 9.099/95). Constituição definitiva de crédito tributário. Fato superveniente. Aditamento à denúncia. Revogação do benefício. Possibilidade. Provimento do recurso. RSE 1329-PE 441
-------	---

Cv	Responsabilidade civil. Contrato de locação. Depreciação do imóvel. Celebração de termo de compromisso para pagamento de indenização para a realização de serviços de recuperação. Validade. Reconhecimento da Administração. Lucros cessantes. Ausência de prova. AC 465411-RN 132
----	---

S

Ct e Adm	Servidor público. Demissão por improbidade administrativa. Elemento subjetivo. Desonestidade ou má-fé. Ausência. Fragilidade das acusações. Penalidade de demissão. Desproporcionalidade. Anulação do ato administrativo que resultou na demissão da autora e determinação de sua reintegração ao serviço público. APELREEX 7790-PB .. 88
----------	---

Adm	Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Possibilidade. Comprovação de atos que atentam contra a boa conduta na órbita da Administração Pública. APELREEX 1474-PE 43
-----	---

Trbt e PrCv	Simple. Constitucionalidade do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96. ADI 1.643. Empresa dedicada à prestação de serviços que não dependem de habilitação profissional legalmente exigida. Direito à reinclusão ao Simple. AC 486102-SE 348
PrCv	Suspensão de liminar. Embargo de obra. Lesão à economia pública. Efeito multiplicador. Inocorrência. AgRg na SL 4111-PE 34
PrCv	Suspensão de tutela antecipada. Procurador Federal. Exercício provisório. Encerramento. Lesão à ordem pública. Efeito multiplicador. Inocorrência. AgRg na SL 4115-CE 39

T

PrPen	Tráfico de entorpecentes. Alteração de produto destinado a fins terapêuticos. Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Possibilidade. Ausência de fundamentação do decreto prisional. HC 3809-AL 424
-------	--

V

Pen e PrPen	Venda de armamento e munição desacompanhadas das formalidades legais. Art. 17 da Lei nº 10.826/03. <i>Habeas corpus</i> . Prisão em flagrante. Decisão denegatória de liberdade provisória. Presença de indícios de autoria e da materialidade do crime. Requisitos do art. 312 do CPP. Resguardo da ordem pública e necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. Inexistência. Interdição da empresa. Inviabilidade de reiteração da conduta. Apreensão dos produtos existentes no empreendimento. Ordem concedida. HC 3760-PE 412
-------------	---